



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.104 - SP (2010/0134424-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : PAULO SERGIO SEVERIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FULVIO CARRIJO DE ANDRADE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. ART. 40, INCISO VI, DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE ELEVAÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AUMENTO NO MÍNIMO DEVIDO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A aplicação da fração referente à causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06 acima do mínimo legalmente previsto depende de fundamentação concreta que justifique a escolha.

2. Na ausência de devida motivação no âmbito do decreto condenatório e do acórdão objurgado para a exasperação da da reprimenda em 2/3 (dois terços), impõe-se a concessão da ordem para reduzi-la ao mínimo legal, nos termos do artigo 40, *caput*, da Lei 11.343/2006.

3. Ordem concedida, para aplicar a fração de 1/6 (um sexto) para o aumento de pena em razão do reconhecimento da presença da majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, ficando a sanção do paciente definitivamente fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.104 - SP (2010/0134424-0)

IMPETRANTE : PAULO SERGIO SEVERIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FULVIO CARRIJO DE ANDRADE (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FÚLVIO CARRIJO DE ANDRADE contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal n.º 990.09.080068-2, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, VI, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto a compensação da minorante prevista no art. 33, § 4º, com a causa de aumento de pena constante no art. 40, inciso VI, ambos da nova Lei de Drogas, equivaleria a aplicação da fração de elevação da reprimenda em seu patamar máximo, restando violado o princípio da proporcionalidade.

Acrescenta que o art. 40 da Lei n. 11.343/06 contém 7 (sete) incisos e, verificando-se, no caso, a incidência de apenas um, deveria ter sido a sanção aumentada na terceira etapa da dosimetria no mínimo de 1/6 (um sexto), sob pena de malferir o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja a pena do paciente aumentada em apenas 1/6 (um sexto), pelo art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, reduzindo-se o total da sanção que lhe fora imposta em seu *quantum* máximo de 2/3 (dois terços), em razão do reconhecimento do previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, mantendo-se a medida ao final, quando do julgamento meritório do *mandamus*.

A liminar foi indeferida e, solicitadas informações, foram prestadas.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício para que seja fundamentada a escolha da fração aplicada em razão da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.104 - SP (2010/0134424-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, segundo consta da denúncia, no dia 23-4-2008, foi flagrado junto com uma corré e mais dois adolescentes trazendo com eles, para fins de comércio ilícito, a quantidade de 4,9 g (quatro gramas e nove decigramas) de maconha e 5,3 g (cinco gramas e três decigramas) de cocaína na forma de 11 (onze) pedras de *crack*, para fins de comercialização (fls. 11).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante a Corte de origem, que negou provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, o édito condenatório.

No que tange à aplicação das causas de diminuição e aumento de pena previstas, respectivamente, nos artigos 33, § 4º, e 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006, percebe-se que o Magistrado singular consignou apenas o seguinte:

Deixo de reduzir a pena do crime do artigo 33 em 2/3 (§ 4º) porque compensada pela causa de aumento do inciso VI do artigo 40. (fls. 99)

O Tribunal impetrado, por sua vez, manteve tal entendimento considerando apenas que:

As penas foram corretamente fixadas e devem ser mantidas. Partindo-se das bases mínimas, foram elas reduzidas pela norma do artigo 33, § 4º, da citada Lei, e majoradas pelo contido no artigo 40, inciso VI, daquele Diploma Legal, totalizando as mesmas cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa mínimos. (fls. 147).

Da leitura dos trechos acima transcritos, é possível concluir que as instâncias ordinárias restaram por aplicar a fração de 2/3 (dois terços) tanto para a redução da pena por força do previsto no art. 33, § 4º, quanto para elevá-la em razão do contido no art. 40, VI, ambos da Lei de Drogas, ou seja, estabeleceu-se o patamar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máximo legalmente previsto para a exasperação da reprimenda do paciente com base na causa especial de aumento relativa ao envolvimento de menores ou adolescentes na prática criminosa, sem, no entanto, apresentar qualquer fundamentação que justificasse a escolha pela maior fração.

E, na ausência de devida motivação no âmbito do decreto condenatório e do acórdão objurgado para a exasperação da causa de aumento de pena em 2/3 (dois terços), resta evidenciado o constrangimento ilegal a que foi submetido o paciente, impondo-se a concessão da ordem para reduzi-la à fração mínima legal, qual seja, 1/6 (um sexto), nos termos do artigo 40, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, restando a sanção definitivamente fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa.

Neste sentido, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. INCABIMENTO. CAUSA DE AUMENTO. CRIME COMETIDO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL POR CONDENADO. CAUSA DE AUMENTO. CONFIGURAÇÃO. LEI Nº 11.343/2006. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. AFASTAMENTO DO ÔBICE À PROGRESSÃO DE REGIME. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO.

1. Enquanto reclama profundo exame do conjunto da prova, descabe, na via angusta do habeas corpus, o pleito de desclassificação do crime do artigo 12 para o do artigo 16 da Lei nº 6.368/76, mormente em casos tais em que o agente nega o uso de drogas.

2. Em se evidenciando que a causa de aumento de pena inserta no artigo 18, inciso IV, da Lei nº 6.368/76 foi objeto da denúncia, não há falar em sua exclusão, nada importando a classificação jurídica dos fatos atribuída pelo Ministério Público na acusatória inicial.

3. "Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, aplica-se ao presidiário que comete o crime de tráfico ilícito de entorpecentes no interior do estabelecimento prisional a causa de aumento prevista no art. 18, inc. IV, da Lei 6.368/76." (HC nº 38.499/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteve Lima, in DJ 4/4/2005).

4. Ressentindo-se o decreto condenatório da devida fundamentação para a exasperação da causa de aumento de pena de metade, impõe-se a concessão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem para reduzi-la ao mínimo legal, nos termos do artigo 40, caput, da Lei nº 11.343/2006, de retroatividade induvidosa.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

6. Tal questão perdeu atualidade, pois que a Lei nº 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8.072/90, afastou a impossibilidade de progressão de regime, fazendo do regime fechado apenas o inicial obrigatório.

7. É obrigatório o regime inicial fechado para o réu reincidente condenado a pena superior a 4 anos de reclusão.

8. Ordem parcialmente concedida.

(HC 55305/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 29/11/2007, DJe 22/04/2008 - grifamos)

Diante do exposto, concede-se a ordem para aplicar a fração de 1/6 (um sexto) para o aumento de pena em razão do reconhecimento da presença da majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, ficando a sanção do paciente definitivamente fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0134424-0

HC 180.104 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1960120080107590 5122008 990090800682

EM MESA

JULGADO: 22/11/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO SERGIO SEVERIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FULVIO CARRIJO DE ANDRADE (PRESO)

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

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

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.