



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 565139 - SP (2020/0056933-5)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
EMBARGANTE : VINICIUS FERREIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL YAMASHITA ALVES DE MELLO - SP391370
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. HABITUALIDADE DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MERO INCONFORMISMO DA PARTE EMBARGANTE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração destinam-se a desfazer ambiguidade, aclarar obscuridade, eliminar contradição ou suprir omissão existentes no julgado (art. 619 do CPP).

2. Inexiste contradição em acórdão do STJ que ratifica julgado do tribunal de origem que fixa pena-base no mínimo legal, mediante fundamentação concreta, amparada na quantidade e na natureza de entorpecente apreendido, e, por essa razão, impõe regime prisional mais gravoso do que aquele indicado pelo *quantum* de pena estabelecido.

3. O mero inconformismo da parte embargante com o resultado do julgamento não é suficiente para o acolhimento dos embargos de declaração, que, inclusive, não se prestam para provocar o reexame da causa.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de outubro de 2021.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 565139 - SP (2020/0056933-5)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
EMBARGANTE : VINICIUS FERREIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL YAMASHITA ALVES DE MELLO - SP391370
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. HABITUALIDADE DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MERO INCONFORMISMO DA PARTE EMBARGANTE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração destinam-se a desfazer ambiguidade, aclarar obscuridade, eliminar contradição ou suprir omissão existentes no julgado (art. 619 do CPP).

2. Inexiste contradição em acórdão do STJ que ratifica julgado do tribunal de origem que fixa pena-base no mínimo legal, mediante fundamentação concreta, amparada na quantidade e na natureza de entorpecente apreendido, e, por essa razão, impõe regime prisional mais gravoso do que aquele indicado pelo *quantum* de pena estabelecido.

3. O mero inconformismo da parte embargante com o resultado do julgamento não é suficiente para o acolhimento dos embargos de declaração, que, inclusive, não se prestam para provocar o reexame da causa.

4. Embargos de declaração rejeitados.

RELATÓRIO

VINÍCIUS FERREIRA DA SILVA opõe embargos de declaração ao acórdão assim ementado (fl. 569):

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME INICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312, 313 e 315 do Código de Processo Penal.

2. São fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas.

3. A apreensão de instrumentos geralmente utilizados nas atividades relacionadas ao tráfico de entorpecentes (balança de precisão, embalagens, caderno de anotações), de expressiva quantidade de dinheiro e de elevada quantidade e variedade de drogas evidencia o envolvimento habitual do agente com a narcotraficância.

4. A manutenção de custódia cautelar ganha reforço com a prolação de sentença condenatória que não concede a paciente que ficou preso durante toda a instrução processual o direito de recorrer em liberdade, por subsistirem as circunstâncias que justificaram a decretação da prisão preventiva.

5. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena, desde que fundamente concretamente a decisão.

6. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida são fundamentos idôneos para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso.

7. Agravo regimental desprovido.

Em suas razões, o embargante sustenta que houve contradição no acórdão embargado, em razão do "fato de que fixada a pena no mínimo legal, ou seja, nunca demais repetir, inexistente circunstância judicial desfavorável, evidente que não há fundamento para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pela quantidade de pena aplicada, conforme inclusive ressaltado pelo Ministério Público Federal em seu parecer acostado no **AREsp n. 1.726.708/SP**" (fl. 578).

Requer o provimento dos embargos para que seja sanada a contradição apontada, fixando-se o regime inicial semiaberto.

É o relatório.

VOTO

Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a desfazer ambiguidade, aclarar obscuridade, eliminar contradição ou suprir omissão existentes no julgado.

No presente caso, a parte não aponta contradição passível de ser sanada pelo STJ em embargos de declaração.

Apenas demonstra seu interesse na reanálise da imposição de regime menos gravoso. Sustenta, inclusive, que o fundamento utilizado no acórdão para não acolher o pedido foi tão somente a presença de circunstância judicial desfavorável; entretanto, as razões foram a quantidade e diversidade das drogas apreendidas e a habitualidade delitiva, *in verbis* (fls. 574-576, destaquei):

Para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, o Tribunal local, soberano na análise dos fatos e provas dos autos, adotou os seguintes fundamentos (fls. 352-358, destaquei):

[...] Uma vez que, **apesar da primariedade formal do réu, restou comprovado nos autos a propriedade do mesmo sobre nada menos que 100,79g de "maconha" e 104,08g de "haxixe", as quais seriam preparadas e colocadas à disposição dos consumidores da cidade.**

Ora, **tamanha quantidade e diversidade** representa um perigo maior à saúde pública, atingindo incontáveis usuários, isto indica maior afetação ao bem juridicamente tutelado, com a colocação desta grande quantia de narcóticos na rua de cidade interiorana, as quais, por muitas vezes, não dispõem da estrutura ambulatorial para tratar de casos de overdose, **circunstâncias estas que tornam a atitude do réu de alta periculosidade e extremamente reprovável, conforme o disposto no artigo 42, da Lei de Drogas.**

[...]

Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado, sendo que o próprio artigo 33, em seu parágrafo terceiro, determina que na fixação do regime inicial o Magistrado deverá observar não só o *quantum* de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Eis que, no caso em tela, **o réu não apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, pois demonstra elevada periculosidade, como já ressaltado, sendo detido em posse de**

grande quantidade e diversidade de narcóticos, os quais seriam preparados e colocados à disposição de incontáveis usuários, mantendo nefasto vício que ceifa vidas jovens e destrói famílias, demonstrando, assim, total descaso com a vida alheia na busca pelo lucro.

