



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 473.028 - MG
(2014/0032802-2)**

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
EMBARGANTE : MARCO AURÉLIO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS SEM EFEITO MODIFICATIVO.

1. É firme o posicionamento no âmbito deste Sodalício no sentido de que a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não afasta o caráter hediondo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

SUSTENTAÇÃO ORAL NO JULGAMENTO DO REGIMENTAL. INVIABILIDADE. ART. 159 DO RISTJ.

1. Inviável o pleito de sustentação oral requerido pelo ora agravante, haja vista o óbice contido no art. 159 do RISTJ.

PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Os embargos de declaração não se prestam para forçar o prequestionamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de matéria de ordem constitucional, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para fazer integrar explicitamente ao acórdão embargado o entendimento desta Corte Superior sobre a manutenção do caráter hediondo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo quando aplicado o redutor previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 07 de maio de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 473.028 - MG
(2014/0032802-2)**

EMBARGANTE : MARCO AURÉLIO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos por MARCO AURÉLIO DOS SANTOS em face de acórdão de fls. 133/140 que negou provimento ao agravo em recurso especial por ausência de demonstração, na forma legal, do apontado dissídio jurisprudencial, porém, concedeu *habeas corpus* de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena, restando assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REDUTOR APLICADO NO PATAMAR MÁXIMO. SUBSTITUÍDA A SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE.

1. Considerando que a pena-base foi aplicada no mínimo legal em razão da favorabilidade das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e que o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 restou fixado no patamar máximo e, ainda, que foi substituída a reprimenda corporal por restritiva de direitos, devida a fixação do modo inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício para fixar o modo aberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Alega a defesa a ocorrência de omissão, consubstanciada por não ter sido enfrentado o "pedido de exclusão do caráter hediondo do delito ou mesmo ao pleito subsidiário de exame do tema sob a ótica da violação ao princípio constitucional da proporcionalidade, em sua faceta de proibição de excesso, decorrente do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF)" (fl. 149).

Assevera que a referida omissão deverá ser suprida em julgamento a ser efetuado sem a participação de Desembargadores convocados e mediante prévia intimação da Defensoria Pública para realização de sustentação oral.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entende que o art. 159 do RISTJ deve ser interpretado à luz do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, que garante a ampla defesa.

Sustenta que a participação de Desembargadores convocados nos julgamentos desta Casa, da forma como é feita, viola os arts. 2º, 5º, LIII, 52, III, "a", 84, XIV e 104, parágrafo único e incisos, da Carta Magna, pois subtrai dos Poderes Legislativo e Executivo a opção de escolha, bem como fere a segurança jurídica, pois, sendo de conotação temporária, "pode frustrar o propósito finalístico de criação do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, de uniformizar a jurisprudência pátria em torno da legislação federal e torná-la deveras vacilante com a constante ocupação de cadeiras de Ministros pelos nobres Desembargadores" (fl. 153), além de ofender a garantia do juiz natural e a premissa da proporcionalidade, que determina que os cargos de Ministros do STJ devem advir de Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, ou da advocacia ou Ministério Público, mas nunca de magistrados.

Requer o acolhimento dos aclaratórios para que seja suprida a omissão apontada em julgamento a ser efetuado sem a participação de Desembargadores convocados e mediante prévia intimação da Defensoria Pública para a realização de sustentação oral.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 473.028 - MG
(2014/0032802-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Primeiramente, consigna-se ser inviável o pleito de sustentação oral requerido pelo ora agravante, haja vista o óbice contido no art. 159 do RISTJ:

Art. 159. Não haverá sustentação oral no julgamento de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar.

Precedentes:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. PLEITO DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 159 DO RISTJ. PRECEDENTES. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição e omissão). Na espécie, a defesa aduz cerceamento de defesa por não lhe ter sido oportunizada a sustentação oral em sede de agravo regimental.

II - Não acarreta nulidade no processamento do agravo regimental a falta de intimação do agravante quanto a data de julgamento para fins de sustentação oral. Isso porque o agravo regimental independe de pauta, devendo o relator apresentá-lo em mesa tão logo pronto para julgamento, nos termos do art. 258 do RISTJ. Ademais, ressalta-se que não há previsão legal para a realização de sustentação oral em sede de agravo regimental. Inteligência do art. 159 do RISTJ. Precedentes.

III - Não compete a este e. STJ se manifestar explicitamente sobre dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento.

Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1388709/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 17/11/2014)

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APRESENTAÇÃO DO FEITO EM MESA PARA JULGAMENTO. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGIMENTAL. FALTA GRAVE COMETIDA EM 2011. APURAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. TRÊS ANOS. LEI N. 12.234/2010.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- O agravo regimental independe de indicação de pauta, cabe ao relator, quando entender conveniente, apresentar o feito em mesa para julgamento a fim de que o colegiado se pronuncie confirmando ou reformando a decisão monocrática, ex vi do artigo 258 do Regimento Interno deste Tribunal. Ademais, consoante o disposto no artigo 159 do RISTJ, "não haverá sustentação oral no julgamento de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar".

- Conforme o entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior, diante da ausência de um prazo prescricional específico para apuração de falta disciplinar, deve ser adotado o menor prazo prescricional previsto no art. 109 do Código Penal, ou seja, o de três anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, ou o de 2 anos se a falta tiver ocorrido antes dessa data. *Precedentes.*

- No caso dos autos, a falta grave foi praticada em 3.2.2011 e reconhecida judicialmente em 29.10.2012, não transcorrendo assim o prazo prescricional de três anos.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1448119/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 26/02/2015)

De mais a mais, cediço é que os embargos de declaração não se prestam para forçar o prequestionamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de matéria de ordem constitucional, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso.

Confira-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OPOSIÇÃO DE DOIS EMBARGOS CONTRA MESMO ACÓRDÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AUSÊNCIA DE AMBIGUIDADE, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO NO JULGADO. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

- A oposição de dois embargos contra mesmo acórdão pela mesma parte enseja o não conhecimento dos aclaratórios, pela preclusão consumativa. *Precedentes.*

- Não há no acórdão ambiguidade, contradição, obscuridade ou omissão, consoante disposto no artigo 619 do Código de Processo Penal - CPP, revestindo-se a pretensão de caráter nitidamente infringente, o que não se coaduna com a medida integrativa.

- **São incabíveis embargos de declaração para que o Superior Tribunal de Justiça - STJ enfrente matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.**

Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl nos EDcl no AgRg no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AREsp 152.542/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 06/02/2015)

PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFISSÃO QUALIFICADA. ATENUANTE GENÉRICA. INCIDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.

2. Hipótese em que não há no acórdão embargado nenhuma situação que dê amparo ao recurso interposto.

3. Esta Corte passou a adotar o posicionamento de que, mesmo configurada a modalidade qualificada, é cabível o reconhecimento da incidência da atenuante da confissão prevista no art. 65, III, "d", do CP.

4. A finalidade pretendida pelo embargante de prequestionar dispositivo constitucional não pode ser satisfeita na via especial, por se tratar de matéria reservada pela Constituição Federal à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 517.140/AM, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 02/02/2015)

Por fim, infere-se das razões do acórdão embargado que um dos fundamentos para fixação do regime aberto mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, foi por conta da declaração de inconstitucionalidade da obrigatoriedade de início de cumprimento da pena em regime fechado aos crimes hediondos e equiparados, conforme pode-se inferir da leitura de uma das ementas colacionadas.

Outrossim, no outro julgado trazido como precedente, pode-se verificar que foi concedido regime inicial aberto ao condenado por tráfico de drogas, crime equiparado à hediondo, onde restou aplicada, no patamar máximo, o benefício contido no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em outras palavras, como é sabido por todos, é firme o posicionamento no âmbito deste Sodalício, que, em situações como o caso, aplica-se regime mais brando ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo mantendo seu caráter hediondo.

Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PATAMAR CONCEDIDO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DENTRO DA RAZOABILIDADE. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES
[...]

3. As Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicá-la dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância a natureza, a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

4. No caso concreto, as instâncias ordinárias sopesaram os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, insculpida no estatuto de repressão às drogas, aplicando-a de forma razoável e proporcional, atendendo aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

5. Restando indemonstrado, de plano, fato diverso, que fragilize o decisor condenatório, não prospera o pleito de realizar, por meio de writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.

6. O reconhecimento da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas apenas altera o quantum da pena aplicada, mas não a natureza hedionda do delito praticado.

7. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de regime inicial diverso do fechado para o delito em tela, de modo que, em razão disto, cabe ao Tribunal de origem sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento do adequado regime de cumprimento da pena.

8. O Senado Federal, por meio da Resolução n.º 5/12, retirou a vedação contida no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que observados os requisitos do art. 44 do Código Penal.

9. O mesmo não ocorre com a possibilidade de sursis, expressamente vedada pelo art. 44 da Lei Antidrogas. Além disso, a pena imposta ao paciente é superior a 2 anos, o que, por si só, já seria suficiente para obstaculizar este benefício.

9. Habeas corpus não conhecido por ser substitutivo de especial. Ordem concedida, de ofício, para que a Corte estadual, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, bem como a impossibilidade da substituição por restritivas de direitos, analise a possibilidade de concessão desses benefícios, atendendo aos requisitos previstos no Código Penal. (HC 171.283/MG, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

26/08/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEGISLAÇÃO. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não afasta a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos.

2. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

[...]

6. Ordem parcialmente concedida, tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente. (HC 199.328/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 26/03/2012)

Contudo, verifica-se que a tese não foi externada quando do julgamento do agravo regimental.

Ante o exposto, acolhe-se os embargos de declaração, sem efeitos modificativos, apenas para fazer integrar explicitamente ao acórdão embargado o entendimento desta Corte Superior sobre a manutenção do caráter hediondo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo quando aplicado o redutor previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0032802-2 **EDcl no AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 473.028 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0313591332012 10701120313591001 10701120313591002 10701120313591003
313591332012

EM MESA

JULGADO: 07/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MARCO AURÉLIO DOS SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 : MARCO AURÉLIO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.