



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 281.265 - SP (2013/0366077-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : CLESIO APARECIDO ERVOLINO (PRESO)
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. ALEGADA OMISSÃO QUANTO À ANÁLISE DE FUNDAMENTO CONCRETO PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO E PARA A NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRESENTE NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. OCORRÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO E SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NEGADA NO ACÓRDÃO COM BASE NA GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA PARA O RECRUDESCIMENTO DO REGIME E PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Com efeito, consoante constou da sentença condenatória – confirmada em 2º Grau – o regime prisional mais gravoso foi estabelecido, assim como a substituição por penas restritivas foi negada, com base não apenas no fato de o paciente já ter sido beneficiado com a aplicação da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, como também na gravidade concreta do delito, em virtude, essencialmente, da grande quantidade de entorpecentes apreendida.
2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a grande quantidade de droga constitui fundamento idôneo a justificar o recrudescimento do regime prisional, bem assim a negativa do benefício da substituição das penas. Precedentes.
3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para não conhecer do *habeas corpus*.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos de declaração com efeitos modificativos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 281.265 - SP (2013/0366077-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : CLESIO APARECIDO ERVOLINO (PRESO)
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, em face de acórdão desta Sexta Turma, que não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem de ofício, *para que o juízo o juízo da execução proceda à individualização do regime de cumprimento da pena, bem como verifique a possibilidade de aplicação de penas alternativas* (fl. 265).

Sustenta o embargante, em suma, que *essa egrégia Sexta Turma omitiu-se na análise do fundamento da gravidade concreta do delito praticado, utilizado pelo magistrado sentenciante (fl. 69) e reproduzido na decisão ora recorrida (fl. 277).*

Alega que o fundamento de que o paciente "foi beneficiado com redução da penal pela minorante do tráfico privilegiado" foi meramente subsidiário para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena. O regime fechado foi estabelecido com base na gravidade concreta da conduta praticada, como reclama a jurisprudência dessa egrégia Corte (fls. 277/278).

Requer, assim, sejam acolhidos os embargos, *para que essa egrégia Corte dê exame expresso a todas as questões, de fato e de direito, acima reproduzidas, e assim cumpra os artigos 619, do CPP, 5º, incisos II, XXXV, XLVI, LIII, LIV, LV e 93, inciso IX, da Constituição de 1988, além de imprimir efeito modificativo ao julgado (fl. 278).*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 281.265 - SP (2013/0366077-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Os embargos declaratórios têm por fim provocar novo pronunciamento judicial de caráter integrativo nas hipóteses de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade, a teor do que dispõe o art. 619 do CPP, ou então retificar, quando constatado, erro material do julgado.

Sustenta o embargante que o acórdão foi omissor, pois deixou de analisar um dos fundamentos do acórdão recorrido, consubstanciado na gravidade concreta do delito, em virtude da *grande quantidade de entorpecentes e materiais para manuseio e embalagem, potencialmente atingindo diversos usuários* (fl. 277).

Sobre a matéria assim dispôs o voto embargado, *in verbis*:

A sentença condenatória, mantida na integralidade pelo TJSP quando do julgamento da apelação, restou assim fundamentada:

“[...]

Quanto as questões da liberdade provisória (o que alcança também o direito a recorrer solto), da possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade e do regime inicial da sanção, observo que o Supremo Tribunal Federal vem, ainda que de forma não unânime (havendo valiosíssimos votos divergentes) afastando as inflexíveis disposições legais expressas (vedação da liberdade e das penas restritivas, bem como regime inicial sempre fechado).

E as razões de tais entendimentos vêm bem esclarecidas na seguinte emenda:

[...]

Ou seja, é evidente que um dos principais fundamentos do afastamento daquelas disposições legais inflexíveis foi a preservação do poder/dever de individualização das penas, nem de longe se podendo disso extrair que todo e qualquer tráfico de entorpecentes deva ser considerado como tendo a mesma gravidade e pelos mesmos critérios que qualquer outro delito, tais como um simples furto ou estelionato, por exemplo.

Ora, não se pode negar que tanto o Constituinte como o legislador ordinário sempre demonstraram que o tráfico de entorpecentes é um crime muito grave, e merece ser combatido com especial rigor. Vide nesse sentido não só os dispositivos atacados das Leis nº 11.343/06 e 8.072/90, como também os incisos XLIII e LI do artigo 5º da Constituição Federal.

Desta forma, tenho que a melhor interpretação das decisões do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal, com o necessário e imprescindível respeito à vontade da sociedade expressada pelo legislador é a de que o sentido daquelas determinações específicas (maior rigor) deva ser a base de aplicação das penas para o crime de tráfico, mas com a flexibilidade de que, em situações diferenciadas de menor gravidade, se possa, em caráter excepcional, abrandar as sanções aplicáveis.

O tráfico de entorpecentes é uma atividade extremamente lucrativa, e a sanção para tal delito deve ser proporcional ao benefício que ele proporciona a quem o pratica, sob pena de prejudicar o objetivo da pena de dissuadir deste tipo de conduta.

Agir de outra forma, tratando o tráfico de drogas exatamente pelos mesmos critérios que qualquer outro delito não hediondo ou equiparado implicaria em transformar em letra morta as disposições, orientações e princípios contidos na Constituição Federal sobre tal delito.

Ora, no caso concreto, como já acima dito, as circunstâncias não indicam um crime de menor gravidade, já que foram encontradas grande quantidade de entorpecentes e materiais para manuseio e embalagem, potencialmente atingindo diversos usuários.

Ademais, o réu já foi significativamente beneficiado com a redução da pena nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não podendo se admitir que também seja beneficiado com regime mais favorável ou de outra medida substitutiva (aos quais não merece pelas circunstâncias acima indicadas), sob pena de tornar inócua a sanção penal.

Por isso que, no caso específico dos autos, aplico o regime fechado como o inicial, sendo negada a substituição da pena privativa de liberdade, tornando assim a sanção proporcional à gravidade do delito praticado, e em efetivo desestímulo a que não só o réu, mas mesmo outras pessoas, venham optar por este extremamente lucrativo e pernicioso delito.

E, pelas mesmas razões, tendo o réu respondido ao feito custodiado, e restando reforçadas por esta sentença as razões que o levaram anteriormente a sua custódia cautelar, especialmente observando a pena aplicada e as circunstâncias desfavoráveis acima indicadas, não há razão para o reconhecimento de situação excepcional que justificasse o direito de apelar solto, nos termos do art. 59 da Lei nº 11.343/06. [...]” (fls. 67 à 70)

Observa-se que tanto o regime inicial fechado de cumprimento de pena, quanto a negação às penas alternativas tiveram o mesmo e único fundamento: já foi o paciente beneficiado com redução da pena pela minorante do tráfico privilegiado.

A redução da pena em uma fase da dosimetria em nada impede, porém, ao contrário, até recomenda, seja este fato valor relevante para mais brando tratamento no regime prisional e na possibilidade de incidência de sanções penais alternativas à prisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, voto por não conhecer do habeas corpus mas, de ofício, conceder a ordem para que o juízo da execução (pois já transitada em julgado a ação penal de origem – fl. 222) proceda à individualização do regime de cumprimento da pena, bem como verifique a possibilidade de aplicação de penas alternativas (fls. 268/270).

Assiste razão ao embargante.

Com efeito, consoante constou da sentença condenatória – confirmada em 2º Grau – transcrita expressamente no acórdão embargado, o regime prisional mais gravoso foi estabelecido, assim como a substituição por penas restritivas foi negada, com base não apenas no fato de o paciente já ter sido beneficiado com a aplicação da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, como também na gravidade concreta do delito, em virtude, essencialmente, da grande quantidade de entorpecentes apreendida, *in verbis*:

Ora, no caso concreto, como já acima dito, as circunstâncias não indicam um crime de menor gravidade, já que foram encontradas grande quantidade de entorpecentes e materiais para manuseio e embalagem, potencialmente atingindo diversos usuários.

Ademais, o réu já foi significativamente beneficiado com a redução da pena nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não podendo se admitir que também seja beneficiado com regime mais favorável ou de outra medida substitutiva (aos quais não merece pelas circunstâncias acima indicadas), sob pena de tornar inócua a sanção penal (fl. 269e).

De fato, nos termos da jurisprudência desta Corte, a grande quantidade de droga constitui fundamento idôneo a justificar o recrudesimento do regime prisional, bem assim a negativa do benefício da substituição das penas.

A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. DROGA ALTAMENTE NOCIVA. GRANDE QUANTIDADE 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie.

Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Na espécie, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, tendo em vista a natureza, a "quantidade e variedade de entorpecente", haja vista que o paciente foi apreendido com 210,6g (duzentos e dez gramas e seis decigramas) de cocaína, distribuídos em 118 (cento e dezoito) invólucros plásticos, além de 201 (duzentos e uma) pedras de crack. Vale ressaltar serem os entorpecentes apreendidos de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir considerável número de usuários.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 283.296/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 28/05/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- O Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena de um dos pacientes ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu: transporte, para venda e tráfico, de expressiva quantidade de entorpecente de alto poder alucinógeno e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

viciante - 35 pedras de crack -, justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus *não conhecido* (HC 248.291/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 20/05/2013).

Ante o exposto, voto por acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0366077-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 281.265 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00166922620138260000 00404752820128260050 01237407820128260000
1237407820128260000 166922620138260000 404752820128260050

EM MESA

JULGADO: 24/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLESIO APARECIDO ERVOLINO (PRESO)

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 : CLESIO APARECIDO ERVOLINO (PRESO)
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração com efeitos modificativos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.