Assim, a determinação do regime inicial como diverso daquele previsto no artigo 33, § 2º, do Código Penal, é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena.

Nesse sentido:

[...]

Ademais, tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangem ao combate a narcotraficância, dos quais o país é signatário.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.

Este é o entendimento adotado de forma majoritária por este Colendo Tribunal de Justiça:

[...]

Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena de inibir a prática de novas ações delituosas.

O art. 33, §§ 2º, *a, b e c*, e 3º, do Código Penal estabelece a regra geral para fixação do regime inicial de cumprimento da pena, pautando-se pela quantidade da reprimenda imposta ao final da dosimetria: a) fechado para a pena superior a 8 anos e, em casos de reincidência, para a pena igual ou inferior a 8 e superior a 4 anos; b) semiaberto para a pena igual ou inferior a 8 e superior a 4 anos, se primário o condenado; e c) aberto para a pena de até 4 anos.

Destaque-se que a escolha do regime fechado com base na hediondez do delito não encontra mais respaldo na jurisprudência das cortes superiores, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal.

O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena desde que fundamente concretamente.

É incabível, todavia, a fixação de regime prisional mais gravoso com base apenas na gravidade abstrata do delito, especialmente quando a pena-base foi estabelecida no mínimo legal.

A propósito, confira-se o enunciado da Súmula n. 440 do STJ:

- Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

O STF também possui orientação firmada no mesmo sentido. Vejam-se, respectivamente, as Súmulas n. 718 e 719:

- A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

- A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No presente caso, em que **a condenação aplicada foi de 5 anos de reclusão,** o Tribunal de origem considerou a elevada periculosidade do agravante, **com dedicação ao tráfico de drogas, apreendido com excessiva quantidade de drogas (100,79g de maconha e 104,08g de haxixe),** o que justifica a imposição de regime diverso dos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal, devendo, portanto, ser **mantido o regime inicial fechado,** fixado na origem.

Nesse sentido destaco os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da

dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada, sobretudo, pela quantidade e natureza das drogas apreendidas - 39,192g de cocaína (49 porções) e 350,812g de maconha (7 porções) -, está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso.

In casu, fixada a pena em 5 anos de reclusão, o regime fechado (o mais gravoso, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, elencadas legalmente como circunstância preponderante.

4. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 430.016/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 23/3/2018).

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REQUISITO OBJETIVO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. No caso, o Tribunal a quo, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida (mais de 80g de crack e mais de 88g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Embora o paciente seja primário e o somatório das penas tenha ficado em 4 anos e 10 meses de reclusão, o Tribunal de origem, diante do *quantum* da pena aplicada e da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, fixou motivadamente o regime fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), em consonância com a jurisprudência desta Corte.

6. Estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 360.686/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/9/2016).

Portanto, agiu com acerto o Tribunal de origem, não sendo possível a fixação de regime mais brando.

Não há contradição no *decisum* embargado, pois, **embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o regime inicial fechado foi fixado com fundamento na elevada quantidade de entorpecentes em posse do embargante (100,79g de maconha e 104,08g de haxixe), além de a Corte de origem ter visado inibir a prática de novos delitos, por ter considerado a habitualidade delitiva do agente no tráfico de drogas.**

Ademais, como explicitado no acórdão recorrido, o entendimento está em consonância com a jurisprudência do STJ de que, "conquanto fixada a pena-base no mínimo legal, a existência de

fundamentação concreta, lastreada na quantidade do entorpecente apreendido, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele indicado pelo *quantum* de pena estabelecido" (AgRg no HC n. 631.479/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 9/2/2021).

No mesmo sentido: AgRg no HC n. 658.930/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 6/8/2021; e AgRg no HC n. 632.654/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 15/6/2021.

Assim, não há contradição no *decisum* embargado, pois "os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal" (HC n. 613.196/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 20/9/2021).

Portanto, a matéria foi devidamente apreciada, não havendo falar em ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nem mesmo em erro material, o que demonstra a impossibilidade de acolhimento dos presentes aclaratórios, haja vista não se ter verificado nenhuma das hipóteses do art. 619 do Código de Processo Penal.

Registre-se que a mera irresignação do embargante com o entendimento adotado no acórdão do agravo regimental no *habeas corpus* não viabiliza a oposição dos aclaratórios (EDcl nos EDcl no RHC n. 75.500/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 5/4/2017).

Por fim, a contradição que autoriza a utilização dos aclaratórios não com decisão nem com o parecer apresentado pelo Ministério Público Federal em outro processo, mas sim aquela interna à própria decisão, "existente entre as proposições da própria decisão, do julgado com ele mesmo, ou seja, é aquela existente entre a fundamentação e o dispositivo, entre o relatório e a fundamentação, entre o dispositivo e a ementa e ainda entre os tópicos internos da decisão, que prejudica a racionalidade do julgado, afetando-lhe a coerência, e não aquela existente entre o julgado e a lei, o entendimento da parte, os fatos e provas dos autos ou com o entendimento exarado em outros julgados" (EDcl no MS n. 15.828/DF, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 19/12/2016).

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0056933-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no AgRg nos EDcl no**
HC 565.139 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15011767120198260616

EM MESA

JULGADO: 05/10/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL YAMASHITA ALVES DE MELLO
ADVOGADO : RAFAEL YAMASHITA ALVES DE MELLO - SP391370
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS FERREIRA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : VINICIUS FERREIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL YAMASHITA ALVES DE MELLO - SP391370
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.