**PENAL. PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. PRETENSÃO DE REVISÃO DE DOSIMETRIA. REGIME INICIAL. CRITÉRIO DE PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS OU EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. REVISÃO CRIMINAL NÃO ADMITIDA.**

**1. A admissibilidade da revisão criminal restringe-se às hipóteses do artigo 621, do Código de Processo Penal, que devem ser interpretadas de maneira restritiva (STF. RvC: 5475 AM).**

**2. Revisão criminal não admitida.**

**I – RELATÓRIO**

Cuida-se de revisão criminal ajuizada por Gean Lucas Mathias, tendo como objeto sentença proferida pelo juízo da 12ª Vara Criminal de Curitiba, que o condenou, pelo crime do artigo 33, da Lei 11.343 de 2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial aberto (evento 132.1 – autos de origem).

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que: a) a sentença afastou a figura do tráfico privilegiado em razão da existência de ação penal em curso por crime semelhante; b) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que ações penais e inquéritos policiais em curso não obstam a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343 de 2006; c) preenche todos os requisitos penais para a concessão do privilégio pretendido, que deve ser aplicado na fração máxima; d) reconhecida a aplicação do privilégio, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos; e) a exasperação da pena-base à razão da natureza configura dupla punição, vez que a natureza da substância entorpecente é critério de criminalização primária; f) na composição quantitativa da pena-base, deve ser atribuído 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial negativa, em detrimento da atribuição fixa de 1 (um) ano para cada vetorial; g) na segunda fase, a aplicação das atenuantes deve conduzir a pena para aquém do mínimo legal; h) a quantidade e qualidade da substância não permite a agravação do regime inicial de cumprimento de pena, que deve ser estabelecido à razão da quantidade de pena *in concreto*; i) para progressão de regime, deve ser adotada a regra geral de 16% (dezesseis por cento), em razão da revogação da disposição legal de equiparava o crime de tráfico a hediondo (evento 1.1).

Opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e improcedência da revisão (evento 14.1 – autos de origem).

É o necessário relato.

**II – VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO**

II.I – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Cinge-se o objeto da demanda à pretensão de revisão de dosimetria penal, aplicação do tráfico privilegiado, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, subsidiariamente, a aplicação de regime prisional mais brando e a fixação de regra mais benéfica para progressão.

Em juízo de prelibação, a aferição do cabimento da revisão criminal deve ser realizada de maneira restritiva, nos termos do artigo 621, do Código de Processo Penal, em homenagem à coisa julgada e ao conteúdo normativo da segurança jurídica.

A propósito:

REVISÃO CRIMINAL. MATÉRIA PENAL**. HIPÓTESES DE CABIMENTO TAXATIVAS**. PRETENSÃO DE REAVALIAÇÃO DE ASPECTOS DISCRICIONÁRIOS DA DOSIMETRIA DA PENA. EVENTUAL CONTROVÉRSIA RAZOÁVEL ACERCA DA VALORAÇÃO DE PROVAS E/OU DO DIREITO. INADEQUAÇÃO DA MEDIDA. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA. 1. Preliminarmente, o Tribunal Pleno, por maioria, rejeitou questão de ordem suscitada no que toca à eventual incompatibilidade, no caso concreto, de que o Relator do acórdão impugnado, proferido na Ação Penal 935/AM, funcione, nestes autos, como Revisor. **2. A revisão criminal, instrumento processual posto à disposição do condenado, tem como finalidade precípua conciliar, de um lado, a exigência de juridicidade da prestação jurisdicional e, de outro, a necessária segurança jurídica decorrente dos pronunciamentos emanados do Estado-Juiz, mediante observância de hipóteses de cabimento taxativamente previstas no ordenamento jurídico e que traduzam situações efetivamente graves que, em tese, possam autorizar a excepcional desconstituição da coisa julgada material.** 3. Assim, a revisão criminal, que não tem feitio recursal, não se presta a, fora de sua destinação normativa, submeter a matéria subjacente ao crivo do Tribunal Pleno por razões derivadas exclusivamente do inconformismo defensivo ou de razões afetas ao suposto desacerto da razoável valoração da prova e/ou do direito. 4. No caso específico de ações penais originárias de competência de órgão fracionário desta Suprema Corte, a medida revisional também não funciona como ferramenta processual apta a inaugurar a jurisdição do colegiado maior como forma de contornar o não preenchimento dos requisitos impostos pela jurisprudência do STF ao cabimento dos embargos infringentes. 5. Segundo a firme jurisprudência desta Suprema Corte, a dosimetria da pena não se subordina à observância de rígidos esquemas ou regras aritméticas, assegurando-se ao competente órgão julgador certa discricionariedade no dimensionamento da resposta penal. Também inexiste correspondência necessária entre a expressividade numérica de circunstâncias judiciais desfavoráveis e o consequente incremento da pena-base. 6. Não configura ilegalidade o ato jurisdicional que condiciona a configuração de arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, à concomitante demonstração da voluntariedade e pessoalidade da reparação do dano. 7. O título condenatório que acolhe interpretação possível e razoável em prejuízo do acusado não consubstancia vulneração a texto expresso de lei, sendo que a solução de controvérsias ponderadas acerca da interpretação de normas jurídicas não se insere no escopo taxativo de abertura da via revisional. 8. Hipótese concreta em que a dosimetria da pena, embora contrarie os interesses do postulante, não desvela mácula sob a perspectiva da legalidade, cingindo-se a irresignação defensiva ao campo do acerto ou desacerto na fixação da censura penal, espacialidade que conta com discricionariedade judicial insuscetível de reexame em sede de revisão criminal. 9. Revisão criminal não conhecida. (STF - RvC: 5475 AM - AMAZONAS 0081195-88.2018.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 06/11/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-089 15-04-2020).

Passa-se, portanto, ao exame das alegações defensivas, segundo referido critério decisório.

II.I.I – DA PENA-BASE

Argumente o requerente, neste tópico, que: a) configura *bis in idem* a valoração negativa da natureza do entorpecente como circunstância judicial negativa; b) o aumento de um ano para cada vetorial é demasiadamente desproporcional, devendo ser aplicada a fração de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância avaliada negativamente.

No primeiro ponto, a despeito da tese defensiva, a avaliação da natureza e quantidade do entorpecente encontra expressa previsão no artigo 42, da Lei nº 11.343 de 2006.

Ademais, dentre as várias substâncias listadas pela Anvisa, utilizadas para integração da norma proibitiva do crime de tráfico de drogas, existem entorpecentes com maior potencial lesivo à saúde pública do que outros. Assim, é possível essa distinção, à razão do grau de lesividade ao objeto de proteção jurídica, para que as penas criminais atendam ao comando constitucional de individualização (CR, art. 5º, XLVI).

Sobre a quantificação das vetoriais, igualmente, não há ilegalidade a ser retificada.

Segundo hermenêutica histórica, fundamentada na evolução jurisprudencial do processo de dosimetria da pena, a fração de 1/8 (um oitavo) decorre do fato de serem oito as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal.

O artigo 42, da Lei nº 11.343 de 2006, introduziu no ordenamento jurídico a qualidade e quantidade da substância como uma nova categoria de circunstância judicial, como componente específico da quantificação da pena do crime de tráfico de drogas.

Por indução lógica, se, em regra, o aumento atende ao critério matemático de 1 (um) sobre o número de circunstâncias judicias a serem valoradas, o melhor critério quantitativo consiste na atribuição de 1/10 (um décimo) para cada circunstância judicial.

Assim, considerando que o intervalo entre as penas mínima e máxima, no crime em questão, corresponde a 10 (dez anos), a técnica de atribuição de 1 (um ano) para cada vetor preserva a razoabilidade e proporcionalidade.

A propósito, a fração aplicada na sentença é mais benéfica ao acusado do que aquela pretendida por sua defesa técnica, pois a utilização de 1/8 (um oitavo) representaria um aumento de 1 (um) ano e 3 (três) meses, para cada circunstância.

II.I.II – DA PENA INTERMEDIÁRIA

Na segunda fase de dosimetria da pena, apesar do esforço argumentativo da defesa, o reconhecimento da incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena além do mínimo legal.

Além de consentânea com o ordenamento jurídico penal vigente, referida conclusão está consolidada no enunciado da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, precedente de observância obrigatória.

A alegada superação do enunciado sumular decorre de proposição doutrinária não encampada pela jurisprudência dominante.

Com efeito, é absolutamente necessário que, até a segunda fase da dosimetria, o quantitativo mínimo estabelecido em sede de criminalização primária pelo legislador seja respeitado, evitando-se aplicação de penas irrisórias que violem o postulado de proibição de proteção deficiente.

Não se configura, portanto, hipótese de admissibilidade do pedido revisional.

II.I.III – DAS CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO

Em que pesem as alegações defensivas, que advogam aplicabilidade do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343 de 2006) sob alegação de inconformidade com a jurisprudência dominante, ao tempo da prolação da condenação, a conclusão jurídica adotada não estava dissociada de posição jurisprudencial pacífica ou de precedentes vinculantes.

Quando da prolação da sentença condenatória, o tema ainda não estava resolvido de maneira pacífica e ainda vigorava, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que ações penais em curso poderiam ser utilizadas para o afastamento do tráfico privilegiado.

Eis os correlatos precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PROCESSOS EM CURSO. POSSIBILIDADE DE AÇÕES PENAIS EM CURSO E DE INQUÉRITO POLICIAL SERVIREM DE INDÍCIOS DE ENVOLVIMENTO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS OU EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA NEGAR O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA IGUAL A 5 ANOS DE RECLUSÃO. MANUTENÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. **2. Não diverge da compreensão desta Corte o entendimento constante da decisão agravada de que é possível que ações penais em curso ou inquéritos policiais possam servir de indícios de envolvimento em atividades ilícitas ou em organização criminosa para negar o privilégio do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.** 3. Tendo em vista a primariedade do paciente, o fato de não haverem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no piso legal e fixada a sanção em 5 anos de reclusão, deve ser mantido o regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal, e no art. 42, da Lei n. 11.343/2006. 4. Inalterado o quantum da reprimenda, é impossível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por expressa vedação legal, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 520.047/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe de 27/9/2019).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. PACIENTE QUE OSTENTA OUTRA CONDENAÇÃO, AINDA QUE SEM TRÂNSITO EM JULGADO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", E § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. **2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. O fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 está em consonância com o entendimento desta Corte, uma vez que crime foi cometido em comparsia com um adolescente e o paciente ostenta outra condenação, ainda que sem trânsito em julgado, o que demonstra personalidade voltada para a prática delitiva, fazendo do crime o seu meio de vida.** 3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. 4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 5. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, reconhecida primariedade técnica do paciente e o quantum de pena permita, em tese, a fixação de regime intermediário, a natureza e diversidade da droga apreendida, justifica o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 423.189/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 8/2/2018, DJe de 21/2/2018).

Ainda que a Corte Superior tenha modificado seu entendimento a respeito da matéria, posteriormente, aos 10-08-2022, no julgamento do Tema Repetitivo 1.139, estabelecendo a vedação da utilização de inquéritos ou ações penais em curso para obstar aplicação da causa de diminuição em debate, a mera mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o manejo de revisão criminal sob alegação de contrariedade a texto expresso de lei.

A este respeito:

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DE REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. INSUBSISTENTE. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA. 1. Não subsiste o pleito pelo reconhecimento de reformatio *in pejus* indireta, porquanto a sucumbência do *Parquet* estadual quanto à matéria veiculada no recurso especial ocorreu quando do julgamento e provimento parcial da apelação defensiva. 2**. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas de entendimento pacífico e relevante, o que não se vislumbra na espécie.** 3. Revisão criminal não conhecida. (RvCr n. 5.620/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 14/6/2023, DJe de 30/6/2023).

Além de consentânea com a jurisprudência da época em que foi concebida, a sentença possui fundamento na relevante constatação, inferida do prontuário criminal, de que, pouco tempo após a prisão em flagrante pelo crime de tráfico, o requerente foi preso novamente pela prática de crime semelhante.

Inexistindo, portanto, demonstração de evidente contrariedade a texto de lei ou evidencia dos autos a ensejar juízo positivo de admissibilidade.

Rechaçada a aplicação do privilégio pretendido, resulta prejudicada a pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto superado o respectivo requisito quantitativo.

II.I.IV – DO REGIME INICIAL

Na fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, a sentença observou a expressa redação do artigo 33, § 3º, do Código Penal, vez que a quantidade e a natureza dos entorpecentes foram valoradas nos termos do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42, da Lei nº 11.343 de 2006.

O critério utilizado está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. CONCLUSÃO QUANTO À DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE DE DROGAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 7. **O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o quantum da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga ou outros elementos que evidenciem a maior gravidade da prática delitiva, desde que fundamente sua decisão**. 8. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no HC: 732006 SP 2022/0087453-0, Data de Julgamento: 02/08/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/08/2022).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. SUPOSTO ENVOLVIMENTO NO TRÁFICO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. VALIDADE DA MEDIDA EXCEPCIONAL. REGIME MAIS GRAVOSO FUNDAMENTADO NA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – É idônea a segregação cautelar fundada na garantia da ordem pública, quando demonstrada a periculosidade social do agente supostamente envolvido no tráfico de grande quantidade de drogas. Precedentes. **II – A natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida são fundamentos idôneos para a imposição de regime mais gravoso. Precedentes**. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - HC: 193837 RJ 0107287-35.2020.1.00.0000, Relator: NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 08/04/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 14/04/2021).

Não há, portanto, ilegalidade ou contrariedade à prova dos autos na fixação do regime inicial, mais gravoso do aquele indicado pela quantidade de pena em concreto, vez que a providência se fundamenta em critérios lastreados em texto de lei.

II.I.VI – DA REGRA DE PROGRESSÃO DE REGIME

Por fim, não sendo objeto da sentença os critérios para progressão de regime, em especial definição de fração de pena a ser cumprida à razão da hediondez do crime, o pleito carece de interesse processual.

Outrossim, nos termos do artigo 66, III, alínea ‘b’, da Lei de Execução Penal, a matéria veiculada encontra-se inserida no âmbito da competência do juízo da execução, excedendo, portanto, a estreita via da revisão criminal.

II.II – DA CONCLUSÃO

Pela conjugação das premissas deduzidas, a conclusão a ser adotada consiste em inadmitir a revisão criminal.

É como voto.

**III – DECISÃO**