

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 366.181 - SP (2016/0209184-6)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO PICCIRILLI
IMPETRADO
PACIENTE : LUIZ FERNANDO PICCIRILLI - SP374498

: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
: E.E.J. (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de E.E.J. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à apelação defensiva, mantendo a sentença que condenou o paciente às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 416 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, e à 1 ano de detenção, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 12, da Lei 10.826/2003.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em 1/6 (um sexto) teria sido desprovida de fundamentação.

Alega que seria possível a incidência da referida minorante na fração máxima de 2/3 (dois terços), em razão da quantidade de droga apreendida e das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal terem sido consideradas favoráveis.

Sustenta que após a aplicação do redutor em seu grau máximo, fará jus ao regime aberto bem como à substituição da pena corporal por restritivas de direito.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que seja o redutor do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 aplicado na fração de 2/3, fixado o modo prisional aberto e substituída a reprimenda reclusiva por restritivas de direito.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da 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 da Constituição Federal,

A19

HC 366181

C542425551548560:1902@C41<1284<1;0449@

2016/0209184-6

Documento

Página

Superior Tribunal de Justiça

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 almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, observa-se que o magistrado sentenciante fixou a fração de 1/6 (um sexto) sob o seguinte fundamento: *Para o delito de tráfico, é possível a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas em seu grau mínimo. Justifica-se.*

1 de 4

O acusado, como visto, é primário e não registra antecedentes.

Outrossim, nada indica que integrava organização criminosa.

Ainda, não se pode afirmar, com absoluta certeza, que se dedicava a alguma atividade criminosa, mesmo porque

era proprietário de um bar, onde ocorria também atividade lícita.

Assim, a aplicação do redutor em apreço é possível.

No entanto, a redução de pena deve se dar no patamar

mínimo de um sexto, diante da interpretação conjunta do sobredito dispositivo de lei (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006) e do art. 42 do mesmo diploma legal. Com efeito, considera-se, de um lado, que o acusado estava a comercializar cocaína, que é droga de efeitos nefastos e letais, e, de outro lado, que a quantidade comercializada foi razoável (a par dos pinos "cheios", foram encontrados outros 134 eppendorfs vazios). Dessa forma, julga-se prudente reduzir a pena, com fulcro no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em um sexto, resultando em quatro anos e dois meses de reclusão, mais quatrocentos e dezesseis dias-multa. (fls. 44/45).

A19

HC 366181

C542425551548560:1902@C41<1284<1;0449@

2016/0209184-6

Documento

Página

Superior Tribunal de Justiça

O Tribunal de origem, em sede de apelação interposta pela defesa, não obstante tenha entendido pela não incidência do referido redutor, manteve o patamar adotado.

Com efeito, no caso em apreço, verifica-se que o magistrado singular, a despeito de ter asseverado que o paciente não integra organização criminosa, mitigou a incidência do benefício em razão do volume de droga apreendida.

Todavia, imperioso reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, tendo em vista que a pequena quantidade de entorpecente - 7,75 g de cocaína - mostra-se insuficiente para impedir a redução em seu grau máximo.

Assim, em razão da ausência de motivação satisfatória a legitimar a escolha da fração da redução da reprimenda, deve a ordem ser concedida de ofício para alterar para o grau máximo de 2/3 (dois terços) a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido, tem-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ESCOLHA DA FRAÇÃO MÍNIMA SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de

2 de 4

que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. In casu, embora o Juízo sentenciante tenha firmado não haver elementos probatórios de que o paciente integre organização criminosa, ao aplicar a causa especial de

A19

HC 366181

C542425551548560:1902@C41<1284<1;0449@

2016/0209184-6

Documento

Página

Superior Tribunal de Justiça

diminuição de pena na fração de 1/6, não procedeu a nenhuma justificativa de escolha do quantum, circunstância reveladora de constrangimento ilegal.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/06/2012).

5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a sanção corporal do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, a ser cumprido no regime inicial aberto.

(HC 328.109/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 27/04/2016)

Passando-se à dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada no patamar mínimo de 05 (cinco) anos. Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes, mantém-se inalterada. Por fim, na última etapa, com a incidência da causa especial de diminuição da pena na fração de 2/3 (dois terços), a reprimenda **resta definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis dias-multa).**

No caso em análise, a teor do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal,

considerando-se a primariedade do recorrido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime inicial aberto é o que se revela mais adequado.

Da mesma forma, tendo em vista o *quantum* da pena definitiva imposta (1 ano e 8 meses de reclusão), possível a sua substituição por restritivas de direitos, uma vez que atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I e § 2º, do CP.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, **concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis dias-multa), e fixar o regime aberto para cumprimento da sanção corporal, bem como para permitir a sua substituição por duas penas restritivas de direitos, consoante prevê o art. 44, § 2º do Estatuto Penalista, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal de origem, bem como o Juízo singular.

Publique-se. Intime-se.

Após a ciência do Ministério Público Federal, arquivem-se os autos.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 27 de abril de 2017.

MINISTRO JORGE MUSSI Relator



Superior Tribunal de Justiça

C54242555154856:1902@C41<1284<1;449@

4 de 4

