



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2018.0000005138

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 3010601-50.2013.8.26.0554/50000, da Comarca de Santo André, em que é interessado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Embargante DANILO DANIEL BERTOLINO, é embargado EGRÉGIA 6ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Presidente sem voto), JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017

MACHADO DE ANDRADE

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO nº 3010601-50.2013.8.26.0554/50000

COMARCA: SANTO ANDRÉ – 3ª VARA CRIMINAL

EMBARGANTE: DANILO DANIEL BERTOLINO

EMBARGADA: EGRÉGIA SEXTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

VOTO Nº 39.597

Embargos de Declaração – Inocorrência de ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão – Caráter infringente - Finalidade de questionar acerto ou desacerto da decisão - Não cabimento - Inadmissibilidade de reforma do Acórdão.

PREQUESTIONAMENTO - Inadmissibilidade do uso dos embargos declaratórios para forçar o ingresso na instância extraordinária, se não houve omissão do acórdão que deva ser suprida – Embargos rejeitados.

DANILO DANIEL BERTOLINO ingressa com os presentes embargos de declaração contra o v. acórdão de fls. 335/342, proferido no julgamento do recurso de Apelação nº 3010601-50.2013.8.26.0554, em que, por votação unânime, esta Colenda Câmara, em cumprimento ao quanto determinado pelo STJ, fixou as penas do embargante em 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 183 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Postula declaração do V. Acórdão, alegando contrariedade ao disposto no artigo 5º, incisos II, XXXV, XXXIX, XLVI, LIV e LV, da Constituição Federal; artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; artigos 33, *caput*, e §3º, 44 e 59, todos do Código Penal; art. 33, *caput*, e §4º, da Lei nº 11.343/2006, além das Súmulas 718 e 719 do STF e Súmula 440 do STJ, quando da fixação do regime inicial semiaberto, sendo cabível a redução da pena em maior grau e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

direitos (fls. 352).

É o relatório.

Os embargos não merecem acolhimento.

Com efeito, não se vislumbra no V. Acórdão qualquer ambigüidade, obscuridade, contradição e omissão.

Conforme se verifica no V. Acórdão embargado a condenação do embargante foi mantida nos seguintes termos:

“Diante da determinação do C. Superior Tribunal de Justiça, passo a refazer a dosimetria da pena, nos moldes do quanto decidido:

Observe que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em primeiro grau, em 5 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa, no valor unitário mínimo, diante do quanto preceitua o art. 59, do Código Penal e o art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

Assim, não é possível reduzir as penas, devendo ser mantidas tal como impostas, pois, segundo a regra prevista no art. 42, da lei de drogas, na fixação das penas, não são só as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, que devem ser consideradas, mas também a natureza e a quantidade de droga apreendida, no caso, cocaína e maconha, frise-se, a primeira de natureza extremamente nociva.

Desta forma, tendo em vista que a quantidade apreendida é expressiva (60 envelopados de cocaína e 30 invólucros contendo maconha), suficiente para viciar várias pessoas, assim como a natureza dos entorpecentes, dentre eles, cocaína, justificada a exasperação acima do mínimo.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias atenuantes ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase, aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, diminuo a pena em 2/3, tornando-se definitiva em 1 ano e 10 meses de reclusão e pagamento de 183 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Foi fixado o regime inicial fechado, com fulcro no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Com efeito, o Código Penal dispõe:

"Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

(...)

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (g/n)."

Como se vê, o legislador penal permite, independentemente da quantidade da pena privativa de liberdade, aplicada à ré, que o Juiz analisando os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e as consequências do crime, aplique regime superior ao constante do art. 33, § 2º, alínea "c", ou seja, mesmo que a pena, como na espécie sob exame, seja inferior a 08 anos, seja aplicado o regime fechado.

Aliás, a própria Lei de Drogas reza:

"Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (g/n)."

Como se vê, pelo dispositivo legal acima transcrito, o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

legislador determina que, para a fixação da reprimenda, o juiz leve em consideração, além da quantidade do entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim sendo, na espécie ora em exame, além da quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos em poder do réu, tem que se considerar a personalidade distorcida do apelante que, nem sequer se preocupava com o mal que iria causar aos seus semelhantes, vendendo cocaína e maconha.

