



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 105.956 - SP (2008/0099015-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : PAULO ROBERTO BAILLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO FIDELIS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO PACIENTE NÃO TER SIDO INTIMADO EM TEMPO HÁBIL PARA CONSTITUIR ADVOGADO ANTES DO CUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. SÚMULA 155, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO FULMINADA PELO FENÔMENO DA PRECLUSÃO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NÃO COMPARECIMENTO DO ACUSADO. APLICAÇÃO DO ART. 366, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. TESE DE NULIDADE, POR FALTA DE MOTIVAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE, PELO NÃO ENFRENTAMENTO DAS TESES DE DEFESA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INOCORRÊNCIA.

1. Conforme entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula n.º 155), a ausência de intimação da expedição de carta precatória constitui nulidade relativa, que depende, para ser declarada, da demonstração de efetivo prejuízo.

2. Se a total ausência de intimação do advogado da expedição de carta precatória para inquirição de testemunha não é nulidade absoluta, com maior razão a nulidade apontada constitui nulidade relativa.

3. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*.

4. O art. 366, do Código de Processo penal confere ao Juiz condutor do feito, no caso de não ser conhecido o paradeiro do acusado, após a sua citação por edital, a possibilidade de determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes.

5. Não se presta como fundamentação apenas a mera referência ao artigo de lei que prevê a antecipação da produção de provas. O Magistrado deve declinar os motivos que, no caso concreto, demonstrem a necessidade da medida urgente, o que, entretanto, ocorreu no caso dos autos.

6. Depreende-se da sentença condenatória e do acórdão proferido pela Corte *a quo* que todas as teses defensivas foram, ao contrário do alegado na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetração, rechaçadas, direta ou indiretamente.

7. Embora seja necessário apreciar as teses ventiladas pela defesa, torna-se desnecessária a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário porém suficiente para embasar o julgado.

8. O disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 somente é aplicável aos delitos cometidos sob a vigência da antiga Lei de Drogas se, após efetuada a redução sobre a pena cominada no *caput* do art. 33, a nova legislação mostrar-se mais benéfica ao acusado. Precedente da Terceira Seção.

9. Uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no mencionado dispositivo.

10. Na espécie, a quantidade da droga apreendida - **55 gramas de maconha** – milita em desfavor do Paciente. Assim, considerando o fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis, faz jus o Paciente ao grau intermediário de redução, qual seja (1/2).

11. Ordem parcialmente concedida tão-somente no que diz respeito à dosimetria da pena, redimensionando a reprimenda do Paciente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantido os demais termos da condenação.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 105.956 - SP (2008/0099015-4)

IMPETRANTE : PAULO ROBERTO BAILLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO FIDELIS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIZ ANTONIO FIDELIS, condenado em primeiro grau como incurso no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76, à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 50 dias-multa, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem pleiteada na impetração originária.

O Impetrante alega, no presente *writ*, a ocorrência de cerceamento de defesa, já que o Paciente não foi intimado em tempo hábil para constituir advogado de sua confiança. Aduz, ainda, a nulidade da produção antecipada de provas, bem como da sentença condenatória, por ausência dos requisitos exigidos no art. 381, do Código de Processo Penal. E, por fim, a ilegalidade consistente na não aplicação da causa de diminuição de pena prevista na nova Lei de Drogas.

Requer, assim, liminarmente, a expedição de contramandado de prisão em favor do Paciente e, no mérito, o reconhecimento das nulidades ora apontadas.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 512.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 517/520, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 634/638, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 105.956 - SP (2008/0099015-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO PACIENTE NÃO TER SIDO INTIMADO EM TEMPO HÁBIL PARA CONSTITUIR ADVOGADO ANTES DO CUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. SÚMULA 155, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO FULMINADA PELO FENÔMENO DA PRECLUSÃO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NÃO COMPARECIMENTO DO ACUSADO. APLICAÇÃO DO ART. 366, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. TESE DE NULIDADE, POR FALTA DE MOTIVAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE, PELO NÃO ENFRENTAMENTO DAS TESES DE DEFESA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INOCORRÊNCIA.

1. Conforme entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula n.º 155), a ausência de intimação da expedição de carta precatória constitui nulidade relativa, que depende, para ser declarada, da demonstração de efetivo prejuízo.

2. Se a total ausência de intimação do advogado da expedição de carta precatória para inquirição de testemunha não é nulidade absoluta, com maior razão a nulidade apontada constitui nulidade relativa.

3. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*.

4. O art. 366, do Código de Processo penal confere ao Juiz condutor do feito, no caso de não ser conhecido o paradeiro do acusado, após a sua citação por edital, a possibilidade de determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes.

5. Não se presta como fundamentação apenas a mera referência ao artigo de lei que prevê a antecipação da produção de provas. O Magistrado deve declinar os motivos que, no caso concreto, demonstrem a necessidade da medida urgente, o que, entretanto, ocorreu no caso dos autos.

6. Depreende-se da sentença condenatória e do acórdão proferido pela Corte *a quo* que todas as teses defensivas foram, ao contrário do alegado na impetração, rechaçadas, direta ou indiretamente.

7. Embora seja necessário apreciar as teses ventiladas pela defesa, torna-se desnecessária a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário porém



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente para embasar o julgado.

8. O disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 somente é aplicável aos delitos cometidos sob a vigência da antiga Lei de Drogas se, após efetuada a redução sobre a pena cominada no *caput* do art. 33, a nova legislação mostrar-se mais benéfica ao acusado. Precedente da Terceira Seção.

9. Uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no mencionado dispositivo.

10. Na espécie, a quantidade da droga apreendida - **55 gramas de maconha** – milita em desfavor do Paciente. Assim, considerando o fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis, faz jus o Paciente ao grau intermediário de redução, qual seja (1/2).

11. Ordem parcialmente concedida tão-somente no que diz respeito à dosimetria da pena, redimensionando a reprimenda do Paciente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantido os demais termos da condenação.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Objetiva o Impetrante que seja decretada a nulidade do processo porque: a) foi ouvida testemunha, mediante carta precatória em momento que o Paciente se encontrava sem defensor; b) a determinação de produção antecipada de provas não estava devidamente fundamentada; c) a sentença não analisou as teses defensivas apresentadas nas alegações finais; d) na fixação da pena não foi aplicada a retroatividade da norma contida no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

A primeira alegação de nulidade refere-se ao argumento de que, com a renúncia da advogada Maria Zorilde Rodrigues, constituída pelo Paciente para tratar da revogação da preventiva, não lhe foi dada oportunidade de nomear novo defensor antes do cumprimento da carta precatória para oitiva da testemunha José Roberto Thomaz da Silva, na comarca de Piracicaba/SP.

Com efeito, tem-se, dos autos, que foi expedido mandado de intimação para a advogada Maria Zorilde Rodrigues acerca da oitiva de testemunha por meio de carta precatória, porque era a provável defensora do Réu. Ocorre que referida Causídica já havia renunciados, anteriormente à representação do Paciente. Daí, a testemunha deprecada foi ouvida em 26/05/2004, e o Paciente só foi intimado para constituir novo advogado cinco meses depois.

É de se entender, portanto, que não houve intimação do Defensor.

Ocorre que tal fato não constitui nulidade absoluta, conforme entendimento sedimentado na súmula n.º 155, do Supremo Tribunal Federal (*"É relativa a nulidade do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha").

Com efeito, segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se fala em nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*. É o que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal:

"Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

1. Não há que se falar em nulidade do processo decorrente da falta de citação para o aditamento da denúncia, uma vez que a peça acusatória foi retificada poucos dias após seu recebimento, possibilitando à paciente tomar conhecimento de todos os fatos a ela imputados, quando da realização do interrogatório judicial, motivo pelo qual incide, na hipótese, o disposto no art. 570 do Código de Processo Penal.

2. Por outro lado, eventual impugnação ao aditamento da denúncia ocorrido antes do interrogatório deverá ser feita no momento da apresentação da defesa prévia, sob pena de preclusão.

3. Não fora isso, não se verifica prejuízo para o livre exercício da ampla defesa e do contraditório, nem violação ao princípio do devido processo legal, quando o aditamento da peça acusatória não implica modificação substancial da acusação, nem agrava a imputação relativa à paciente, mas, ao contrário, limita-se a corrigir erro material, especificando os delitos possivelmente cometidos pelos demais integrantes da quadrilha.

4. Por fim, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'. Portanto, no caso, a paciente foi denunciada e, posteriormente, pronunciada apenas pela prática do crime previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, sendo irrelevantes as alusões constantes do aditamento relativas a furto, roubos, ameaças e receptações, mencionados pela acusação como sendo os crimes praticados por membros da quadrilha. 5. Ordem denegada." (HC 38.775/DF, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 11/04/2005.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISOS II E IV (POR QUATRO VEZES), ART. 121, § 2º, INCISOS II E IV, C/C O ARTIGO 14, INCISO II (DUAS VEZES), ARTIGO 129, CAPUT, TODOS NA FORMA DOS ARTIGOS 29 E 69, DO CÓDIGO PENAL. DENÚNCIA. ADITAMENTO. FALTA DE PREJUÍZO. QUALIFICADORAS. AUSÊNCIA. TEMA PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

I - Não tendo o aditamento à denúncia trazido qualquer fato novo, mas apenas explicitado que os acusados reciprocamente apoiavam e davam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segurança um ao outro, esclarecendo o que já implicitamente constava na exordial acusatória, desnecessário se faz novo interrogatório. (Precedentes).

II - No caso concreto, ainda assim, foi facultado à defesa requerer novas diligências, contudo, nada foi postulado, nem mesmo a renovação dos interrogatórios.

III - Não é o habeas corpus via adequada para o exame aprofundado de matéria fático-probatória, razão pela qual não se pode lograr êxito no pedido de verificação de ausência das qualificadoras.

Recurso desprovido." (RHC 13.107/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 16/08/2004.)

Nesse contexto, a ausência de intimação da expedição de carta precatória constitui é nulidade que, para ser declarada, impescinde da demonstração de efetivo prejuízo, o que não se vislumbrou na espécie, pois a autoria e materialidade do crime restaram configurados por outros meios probatórios. E em sua oitiva a testemunha José Roberto Thomaz da Silva apenas ratificou o que os demais elementos probatórios demonstraram.

De qualquer forma, lê-se, mesmo na exordial da presente impetração, que a referida testemunha foi ouvida na presença de defensor "*ad hoc*", atuante no juízo deprecado (fls. 546/548).

Mais. Tratando-se o vício apontado de nulidade relativa, para que esta seja acolhida deve a parte, além de demonstrar o prejuízo sofrido, argui-la no momento oportuno.

Observa-se dos autos que a defensora dativa designada pelo Juízo sentenciante para apresentar defesa prévia e representar o Paciente nos demais atos processuais (fl. 441), não alegou a nulidade referente à ausência de intimação do Paciente para constituir novo patrono, antes do cumprimento da carta precatória para oitiva de testemunha. Assim, restou fulminada pelo instituto da preclusão a oportunidade para suscitar o vício em questão.

Quanto à alegação de nulidade em razão do Juízo sentenciante ter determinado a produção antecipada de provas sem a devida fundamentação, razão não assiste ao Impetrante.

A alteração do art. 366, do Código de Processo penal conferiu ao Juiz condutor do feito, no caso de não ser conhecido o paradeiro do acusado, após a sua citação por edital, a possibilidade de determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes.

Confira-se, por oportuno, a redação do artigo em comento, *in verbis*:

"Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, o Juízo de Direito da 1.^a Vara Judicial da Comarca de Capivari-SP, acolhendo o requerimento do Ministério Público, determinou a produção antecipada de provas nos termos do art. 366, do Código de Processo Penal,

O *Parquet* fundamentou a necessidade da medida cautelar nos seguintes termos:

"[...]"

Requeiro, com base no art. 366, § 1.º, a produção antecipada de prova com o intuito de evitar o perecimento da mesma, face ao lapso temporal que pode decorrer até a localização do réu. [...]" (fl. 414)

Com efeito, o Juízo sentenciante deve conduzir o processo em busca da verdade real, e para salvaguardar tal obrigação é que medidas cautelares, como a antecipação da produção de provas, constitui-se importante instrumento para a concretização desse objetivo.

A produção antecipada de provas está adstrita àquelas hipóteses consideradas de natureza urgente pelo Magistrado, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto. Porém, não se presta como fundamentação para sua justificativa apenas a mera referência ao artigo de lei que a prevê; o Magistrado deve declinar os motivos que, no caso concreto, demonstrem a necessidade da medida urgente, cujo objetivo específico é o de resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, ante a possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do tempo.

Na hipótese, o ilustre membro do Ministério Público requereu a antecipação probatória com a finalidade de evitar o seu perecimento (fl. 414), tendo o Magistrado de Instância Prima a considerado cabível, no caso (fl. 415).

Assim, é de se aplicar no caso o entendimento de que é possível a produção antecipada de oitiva de testemunhas, para evitar o seu perecimento, como inclusive recentemente reafirmou esta Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

"HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ART. 366 DO CPP. PROVA TESTEMUNHAL. MEDIDA CAUTELAR. CARÁTER URGENTE. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. A natureza urgente ensejadora da produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, é inerente à prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana, motivo pelo qual deve ser colhida o quanto antes para não comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade dos fatos narrados na denúncia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não há como negar o concreto risco de perecimento da prova testemunhal tendo em vista a alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática, sendo que detalhes relevantes ao deslinde da questão poderão ser perdidos com o decurso do tempo à causa da revelia do acusado.

3. O deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ser realizado na presença de defensor dativo, caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva.

4. Na hipótese vertente, o temor na demora da produção de prova se justifica, ainda, pelo fato de que os supostos delitos narrados na denúncia ocorreram em 2006, isto é, há quase 4 (quatro) anos, correndo-se enorme risco de que detalhes relevantes do caso se percam na memória das testemunhas, circunstância que evidencia a urgência da medida.

5. Ordem denegada." (HC 153.668/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 16/11/2010.)

E, ainda nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA (ART. 168, § 1º. III C/C ART. 71 DO CPB). CRIME CONTINUADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ATOS DE TORTURA DURANTE O INTERROGATÓRIO JUDICIAL. RÉU FORAGIDO. CITAÇÃO POR EDITAL. REVELIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO, E NESTA PARTE, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A alegação de prévia intimação para o interrogatório não foi objeto de análise pelo acórdão impugnado, o que inviabiliza o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Da exegese do art. 366 do CPP ressaí a possibilidade de o Julgador determinar a produção antecipada da prova, inclusive testemunhal, na hipótese de estar suspenso o processo em decorrência da revelia do acusado, devidamente demonstrada a urgência da medida, diante das peculiaridades do caso concreto.

3. Conforme entendimento consolidado em diversos precedentes desta Corte, quando a demora na produção das provas possa vir a prejudicar a busca pela verdade real, ante a grande probabilidade das testemunhas não se lembrarem precisamente dos fatos presenciados, demonstrada está a urgência da medida.

4. Parecer do MPF pelo parcial conhecimento do writ, e nesta parte, pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada." (HC 104.050/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 16/02/2009)

Outrossim, alega o Impetrante nulidade em razão de o Juiz não ter analisado todas as teses defensivas apresentadas em sede de alegações finais, omitindo-se quanto a análise da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tese de que o ora Paciente "não é um traficante e sim usuário de droga" (fl. 12).

O Juiz de Direito da Primeira Vara Judicial de Capivari/SP, assim consignou seu entendimento:

"[...]"

No dia 31 de janeiro de 2003, a polícia civil de Capivari, no cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido pela Justiça desta comarca, esteve na Rua XV de novembro, onde se situa uma tapeçaria, de propriedade do co-réu Luiz Antonio Fidelis.

A diligência, motivada por várias denúncias de venda de entorpecente por pessoa conhecida como "Fidelis" naquele local (fl. 3 do apenso), culminou com a apreensão de certa quantidade de maconha, de uma balança digital de precisão e de outros apetrechos próprios para o tráfico de drogas (fls. 11/13 do apenso), além da prisão em flagrante de Luiz Antonio Fidelis.

A natureza entorpecente do material apreendido restou comprovada pelo laudo de exame toxicológico de fls. 133/134, cuja conclusão indica resultado positivo para "Cannabis sativa L".

O investigador de polícia responsável pela busca e apreensão apresentou, na ocasião, o seguinte relatório:

"(...) Na diligência empreendida na Rua XV, quando da chegada dos policiais, o Investigador Roberto visualizou um indivíduo que recebia um embrulho com certa quantidade de maconha das mãos de Luis Antonio Fidelis. Neste momento, o indivíduo que posteriormente soubemos chamar-se Messias de Almeida atirou a substância por cima de um muro, porém o policial Roberto deu-lhe voz de prisão em flagrante e o policial Leonardo pulou o citado muro logrando por localizar a droga que após ter sido pesada constatou-se haver 55 gramas da substância, havendo ainda a intervenção do GM Souza, o qual deteve Luis Antonio Fidelis, algemando-o."

"Como já estavam pelo local os policiais que compunham a outra equipe, os trabalhos de busca se iniciaram, sendo que houve um contato com o indivíduo Messias, e este confessou para os policiais Osmar e Roberto sua condição de viciado em maconha e que acabra de comprar a droga de Luis Antonio Fidelis pagando pela mesma a importância de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Luis Antonio Fidelis, na presença dos policiais Osmar e Roberto, tentou intimidar o indivíduo Messias, dizendo ao mesmo 'vamos dividir a para meio a meio, a gente comprou em Campinas', proferindo tal frase em tom e com olhar de ameaça."

"[...]"

A testemunha Joceli Maria Angelin Cardoso, presidente do Comen de Capivari, informou em seu depoimento de fls. 182/183, que atendeu diversos jovens usuários que lhe confidenciaram ter adquirido a droga na tapeçaria do Fidelis, na rua 15 de novembro.

"[...]"

A acusação encontra respaldo ainda nas declarações prestadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelas testemunhas Benedito Lourenço de Souza e Leonardo Almeida Leite, que confirmaram os fatos tal como narrados na peça acusatória (fls. 184/187 e 188/190; 243/247 e 270 dos autos em apenso).

Resta claro, portanto, que os acusados com essa conduta, infringiram o disposto no art. 12 da Lei n.º 6.368/76, cometendo crime contra a saúde pública. [...]" (fls. 591/598)

Depreende-se do acórdão proferido pela Corte *a quo* que todas as teses defensivas foram, ao contrário do alegado na impetração, refutadas com fundamentação adequada.

Confirmam-se os seguintes excertos do acórdão impugnado que demonstram, com clareza, os motivos pelos quais não se acolheu a tese defensiva de que seria o réu traficante, e não mero usuário de drogas:

"[...]

Já em relação à alegação de que a r.sentença não tratou da defesa no sentido de que o paciente era usuário de drogas, e não traficante, basta mencionar que esta, a despeito de ventilada, de forma muito vaga, frise-se, nas alegações finais, também não foi objeto de pedido expresso, na parte final destas, a impedir, pois, que se cogite de sentença citra petita.

Além disso, é cediço que o juiz, quando julga procedente a ação penal, nos termos da denúncia, não está obrigado a refutar, expressamente, uma a uma, todas as teses deduzidas pelas partes, máxime quando totalmente incompatíveis com aquela na qual se fundou seu entendimento, extraído a partir do conjunto probatório coligido ao longo da persecução criminis.

Em outras palavras, a adoção fundamentada de uma das teses ventiladas pelas partes revela, em última análise, inequívoca rejeição dos demais temas articulados e isso é o que basta para o cumprimento do preceito insculpido no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Nesse passo, tendo a i. autoridade impetrada concluído, de forma expressa, pela responsabilização do paciente pela prática do crime previsto no art. 12, caput, da Lei 6.368/76, nos termos da denúncia, não estava ela, evidentemente, obrigada a refutar, expressamente, tese que, repise-se, não foi sequer objeto de pleito expresso nas alegações finais, mesmo porque, a rechaçou de forma implícita, ao concluir pela caracterização do tráfico de drogas. [...]" (fl. 630)

Como se vê, as instâncias ordinárias, ao contrário do que afirma o Impetrante, afastaram o argumento defensivo de que o réu seria um usuário e não um traficante de drogas ao entenderem que os elementos probatórios dos autos demonstraram a existência de crime de tráfico de drogas.

Ressalte-se, por fim, que embora seja necessário que o Julgador aprecie as teses apresentadas pela defesa, torna-se desnecessária a menção expressa a cada uma das alegações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se, pela própria decisão condenatória, resta claro que o Magistrado adotou posicionamento contrário, porém suficiente para embasar o julgado, como na espécie.

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MENOR DE CATORZE ANOS. ARGUIÇÃO DE OMISSÃO NA ANÁLISE DAS TESES DEFENSIVAS. NÃO-OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ORDEM DENEGADA. CRIME COMETIDO ANTERIORMENTE À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.464/07. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O magistrado ou o tribunal não estão obrigados a responder uma a uma as alegações da defesa, mas tão-somente aquelas que julgar necessárias para fundamentar a sua decisão.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade o § 1º do art. 2º da Constituição Federal, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime de cumprimento da pena também nos caso de crimes hediondos.

3. Habeas corpus denegado. Ordem concedida de ofício para determinar que o paciente cumpra a pena no regime inicial semiaberto." (HC 138.855/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 03/11/2009.)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. CONTRARIEDADE DE PROVAS. OMISSÃO NA ANÁLISE DAS TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA.

1. O exame da tipicidade subjetiva do fato, no que se refere à inexistência do crime em face da ausência do elemento subjetivo do tipo, para afirmá-la ou negá-la, reclama, necessariamente, o revolvimento de todo o conjunto da prova, fazendo-se, por conseqüência, estranho ao âmbito de cabimento do habeas corpus.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela parte, máxime quando já tiver decidido a questão sob outros fundamentos (cf. EDclEDclREsp nº 89.637/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 18/12/98).

3. Ordem denegada." (HC 28.129/SP, 6ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 20/02/2006.)

"CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ÓBICE AO PROSSEGUIMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. OMISSÃO DA SENTENÇA QUANTO ÀS TESES DA DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

Não se vislumbra omissão na sentença monocrática, ou no aresto confirmatório da condenação, a ensejar pedido de revisão criminal, se evidenciada a legalidade das referidas decisões, com base nos elementos da ação penal instaurada contra o paciente.

É descabida a alegação de deficiência na fundamentação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença condenatória e do acórdão que a confirmou, se as decisões foram suficientemente motivadas, com apoio no material probatório colhido na instrução processual e em observância ao Princípio do Livre Convencimento Motivado, segundo o qual o juiz forma sua convicção por meio da livre apreciação da prova, sendo-lhe facultada a crítica aos elementos coligidos.

Não se tem como omissa a sentença condenatória que, embora não se referindo, expressamente, a tese da defesa, fundamenta a condenação com base nos elementos probatórios reputados válidos para caracterizar o crime narrado na denúncia e sua autoria.

Embora seja necessário que o Magistrado aprecie as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário. Precedente.

Ordem denegada." (HC 33.251/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 01/07/2004.)

Por fim, alega o Impetrante que na fixação da pena não foi aplicada a retroatividade da norma contida no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

De início, cumpre observar que, em sentença prolatada no dia 13/03/2007, o Juízo de primeiro grau, na primeira fase da fixação da reprimenda, considerou favoráveis as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, razão pela qual fixou a pena-base no mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa (art. 12 caput da Lei nº 6.368/76).

Na segunda etapa, entendeu ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira fase, ausentes causa de aumento e diminuição restou a pena imposta ao Paciente fixada em 03 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.

Dessa forma, requer, no presente *mandamus*, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, também em obediência ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Na hipótese, o Tribunal *a quo*, entendeu que a minorante não poderia ser aplicada sobre a pena cominada com base na lei antiga. É o que se depreende dos seguintes trechos do voto, a seguir transcrito :

"[...]

De outra parte, também não há nenhuma nulidade a ser reconhecida, decorrente da não-aplicação da Lei 11.343/2006, pese embora a r. sentença haja, de fato, sido prolatada após sua entrada em vigor.

Isso porque tal omissão, a bem da verdade, constituiria error in judicando, e não error in procedendo, não podendo, pois, ser apontado como nulidade, tanto que, em caso de eventual apelação, seria tratada como questão de mérito, e não como preliminar, devendo, pois, se for o caso, ser suscitada por meio de revisão criminal.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso sem contar a possibilidade de a alegada omissão ter sido intencional, em razão de a L autoridade impetrada perfilhar, em tese, o entendimento segundo o qual seria incabível a aplicação combinada de leis, a afastar, por via de consequência, o benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006. [...]" (fls. 631/632)

Não se pode conceber, na espécie, a possibilidade de combinação de leis, porquanto a minorante insculpida no § 4.º do art. 33 é regra dirigida ao *caput* do mesmo artigo, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira norma, sob pena de se transmutar em legislador. Sobre o assunto, trago à colação o escólio de Nelson Hungria, *in verbis*:

"[...] cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis." (HUNGRIA, Nélon, Comentários ao Código Penal. Ed. Forense, RJ, 1977, 1º vol., 1 t., pág. 120.)

Vedada a aplicação parcial do art. 33, resta saber qual das normas é a mais favorável ao réu, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

A lei antiga comina pena mínima de 03 anos de reclusão (art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76), enquanto a nova prevê 05 anos de reclusão (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06), denotando, *prima facie*, ser mais gravosa e, por conseguinte, inaplicável aos fatos anteriores.

Não obstante, a alteração do sistema introduzido com a novel legislação, a par de dispensar tratamento mais rigoroso ao traficante, com a elevação das penas mínimas, possibilitou ao magistrado o abrandamento do rigorismo, instituindo causa de diminuição de 1/6 a 2/3 (§ 4.º do mesmo art. 33), em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, o que traria a pena, se fixada no mínimo e sem acréscimos, para o patamar de 1 ano de reclusão, sendo utilizada a redução máxima de 2/3.

Assim, encaixando-se a hipótese no disposto no § 4.º do citado artigo – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos pode reduzir-se para menos de 03 anos, a depender da fração redutora, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.

Convém ainda salientar que, relativamente ao percentual de redução, cabe ao magistrado observar o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que assim dispõe, *in verbis*:

"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

Com efeito, a quantidade da droga apreendida (55 g de maconha), justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

Assim, à mingua de atenuantes, agravantes ou causas de aumento, entendo que deve ser aplicada a diminuição intermediária (1/2) pela incidência do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, pelo que fica a reprimenda quantificada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem, tão-somente para redimensionar a reprimenda do Paciente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantendo-se os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0099015-4

HC 105.956 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11519363 1250120030067376 1492003

EM MESA

JULGADO: 16/12/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO ROBERTO BAILLO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LUIZ ANTONIO FIDELIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário