



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.714.911 - SP (2017/0320101-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
EMBARGANTE : HENRIQUE DE MORAES
ADVOGADO : FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP198437
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DETRAÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. RECURSO ACOLHIDO.

1. Os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. No caso, observa-se que o acórdão impugnado deixou de se manifestar sobre a suposta negativa de vigência do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, embora tal tema tenha sido devidamente questionado nas razões recursais.

2. Com o advento da Lei 12.736/12, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. Precedentes.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar a omissão apontada, e, sendo assim, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reavalie o regime prisional, à luz do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.714.911 - SP (2017/0320101-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
EMBARGANTE : **HENRIQUE DE MORAES**
ADVOGADO : **FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP198437**
EMBARGADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos por **HENRIQUE DE MORAES** de julgado desta Quinta Turma, assim ementado:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA MODULAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.434/2006 E ESTABELECE O REGIME INICIAL FECHADO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

3. Hipótese em que a Corte de origem, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, aplicou a fração do redutor em 1/6, com fundamento na quantidade da droga apreendida (846 gramas de maconha), o que não se mostra desproporcional.

4. Embora o agravante seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado está devidamente motivado na significativa quantidade da droga apreendida, a teor do art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

5. É entendimento pacificado nesta Corte que inexistente *bis in idem* quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas para modular a minorante e, também, para fixar o regime prisional mais grave. Precedentes.

6. Agravo regimental não provido."

O embargante alega omissão no julgado, uma vez que não foi observada a alegada negativa de vigência do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal. Afirma que o decote do tempo de prisão cautelar (6 meses), acarreta a fixação do regime mais brando.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada a fim de que seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

examinado o ponto omissis no acórdão impugnado, a fim de seja aplicado o regime semiaberto ou aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.714.911 - SP (2017/0320101-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
EMBARGANTE : HENRIQUE DE MORAES
ADVOGADO : FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP198437
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DETRAÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. RECURSO ACOLHIDO.

1. Os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. No caso, observa-se que o acórdão impugnado deixou de se manifestar sobre a suposta negativa de vigência do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, embora tal tema tenha sido devidamente questionado nas razões recursais.

2. Com o advento da Lei 12.736/12, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. Precedentes.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar a omissão apontada, e, sendo assim, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reavalie o regime prisional, à luz do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

O recurso comporta provimento.

De início, vale ressaltar que os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte (EDcl no AgRg no AREsp 669.505/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/8/2015).

No caso, verifica-se que, de fato, embora devidamente questionada a contrariedade do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o acórdão impugnado deixou de apreciar a questão.

Segundo se observa, o regime inicial fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo a pena aplicada), foi mantido tendo como fundamento a quantidade de droga apreendida.

Vejamos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, embora o recorrente seja primário e a pena definitiva tenha sido estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) mostra-se adequado à espécie, em razão da valoração negativa de circunstância judicial na terceira etapa da dosimetria (quantidade de entorpecente apreendido: **846 gramas de maconha**), nos termos da legislação de regência, não se configurando, ao contrário do sustentado pela defesa, o alegado *bis in idem*.

A propósito:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE, *IN CASU*. ALEGADO *BIS IN IDEM* NA UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DA DROGA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E FIXAR O MODO PRISIONAL MAIS SEVERO. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA FINAL FIXADA EM PATAMAR SUPERIOR A 5 ANOS. INVIABILIDADE AGRAVO DESPROVIDO.

- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal - CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida (1.085g de cocaína).

- Rever a fração aplicada na origem a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é procedimento vedado a este Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial, em que não se admite o reexame de matéria fático-probatória. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte (ut, AgRg no REsp 1470904/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/12/2014).

- Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao recorrente não reincidente, condenado à pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína). (HC 228.963/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/4/2015).

- Não há falar em *bis in idem* na utilização da quantidade do entorpecente para exasperar pena-base e fixar o regime inicial mais severo

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

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1317838/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP), SEXTA TURMA, julgado em 3/3/2016, DJe 16/3/2016).

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na falta de parâmetros legais, a quantidade de droga apreendida, entre outras circunstâncias do delito, pode servir para a definição do patamar de redução - de um sexto até dois terços - e para impedir a aplicação do referido benefício quando evidenciar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no REsp 1.298.240/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 22/6/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 869.591/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2016). No caso, a aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, segundo a qual considerou a elevada quantidade de droga apreendida - 1.900g de pasta-base de cocaína mais 30g de maconha.

2. Verifica-se ter sido dada correta interpretação aos dispostos no art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, e o sentenciado seja primário, o regime fechado é o cabível à espécie, dada a presença de circunstâncias desfavoráveis, qual seja, a grande quantidade da droga apreendida, que foram inclusive devidamente sopesadas na terceira fase do cálculo da pena, a fim de afastar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Restando a pena definitiva superior a 4 anos, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois o agravante não atende ao requisito objetivo para o deferimento da permuta legal. (Precedentes.)

4. Agravo regimental não provido.'

(AgRg no AREsp 1002290/AM, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 13/6/2017, DJe 23/6/2017)

Quanto ao pedido de desconto do tempo de prisão provisória, para fins de estabelecimento do regime mais brando, a Corte estadual assim se manifestou:

Por fim, inviável o manuseio da detração, nos moldes do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Isto porque, a novel legislação contemplou apenas uma autorização para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo da prisão cautelar, o que não implica transformar o juiz sentenciante em um juiz de execução penal.

Mormente, pois somente o juiz da execução penal possui, com maior propriedade, o quadro completo das condenações daquele réu, do seu comportamento carcerário e do seu merecimento.

Assim, em determinadas situações, temerário se revela o manuseio da detração pelo magistrado da condenação, representando o caso sub judice.

Consoante possível observar, o regime está devidamente fundamentado, malgrado a insatisfação da defesa do embargante, inexistindo, assim, omissão ou contradição a sanar.

Entretanto, ocorre que o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, refere-se ao regime de cumprimento inicial de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, própria da execução penal, devendo o Juiz sentenciante verificar, no momento oportuno da prolação da sentença, a possibilidade de se fixar um regime mais brando de acordo com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detração no caso concreto, não havendo se falar em análise dos requisitos objetivos e subjetivos.

Logo, a fim de se assegurar a correta interpretação do referido dispositivo legal, cabe ao Tribunal de origem verificar a possibilidade de fixação de regime mais brando, descontado o período em que o recorrente permaneceu preso provisoriamente, consoante determina o art. 387, § 2º, do CPP.

Ante o exposto, **acolho** os presentes embargos de declaração para sanar a omissão apontada, e, sendo assim, determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reavalie o regime prisional à luz do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0320101-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no AgInt no REsp 1.714.911 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00053209320118260180 0020000 00200593920118260320 1223/2011 12232011 20000
200593920118260320 20150000639254 2016000012656 20160000922027
53209320118260180 RI002PMWB0000

EM MESA

JULGADO: 06/11/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : HENRIQUE DE MORAES
ADVOGADOS : FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA - SP198437
MARCELO CYPRIANO - SP326669
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : CARLOS EDUARDO DE LIMA
CORRÉU : MARIA FERNANDA NOBRE

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 : HENRIQUE DE MORAES
ADVOGADO : FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP198437
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO 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, acolheu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.