HABEAS CORPUS Nº 493.570 - SP (2019/0043653-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	LEANDRO LUNARDO BENIZ
ADVOGADO	:	LEANDRO LUNARDO BENIZ - SP0288792
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FELIPE VINICIUS DA SILVA GAZETA (PRESO)

EMENTA

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO. TESE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. JULGAMENTO DE *HABEAS CORPUS* NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DETERMINAÇÃO DE NOVA DOSIMETRIA JUNTO AO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE DE AGIR. PEDIDO DE *HABEAS CORPUS* PREJUDICADO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE VINICIUS DA SILVA GAZETA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0000405-85.2016.8.26.0548.

Consta dos autos que o Paciente, por trazer consigo "*12 (doze) microtubos de cocaína, pesando 8,8g (oito gramas e oito decigramas)*", foi condenado às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 188 (cento e oitenta e oito) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput e* § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Inconformados, a Defesa e o *Parquet* apelaram. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo "*para reconhecer a atenuante da confissão espontânea; e deram provimento ao recurso ministerial para afastar o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei n° 11.343/06 e, via de consequência, elevar as penas de Felipe Vinícius da Silva Gazeta a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso; mantido, no mais, o julgamento de primeiro grau*" (fl. 451), nos termos da seguinte ementa:

> *"TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Confissão judicial corroborada pelos depoimentos dos policiais civis, tudo em harmonia com o conjunto probatório. Apreensão de razoável quantidade de entorpecente (12*

porções de cocaína, com peso líquido de 8,8 gramas), além de dinheiro — Desclassificação para uso próprio. Impossibilidade — Condenação mantida.

PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO - Bases nos mínimos - Reconhecimento da confissão. Atenuante inócua. Súmula n° 231 do STJ 6 - Exclusão do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei n° 11.343/06 - Regime inicial fechado - Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, artigo 44, I) - Perdimento dos valores apreendidos em favor da União - Apelo defensivo parcialmente provido para reconhecer a confissão. Recurso ministerial provido para afastar o redutor § 4º do artigo 33 da Lei n° 11.343/06 e, por consequência, elevar as penas - Expedição de mandado de prisão."

Neste *writ*, sustenta o Impetrante a existência de constrangimento ilegal, pois o acórdão impugnado determinou a expedição do mandado de prisão sem o trânsito em julgado da ação penal.

Afirma, ainda, que o Tribunal de origem "*afastou o § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, sem fundamento mínimo, contrariando o disposto em Lei, sendo fato que o juiz de 1ª Instância, que realizou a instrução processual, sentiu o calor da audiência entendeu na aplicação do § 4, do artigo 33, da Lei de Drogas, sendo fato que o Tribunal por equivoco não entendeu sobre o disposto no artigo 42, da Lei de Drogas afastando o redutor, sendo exacerbada a pena do Paciente, que sempre respondeu o processo em liberdade, é primário sem nenhum antecedentes e a droga apreendida é ínfima 8,8 (oito vírgula oito gramas), sendo fato caracterizado o tráfico privilegiado"* (fl. 6).

Dessa forma, pleiteia, liminarmente, a nulidade do acórdão impugnado para que o Paciente possa recorrer em liberdade ou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal. E no mérito, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e, por conseguinte, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A pretensão urgente foi indeferida às fls. 462-466.

As informações foram prestadas às fls. 471-486.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 488-495, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório. Decido.

O Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Ofício eletrônico n.º 3.535/2019, às fls. 500-512, informa que, em 2/4/2019, no julgamento do HC n.º

169.584/SP, de relatoria do Ministro EDSON FACHIN, o *writ* contra o HC n.º 493.570 do Superior Tribunal de Justiça não foi conhecido. Todavia, foi concedida a "***ordem de ofício para determinar ao TJSP que refaça a dosimetria da pena, afastando a motivação inidônea descrita, relacionada ao afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, com base em fundamentação genérica, procedendo aos eventuais ajustes decorrentes, notadamente no que diz respeito ao regime inicial para cumprimento da pena e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz da nova a pena a ser fixada***" (fl. 512).

Nesse contexto, **não há mais interesse na tramitação do pedido** que objetivava a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, JULGO PREJUDICADO o pedido de *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora