



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.266 - RJ (2011/0293477-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : RONALDO ORLOWSKI - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : RONALDO ORLOWSKI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : HOMERO VIANA GONÇALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA NO RECURSO MINISTERIAL. DESRESPEITO AO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. CONFIGURAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO PARA A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ.

1. Ao afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem que a apelação do *Parquet* tivesse impugnado esse aspecto da sentença, o Tribunal a *quo* desrespeitou o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*.

2. Ações penais em andamento não podem ser utilizadas para valorar negativamente os antecedentes criminais nem a personalidade ou a conduta social do paciente, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade (Súmula 444/STJ).

3. A natureza, a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, por evidenciarem maior reprovabilidade da conduta imputada, e a acentuada periculosidade do paciente autorizam a imposição de regime prisional mais gravoso e o indeferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Ordem parcialmente concedida.

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, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 23 de outubro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.266 - RJ (2011/0293477-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Homero Viana Gonçalves**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau (Processo n. 0003121-52.2010.8.19.0011) condenou o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime prisional inicial aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do fato típico descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, objetivando a majoração da pena-base, a fixação de regime prisional inicial fechado e o afastamento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao recurso para fixar a pena do paciente em 6 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 600 dias-multa.

Impetrado, então, o presente *habeas corpus*, alega o impetrante, em suma, que (fls. 2/4):

[...]

Patente o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, na medida em que a autoridade coatora (2ª Câmara Criminal) cassou a causa de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, inobstante não haver pedido no recurso de apelação interposto pelo Ministério Público nesse sentido.

[...]

Ao fixar a pena, o v. acórdão entendeu que o ora paciente deveria ter sua pena-base exasperada e, dentre os fundamentos utilizados para tanto, considerou suas anotações na folha de antecedentes criminais, quais sejam, inquéritos e ações penais em andamento.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, ainda, a fixação de regime prisional menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 256/258).

A indigitada autoridade coatora prestou informações (fls. 266/304).

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 307/309).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.266 - RJ (2011/0293477-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O

Juízo sentenciante condenou o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime de tráfico de drogas, tendo aplicado, quando da dosimetria da pena, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em sua fração máxima. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, objetivando **a majoração da pena-base**, a fixação do regime prisional inicial aberto e a cassação do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 176/186):

[...]

Muito embora tenha sido acertada a decisão, no que concerne à condenação do acusado, discorda o Ministério Público da sentença no que concerne ao quantum da pena-base fixada, ao regime inicial de cumprimento de pena, bem como da substituição da pena privativa de liberdade, por pena restritiva de direitos, feita pela D. magistrada, pelos motivos a seguir expostos.

[...]

Por todo o exposto, requer o Ministério Público seja o presente recurso conhecido e provido, a fim de ser reformada a r. sentença a quo, para que seja aumentado o quantum da pena-base aplicada ao condenado, seja fixado regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade do mesmo, além de ser vedada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

[...]

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, deu provimento ao recurso ministerial para, majorando a pena-base e afastando a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, exasperar a reprimenda do paciente para 6 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento de 600 dias-multa.

Após o breve resumo dos autos, conclui-se que, tal como alegado na exordial, não houve, nas razões do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, pedido para o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo o Tribunal *a quo* atuado de ofício ao majorar a pena do paciente, incorrendo em grave violação do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*.

Nesse sentido:

[...]

Ao alterar a redução da reprimenda, pela semi-imputabilidade, de 1/2 para 1/3, sem que a apelação do Ministério Público tivesse impugnado esse aspecto da sentença, o Tribunal a quo desrespeitou o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*.

(HC n. 183.579/MG, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 4/6/2012)

[...]

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 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. No caso dos autos, a paciente foi absolvida dos crimes de furto qualificado e estelionato em primeiro grau de jurisdição, tendo o Ministério Público interposto recurso de apelação objetivando a reforma da sentença apenas quanto ao crime previsto no artigo 171, *caput*, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, concordando expressamente com a insuficiência de provas a embasar um édito repressivo no tocante ao ilícito previsto no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal.

