EDcl no HABEAS CORPUS Nº 492.574 - SP (2019/0037726-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
EMBARGANTE	:	SIDCLEI HENRIQUE FERREIRA (PRESO)
ADVOGADO	:	LUCAS ANTONIO SIMÕES SACILOTTO - SP278795
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por SIDCLEI HENRIQUE FERREIRA em face de decisão de fls. 67/68, de minha relatoria, em que não conheci do presente *habeas corpus*.

Nos presentes embargos, a defesa sustenta que em caso idêntico foram conferidos aos corréus na mesma ação principal que responde o ora embargante o direito ao cumprimento da pena em regime semiaberto. Afirma, ainda, que não houve o trânsito em julgado do processo principal e que tampouco há falar em supressão de instância.

Pretende, assim, seja atribuído efeito infringente aos presentes embargos.

É o relatório.

Decido.

Os embargos de declaração são cabíveis quando houver omissão, obscuridade, ambiguidade ou contradição no julgado, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal – CPP.

Na hipótese dos autos, o embargante não comprovou a existência de qualquer omissão, obscuridade, ambiguidade ou contradição no julgado. Seus argumentos demonstram tão somente o inconformismo com o resultado do julgamento e sua intenção de rediscutir o julgado.

Conforme destacado na decisão embargada, ao revés do consignado pelo ora embargante, a questão atinente à detração da pena não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, de forma que inviável a esta Corte o seu conhecimento sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

De mais a mais, a questão do regime inicial de cumprimento de pena não foi

trazida na inicial do *mandamus* nos moldes em que ora se postula. Perseguia-se o reconhecimento da detração com o consequente cumprimento do restante da pena em regime aberto. Todavia, de fato, a situação fático-processual ora embargante/paciente é idêntica à do corréu ANDERSON FERREIRA, conforme se verifica no acórdão da Apelação n. 0049720-24.2010.826.0506 de fls. 30/49. E, considerando que nos autos do HC n. 440.679/SP concedi-lhe ordem, de ofício, tão somente para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, estendo, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, nessa oportunidade, também, de ofício, os efeitos da referida decisão.

A propósito são estes os fundamentos do julgado os quais adoto como razões de decidir:

> *"[...]*
>
> *Quanto ao regime prisional, firmou-se neste Tribunal 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. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal, verbis:*
>
> > Súmula 440/STJ: *"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."*
> >
> > Súmula 718/STF: *"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."*
> >
> > Súmula 719/STF: *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*
>
> *Por outro lado, sedimentou-se nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.*

Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS.** REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO EVIDENCIADA PELA NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", e § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo penal.
>
> 2. **Sedimentou-se nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderante, da natureza e quantidade da droga.**
>
> 3. No caso dos autos, as instâncias ordinárias fundamentaram a fixação do regime mais gravoso, sobretudo em razão da gravidade concreta do delito evidenciada pela grande quantidade e natureza das drogas apreendidas - 7,765kg de maconha; 15 porções de maconha, pesando 106,6g; 29 porções de crack, pesando 15,3g; e 16 porções de cocaína, pesando 12,9g. Todavia, reconhecida a primariedade, com pena base fixada no mínimo legal e diante do quantum da pena aplicada - 3 (três) anos de reclusão -, o regime mais adequado na hipótese é o semiaberto, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.
>
> *Agravo regimental desprovido* (AgRg no HC 425.881/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe

22/03/2018).

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. TRÁFICO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Nos termos do 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**. Na definição 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 diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.**

[...]

4. Embargos de declaração rejeitados. Concedido, habeas corpus, de ofício, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da execução. (EDcl no AgRg no AREsp 644.425/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006.

> 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.
>
> 2. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado 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), elementos que também podem ser considerados para negar a conversão da pena privativa por restritiva de direitos.
>
> [...]
>
> 4. Embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão , a Corte a quo entendeu pela necessidade de uma resposta penal mais efetiva, a qual se revela como a mais adequada à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal, razão pela qual não vislumbro a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado.
>
> 5. *Agravo regimental desprovido* (AgRg no HC 288.312/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017).

Na hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime prisional, uma vez que o Tribunal de origem, após estabelecer a pena corporal em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, fixou o regime inicial fechado.

Todavia, ainda que o paciente seja primário, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, restando justificada a segregação inicial em regime mais gravoso. Entretanto, considerando o quantum da pena aplicada – 3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão –, o regime mais adequado, na hipótese, é o ***semiaberto****, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "c" e § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não merece reparos o entendimento consignado pelo Tribunal de origem, uma vez que o paciente teve a pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, o que não destoa da jurisprudência desta Corte Superior. Nesse sentido:

> PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA. INSTITUTOS DISTINTOS. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. WRIT NÃO CONHECIDO. 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.
>
> [...]
>
> 7. Estabelecida a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão, embora o paciente seja primário, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos (46,72 gramas de crack), nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.
>
> 8. **A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo, uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito (art. 44, III, do CP), em razão, especificamente, da quantidade e da natureza da droga apreendida (46,72 gramas de crack).** Precedentes.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta (HC 390.247/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 11/05/2017).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTELIONATO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL DOS MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ANTECEDENTES QUE NÃO FORAM VALORADOS NEGATIVAMENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM APLICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Uma vez estipulada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há constrangimento ilegal na vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a ausência dos requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.

- *Habeas corpus não conhecido* (HC 346.871/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 02/05/2016).

HABEAS CORPUS. ART. 171, CAPUT, E ART. 304, NA FORMA DO ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA DEFINITIVA IGUAL A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. Presente circunstância judicial desfavorável,

não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 347.443/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 09/03/2016).

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem, de ofício, tão somente para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena."

Ante o exposto, não conheço dos embargos de declaração. Contudo, de ofício, estendo, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, os efeitos da decisão proferida nos autos do HC n. 440.679/SP, concedendo-lhe ordem de *habeas corpus* tão somente para fixar o regime inicial semiaberto.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator