



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 174.472 - SP (2010/0097768-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : LUAN PEREIRA DE ANDRADE (PRESO)
ADVOGADO : JAIME ALEJANDRO MOTTA SALAZAR

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. PLEITO DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

– Os embargos declaratórios não se prestam para o reexame de questões já apreciadas na decisão impugnada, nem para o prequestionamento de matéria constitucional com vistas a interposição de recurso extraordinário, pois a via do especial é destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional.

– No acórdão embargado, de forma explícita, decidiu-se todas as questões suscitadas no *writ*, mormente quanto à possibilidade de se fixar regime prisional diverso do fechado aos condenados por crime de tráfico de drogas, encontrando-se a decisão em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

Embargos declaratórios rejeitados.

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, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 22 de outubro de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD

(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 174.472 - SP (2010/0097768-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : LUAN PEREIRA DE ANDRADE (PRESO)
ADVOGADO : JAIME ALEJANDRO MOTTA SALAZAR

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):

Embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão da relatoria do Ministro Og Fernandes ementado nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO PREJUDICADO. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. À luz do disposto no art. 105 da Constituição Federal, esta Corte de Justiça não vem mais admitindo a utilização do habeas corpus como substituto de recurso ordinário, recurso especial, ou revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. Impende ressaltar que, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada obsta que se defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal.

3. Sobrevindo o trânsito em julgado da sentença condenatória, fica esvaziado o pedido concernente ao direito de recorrer em liberdade, pois a prisão, antes provisória, tornou-se definitiva.

4. De outra parte, o Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus n. 111.840/ES) declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, afastando a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena no regime fechado. Da mesma forma, entendeu possível, já diante da Lei n. 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

5. Observa-se que as instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos contidos nos autos com base nos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal brasileiro, visto que fundamentou a fixação do regime fechado na hediondez e na gravidade abstrata do delito. Da mesma forma, vedou a substituição da pena privativa de liberdade.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente para que o Juízo da execução reavalie, com base em dados concretos, a aplicação do regime prisional. (Fls. 110/111)

Sustenta o *Parquet* Federal não ser possível a fixação de regime prisional diverso do fechado aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, ao argumento de que a previsão legal se encontra em consonância com a Constituição Federal por se tratar de crime equiparado a hediondo. Afirmar, outrossim, que a decisão embargada pautou-se em precedente do Pretório Excelso que decidiu incidentalmente a inconstitucionalidade da obrigatoriedade da fixação do regime fechado para os crimes de tráfico de entorpecentes.

Requer, assim, o provimento do recurso com efeitos infringentes a fim de que *"seja emitido pronunciamento explícito sobre a infringência, ou não das disposições constitucionais citadas (CF, art. 52, X), o que inclusive pode ensejar a modificação do v. aresto embargado (...)"* (fl.128).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 174.472 - SP (2010/0097768-0)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Os embargos declaratórios são cabíveis para expungir da decisão impugnada os vícios de omissão, contradição ou obscuridade, bem como para sanar erro material, o que não ocorre na espécie.

O Ministério Público Federal, no caso, não apontou nenhum desses vícios. Na realidade, verifica-se que, nestes embargos, objetiva tão somente a manifestação desta Sexta Turma, para fins de prequestionamento de dispositivo constitucional.

Anote-se, neste ponto, que os embargos declaratórios não são cabíveis para tal fim, pois esta Corte Superior não possui competência para a análise de matéria constitucional.

Sobre a questão, confirmam-se os seguintes julgados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. (1) CONTRADIÇÃO. ACÓRDÃO. RELATÓRIO: MENÇÃO A PARECER PELA DENEGAÇÃO. EMENTA E VOTO: ALUSÃO A PARECER FAVORÁVEL. MODIFICAÇÃO DO DECISUM. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PROVIDÊNCIA CARENTE DE UTILIDADE (2) OMISSÃO. (A) PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIA IMPRÓPRIA. (B) EXISTÊNCIA DE TESE FIRMADA EM RECURSO REPETITIVO. DESRESPEITO. NÃO OCORRÊNCIA. MENÇÃO A REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA JULGADO POR OUTRA SEÇÃO. APRECIÇÃO PELO VIÉS ADMINISTRATIVO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A ocorrência de mera irregularidade no decisum não traz prejuízo, como a menção a parecer ministerial favorável, quando, em verdade, fora tal peça contrária à pretensão formulada. Assim, ausente interesse recursal, não é de se acolher os embargos de declaração.

2. É pacífica a jurisprudência desta Corte quanto à imprestabilidade dos embargos de declaração para o fim de prequestionar matéria constitucional, sob o risco de, caso contrário, invadir-se competência própria do Pretório Excelso.

3. Não há falar em desrespeito ao conteúdo de tese firmada em sede de recurso repetitivo, da lavra de outra Seção desta Corte, quando o tema lá versado o foi com viés distinto, ou seja, com enfoque de Direito Administrativo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no HC 174.373/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22.8.2013; grifou-se.)

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 619 DO CPP. AMBIGUIDADE, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE INEXISTENTES. INCONFORMISMO. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL SUPERVENIENTE. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES DOS DECLARATÓRIOS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

I. No caso, toda a matéria necessária à solução da controvérsia foi enfrentada pelo acórdão embargado, que manteve a orientação jurisprudencial do Órgão julgador, à época do julgamento do Agravo Regimental, acerca da matéria, ao entendimento de que os embargos de declaração não constituem veículo próprio para o exame das razões atinentes ao inconformismo da parte, tampouco meio de revisão, rediscussão e reforma de matéria já decidida, porquanto "o recurso de embargos de declaração não é meio hábil para adaptar o entendimento do acórdão embargado à posterior mudança jurisprudencial" (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1122471/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 18/02/2013).

II. Inexistindo, no acórdão embargado, qualquer omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade, nos termos do art. 619 do CPP, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam, uma vez mais, o inconformismo do embargante com as conclusões do decisor.

III. O prequestionamento da matéria não se mostra cabível, em embargos de declaração, se não ocorrerem os pressupostos de obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão no acórdão, mesmo porque, consoante a jurisprudência do STJ, não tem ele competência para se manifestar sobre suposta violação a dispositivo constitucional IV. Embargos de Declaração rejeitados. (EDcl nos EDcl no AgRg no HC 205.399/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 19/04/2013; grifou-se.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO EMBARGADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. MERO INCONFORMISMO E PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.

1. Não existindo e não demonstrando os embargantes a existência no acórdão de ambiguidade, contradição, obscuridade ou omissão, não há que se falar de ofensa ao disposto no artigo 619 do Código de Processo Penal.

2. Os embargos de declaração não se prestam para sanar o inconformismo da parte com o resultado desfavorável no julgamento ou para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rediscutir matéria já decidida.

3. O acórdão embargado examinou todas as questões arguidas no Habeas corpus e necessárias à solução da controvérsia, de modo que são incabíveis os embargos de declaração, ante a ausência dos requisitos autorizadores previstos no art. 619 do Código de Processo Penal.

4. De acordo com a jurisprudência da Corte, os embargos de declaração opostos com o fim de prequestionamento, objetivando a interposição de recurso extraordinário, somente podem ser acolhidos se presentes alguns dos vícios do art. 535 do CPC. Hipótese não configurada no caso concreto.

5. Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl no RHC 32.366/RS, Rel. Ministro Campos Marques – Desembargador convocado do TJ/PR, DJe 5/6/2013; grifou-se).

Com efeito, no acórdão embargado, esta Sexta Turma, de forma explícita, apreciou e decidiu todas as questões suscitadas no *writ*, mormente quanto à possibilidade de se fixar regime prisional diverso do fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado, encontrando-se a decisão em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior, *in verbis*:

Primeiro, importa salientar que esta Corte, alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado, em observância ao princípio da individualização da pena.

Portanto, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no tocante a tais delitos, devem ser normalmente seguidos os critérios previstos nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

A exemplo, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.os 440 DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 168 dias-multa, porque, no dia 09/01/2010, foi preso em flagrante delito, com 497,12g (quatrocentos e noventa e sete gramas e doze centigramas) de cocaína, destinadas à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comercialização ilícita.

2. **O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Inteligência das Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.**

3. A proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos foi afastada pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, que ensejou a edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções que, à luz dos elementos constantes nos autos de execução, proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie, bem como examine o preenchimento ou não pelo Paciente dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos. (HC nº 213.593/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 25/4/2013.)

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME ABERTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- **A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. 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.**

- Na hipótese dos autos, tendo a pena sido fixada em 01 (ano) e 08 (oito) meses de reclusão, a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aplicada no patamar máximo, sendo o réu não reincidente e favoráveis as circunstâncias - não expressiva a quantidade de droga apreendida (quatro pedras de crack) a fixação do regime aberto é medida que se impõe.

- Recurso especial provido para fixar o regime aberto como inicial para o cumprimento da pena (REsp nº 1.364.906/MG, Relatora a Desembargadora convocada Marilza Maynard, DJe de 25/4/2013) – Fls. 114/115; grifos no original.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, não devem ser acolhidos os presentes embargos de declaração, que, como é cediço, não se prestam para o reexame de questões já apreciadas na decisão impugnada.

Ante o exposto, rejeito os embargos declaratórios.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0097768-0

EDcl no
HC 174.472 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 18392009 990102149617

EM MESA

JULGADO: 22/10/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JAIME ALEJANDRO MOTTA SALAZAR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN PEREIRA DE ANDRADE (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 : LUAN PEREIRA DE ANDRADE (PRESO)
ADVOGADO : JAIME ALEJANDRO MOTTA SALAZAR

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, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.