3. Da leitura do acórdão impugnado, conclui-se que o Tribunal *a quo* extrapolou os limites de cognição do apelo interposto pelo órgão acusatório, pois condenou a paciente pelo delito de furto qualificado, que sequer havia sido objeto de insurgência pelo *Parquet* nas suas razões recursais, ampliando o efeito devolutivo do reclamo, e agravando, independentemente de provocação, a situação da acusada, procedimento que vai de encontro ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus*. Doutrina. Precedentes.

[...]

(HC n. 174.237/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/10/2011)

[...]

Em decidindo a Corte Estadual além dos limites da apelação interposta, julga *ultra petita* e, pois, invalidamente, impondo-se o ajustamento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

(HC n. 17.320/SP, Relator p/ acórdão Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 2/8/2004)

Quando da majoração da pena-base do paciente, decidiu o Tribunal a *quo que* (fls. 238/239):

[...]

Ademais, a folha de antecedentes criminais do apelado indica seu envolvimento frequente com crimes de roubo duplamente circunstanciado, corrupção de menores, quadrilha armada e homicídio duplamente qualificado e, conquanto não sirva para indicar maus antecedentes, eis que as anotações estão sem resultado, certamente servem para demonstrar a péssima conduta social do apelado, assim como a sua personalidade reiteradamente voltada para a prática de atos criminosos os mais diversos.

Assim, embora deva o apelado ser considerado primário e sem antecedentes, tem desfavoráveis as demais condições do art. 59 do Código Penal, em razão da sua personalidade distorcida e da sua má conduta social, o que autoriza o afastamento da pena-base do mínimo legal. Da mesma forma, a grande quantidade e diversidade das drogas apreendidas também autorizam que a reprimenda se afaste do patamar mínimo, que deve ser fixado em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

[...]

Ao que se tem, a pena-base do paciente foi majorada ante a constatação da existência de ações penais em andamento e em virtude da quantidade e da variedade de drogas apreendidas.

Ocorre, contudo, que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça possui firme entendimento de que ações penais em andamento não podem ser utilizadas para valorar negativamente os antecedentes criminais nem a personalidade ou a conduta social do paciente, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade.

Nesse sentido, destaco a Súmula 444/STJ:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Passo, portanto, ao redimensionamento da pena.

Afastada a valoração negativa da conduta social e da personalidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente e considerando-se a quantidade e a variedade de drogas apreendidas (7,6 g de maconha; 25,8 g de cocaína e 17 g de crack), fica a pena-base estabelecida em 5 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 550 dias-multa.

Com o restabelecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, incidente no percentual de 2/3, fica a pena definitivamente estabelecida em 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 366 dias-multa.

Por fim, a natureza, a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, por evidenciarem maior reprovabilidade da conduta imputada, assim como a acentuada periculosidade do paciente, autorizam a imposição do regime prisional inicial semiaberto e o indeferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido:

[...]

O Tribunal de Justiça *a quo*, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta da ré, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal. Desse modo, é adequado o regime prisional mais gravoso, diante da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

(HC n. 244.269/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 5/9/2012)

[...]

No caso, porém, em consonância com o que decidiu o Tribunal de origem, atento ao art. 44, inciso III, do Código Penal, não é recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena, tendo em vista, principalmente, a quantidade e variedade de droga que o paciente tinha em depósito (diga-se: 15 porções de maconha, com massa líquida de 808 gramas, e 6 porções de cocaína, com massa líquida de 9,05 gramas).

(HC n. 221.198/DF, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 29/6/2012)

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem para reduzir a pena do paciente a 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 366 dias-multa, no mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0293477-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 227.266 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 31215220108190011

EM MESA

JULGADO: 23/10/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RONALDO ORLOWSKI - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : RONALDO ORLOWSKI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : HOMERO VIANA GONÇALVES

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.