

HABEAS CORPUS Nº 493.947 - SP (2019/0046203-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MAURO ATUI NETO
ADVOGADO : MAURO ATUI NETO - SP0266971
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDERSON DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 1500186-44.2017.8.26.0586.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três dias-multa), como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, pois surpreendido com 12 (doze) porções de maconha, com peso aproximado de 99g (noventa e nove gramas) (fls. 24-31).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, o qual não foi provido pelo Tribunal de origem, conforme a seguinte ementa (fl. 13):

"SENTENÇA CONDENATÓRIA DO RÉU PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006) APELO DEFENSIVO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO BUSCA O ABRANDAMENTO DA PENA IMPOSTA, FIXANDO-A NO MÍNIMO LEGAL, ENTENDENDO-AS EXACERBADAS - NÃO ACOLHIMENTO PENAS APLICADAS DE FORMA JUSTA E FUNDAMENTADA AUSÊNCIA DE EXACERBAÇÃO 'AUTOMÁTICA' OU ILEGAL AUMENTO DA PRIMEIRA FASE QUE SE DEU EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E PELOS MAUS ANTECEDENTES OSTENTADOS PELO RÉU ADEMAIS, RÉU BENEFICIADO NA SEGUNDA FASE COM A COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 67 DO CÓDIGO PENAL APLICAÇÃO DO REDUTOR DESCABIMENTO - CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO - ESTIPULAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO QUE SE AFIGURA CORRETA, NÃO SENDO RECOMENDÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA SENTENÇA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO."

No presente *habeas corpus*, o Impetrante alega, em suma, que o

Magistrado sentenciante fixou o regime inicial fechado com base exclusivamente no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/1990, e na gravidade abstrata do delito, em afronta às Súmulas n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Conclui, assim, que se faz imperioso fixar regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao Paciente, com base no art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal.

Requer, liminarmente, que seja determinado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao Paciente.

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

A concessão da tutela de emergência, em juízo de cognição sumária e singular, exige a demonstração concomitante, e em grau bastante satisfatório, da plausibilidade do direito arguido e do perigo na demora.

Todavia, em juízo de cognição sumária, não vislumbro o *fumus boni iuris* do pedido, mormente em razão do que foi consignado na sentença condenatória, na ocasião da elaboração da dosimetria da pena, como segue (fls. 29-30):

"Passo à dosimetria da pena. Atento ao disposto no artigo 42 da Lei 11343/06 e art. 59 do Código Penal, o réu já estava sendo investigado por tráfico, ademais, crianças menores de idade estavam na residência, onde guardava drogas para venda a terceiros, expondo os próprios filhos a mercancia de drogas, o que mostra uma má conduta social. Além do mais quantidade significativa de drogas foi localizada na residência, o que reforça a investigação policial e aponta a periculosidade da conduta do acusado, bem como, é portador de maus antecedentes, o que leva a fixação da pena em 1/6 acima do mínimo. Presente a agravante da reincidência que resta compensada com a atenuante da confissão. Não há causa de aumento de pena, e torna-se inviável a causa de diminuição, pois conforme colhido na prova, além de estar envolvido em atividades criminosas em associação com demais pessoas, é reincidente, permanecendo a reprimenda em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa."

Na hipótese, embora a pena fixada não alcance o patamar de 8 (oito) anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que levou o estabelecimento da pena-base do Paciente acima do mínimo legal, justificando, ao menos em um juízo de cognição sumária, o estabelecimento do regime prisional mais severo, conforme a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e

3.º, do Código Penal.

Como se sabe, "*estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, é possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu*" (HC 446.919/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe de 20/06/2018). Além disso, o Paciente é reincidente, o que, por si só, justificaria a imposição de regime mais severo do que o permitido pelo *quantum* final da pena.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO QUE, EM APELAÇÃO DA DEFESA, AFASTOU A ANÁLISE NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, MAS MANTEVE A PENA FINAL INALTERADA. REGIME. MODO MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Para o exame das fronteiras que delimitam a proibição de reforma para pior deve ser analisado cada item do dispositivo da pena e não apenas a quantidade total da reprimenda. Assim, se o Tribunal exclui, em apelo exclusivo da defesa, circunstância judicial do art. 59 do CP erroneamente valorada na sentença, deve reduzir, como consectário lógico, a pena básica e não mantê-la inalterada, pois, do contrário, estará agravando o quantum atribuído anteriormente a cada uma das vetoriais.

2. Embora a paciente haja sido condenada a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, é reincidente e possui circunstância judicial desfavorável - tanto que a sua pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legalmente previsto -, o que evidencia ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado. Inteligência do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

3. Habeas corpus parcialmente concedido para, reconhecida a ocorrência de reformatio in pejus na dosimetria da pena, reduzir em parte a reprimenda-base estabelecida à paciente e, por conseguinte, tornar a sua sanção definitiva em 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais pagamento de 520 dias-multa." (HC 410.534/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe de 06/06/2018; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO

MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CULPABILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FORMAÇÃO SUPERIOR E CONDIÇÃO SOCIAL DO RÉU. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Juízo de primeiro grau justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando, além da quantidade e natureza da droga apreendida, a elevada culpabilidade do acusado, elemento concreto que evidencia a reprovabilidade da conduta atribuída ao recorrente e autoriza a majoração.

2. Embora a reprimenda seja inferior a 8 anos de reclusão, ressalto que a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena, tal como consignado na decisão agravada, foi justificada na reincidência do réu e na valoração negativa de circunstâncias judiciais. 'Tais circunstâncias, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, inviabilizam a fixação de regime menos gravoso' (AgInt no AREsp 675.715/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 28/11/2017).

Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.743.432/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe de 11/10/2018; sem grifos no original.)

Assim, o caso em análise não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável no presente juízo perfunctório, devendo a controvérsia ser decidida após a tramitação completa do feito.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de liminar.

Requisitem-se informações ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, solicitando-lhe, ainda, chave de acesso às informações processuais.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para o parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora