

HABEAS CORPUS Nº 502.227 - SP (2019/0094038-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : LEONARDO ARANTES VICENTINI - SP194851
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR GARCIA MARINHO SOARES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de GILMAR GARCIA MARINHO SOARES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Ap. n. 0001947-61.2017.8.26.0534).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, por infração do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, a 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e multa (22,807g – vinte e dois gramas e oitocentos e sete miligramas – de cocaína, acondicionados em 112 microtubos plásticos do tipo *eppendorf* – sentença, e-STJ fls. 25/31).

Interpostas apelações, os desembargadores do Tribunal de origem "negaram provimento ao apelo da Defesa, e deram provimento ao recurso Ministerial, para reconhecer a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, reajustando a reprimenda para 07 anos e 07 meses de reclusão, e 758 dias-multa" (e-STJ fl. 67).

O acórdão ficou assim ementado (e-STJ fls. 68/69):

Apelação criminal Tráfico de drogas Sentença condenatória pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

Recurso Ministerial com pleito de reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06.

Recurso defensivo que busca a fixação da pena-base no mínimo legal; o afastamento da agravante da reincidência, ou a compensação com a circunstância atenuante da confissão, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas; a fixação de regime mais brando para cumprimento da pena; e a detração penal.

Tráfico de drogas Materialidade e autoria comprovadas Apreensão de 22,807g de 'cocaína', acondicionada em 112 eppendorfs Réu confesso tanto em Delegacia como em Juízo Policial Militar

responsável pela ocorrência que narrou as circunstâncias da prisão em flagrante do réu, que é a certeza visual do crime, bem como da apreensão das drogas. Réu que estava na posse de certa quantidade de cocaína, quando de sua abordagem.

No local em que o visualizaram, lograram encontrar outras porções de cocaína, e grande quantia em dinheiro, em notas trocadas. Indagado, o acusado confessou a prática delitiva.

Existência de Escola municipal próxima ao local dos fatos Tráfico de drogas consumado Desnecessidade de prova da mercancia, diante das diversas condutas previstas no art. 33, da Lei de Drogas.

Causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06 bem reconhecida Fatos que foram praticados nas imediações de estabelecimento de ensino Majorante que possui caráter objetivo, sendo desnecessária a intenção do agente em atingir os alunos da Instituição condenação de rigor.

Dosimetria Pena-base exasperada, nos termos dos arts. 42, da Lei de tóxicos e 59, do Código Penal Na segunda fase, reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência Circunstância agravante que prepondera sobre a circunstância atenuante da confissão (art. 67, do Código Penal) Na terceira fase, consideração da causa de aumento (art. 40, inciso III, da referida lei).

Detração penal matéria a ser melhor analisada em sede de execução criminal Regime inicial fechado mantido, eis que justificado e por ser o mais adequado Não cabimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de amparo legal.

Recurso defensivo desprovido.

Recurso Ministerial provido, para considerar a causa de aumento e exasperar a pena.

Insurge-se a defesa contra o aumento da pena na primeira fase da dosimetria, argumentando haver *bis idem*, uma vez que a natureza e a quantidade de droga já foram usadas na terceira etapa para negar a redução do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006.

Aduz que "o paciente deve ser considerado primário e não reincidente, na medida em que o fato criminoso pelo qual foi condenado na presente ação ocorreu em 04 de agosto de 2017, assim, antes do trânsito em julgado em definitivo para ambas as partes" (e-STJ fls. 5/6) ou que a compensação da reincidência com a confissão seja integral.

Por fim, postula o afastamento da causa de aumento e a aplicabilidade

da causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, bem como requer a fixação de regime menos gravoso.

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Em juízo de cognição sumária, não visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Não obstante os fundamentos apresentados pela defesa, da leitura do acórdão impugnado, em princípio, não se observa o apontado constrangimento ilegal, pois, ao que parece, a fixação da pena e do regime inicial de cumprimento se deu em conformidade com as peculiaridades da causa.

Assim, é imprescindível a análise aprofundada dos elementos de convicção constantes dos autos, o que ocorrerá por ocasião do julgamento definitivo.

Ante o exposto, **indefiro a liminar.**

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora, ressaltando-se que deverá noticiar a esta Corte Superior qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto desta impetração.

Requeira-se, ainda, senha para acesso aos andamentos processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do Conselho Nacional de Justiça.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator