



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.436 - RS (2015/0173028-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JUAN ALBERTO VIGIL

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição ou desclassificação da conduta imputada ao paciente para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006 são questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do *habeas corpus* a reanálise dos motivos pelos quais as instâncias ordinárias formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS EM SEDE RECURSAL. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que no julgamento da apelação a pretendida aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 e a almejada readequação do regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente não foram alvo de deliberação pela autoridade apontada como coatora, pois não foram alegadas nas razões recursais da defesa, nas quais se pleiteou, apenas, a absolvição do réu ou a desclassificação da sua conduta.

3. Tais questões deveriam ter sido arguidas no momento oportuno e perante o juízo competente, no seio do indispensável contraditório, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Sodalício, sob pena de se configurar a indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

ILEGALIDADE FLAGRANTE NA NEGATIVA DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Em razão da natureza e da quantidade de droga apreendida, torna-se inviável a incidência da causa de diminuição em seu patamar máximo, mostrando-se razoável e proporcional ao caso concreto a aplicação da benesse na fração de 1/4 (um quarto).

3. Com a redução da sanção cominada ao réu, mostra-se necessária a análise dos termos inculpidos no artigo 44 do Código Penal para que se verifique a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por restritiva de direitos, que deverá ser feita pelo Juízo competente.

FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. COAÇÃO ILEGAL EXISTENTE.

1. Extrai-se do édito repressivo que o modo fechado foi determinado com base, unicamente, na previsão contida no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, em flagrante ofensa ao entendimento pacificado nos Tribunais Superiores sobre o assunto.

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

3. Afastando-se o fundamento no qual a instância de origem se embasou para manter o regime inicial fechado, e tendo em conta que todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do modo aberto para o resgate da sanção, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do referido diploma legal.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, determinando-se que o Juízo competente analise os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal para verificar a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por restritiva de direitos.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.436 - RS (2015/0173028-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JUAN ALBERTO VIGIL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JUAN ALBERTO VIGIL, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Crime 70053557971.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido desprovido.

Sustenta o impetrante que o paciente seria dependente químico, não se tratando de pessoa afeta ao narcotráfico.

Alega que a pequena quantidade de droga apreendida não ensejaria a conclusão de que o acusado a possuiria para fins de traficância.

Afirma que o paciente teria sido denunciado por atos de mercancia, que não teriam sido comprovados pela prova judicializada, o que ensejaria a sua absolvição ou a desclassificação da sua conduta para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Entende que deveria ser reconhecida a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, pois o paciente seria primário.

Argumenta que o regime prisional imposto ao réu deveria ser readequado.

Requer a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido, ou para que seja aplicado o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas na fração máxima, modificando-se o modo de resgate da sanção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida pelo eminente Ministro Francisco Falcão, no exercício da Presidência deste Sodalício, nos termos da decisão de fls. 330/331.

Prestadas as informações (e-STJ fl. 342), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 368/375, manifestou-se pela concessão parcial da ordem, para que seja aplicada a causa de diminuição artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, fixando-se a reprimenda do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, substituindo-se a sanção corporal por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.436 - RS (2015/0173028-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a absolvição do paciente ou a desclassificação da conduta a ele imputada para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à apontada falta de provas de que o paciente teria cometido o delito de tráfico de drogas, sendo mero usuário, é imperioso ressaltar que as instâncias de origem formaram seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido tanto na fase inquisitorial quanto na instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade a ele assestadas.

Ao proferir sentença condenatória no feito, o magistrado singular explicou que o acusado foi preso em flagrante por estar portando em suas vestes 15 (quinze) gramas de crack, possuindo consigo, ainda, 3 (três) celulares e quantias em dinheiro divididas em pesos uruguaios, dólares americanos e reais, tendo os policiais responsáveis pela abordagem relatado que nos telefones havia mensagens que denotavam a prática da comercialização de substâncias entorpecentes (e-STJ fls. 227/228).