Esse desgraçado vício da cocaína chegou em nosso país e, principalmente, nessa cidade de São Paulo, onde todo mundo sabe que existem logradouros públicos, que foram praticamente tomados por viciados.

É bom lembrar que o usuário de cocaína quando não tem dinheiro para adquirir a cocaína pura, que é em forma de pó, passa a se utilizar de uma forma inventada nos Estados Unidos, mais, precisamente na cidade de Nova York, no início dos anos 1970, denominada crack, aliás muito mais potente no sentido de fazer com que apenas com uma aspiração da fumaça tóxica (coloca-se a pedra em um pequeno cachimbo, conhecido como “marica”, geralmente de vidro, esquentando-se embaixo com uma chama de isqueiro ou fósforo, e a pessoa suga a fumaça que desprende da pedra de “crack”) já se torna dependente desta desgraça que foi inventada por indivíduos alheios a qualquer sentimento de piedade e que tinham somente interesse em ganhar dinheiro.

Ora, uma pessoa que transforma seu semelhante num morto vivo, ou seja, um verdadeiro zumbi, como os que se vê na mídia, principalmente televisiva (especialmente na minissérie denominada “Verdades Secretas”), indivíduos convivendo juntos na maior sujeira e promiscuidade, sendo que os locais onde essas pobres almas habitam, tem que ser constantemente lavado, com jatos de água e detergentes, pela Prefeitura Municipal, a fim de remover o fedor que exala do chão devido às secreções e excrementos que essas pessoas deixam naqueles locais.

Tudo o que disse acima, e que é do conhecimento de todos, acontece por apenas uma razão, devido à ação de pessoas destituídas de qualquer



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sentimento de amor ao próximo, como é o caso do traficante e, nesses autos, da acusada.

Com relação à conduta social do recorrente, não há qualquer dúvida que, com sua atividade de traficante, ele causou um mal irreparável à sociedade, uma vez que muitos adolescentes, provavelmente, foram por ela jogados no inferno de uma vida de usuário de drogas.

O direito é uma ciência mutável, ou seja, ele tem que acompanhar a evolução humana, e se adaptar às suas necessidades que mudam a cada época do desenvolvimento da sociedade.

Assim sendo, como uma das finalidades da pena é intimidar um possível criminoso, é mais do que óbvio que um crime como o tráfico de drogas, que, sem falar nos males causados à pessoa humana, abre as portas para inúmeros outros delitos, como furtos, roubos, homicídios, prostituição etc.; não pode receber um tratamento menos gravoso do que um delito de menor potencial ofensivo.

Assim, ante o terrível mal que o réu causava à sociedade antes de ser preso não há outro regime, senão o inicial fechado, como forma de contraprestação do Estado à sua conduta.

Como é cediço, o crime é um fato jurídico, uma vez que ele gera modificações no mundo exterior, muito embora seu resultado, ou seja, a resposta penal não seja querida pelo agente.

Contudo, a pena é retribuição estatal ao criminoso, ou, em outras palavras, é o mal justo imposto ao mal injusto que é o delito, e que, como no caso sub judice, não pode ser outro, senão o regime inicial fechado, devido à gravidade do delito e suas deletérias consequências para a sociedade.

Fixar-se um regime mais benéfico do que o inicial fechado, seria conceder-se uma benesse ao réu ao qual ele não é merecedor.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

No entanto, por determinação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante o que disciplina o artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal e tendo em vista o tempo de prisão cautelar cumprido pelo réu, conforme se depreende da folha de antecedentes anexada na contracapa do presente feito, estabeleço o regime inicial semiaberto.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A Lei nº 11.343/06, ou seja, lei de drogas, é uma legislação especial em relação ao Código Penal, que é uma lei de caráter geral.

Assim sendo, por se tratar a Lei nº 11.343/06 de uma lei especial, o legislador pode nela inserir dispositivos, como por exemplo, proibir a conversão da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, seja qual for a quantidade de entorpecente apreendida com o autor do crime, justamente por ser uma norma especial, isto é, foi criada com o objetivo específico de reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes. Muito ao contrário do Estatuto Penal, que dita regras sobre centenas de condutas ilícitas.

Desta forma, com base na técnica processual, não vejo qualquer desrespeito à Resolução nº 5/2012 do Senado Federal, publicada em 16 de fevereiro de 2012, que foi originada pela decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos de Habeas Corpus nº 97.256/RS, que suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Ademais, pela experiência de mais de trinta anos como Juiz Criminal, tenho visto ao longo de todos esses anos, ao julgar casos de tráfico ilícito de entorpecentes, que o indivíduo que vende as drogas para os viciados jamais foram os grandes traficantes, alguns dos quais, como v.g., “Fernandinho Beiramar”, se encontram atrás das grades, porém, pessoas que geralmente levam consigo pequenas quantidades de tóxicos, numa só modalidade, como cocaína ou, então, diversificadas em mínimas porções de cocaína, “crack” e maconha.

Assim, não vejo diferença entre o grande traficante que é aquele que apenas distribui a droga para que outros, chamados de “mulas”, negociem a mesma junto aos viciados.

É óbvio que, como vimos no parágrafo anterior, o crime é o mesmo do “caput” do art. 33, da Lei nº 11.343/06, portanto, como já disse alhures, não é possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Ante o exposto, em cumprimento ao quanto determinado pelo STJ, fixa-se as penas de DANILO DANIEL BERTOLINO em 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 183 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.”

Como se vê, a intenção do embargante não foi obter esclarecimento de algum ponto obscuro, contraditório ou omissivo, mas sim obter a integral reforma, o que não é admissível, manifestando notório propósito de prequestionamento da matéria.

Desta feita, não cabem embargos de declaração com caráter nitidamente infringente se não se demonstrou existir no julgado ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão. Não se admite, assim, que seja usado com finalidade de se questionar o acerto ou desacerto da decisão.

É como se tem decidido:

“Os embargos de declaração têm os seus contornos definidos no art. 535, do CPC, prestando-se para expungir do julgamento dúvidas, obscuridades ou contradições, ou ainda para suprir omissão sobre ponto acerca da qual impunha-se pronunciamento pelo Tribunal, sendo, por isso, inadmissível que se lhe confira efeito infringente.” (STJ, AgReg no Agravo de Instrumento nº 17.018-0/SP, DJU de 13/9/93, pág. 18.543, Rel. Min. César Rocha).

“Os embargos de declaração não devem revestir-se de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

caráter infringente. A maior elasticidade que se lhes reconhece, excepcionalmente, em casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade do acórdão (RTJ 89/548 – RTJ 94/1167 – RTJ 103/1210 - RTJ 114/351) não justifica – sob pena de grave disfunção jurídico processual dessa modalidade de recurso – a sua inadequada utilização com o propósito de questionar a correção do julgado e obter, em consequência, a desconstituição do ato decisório.” (STF, ED AgReg no Agravo de Instrumento nº 152.805-5/SP, DJU de 4.2.94, pág. 916, Rel. Min. Celso de Mello).

Na doutrina, neste sentido, é a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Como a finalidade dos embargos de declaração é apenas a de esclarecer, tornar claro o acórdão proferido, livrando-o de imperfeições, sem modificar a substância, não se admitem, por serem impróprios, aqueles em que, ao invés de reclamar o deslinde de contradição, o preenchimento de omissão ou explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, se pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, para modificá-lo em sua essência ou substância. Assim, não é possível, em embargos de declaração alterar, mudar ou aumentar o julgamento (...)” (in “Processo Penal, 15. ed. rev. e atual. até julho de 2003. São Paulo: Atlas, 2003).

Além disso, quanto ao prequestionamento da matéria, ***“(...) não são os embargos declaratórios mero expediente para forçar o ingresso na instância extraordinária, se não houve omissão do acórdão que deva ser suprida.”*** (Ag. 104.153-6/SP, Rel. Min. Oscar Corrêa, DJU 1º/8/85).

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Des. Antonio Carlos **Machado de Andrade**
Relator