



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 365.545 - RS (2016/0204660-1)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : FABIANA SOARES BOROWSKI
AGRAVANTE : DAVID MICHEL MARTINS BETTANZOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DE PERCENTUAL INFERIOR AO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (*CRACK*). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE.

1. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática que indeferiu liminarmente o *writ* originário, pois, no caso concreto, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, a natureza da droga apreendida pode impedir a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como pode servir de parâmetro para definir o percentual de redução.
2. O regime inicial de cumprimento de pena (fechado) está fundamentado na natureza de droga apreendida, a saber, *crack*. E, ainda, em dados concretos presentes nos autos.
3. Não cabe a inovação de argumentos, pleiteando-se a abordagem de tema não ventilado na inicial do *habeas corpus*, a saber, *reformatio in pejus* em apelação criminal exclusiva da defesa e não comparecimento da paciente em juízo para o interrogatório e a mudança de endereço do outro paciente sem comunicação ao Juízo.
4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de setembro de 2016 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 365.545 - RS (2016/0204660-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto por **Fabiana Soares Borowski e David Michel Martins Bettanzos** contra a decisão monocrática que indeferiu liminarmente o *habeas corpus* impetrado em favor deles (fl. 304):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DE PERCENTUAL INFERIOR AO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (CRACK). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL ABERTO IMPOSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Petição inicial indeferida liminarmente.

Os agravantes repisam as alegações apresentadas na inicial do *habeas corpus*.

Contudo, acrescentam que *relativamente ao regime inicial de cumprimento da pena corporal, o Tribunal de origem inovou, em recurso exclusivo da defesa, acrescentando fundamentos ao adotado pelo Juízo de 1º grau para fixar o regime inicial fechado, que era apenas a vedação legal cuja insubsistência é consabida, contrariando orientação do Supremo Tribunal Federal que considera que tal proceder configura reformatio in pejus* (fl. 319).

Acrescentam, também, que os argumentos de que a paciente, mesmo intimada, não teria comparecido em juízo para interrogatório, ou mesmo da mudança de endereço, sem comunicação ao Juízo, do outro paciente, são *flagrantemente inidôneos, pois consideradas tais condutas são manifestação de autodefesa, albergada pelo direito constitucional de não produção de provas contra si, não podendo ser utilizadas, portanto, a justificar qualquer prejuízo processual à parte, principalmente a exasperação da pena desbordando*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

completamento das balizas traçadas pelo art. 42 da Lei 11.343/2006 e pelo art. 33 do Código Penal (fl. 323).

Requerem a reforma da decisão para que seja concedida a ordem, modificando-se o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto ou semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 365.545 - RS (2016/0204660-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O agravo regimental não merece provimento.

Primeiro, porque a decisão agravada contém suficiente motivação quanto ao posicionamento adotado. Veja-se o que levei em conta ao indeferir liminarmente o pedido inicial (fls. 306/308):

[...]

Agiu com acerto o Tribunal de Justiça.

A propósito, nesse sentido, em recente decisão, a Quinta Turma decidiu que, *no tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo. 2. O grau de redução foi fixado com base em elementos extraídos dos autos que indicaram a maior reprovabilidade da conduta, evidenciada na quantidade e natureza do entorpecente encontrado em poder do insurgente. 3. Este Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos* (AgRg no AREsp n. 643.452/MG, Ministro Jorge Mussi, DJe 22/6/2016 – grifo nosso).

E, mais: AgRg no AREsp n. 875.928/MG, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 30/6/2016; HC n. 309.842/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 13/10/2015; e HC n. 282.944/RS, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 3/8/2015.

Quanto ao regime prisional, o acórdão da apelação dispôs que *diante das peculiaridades do caso e com base no exposto no art. 33, § 3º, do CP, sendo desfavorável a natureza da droga e, ainda, verificando-se que, depois de concedida liberdade provisória aos réus, FABIANA, embora devidamente intimada, não compareceu em juízo para ser interrogada, e DAVID sequer foi encontrado para ser intimado pelo Oficial de Justiça, no endereço que havia fornecido, não há outro regime a ser fixado que não seja o fechado, sendo mantida, portanto, a sentença também neste ponto* (fl. 286 – grifo nosso).

Com efeito, relativamente ao regime inicial de cumprimento de pena imposto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que **a natureza**, a variedade e a quantidade da droga apreendida constituem **elementos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idôneos a justificar a imposição do regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta. Nesse sentido: AgRg no HC n. 280.819/MS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 9/5/2014; e, AgRg no REsp n. 1.432.109/GO, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 1º/8/2014.

E como se pode ver do acórdão da apelação não há constrangimento ilegal a ser reparado, pois a fixação do regime inicial de cumprimento de pena (fechado) está fundamentado na natureza de droga apreendida, a saber, *crack*. E, ainda, em dados concretos presente nos autos.

[...]

De mais a mais, não é possível, neste momento, a inovação de argumentos (*reformatio in pejus* em apelação criminal exclusiva da defesa e não comparecimento da paciente em juízo para o interrogatório e a mudança de endereço do outro paciente sem comunicação ao Juízo), pleiteando-se a abordagem de tema não ventilado na inicial do *habeas corpus*.

Faz-se mister frisar que, ressalvado o meu posicionamento, tem prevalecido nesta Corte Superior o entendimento de que *não há que se falar em reformatio in pejus quando o Tribunal local, em sede de apelação, em recurso exclusivo da defesa, inova na fundamentação sem contudo agravar a situação do acusado* (HC n. 311.722/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 13/6/2016). E, mais, HC n. 351.164/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 19/4/2016; e HC n. 304.886/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 24/2/2015.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0204660-1

AgRg no
HC 365.545 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121500166241 00523091420158210001 01710494620168217000 121500166241
1710494620168217000 523091420158210001 70069608552

EM MESA

JULGADO: 06/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

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 : FABIANA SOARES BOROWSKI
PACIENTE : DAVID MICHEL MARTINS BETTANZOS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FABIANA SOARES BOROWSKI
AGRAVANTE : DAVID MICHEL MARTINS BETTANZOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.