HABEAS CORPUS Nº 492.485 - SP (2019/0037169-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	JOSE ROBERTO GARCIA
ADVOGADO	:	JOSE ROBERTO GARCIA - SP200456
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FABIO FERREIRA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. ERRO NA CERTIDÃO DE OBJETO E PÉ UTILIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATÉRIA NÃO ANALISADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FABIO FERREIRA DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0004106-49.2012.8.26.0498.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, pois surpreendido na posse de 17 (dezessete) porções de *crack*.

Contra a sentença a Defesa interpôs apelação, que não foi provida (fls. 25-33).

Neste *writ*, alega a Defesa que, durante a execução da pena, verificou-se que a certidão de objeto e pé utilizada pelas instâncias ordinárias para reconhecer a agravante da reincidência estaria equivocada, pois:

> *"leva ao entendimento que o Paciente Fábio Ferreira da Silva foi condenado pelo crime de furto qualificado, quando na verdade não foi, o que se verifica na certidão de objeto e pé apresentada no feito executório às fls. 111, na verdade teve extinta a punibilidade após cumprimento do período de suspensão do processo, nos termos da Lei nº 9.099/95"* (fl. 5).

Também argumenta que a condenação anterior pela prática do crime de posse de drogas para uso próprio não pode ser utilizada para reconhecer a agravante da reincidência, tendo em vista recente julgado da Sexta Turma desta Corte Superior (REsp

n.º 1.672.654/SP).

Requer a revisão da dosimetria da pena, "*para que a pena base seja fixada no mínimo legal, bem como, para que lhe seja aplicado o benefício da diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06*" (fl. 7).

As informações foram prestadas às fls. 68-89 e 90-93.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 95-101).

É o relatório.

Decido.

De início, observo que o Tribunal de origem não se manifestou sobre a questão levantada nas razões deste *writ* – suposto equívoco da certidão de objeto e pé utilizada pelas instâncias ordinárias para reconhecer a alegada reincidência do Acusado –, razão pela qual este *habeas corpus* não pode ser analisado, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

> "HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALEGAÇÃO DE ERRO NA ANÁLISE DA CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. APENADO REINCIDENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL E SÚMULA 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO ATENDIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO.* [...]
>
> ***2. A questão atinente à nulidade da sentença quanto à dosimetria da pena, pois teria tido erro na análise da certidão de antecedentes criminais, não foi submetida ou apreciada pelo Tribunal de origem, o que obsta a sua análise por esta Corte Superior, sob risco de se incorrer em indesejável supressão de instância.*** [...]
>
> Habeas corpus *não conhecido.*" (HC 379.554/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 18/05/2017; sem grifos no original.)
>
> "*PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM* HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. TESES DE DESCLASSIFICAÇÃO E CRIME IMPOSSÍVEL. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DO ENCARCERAMENTO.*

CONTEXTO FÁTICO REGENTE DAS IMPUTAÇÕES. SITUAÇÃO DO RÉU. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE PARA O ENCARCERAMENTO DA RECORRENTE. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DO ERGÁSTULO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. As teses de desclassificação e de crime impossível não foram examinadas pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, serem apreciadas as matérias por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

6. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido a fim de substituir a prisão preventiva da insurgente por medidas cautelares diversas do encarceramento, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, quais sejam, I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições a serem fixadas pelo magistrado de primeiro grau, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ao estabelecimento prisional em que se encontra o seu namorado/companheiro até o final da ação penal em liça e IV - proibição de ausentar-se da Comarca no transcurso da instrução criminal; sem prejuízo de que o Juízo a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar mais outras medidas implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.*" (RHC 90.860/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017; sem grifos no original.)

A propósito, o próprio Impetrante registra que o equívoco só foi descoberto já no curso da execução da pena, o que demonstra que a suposta ilegalidade não foi analisada pela Corte local. Em seu parecer, o Ministério Público Federal também concluiu que "*o inconformismo ora apresentado não foi analisado pelas instâncias ordinárias*" (fl. 98).

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora