



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 193.344 - SP (2010/0229611-6)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
ADVOGADO : MAILANE R S RODRIGUES DE OLIVEIRA
PACIENTE : JULIO CESAR GOMES (PRESO)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS COM MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CONCESSÃO DO REGIME ABERTO E ADMISSÃO DA POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. AUSÊNCIA DE VÍCIO. PRECEDENTES.

1. Os embargos de declaração objetivam apontar vícios de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade do *decisum*, como preconizado nos arts. 619 e 620 do CPP.
2. O Superior Tribunal de Justiça entende que o acórdão proferido nos limites do pedido, de forma motivada, não incide em vício passível de saneamento por embargos declaratórios.
3. Estando os fatos enfrentados e a decisão embargada adequadamente fundamentada, não há confundir omissão com decisão contrária aos interesses da parte.
4. Consoante disposto no art. 105 da Carta Magna, o Superior Tribunal de Justiça não é competente para se manifestar sobre suposta violação de dispositivo constitucional, sequer a título de prequestionamento.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em rejeitar os embargos.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 193.344 - SP (2010/0229611-6)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
ADVOGADO : MAILANE R S RODRIGUES DE OLIVEIRA
PACIENTE : JULIO CESAR GOMES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

O Ministério Público Federal opõe embargos de declaração contra acórdão da Colenda Quinta Turma, fls. 60/70, que concedeu, parcialmente, a ordem no presente *habeas corpus*.

Confira-se a ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS COM MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Através do julgamento do HC 97.256/RS (01.09.10), o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, insculpida nos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, aos delitos de tráfico de drogas com menor potencial ofensivo.

2. O referido entendimento foi adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, aferindo que a norma proibitiva não está em consonância com a Carta Magna, sendo, portanto, admitida a substituição da pena por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44, do Código Penal.

3. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que, nos casos possíveis de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, deve-se reconhecer, ainda, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanção penal, que a estipulação do regime inicial da pena pode ser diverso daquele determinado pelo art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, com a alteração pela Lei nº 11.464/07.

4. Ordem concedida, parcialmente, para aplicar o regime inicial aberto, bem como admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, devendo o Juízo das Execuções Penais aferir o preenchimento dos requisitos legais, para a possível conversão.

Em suas razões, o *parquet*, como *custos legis*, argumenta que o v. acórdão se omitiu, ao fixar regime menos gravoso, tendo violado os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da individualização da pena e do tratamento mais rigoroso dispensado aos delitos hediondos e equiparados a estes, que impedem a imposição do regime inicial diverso do fechado. Assevera, ainda, que os aludidos consectários insculpidos na Carta Magna não poderiam ser mitigados, pois os ditames do art. 33, do Código Penal, só se aplicam às infrações penais comuns de menor gravidade, quanto mais no caso concreto em que a gravidade do delito, somada às natureza e quantidade de droga apreendidas, justificam a imposição do regime inicial mais severo.

Por fim, a despeito de o julgamento do HC 97.256/RS pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, ter decidido pela inconstitucionalidade da proibição à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos delitos de tráfico de drogas, aduzindo ser o supramencionado julgado, até então, isolado e contrário à orientação predominante das Cortes Superiores, não havia como aplicar eficácia *erga omnes* ao referido entendimento, diante da ausência de declaração de inconstitucionalidade dos arts. 33, § 4º e 44, da Lei nº 11.343/06, ou pela inexistência de nova lei que os revogue.

Requer a reconsideração do v. acórdão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 193.344 - SP (2010/0229611-6)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCA DO TJ/RJ)
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA -
DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
ADVOGADO : MAILANE R S RODRIGUES DE OLIVEIRA
PACIENTE : JULIO CESAR GOMES (PRESO)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS COM MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CONCESSÃO DO REGIME ABERTO E ADMISSÃO DA POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. AUSÊNCIA DE VÍCIO. PRECEDENTES.

1. Os embargos de declaração objetivam apontar vícios de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade do *decisum*, como preconizado nos arts. 619 e 620 do CPP.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que o acórdão proferido nos limites do pedido, de forma motivada, não incide em vício passível de saneamento por embargos declaratórios.

3. Estando os fatos enfrentados e a decisão embargada adequadamente fundamentada, não há confundir omissão com decisão contrária aos interesses da parte.

