

Superior Tribunal de Justiça

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 515.062 - SP (2019/0167164-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
EMBARGANTE : TIAGO HENRIQUE RODRIGUES SANTIAGO
ADVOGADO : FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por TIAGO HENRIQUE RODRIGUES SANTIAGO contra decisão desta relatoria que não conheceu do *mandamus* impetrado em seu favor, concedendo, contudo, a ordem de ofício, a fim de redimensionar a pena do embargante, fixando o regime inicial aberto para o seu cumprimento.

Sustenta a defesa que a decisão embargada padeceria de vício, pois a decisão não teria observado o ofício do Supremo Tribunal Federal (e-STJ fls. 828/840), a partir do qual foi dada ciência a este Sodalício quanto à ordem concedida naquela Corte em benefício do ora embargante, na ação penal em comento, a fim de mitigar o modo de cumprimento da pena para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por 2 restritivas de direitos ou por 1 restritiva de direitos e multa.

Assevera que a Magistrada singular, em atendimento à decisão mais recente, desta Corte Superior, determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do embargante para o cumprimento da reprimenda, deixando de observar a concessão da substituição da pena, nos termos do art. 44 do CP, o que caracterizou a indevida *reformatio in pejus*, em seu desfavor.

Requer o acolhimento dos aclaratórios, com efeitos infringentes, a fim de que seja corrigido o vício.

É o relatório.

O art. 619 do Código de Processo Penal disciplina que “*aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão*”, tendo a jurisprudência desta Corte os admitido, também, com o fito de sanar eventual erro material na decisão embargada.

In casu, em relevo às considerações perfilhadas pela defesa técnica, verifica-se a necessidade de integração do julgado combatido, a fim de corrigir o vício e reapreciar a questão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos na hipótese dos autos.

Com efeito, verifica-se que fixada a sanção do agente em patamar inferior a 4 anos de reclusão, e estabelecido o modo aberto para o cumprimento da reprimenda, proporcional a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, especialmente considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos (4,6 g de cocaína e 13,6 g de maconha - e-STJ fl. 770), nos termos do art. 44 do CP.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA APLICADA DE 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Sendo a quantidade de droga apreendida não muito elevada, as circunstâncias judiciais favoráveis, a pena-base fixada no mínimo legal, a pena aplicada ser inferior a 4 anos, tendo sido reduzida inclusive com o patamar máximo do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso e vedar a substituição da pena por restritiva de direitos, devendo ser imposto o regime aberto, bem como ser concedida a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", e art. 44, ambos do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, e revogar o acórdão impugnado quanto à execução provisória da pena.

(HC 422.049/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 20/02/2018 - grifo nosso)

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO ANALISADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

1. Embora a diversidade e a quantidade de substâncias apreendidas constituam, de fato, elementos concretos a serem sopesados para concluir que o réu se dedicava - à época dos fatos - a atividades criminosas e, conseqüentemente, afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de origem, em nenhum momento, afirmou, textualmente, que não caberia a diminuição de pena por integrar o réu organização criminosa ou se dedicar a atividades criminosas.

2. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela incidência da referida minorante não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento, de fato, vedado na via estreita do habeas corpus. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Uma vez que o acusado era tecnicamente primário ao tempo do delito, teve a pena-base fixada no mínimo legal, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 - a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" -, o regime aberto é, efetivamente, o que se mostra mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, notadamente porque a quantidade de drogas apreendidas não foi tão elevada. A favorabilidade dessas mesmas circunstâncias evidencia que a substituição da pena por restritiva de direitos se mostra medida socialmente recomendável.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 363.855/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017 - grifo nosso)

Ante o exposto, conheço dos embargos declaratórios, com efeitos infringentes, a fim de sanar o vício apontado pela defesa e determinar ao Juiz competente que proceda à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos ou por 1 restritiva de direito e 1 de multa, mantidos os demais termos da decisão embargada.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator