



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 291.971 - SP (2014/0075191-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : RODRIGO RODRIGUES DE MELO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO LEGAL (§ 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, NA REDAÇÃO DA LEI N. 11.464/2007). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, AMBIGUIDADE, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE.

1. É cediço que os embargos de declaração somente podem ser utilizados quando, na decisão, houver obscuridade, contradição ou omissão acerca de ponto sobre o qual devia se pronunciar o juiz ou tribunal, e não o fez, nos termos do que dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal.

2. A decisão hostilizada foi clara ao afirmar a existência de constrangimento ilegal apto a justificar a possibilidade de aplicação de regime menos gravoso em favor do paciente, pois fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, fundamento considerado inidôneo por esta Corte Superior e pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Incabível o manejo dos embargos de declaração para a rediscussão da tese jurídica debatida e aplicada pelo órgão julgador, sobretudo quando inexistente vício - omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade - na decisão embargada.

4. Embargos de declaração 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, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 02 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 291.971 - SP (2014/0075191-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de embargos de declaração opostos pelo **Ministério Público Federal** ao acórdão proferido pela Sexta Turma que julgou o agravo regimental interposto contra decisão monocrática que concedeu, de ofício, a ordem para, confirmando a liminar, manter o paciente no regime inicial semiaberto.

No acórdão embargado, ficou consignado que a decisão agravada estava consentânea com a jurisprudência desta Corte, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos. Eis a ementa do acórdão impugnado:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL E FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática, que negou seguimento ao *habeas corpus*, mas concedeu, de ofício, a ordem, porque a questão nele levantada se encontra em consonância com jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

2. Agravo regimental improvido.

O embargante sustenta *não ser possível a fixação de regime prisional diverso do fechado aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, visto que a previsão legal se encontra em consonância com a Constituição Federal por se tratar de crime equiparado a hediondo, que requer tratamento diferenciado, não afrontando a garantia da individualização da pena* (fl. 167).

Assim, requer sejam admitidos e acolhidos os presentes Embargos Declaratórios, para que, em estrito atendimento à técnica do prequestionamento, seja emitido pronunciamento explícito acerca da disposição do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, bem como sobre a infringência, ou não, da disposição constitucional citada (CF, art. 52, X e art. 5º, II), o que inclusive pode ensejar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificação do v. aresto embargado (fl. 167).

Dispensou-se a oitiva da parte contrária.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 291.971 - SP (2014/0075191-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Ab initio, em essência, a oposição de embargos de declaração almeja o aprimoramento da prestação jurisdicional, por meio da modificação de julgado que se apresenta omissa, contraditório, obscuro ou com erro material (art. 619 do CPP).

Nas razões dos embargos, o Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior sustenta o seguinte (fls. 162/167 – grifo nosso):

[...]

A Sexta Turma dessa Colenda Corte Superior houve por bem negar provimento ao agravo regimental interposto em face da r. decisão que negou seguimento ao *habeas corpus*, mas, concedeu, de ofício, a ordem, para manter o paciente no regime inicial semiaberto.

[...]

O v. aresto ora embargado firmou entendimento no sentido de que, com base em julgados proferidos pelas turmas que compõem a Terceira Seção dessa Corte de Justiça, é possível a fixação do regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado, devendo o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ocorre que, no parecer ministerial, foi observado que, sendo o crime de tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo, se deve observar necessariamente o quanto dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com nova redação dada pela Lei nº 11.464/07, in ver bis:

[...]

Todavia, *data maxima venia*, a esse respeito não houve pronunciamento judicial, ensejando a oposição dos presentes declaratórios para fins de prequestionamento.

Com efeito, o aresto ora embargado fundamentou a concessão da ordem com arrimo na declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990 (com redação dada pela Lei n.º 11.464/2007) proferida no julgamento do *Habeas Corpus* nº 111,840/ES.

Observa-se que, no plano da jurisdição constitucional brasileira, o Excelso STF não se diferencia dos demais juízes e tribunais pátrios no exercício, de modo incidental, do controle difuso de constitucionalidade no caso concreto, sendo certo que tal decisão produz efeitos interpartes e ex tunc.

Entretanto, essa declaração de inconstitucionalidade em sede de remédio heroico perante o STF, eventualmente, abre ensejo à suspensão da execução da lei, dentro dos parâmetros estabelecidos pela decisão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mediante a participação do Senado Federal, nos moldes estabelecidos pelo art. 52, X, da CF, in verbis:

[...]

Nesse mesmo sentido é a regra vigente do artigo 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Somente após a efetiva suspensão pelo Senado, as leis declaradas inconstitucionais pela Corte Suprema terão eficácia erga omnes e ex nunc. Enquanto isso não ocorre, forçoso reconhecer que o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007 obriga a todos os condenados por tráfico de entorpecentes o início de cumprimento de pena no regime fechado, haja vista o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Ad argumentandum tantum, frisa-se que essas observações são feitas à luz da recente polêmica envolvendo a Reclamação nº 4335/AC, em que o STF, em acórdão da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgou-a procedente por reconhecer, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC nº 82959/SP, em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

A procedência dessa reclamação teve por fundamento o argumento de que os motivos determinantes em um caso concreto o transcendem para aplicação dos efeitos da decisão aos demais casos análogos. No entender do Ministro Gilmar Mendes, devido a uma mutação constitucional que teria sofrido o art. 52, X, da CF, ao Senado cumpre tão somente o dever de dar publicidade às decisões do STF, diante do que chamou de abstrativização e objetivação do controle difuso.

Entretanto, dar efeito vinculante em controle difuso, seria ferir de morte o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, além de aniquilar o princípio da separação dos Poderes decorrente de um ativismo exacerbado.

Corrobora esse entendimento a doutrina 2 de Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, senão vejamos:

[...]

Nota-se que este fenômeno atualmente se repete no presente caso, tendo em vista que o v. acórdão embargado, com fundamento em precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção desse STJ que, por sua vez, adotam o v. aresto proferido em sede de controle difuso pelo STF no HC nº 111.840/ES, admitiu a possibilidade aos condenados por crime de tráfico cumprir pena em regime prisional diverso do fechado.

Repita-se, entendendo não ser possível a fixação de regime prisional diverso do fechado aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, visto que a previsão legal se encontra em consonância com a Constituição Federal por se tratar de crime equiparado a hediondo, que requer tratamento diferenciado, não afrontando a garantia da individualização da pena.

Com estas considerações, e renovando a melhor expressão de admiração e respeitoso apreço aos Eminentíssimos Ministros desse Egrégio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Superior, espera e confia o Ministério Público Federal haverão de ser admitidos e acolhidos os presentes Embargos Declaratórios, para que, em estrito atendimento à técnica do prequestionamento, seja emitido pronunciamento explícito acerca da disposição do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, bem como sobre a infringência, ou não, da disposição constitucional citada (CF, art. 52, X e art. 5º, II), o que inclusive pode ensejar a modificação do v. aresto embargado 3, tudo a bem da realização da costumeira, soberana e sempre acatada JUSTIÇA.

Com efeito, no julgamento do agravo interposto, negou-se provimento ao recurso porque a decisão impugnada se encontrava em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

E, na decisão monocrática objeto do agravo regimental, deixou-se claro que não subsiste a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena para os crimes hediondos e equiparados, devendo o Juiz singular observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.

Na hipótese dos autos, foi fixado o regime prisional fechado com base na vedação legal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e em fundamentos abstratos e genéricos.

Contudo, não foi objeto de debate explícito a questão que envolvia a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 e a abstrativização e objetivação do controle difuso, diante de uma eventual mutação constitucional que teria sofrido o art. 52, X, da Constituição Federal, pois foi com base em precedentes que esgotaram o tema que a Sexta Turma decidiu.

Certo é que, quando do julgamento do HC n. 82.959/SP (DJ 1º/9/2006), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou a eles equiparados deviam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Carta Magna.

E, se dúvida existia acerca da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados por tráfico de drogas, essa incerteza ficou superada. Mais recentemente, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e a eles equiparados.

Com base nesses precedentes e em outras razões, a Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o *quantum* de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, seria possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, conforme preconizado no art. 33 do Código Penal, aos réus condenados pelo crime de tráfico.

Não se olvida de que as decisões da Suprema Corte não possuem caráter vinculante, pois prolatadas declarações de inconstitucionalidade de maneira incidental em processos subjetivos. Ocorre que o posicionamento firmado naquela Corte vem ao encontro do entendimento desta Turma.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência deste Tribunal Superior:

[...] 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. [...]

(HC n. 272.338/MG, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 13/2/2014)

[...] O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corpus n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Assim, a fixação do regime de cumprimento da pena passou a observar a disciplina do art. 33 do Código Penal. [...]

(HC n. 281.522/DF, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 10/3/2014)

[...] O Supremo Tribunal Federal - no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também para essas espécies delitivas. [...]

(HC n. 277.873/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 9/12/2013)

Ademais, ignorar o reconhecimento de inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, feito pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que de modo incidental, causaria, aí sim, uma verdadeira violação do princípio da individualização da pena, pois somente aqueles que tivessem condições de levar seus recursos até a última instância teriam direito a um regime diverso do fechado, quando preenchidas as condições, ficando os demais, independentemente da pena, sujeitos ao regime inicial fechado.

À míngua de omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade a ser sanada, **rejeito** os embargos de declaração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0075191-9

**EDcl no AgRg no
HC 291.971 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00138996120138260050 138996120138260050 15532013 2014000016534 2832013

EM MESA

JULGADO: 02/12/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO RODRIGUES DE MELO

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 : RODRIGO RODRIGUES DE MELO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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