4. Consoante disposto no art. 105 da Carta Magna, o Superior Tribunal de Justiça não é competente para se manifestar sobre suposta violação de dispositivo constitucional, sequer a título de prequestionamento.

5. Embargos de declaração rejeitados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 193.344 - SP (2010/0229611-6)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
ADVOGADO : MAILANE R S RODRIGUES DE OLIVEIRA
PACIENTE : JULIO CESAR GOMES (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Não assiste razão ao Ministério Público Federal.

O pleito do embargante expõe a tese da violação às vedações impostas na Lei nº 11.343/06, c/c Lei nº 8.072/90, que impedem a concessão de regime diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Extrai-se do acórdão embargado o seguinte trecho:

"Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, admitiu a hipótese supramencionada, sob o fundamento de que ao tráfico ilícito de entorpecentes, caracterizado pelo seu menor potencial ofensivo, deve ser dado tratamento diferenciado, em comparação com os demais delitos previstos na referida lei especial repressora, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da mencionada proibição, com efeito ex nunc.

Confira-se o inteiro teor da ementa do precedente citado:

...

Diante do posicionamento inaugural da Suprema Corte, em 01.09.10, este Superior Tribunal passou a adotar o mesmo entendimento no sentido de que a norma proibitiva não está em consonância com a Carta Magna, sendo, portanto, admitida a substituição da pena por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44, do Código Penal.

Conforme precedentes:

...

Verifico que o Tribunal a quo aplicou pena inferior a quatro anos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconheceu que o delito não foi cometido com violência nem grave ameaça à pessoa, que mereceu reprovabilidade mínima, bem como que a paciente não é reincidente, goza de bons antecedentes e não apresenta conduta social ou personalidade reprovável.

Tem-se, então, que na análise do conjunto probatório dos autos, realizada nas instâncias ordinárias, restou evidenciado o preenchimento dos requisitos objetivos para a obtenção da pleiteada benesse executória penal.

É firme o posicionamento da Quinta Turma deste sodalício no sentido de que, sendo possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, da mesma forma, também, será a estipulação do regime inicial diverso daquele determinado pelo art. 2º da Lei de Crimes Hediondos.

Conforme o precedente:

...

Ressalto que a referida orientação está em consonância com julgados proferidos pela Excelsa Corte:

"Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida. " (HC 105779/SP, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.) Diante do reconhecimento, nas instâncias inferiores, que o paciente preenche os requisitos preconizados no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o que resultou na redução da sua pena corporal ao mínimo de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, indiscutível, in casu, que se trata da figura de tráfico de menor potencial ofensivo, que não pode ser igualada ao crime de tráfico de entorpecentes equiparado aos hediondos previstos no art. 2º, caput, da Lei 8.072/90.

Desta forma, a determinação do regime inicial fechado para os crimes hediondos ou equiparados não alcança o delito em exame,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo-se, pois, em conformidade com o art. 33, § 2º, c, do Código Penal, alterar o início da reprimenda para o regime aberto, pelo quantum da pena.

Resta evidenciado que o ato impugnado, ao conferir o mesmo tratamento do tráfico de drogas ao delito de menor potencial ofensivo, importou o constrangimento ilegal à paciente, devendo ser cessado.

Pelo exposto, conheço do remédio heroico, concedendo, em parte, a ordem, para, em conformidade com o o art. 33, § 2º, c, do Código Penal, determinar o cumprimento do regime inicial aberto, bem como, em razão da previsão legal do art. 44, do Código Penal, admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, devendo o Juízo das Execuções Penais aferir o preenchimento dos requisitos legais para a possível conversão."

Desta forma, os princípios constitucionais e normas infraconstitucionais elencados pelo embargante foram analisados no caso concreto, sendo afastadas as vedações de forma motivada, vez que este Órgão Fracionário, ao decidir a *quaestio juris* da impetração, realizou a prestação jurisdicional nos limites do pedido, em conformidade com os entendimentos atualizados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Releve-se que, caso a Quinta Turma deste Sodalício tivesse ultrapassado os referidos vértices, estaria perpetrando ilegalidade.

Portanto, o acórdão ora embargado, ao decidir a razão do pedido, de forma fundamentada e seguindo a orientação dos Tribunais Superiores, não padeceu de qualquer vício sanável por meio de embargos declaratórios.

No mesmo sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO. PRETENSÃO DE NOVO EXAME. INVIABILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração têm âmbito de cognição restrito às hipóteses do artigo 619 do Código de Processo Penal, quais sejam, a ambiguidade, a contradição, a omissão ou a obscuridade da decisão atacada.

2. Se o acórdão resolveu a controvérsia trazida, exaurindo a prestação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisdicional com suporte na reiterada jurisprudência desta Corte e decidindo a causa nos limites do pedido, não se pode conceber a existência de vícios ensejadores da oposição de embargos.

3. *O entendimento pacificado desta Corte é orientado no sentido de que, reconhecida a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado pelo Supremo Tribunal Federal, os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, não alcançados pela vigência da Lei nº 11.464/07, poderão iniciar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado.*

4. *"A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os embargos de declaração, ainda que opostos com o objetivo de prequestionamento visando à interposição do apelo extraordinário, não podem ser acolhidos quando inexistentes omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida" (EDcl no MS 11.484/DF, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 2/10/2006).*

5. *Embargos de declaração rejeitados.*

(EDcl no HC 108.293/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 30/03/2011)

De idêntico teor: EDcl no HC 101.219/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 28/02/2011; EDcl no HC 103.316/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 11/10/2010

Outrossim, o manejo de aclaratórios com o propósito de reapreciação da matéria decidida é via incidental, com o intuito de provocar o prequestionamento de matéria constitucional.

É mansa a jurisprudência desta Corte, refugindo da sua competência a apreciação de suposta ofensa à matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal.

Merece destaque, sobre o tema, o consignado no julgamento do EDcl no REsp 1097042/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 03/03/2011, no sentido de que *"consoante firme orientação jurisprudencial, não se afigura possível apreciar, em sede de embargos declaratórios, suposta ofensa a artigo da Constituição Federal. O prequestionamento de matéria essencialmente constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça implicaria usurpação da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

competência do Supremo Tribunal Federal".

Com efeito, os embargos de declaração constituem recurso de estritos limites processuais cujo cabimento requer estejam presentes os pressupostos do dispositivo legal. Assim, somente são cabíveis nos casos de eventual vício existente no *decisum* guerreado. A ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão dessa espécie de embargos é a interna, ou seja, entre proposições do próprio acórdão vergastado, e não entre estas e a irresignação da parte com o resultado do julgamento, por entender pela violação de dispositivo constitucional.

Além disso, é inadmissível a utilização dos aclaratórios para o prequestionamento de matéria inserta em dispositivo constitucional, a fim de ensejar oportuna interposição do recurso extraordinário. Nessa linha, o seguinte precedente:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS DO ART. 619 DO CPP. PRETENSÃO DE REEXAME E DE MERA DISCUSSÃO SOBRE A CAUSA. PREQUESTIONAMENTO DE TEMAS CONSTITUCIONAIS. SUPOSTAS VIOLAÇÕES QUE DECORREM DO DECISUM.

Inexistentes as eivas do art. 619 do CPP, o recurso de embargos não se afigura meio idôneo para o reexame da matéria decidida, tampouco serve ao intuito de fazer prevalecer certo ponto de vista do embargante.

Estando a decisão firme em seu núcleo de fundamentação, é de se ter por desnecessária a ampliação da controvérsia por meio da extensão de tema por ele abrangido, somente para atender ao desejo da parte.

Os embargos não se prestam a esclarecer, como via de prequestionamento, temas constitucionais, sobretudo se não correspondentes com o quanto discutido e aprofundadamente debatido.

Embargos rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EDcl nos EREsp 1007281/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/07/2011, DJe 12/08/2011)

No mesmo sentido, cito os EDcl no AgRg nos EREsp 1.073.085/SP, sob minha Relatoria, julgados em 27/04/11, DJe 23/05/11.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, rejeito os presentes embargos de declaração em *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0229611-6

EDcl no
HC 193.344 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA

JULGADO: 06/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
ADVOGADO : MAILANE R S RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIO CESAR GOMES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
ADVOGADO : MAILANE R S RODRIGUES DE OLIVEIRA
PACIENTE : JULIO CESAR GOMES (PRESO)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos."

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.