Consignou que não haveria nos autos qualquer elemento que indicasse que o réu teria sido agredido pelos policiais militares para confessar a prática da traficância, conforme alegado em seu interrogatório, até mesmo porque não haveria comprovação das lesões por ele sofridas, e sequer teria admitido extrajudicialmente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perante a autoridade policial, a atividade ilícita (e-STJ fl. 233).

Salientou que apesar da negativa de autoria do acusado, todos os elementos probatórios colhidos demonstrariam que a substância entorpecente apreendida se destinaria à comercialização, haja vista a considerável quantidade de crack apreendida - 15 (quinze) gramas - que estava em uma única pedra, o que revelaria a finalidade de sua circulação, pois não seria crível que um único usuário fosse trazer consigo tamanha quantidade de substância entorpecente para fins de consumo próprio (e-STJ fl. 236).

Destacou que, além da droga, o réu possuía quantias em dinheiro, divididas em diferentes moedas, tendo com ele sido encontrados, ainda, 3 (três) aparelhos de telefone celular, sendo que em um deles havia várias mensagens de texto recebidas, inclusive no momento da abordagem, nas quais era questionado sobre sua presença em determinado local, pois várias pessoas estavam por ele esperando, a indicar que havia consumidores aguardando a sua chegada para a aquisição dos entorpecentes, elementos que denotariam a sua comercialização (e-STJ fl. 237).

Frisou que o paciente ostenta antecedentes na cidade de Rivera, no Uruguai, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, havendo, inclusive, a determinação de sua prisão no país vizinho em face do referido ilícito, o que demonstraria que estaria se utilizando do comércio de drogas como meio de vida (e-STJ fl. 239).

Por sua vez, a autoridade apontada como coatora, ao manter o édito repressivo, concluiu que as provas seriam fartas no sentido de que a droga apreendida se destinada ao tráfico, já que apreendidas 15 (quinze) gramas de crack, além de 3 (três) celulares, 1 (um) notebook, 1 (um) pendrive, 1 (um) modem molvitar, 1 (um) MP4 e a quantia expressiva de \$ 4.530 (quatro mil quinhentos e trinta) pesos uruguaios em moeda corrente daquele país, R\$ 50,40 (cinquenta reais e quarenta centavos) e U\$ 3,00 (três dólares americanos) (e-STJ fls. 305/319).

Diante deste panorama fático-processual, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido no *writ*, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Com efeito, a estreita via do *habeas corpus* não permite reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias de origem formaram o seu convencimento, especialmente como na hipótese, em que apresentaram motivação suficiente à condenação do paciente pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo indubitável que para se concluir de forma diversa seria imprescindível a realização de exame minucioso do conjunto probatório, providência que é inviável de ser adotada no âmbito do remédio constitucional, diante dos seus estreitos limites cognitivos.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...).

(...)

2. A via do habeas corpus não é adequada à discussão de questões que demandam o reexame do conjunto fático-probatório, sendo inviável, portanto, a análise da absolvição por insuficiência de provas.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 194.281/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 29/09/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...) NÃO CONHECIMENTO.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ 2. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 328.775/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, tendo a decisão impugnada asseverado que há provas da ocorrência do delito e da autoria atribuída ao paciente, e apresentado fundamentação idônea e suficiente à sua condenação, não há que se falar em desconstituição do édito repressivo, já que inexistente o constrangimento ilegal de que estaria sendo alvo.

Por outro lado, é impossível o exame da alegada necessidade de aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 e de readequação do regime inicial para o resgate da sanção corporal, uma vez que o acórdão que julgou o recurso de apelação não fez qualquer menção às referidas questões, até mesmo porque não foram arguidas pelo réu em suas razões recursais, se que restringiram aos pleitos de absolvição ou desclassificação da conduta a ele imputada (e-STJ fls. 254/266).

Há que se ressaltar que embora o apelo interposto tenha devolvido ao Tribunal de origem o exame da matéria controvertida, a defesa não pode arguir, somente nesta instância superior, questões não levantadas perante as instâncias ordinárias, o que configuraria a atuação desta Corte em indevida supressão de instância.

Como é cediço, o efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A respeito do tema, eis a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o iter procedimental - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.)

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício. O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (Op. cit., p. 121.)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal (artigo 3º do Código de Processo Penal), devolve para o órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação, a Corte Estadual não tratou das citadas matérias, que deveriam, por óbvio, ter sido alegadas no momento oportuno e perante o juízo competente, garantindo-se o indispensável contraditório.

Nessa esteira:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 E DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A matéria debatida neste writ - incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e imposição de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado -, não foi, em nenhum momento, objeto de exame pela Corte local, até porque sequer foi abordada na apelação interposta pela defesa, razão pela qual não pode ser originariamente conhecida no âmbito desta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 323.908/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. (...) ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

VII - Quanto à necessidade de se reconhecer a circunstância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante da menoridade relativa na data dos fatos, tal pretensão não merece ser conhecida, já que da análise do v. acórdão ora impugnado, denota-se que tal questão sequer foi apresentada ao eg.

Tribunal a quo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, razão pela qual fica impedida esta eg. Corte de proceder a tal análise, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 293.590/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 02/12/2014)

No entanto, está-se diante de flagrante ilegalidade, passível de ser reparada na via do *habeas corpus*, pois, da análise dos autos, constata-se que a quantidade de droga encontrada com o paciente - 1 (uma) pedra de crack pesando 15 (quinze) gramas - não se revela excessiva, permitindo a incidência da benesse prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Cumprе esclarecer que, no tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que não tendo o legislador os definido, cumpre ao magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado, considerar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. Não há ilegalidade a ser sanada na terceira etapa da dosimetria, pois as instâncias antecedentes destacaram, para a aplicação do percentual de 1/3 de diminuição da pena, a quantidade, a diversidade e a natureza altamente lesiva de uma das drogas apreendidas - 52 pedras de crack (10,3 g) e 3 buchas de maconha (4,40 g) -, elementos que não foram valorados para a fixação da pena-base.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do CP. (HC 262.936/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 29/10/2015)

Na espécie, verifica-se que a fração deverá alcançar o patamar de 1/4 (um quarto), dadas as particularidades do caso concreto e tendo em vista a natureza da substância entorpecente apreendida - crack - altamente lesiva à saúde pública, restando a reprimenda do paciente definitiva em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa.

Com a redução da sanção cominada ao réu, mostra-se necessária a análise do artigo 44 do Código Penal, em observância às circunstâncias que envolveram a prática delitiva, para verificar o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, que deverá ser feita pelo Juízo competente.

Finalmente, embora o regime prisional para o resgate da reprimenda corporal imposta ao paciente não tenha sido objeto de análise no aresto objurgado, extrai-se do édito repressivo que o modo fechado foi estabelecido com base, unicamente, na previsão contida no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 (e-STJ fl. 241), em flagrante ofensa ao entendimento pacificado nos Tribunais Superiores sobre o assunto.

Como é cediço, a nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pela Lei 11.464/2007, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado nos casos de condenação por crimes hediondos ou equiparados, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos e de forma incidental, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, da Relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27.6.2012.

Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

Não se desconhece, outrossim, que o controle incidental de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, tal orientação não deve ser sumariamente descartada.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pela Lei 11.464/2007, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do artigo 33 do Estatuto Repressivo.

Portanto, afastando-se o fundamento no qual a instância de origem se embasou para manter o regime inicial fechado, e tendo em conta que todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do modo aberto para o resgate da sanção, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do referido diploma legal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, determinando-se que o Juízo competente analise os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal para verificar a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por restritiva de direitos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0173028-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 330.436 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02521200021821 2521200021821 70053557971

EM MESA

JULGADO: 03/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JUAN ALBERTO VIGIL

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

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.