



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 221.556 - DF (2011/0243960-6)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : FRANCISCO DE ASSIS LOPES GUIMARÃES NETO
ADVOGADO : PATRÍCIA CABRAL DOS SANTOS CANTANHEDE - DEFENSORA PÚBLICA

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nº 11.343/06 E Nº 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão "ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão", não sendo possível o seu manejo para rediscutir questões anteriormente decididas nem com o objetivo de prequestionar matéria constitucional.

2. No caso, a controvérsia foi resolvida à luz da jurisprudência desta Corte no sentido de que, independentemente da hediondez do crime, o julgador deve observar, na fixação do regime de cumprimento da pena, o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c. art. 59, ambos do Código Penal.

3. Na verdade, o que se pretende, nesta via, é emprestar efeito infringente ao recurso, para que seja rediscutido o mérito da presente impetração, providência incompatível com a sua natureza.

4. De qualquer forma, não mais se verifica o interesse de agir por parte do embargante, visto que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena no regime fechado.

5. Não se olvide que, antes desse pronunciamento, as Cortes Superiores de Justiça já vinham entendendo ser perfeitamente possível aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

6. Assim, declarada a inconstitucionalidade da norma em comento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há se falar em desrespeito à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal, ou à Súmula Vinculante 10/STF.

7. Embargos rejeitados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 11 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 221.556 - DF (2011/0243960-6)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: O Ministério Público Federal opôs embargos de declaração ao acórdão proferido por esta Sexta Turma, que concedeu parcialmente a ordem, nos termos desta ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICADO EM 1/2 (METADE). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Assim, a aplicação da causa de diminuição deve ser precedida de fundamentação que justifique a fração escolhida, sob pena de constrangimento ilegal.

3. Na hipótese, a aplicação do redutor de pena no patamar inferior ao máximo legal foi efetivada sem qualquer motivação, restringindo-se o acórdão em fixar o **quantum** de maneira aleatória. Assim, impõe-se o retorno dos autos à instância originária, para que proceda a correção do vício.

4. De outro lado, no que diz respeito ao regime de cumprimento de pena, observa-se que o Tribunal de origem se valeu unicamente do óbice previsto na Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/07, contrariando entendimento desta Corte de Justiça.

5. Ora, a aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto, acarreta inafastável ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo.

6. Além disso, vai de encontro ao entendimento estabelecido pela Suprema Corte desse País, que declarou inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

7. Sob este prisma, o Superior Tribunal de Justiça concluiu ser possível a fixação de regime diverso do fechado para os condenados por tráfico de drogas, quando se verificar a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Ordem parcialmente concedida para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que proceda uma nova dosimetria da pena, fundamentando devidamente a escolha da fração prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, bem como reaprecie a possibilidade de fixação de regime diverso daquele determinado pela Lei de Crimes Hediondos.

Sustenta o embargante que a fixação do regime aos condenados pela prática de crime hediondo ou a ele equiparado deve observar a regra contida do § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que não foi suprimida com a declaração da inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, na parte em que vedava a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos.

Sustenta, mais, que o acórdão embargado, ao deixar de aplicar o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, contrariou o enunciado da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, bem como o disposto no art. 97 da Constituição Federal.

Requer que sejam supridas as omissões pertinentes à compatibilidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 com o princípio da individualização da pena, à hediondez do tráfico privilegiado, e à inobservância da cláusula de reserva de plenário.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 221.556 - DF (2011/0243960-6)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão "ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão", não sendo possível o seu manejo para rediscutir questões anteriormente decididas nem com o objetivo de prequestionar matéria constitucional.

No caso, a controvérsia foi resolvida à luz da jurisprudência desta Corte no sentido de que, independentemente da hediondez do crime, o julgador deve observar, na fixação do regime de cumprimento da pena, o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c. art. 59, ambos do Código Penal.

Na verdade, o que se pretende, nesta via, é emprestar efeito infringente ao recurso, para que seja rediscutido o mérito da presente impetração, providência incompatível com a sua natureza.

De qualquer forma, não mais se verifica o interesse de agir por parte do embargante, visto que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena no regime fechado.

Eis a ementa do aludido acórdão:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que 'a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Não se olvide que, antes mesmo desse pronunciamento, as Cortes Superiores de Justiça já vinham entendendo ser perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Assim, declarada a inconstitucionalidade da norma em comento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há se falar em desrespeito à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal, ou à Súmula Vinculante 10/STF.

Nesse sentido, vejam-se:

**AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.
OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA OS
CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS.
OFENSA À SÚMULA VINCULANTE N.º 10. NÃO OCORRÊNCIA.
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N.º 8.072/90**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DO ART. 481 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. No caso, não se aplica o enunciado da Súmula Vinculante n.º 10, tendo em vista que, desde o ano de 2010 - Habeas Corpus n.º 97.256, Relator o Ministro Ayres Brito -, já admitia-se a fixação de regime diverso do fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas quando, aplicada a causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, a sanção fosse substituída por medidas restritivas de direitos. Precedentes.

2. Desse modo, se a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados fora afastada por decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário, principalmente diante do que dispõe o art. 481 do Código de Processo Civil.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o Habeas Corpus n.º 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, qualquer dúvida a respeito do tema.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 227380/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 02/10/2012)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. É descabido falar em desrespeito à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição da República, ou à Súmula Vinculante 10/STF, uma vez que o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado pelo acórdão embargado lastreou-se no entendimento manifestado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 97.256/RS, da relatoria do Ministro Ayres Britto.

2. A opção pelo regime menos gravoso fundamentou-se no fato de que a reprimenda é de curta duração, o réu é primário e todas as circunstâncias judiciais lhe foram favoráveis, razão pela qual não há omissão quanto a esse aspecto.

3. Embargos declaração rejeitados. (EDcl no HC 141360/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 22/08/2011)

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0243960-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 221.556 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100110215602 2156022010

EM MESA

JULGADO: 11/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : PATRÍCIA CABRAL DOS SANTOS CANTANHEDE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS LOPES GUIMARÃES NETO
CORRÉU : PAULO SOARES DE MELO
CORRÉU : ODIRLEI ALEXANDRE DA COSTA DE SOUZA
CORRÉU : MARCUS VINÍCIUS RAMOS TEIXEIRA
CORRÉU : CÍCERO PEREIRA DA SILVA

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : FRANCISCO DE ASSIS LOPES GUIMARÃES NETO
ADVOGADO : PATRÍCIA CABRAL DOS SANTOS CANTANHEDE - DEFENSORA PÚBLICA

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.