



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.870 - SP (2019/0330060-9)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**EMBARGANTE : LUCAS VITORELLI DOS SANTOS**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**JOAO PAULO BONATELLI - DEFENSOR PÚBLICO -**  
**SP316788**  
**EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. MERA REDISCUSSÃO. OMISSÃO EXISTENTE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO SEM AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DO RÉU. POSSIBILIDADE. *REFORMATIO IN PEJUS* NÃO CONFIGURADA. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE, SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Apenas se admitem embargos de declaração quando evidenciada deficiência no acórdão recorrido com efetiva obscuridade, contradição, ambiguidade ou omissão, conforme o art. 619 do CPP.
2. Existindo fundamentação no acórdão embargado no sentido de admitir-se a fixação do regime mais gravoso com base em fundamento concreto, como nos casos de cometimento de tráfico nas imediações de escola, não se prestam os embargos de declaração à rediscussão do aresto recorrido quando revelado mero inconformismo com o resultado do julgamento.
3. O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal de origem conhecer e rever os fundamentos contidos na sentença condenatória, podendo valer-se de novos argumentos, desde que não agrave a situação do réu. Precedentes.
4. Uma vez que o Tribunal *a quo*, conquanto tenha suplementado a fundamentação quando da fixação do regime mais gravoso em relação à pena imposta, acabou por fixar regime mais brando do que o imposto na sentença, não há falar em "bis in idem".
5. Embargos parcialmente acolhidos apenas para sanar a omissão suscitada, sem efeitos infringentes.

### 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília (DF), 19 de maio de 2020 (Data do Julgamento).

**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
Presidente

**MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.870 - SP (2019/0330060-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**EMBARGANTE** : **LUCAS VITORELLI DOS SANTOS**  
**ADVOGADOS** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**JOAO PAULO BONATELLI - DEFENSOR PÚBLICO -**  
**SP316788**  
**EMBARGADO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Trata-se de embargos de declaração opostos a acórdão assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SEMIABERTO. DELITO PRATICADO PRÓXIMO A ESTABELECIMENTO DE ENSINO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Admite-se o recrudesimento do regime prisional em decorrência da prática do delito de tráfico nas imediações de escola.
2. Agravo regimental improvido.

Sustenta a defesa a existência de *contradição na decisão, tendo em vista que o art. 33, § 3º, do CP giza que é possível sim a fixação de regime inicial mais gravoso, porém calcada nas circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, não bastando, apenas, levantar sucintos elementos concretos, como o fato do tráfico ter sido praticado próxima à uma escola. Consigne-se que todas as circunstâncias judiciais no presente caso foram consideradas favoráveis, tanto que a pena restou no mínimo legal (fl. 267), bem como de omissão, porquanto o Agravo Regimental levantou a questão do recrudesimento da fundamentação em recurso exclusivo da defesa, tema este que, s.m.j., não foi apreciado por V. Excelências quando do julgamento do Agravo Regimental (fl. 268).*

Requer, assim, o acolhimento dos presentes embargos, atribuindo-se-lhes efeitos infringentes, a fim de que sejam analisadas as teses recursais e provido o recurso.

Impugnação apresentada.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.870 - SP (2019/0330060-9)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O acórdão embargado foi assim proferido:

O agravante não trouxe argumentos capazes de reformar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos:

O recorrente foi condenado à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, mais 194 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4º c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para substituir a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e multa, bem como para fixar o regime semiaberto.

No que se refere ao regime prisional, a decisão do Tribunal de origem foi assim fundamentada (fl. 168):

Observando, contudo, **os bons antecedentes do apelante e preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade e multa no valor de 10 diárias, no piso legal. Pelas mesmas razões, fixo o regime inicial semiaberto para o caso de descumprimento.**

Resta incabível, ainda, no presente caso, a fixação do regime aberto, observada a gravidade do delito praticado, em que o apelante praticava o comércio espúrio defronte a um estabelecimento de ensino.

Por tais motivos, meu voto dá parcial provimento ao apelo, apenas para substituir a corporal por prestação de serviços à comunidade e por multa, nos termos acima expostos, e fixar o regime inicial semiaberto para o caso de descumprimento da pena restritiva de direitos.

Assim como evidenciado, a fixação de regime semiaberto, como inicial para o cumprimento de pena, foi motivada no fato de o tráfico ter sido cometido nas imediações de estabelecimento de ensino, circunstância também sopesada durante a terceira fase da dosimetria, pela aplicação da agravante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06.

Dessa forma, não se verifica a ocorrência do alegado *bis in idem* em razão da adoção do regime semiaberto. Isso porque, de acordo com a jurisprudência desta Corte, a fixação do regime prisional não se insere no âmbito da dosimetria da pena, cujos critérios são os definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal; enquanto que o regime vem regulado pelo artigo 33 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, veja-se que o § 3º do art. 33 do CP estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, tal qual



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorreu na presente hipótese. No mesmo sentido: STJ, HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe de 27/08/2012.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. É assente neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

In casu, ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, bem como o quantum da pena aplicada - 2 anos e 6 meses de reclusão -, permitem, em tese, a fixação do regime aberto, a gravidade concreta do delito - paciente se dedicava a atividade criminosa, que admitiu fazer do tráfico seu meio de vida, tendo sido flagrado nas proximidades de uma escola -, justificou a segregação inicial em regime semiaberto, inteligência do art. 33, § 2º, "c", e § 3º do CP.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 471.382/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 06/11/2018.)

Assim, estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83/STJ, a obstar o processamento do recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

De fato, tendo o Tribunal de origem se manifestado acerca do regime prisional em consonância com entendimento jurisprudencial adotado nesta Corte, segundo o qual se admite o recrudesimento do regime com base em fundamento concreto, tal como nas hipóteses de cometimento de tráfico nas imediações de escola, a manutenção da decisão é medida que se impõe.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.

Os embargos de declaração servem ao saneamento do julgado eivado de um dos vícios previstos no art. 619 do Código de Processo Penal – ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

De início, não há falar em contradição no acórdão embargado ao argumento de que o art. 33, § 3º, do CP preceitua ser possível a fixação de regime inicial mais gravoso, desde que com fulcro nas circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, na medida em que, consoante assentado na decisão agravada, nos termos da jurisprudência desta Corte, admite-se a fixação



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime mais gravoso com base em fundamento concreto, como nos casos de cometimento de tráfico nas imediações de escola.

Aduz, ainda, a existência de omissão no julgado no que diz respeito ao exame da tese de *reformatio in pejus* quanto à fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem no acórdão da apelação, que, embora tenha estabelecido o regime intermediário, mais brando do que o fixado na sentença condenatória, impôs regime mais gravoso em relação à pena aplicada, não superior a 4 anos, mediante suplementação de fundamentação, em recurso exclusivo da defesa.

De fato, a questão, embora arguida nas razões do especial e do agravo regimental, não foi expressamente examinada, pelo que, tratando-se de tema relevante ao deslinde da controvérsia, deve ser analisada, reconhecendo-se a omissão, pelo que passo ao seu exame.

O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal de origem conhecer e rever os fundamentos contidos na sentença condenatória, podendo valer-se de novos argumentos, desde que não agrave a situação do réu. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO CONHECIMENTO.

1. **A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza da droga apreendida - 37 g de crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).**

**Considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal a quo, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu**, tal como no caso em testilha.

2. A negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência do paciente não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "(...) as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

3. Habeas corpus não conhecido (HC 360.082/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016).

Na espécie, não se verifica a ilegalidade na medida em que o Tribunal *a quo*, conquanto tenha suplementado a fundamentação quando da fixação do regime mais gravoso em relação à pena imposta, acabou por fixar regime mais brando do que o imposto na



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

sentença.

Ante o exposto, voto por acolher, em parte, os embargos de declaração, apenas para sanar a omissão suscitada, sem efeitos infringentes.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0330060-9      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **EDcl no AgRg no REsp 1.846.870 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000424-51.2018.8.26.0571 00004245120188260571 12112018 4245120188260571

EM MESA

JULGADO: 19/05/2020

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

#### AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUCAS VITORELLI DOS SANTOS  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
JOAO PAULO BONATELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP316788  
RECORRIDO : 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 : LUCAS VITORELLI DOS SANTOS  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
JOAO PAULO BONATELLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP316788  
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO 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, acolheu parcialmente os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.