



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 114.504 - RJ (2008/0191545-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MÁRCIO FRANÇA

EMENTA

PROCESSO PENAL. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. REDUÇÃO PERMITIDA NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA DEFESA. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. INVIABILIDADE. *REFORMATIO IN PEJUS*.

Em processo penal, a pretexto de corrigir erro material, não pode o julgador impedir benefício auferido ou agravar a situação do acusado quando diante de recurso somente da defesa.

In casu, o acórdão da apelação garantiu ao réu o direito à redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, não sendo possível ao Tribunal, em sede de aclaratórios aberta pela defesa, corrigir suposto erro de julgamento.

Ordem concedida para anular o acórdão dos embargos de declaração e determinar novo julgamento.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 26 de abril de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 114.504 - RJ (2008/0191545-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MÁRCIO FRANÇA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* sem pedido liminar, impetrado em favor de MÁRCIO FRANÇA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa como incurso no art. 12 da Lei n.º 6.368/76 e às penas de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa pela suposta prática do delito previsto no art. 12 da Lei n.º 10.826/03. Inconformada, a defesa apelou da sentença perante o Tribunal *a quo*, que deu parcial provimento ao recurso para modificar o regime prisional para o inicialmente fechado.

Diante dessa decisão, a defesa opôs embargos de declaração pleiteando a redução da reprimenda tendo em vista que no acórdão proferido na apelação foi mencionado que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deveria ser aplicada em favor do paciente, no entanto não houve alteração do *quantum* da pena que lhe foi fixada, conforme se verifica na certidão de julgamento acostada às fls. 36.

O Tribunal de origem negou provimento aos embargos de declaração opostos pela defesa sob os seguintes fundamentos (fls. 46/47):

"Inicialmente, no que tange à pretendida redução da pena imposta pelo tráfico, na fração de 2/3, força é convir não assiste razão ao embargante, eis que esta Câmara Criminal, ao julgar a apelação interposta pelo recorrente, deu parcial provimento ao recurso, tão somente para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, como atesta a certidão de julgamento de fls. 187, assim redigida:

'POR UNANIMIDADE DE VOTOS, FOI DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO SÓ PARA AFASTAR DO REGIME O LIMITADOR INTEGRALMENTE'.

Em tal oportunidade, foi apreciada, de ofício, a possibilidade de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, o que restou rechaçado, por se dedicar o apelante à atividade criminosa, relacionada ao tráfico ilícito de entorpecente, como se depreende dos depoimentos de fls. 85/86 e 87/88, não havendo que se falar, portanto, em omissão de qualquer natureza.

Entretanto, tendo sido incluída no acórdão, por mero erro material,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referência ao cabimento, *in casu*, da aludida redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 - matéria essa repelida por esta Câmara quando do julgamento da apelação, como acima registrado -, é de se corrigir, de ofício, o referido equívoco, considerando-se excluído do acórdão o 8º parágrafo do voto (fls. 189/190), que tem a seguinte redação:

'Em face da entrada em vigência da lei 11.343/06, e em respeito ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, deve ser aplicado, em favor do réu, o art. 33, parágrafo 4º da referida lei, que prevê causa de diminuição de pena, de um sexto a dois terços, se o acusado possuir, cumulativamente, bons antecedentes, ser réu primário, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organizações criminosas'.

Por tais razões, conheço dos embargos e NEGO-LHES PROVIMENTO, considerando, de ofício, excluído do acórdão o 8º parágrafo do voto, eis que incluído por mero erro material".

Alega o impetrante que o parágrafo 8º do acórdão referente à apelação, que fora excluído pelo Tribunal de origem no julgamento dos embargos de declaração, concede ao paciente o benefício da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06.

Sustenta, dessa forma, que o paciente sofre constrangimento ilegal, tendo em vista que a decisão do Tribunal *a quo* agravou sua pena, configurando *reformatio in pejus*, o que é expressamente vedado pelo art. 617 do Código de Processo Penal, quando somente for interposto recurso defensivo.

Cita precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal em abono à sua tese. Assevera que, em parecer formulado na apelação (fls. 27/33), o Ministério Público opinou pela redução da pena fixada ao paciente "quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes à luz do art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n.º 11.343/06" (fl. 33).

Requer a concessão da ordem para cassar o acórdão dos embargos de declaração para, conseqüentemente, reduzir "o percentual de 2/3 da pena aplicada ao crime de tráfico com fundamento no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06" (fl. 9).

Sem liminar, foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pela concessão da ordem, em parecer assim sumariado (fl. 82):

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI ANTIDROGAS. RECONHECIMENTO DO DIREITO NO RECURSO DE APELAÇÃO. AFASTAMENTO DA BENESSE EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PELA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS.

Se o acórdão proferido no recurso de apelação reconheceu que o réu tinha direito à redução da pena, por aplicação retroativa da Lei n.º 11.343/2006, ainda que eventualmente tivesse laborado em erro, não poderia, em sede de embargos de declaratórios opostos pela Defesa, reformar a decisão, para cassar o benefício, pois em assim fazendo, flagrantemente, operou proibida *reformatio in pejus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, deve ser operada a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, sobre a pena prevista em seu caput, a fim de se evitar combinação de leis.

Parecer pela concessão da ordem para anular o acórdão proferido nos embargos declaratórios, determinando que a Corte local opere a redução da pena, caso essa Douta Turma já não prefira fazê-lo.”

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 114.504 - RJ (2008/0191545-5)

EMENTA

PROCESSO PENAL. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. REDUÇÃO PERMITIDA NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA DEFESA. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. INVIABILIDADE. *REFORMATIO IN PEJUS*.

Em processo penal, a pretexto de corrigir erro material, não pode o julgador impedir benefício auferido ou agravar a situação do acusado quando diante de recurso somente da defesa.

In casu, o acórdão da apelação garantiu ao réu o direito à redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, não sendo possível ao Tribunal, em sede de aclaratórios aberta pela defesa, corrigir suposto erro de julgamento.

Ordem concedida para anular o acórdão dos embargos de declaração e determinar novo julgamento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Sobre a discussão, não há dúvida de que o Tribunal *a quo*, no julgamento da apelação da defesa do paciente reconheceu o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2003, conforme se lê expressamente do acórdão (fl. 39):

“Em face da entrada em vigência da lei 11.343/06, e em respeito ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, deve ser aplicado, em favor do réu, o art. 33, parágrafo 4º da referida lei, que prevê causa de diminuição de pena, de um sexto a dois terços, se o acusado possuir, cumulativamente, bons antecedentes, ser réu primário, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organizações criminosas.”

E veja-se que em face desse entendimento foi excluída a hipótese de aplicação de pena substitutiva, nos seguintes termos:

“Todavia, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na espécie dos autos, não é recomendável, por se tratar de condenação por tráfico de drogas, crime assemelhado aos hediondos, e, como de sabença correntia, os acusados da prática deste delito não atendem aos requisitos do art. 44 do CP, o que o impossibilita o deferimento do pedido.

Ademais, a lei 11.343/06, em seu art. 33, parágrafo 4º, impossibilita, uma vez reduzida a pena, pelos motivos ali expostos, que esta seja convertida em restritivas de direitos.” (Destaquei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com relação a essas passagens, concluiu o Tribunal *a quo* pela existência de erro material, corrigível a qualquer tempo e modo.

Com a devida vênia, tal não se permite.

De fato, jamais se pode considerar como erro material parte dispositiva de decisão que serve a intuito específico, no caso, o de firmar o benefício da redução da pena, e, ao mesmo tempo, se apresenta na condição de fundamento de negação de pretensão da defesa quanto à substituição da pena.

De erro material, portanto, não cuida a hipótese.

E mesmo considerando a existência de erro material, em processo penal não é possível a sua configuração em prejuízo do acusado, seja qual for a sede do equívoco jurisdicional.

Por oportuno, é bom lembrar que o processo penal é garantia inafastável do acusado, que ao buscar a tutela estatal não pode ter sua situação agravada, conforme bem ressaltou a Suprema Corte em festejado precedente:

“SENTENÇA PENAL. Capítulo decisório. Condenação. Pena privativa de liberdade. Reclusão. Fixação. Soma dos fatores considerados na dosimetria. Erro de cálculo. Estipulação final de pena inferior à devida. Trânsito em julgado para o Ministério Público. Recurso de apelação da defesa. Improvimento. Acórdão que, no entanto, aumenta de ofício a pena, a título de correção de erro material. Inadmissibilidade. Ofensa à proibição da *reformatio in peius*. HC concedido para restabelecer o teor da sentença de primeiro grau. Não é lícito ao tribunal, na cognição de recurso da defesa, agravar a pena do réu, sob fundamento de corrigir ex officio erro material da sentença na somatória dos fatores considerados no processo de individualização.” (HC 83.545/SP, STF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJU 03.03.06).

Outro não é o entendimento desta Corte, a exemplo do seguinte julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO NÃO IMPLEMENTADA. REVISÃO CRIMINAL. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMATIO IN PEJUS.

1. Em sede de revisão criminal, não é possível obter a alteração do julgado em prejuízo do Réu, a despeito de se tratar de evidente erro material.

2. A recente jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou o entendimento no sentido de que a correção, de ofício, de erro material na sentença condenatória, em prejuízo do condenado, quando feito em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível *reformatio in pejus*, o que ocorreria na presente hipótese.

3. Recurso desprovido.” (AgRg no REsp 942.712/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

07/02/2011)

Portanto, sem mais delongas, tenho como presente a existência de constrangimento ilegal a ensejar o provimento heroico, sobretudo para se anular o acórdão dos embargos de declaração.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para anular a decisão proferida nos embargos de declaração, de modo a determinar que o Tribunal *a quo*, em novo pronunciamento, analise quanto da redução da pena vai caber ao caso concreto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0191545-5

HC 114.504 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200600724481 200605005546

EM MESA

JULGADO: 26/04/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MÁRCIO FRANÇA

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

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, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.