



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 310.633 - SP (2014/0318257-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MAX BISPO CANTUARIA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SIMPLES INTENÇÃO DE REDISCUSSÃO DO JULGADO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Nos termos do disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, 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.

2. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e verificada a primariedade do agente, revela-se correta a imposição do regime semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável da quantidade de droga na terceira fase da dosimetria, para justificar a escolha da fração pelo privilégio, a teor do contido no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

3. Embargos de declaração rejeitados.

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

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 310.633 - SP (2014/0318257-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MAX BISPO CANTUARIA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** de julgado da Quinta Turma, assim ementado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. *QUANTUM* DA DIMINUIÇÃO DA DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. RAZOABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A quantidade e natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006. Precedentes.

3. O *quantum* da condenação (2 anos e 6 meses), a primariedade, a as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade e a natureza da droga apreendida (45,3g de cocaína) permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea b, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto." (e-STJ, fl. 104).

O embargante alega que a decisão impugnada é omissa, porque, "ao revisar o regime inicial, levou em consideração o mesmo elemento – quantidade de entorpecentes – mas não esclareceu porque tal quantidade justificava apenas o regime semiaberto". Afirma que "se a instância ordinária definiu o regime fechado com base em elementos concretos, a revisão dessa decisão, data venia, impõe fundamentação mais cuidadosa, ao invés de simples menção ao *quantum* de pena aplicado, notadamente em razão da discricionariedade vinculada consagrada pelo art. 33, § 3º, do CP" (e-STJ, fl. 114). Sustenta, por fim, que, "caso se mantenha o entendimento pela insuficiência de fundamentação do acórdão do TJ/SP, forçoso destacar que a hipótese é de anulação, não de reforma" (e-STJ, fl. 115).

Requer, assim, o saneamento do vício apontado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 310.633 - SP (2014/0318257-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MAX BISPO CANTUARIA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SIMPLES INTENÇÃO DE REDISCUSSÃO DO JULGADO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Nos termos do disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, 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.

2. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e verificada a primariedade do agente, revela-se correta a imposição do regime semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável da quantidade de droga na terceira fase da dosimetria, para justificar a escolha da fração pelo privilégio, a teor do contido no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

3. Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

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

O inconformismo do embargante não merece prosperar.

A decisão impugnada, a seguir transcrita, deve ser mantida por seus próprios fundamentos porque em consonância com a jurisprudência desta Corte:

"[...] No caso, a Corte estadual aplicou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, com fundamento na natureza e na quantidade da droga apreendida (45,3g de *crack*), o que não se mostra desproporcional, porquanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

A respeito dos temas, esta Corte tem firmado o entendimento de que a quantidade e natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do percentual da referida causa de diminuição, bem como para estabelecer o regime de cumprimento de pena. Precedentes: HC 300.136/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 15/09/2015; HC 323.502/SP. Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJc 08/09/2015.

No que tange à aplicação do regime prisional, verifica-se flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem de ofício.

No caso em análise, o réu é primário e foi condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão. Contudo, com fundamento no art. 33, § 3º, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006, fixo o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, ante a quantidade e a natureza da droga apreendida (45,3 g de cocaína). Precedentes: HC n. 270.347/SP, Relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/6/2014, DJe 20/6/2014; HC n. 162.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/8/2010, DJe 20/9/2010; HC n. 158.900/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 18/5/2010, DJe 7/6/2010.

Diante do exposto, não conheço deste *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente." (e-STJ, fls. 106-107).

Como é cediço, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cuja norma determina a preponderância dos vetores referentes à natureza e à quantidade de drogas sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Consigne-se, ainda, que, conforme entendimento cristalizado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, a fixação de regime mais gravoso, do que o legalmente previsto para a sanção imposta, exige fundamentação idônea e amparada em elementos concretos extraídos dos autos.

Na espécie, em que pese o Tribunal de origem tenha se utilizado de argumentos válidos (a natureza e a quantidade da droga) para justificar a escolha do regime mais severo, mostra-se excessiva a imposição do modo inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena estabelecida, a primariedade do agente e a não significativa quantia de substância entorpecente (45,3 gramas de cocaína em pó acondicionada em cinquenta porções).

Desse modo, valoradas negativamente a quantia e a natureza da droga encontrada com o paciente, na terceira fase da dosimetria, para modular o patamar de redução, pelo tráfico privilegiado, o **regime semiaberto** (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da pena aplicada) é o suficiente para prevenção e reprovação da conduta delitiva, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO A EVIDENCIAR QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REVOLVIMENTO DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ESTREITA DO WRIT. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO.

[...]

3. Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal, o Julgador, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram regime prisional mais gravoso em razão da gravidade do delito, o que impõe o reconhecimento do constrangimento ilegal invocado. Assim, considerada a quantidade de pena aplicada e fixada a pena-base no mínimo legal, em virtude da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, deve ser concedida a ordem, de ofício, para que seja estabelecido o regime inicial semiaberto." (HC 367.143/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 25/10/2016)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

6. *In casu*, a imposição do regime mais gravoso (fechado) está apoiada na natureza hedionda do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

7. Considerando a pena final imposta (5 anos de reclusão), o fato de o agente ser primário, e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, valendo anotar que não é excessiva a quantidade de droga apreendida com o paciente (11,9 gramas de maconha), o que reforça a inadequação da escolha do regime mais severo de cumprimento de pena e, por conseguinte, a manifesta a ilegalidade imposta ao paciente."

(HC 363.414/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 26/10/2016).

À vista do exposto, rejeito os embargos de declaração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0318257-4

EDcl no
HC 310.633 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00368424320138260577 10732013 20140000509464 368424320138260577

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA PEREIRA DO AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAX BISPO CANTUARIA

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 : MAX BISPO CANTUARIA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.