

HABEAS CORPUS Nº 542.424 - RJ (2019/0323037-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : LUCAS APARECIDO ALVES NUNES E OUTROS
ADVOGADOS : LUCAS APARECIDO ALVES NUNES - RJ201918
LORENA CHIROL MACHADO COSTA - RJ201655
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : BRUNO DE SOUZA FERREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de BRUNO DE SOUZA FERREIRA, em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim ementado (fls. 23/25):

Apelação Criminal. Imputação do delito de tráfico de drogas agravado pelo envolvimento de adolescente.

Desclassificação da conduta imputada para o crime previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 e consequente imposição de pena restritiva de direito.

Acórdão que julgou procedente o recurso do Ministério Público, para reformar a sentença, condenando o acusado como incurso no artigo 33 da Lei n.º 11.343/06. Decisão do Supremo Tribunal Federal que negou seguimento à reclamação apresentada pelo acusado, mas concedeu habeas corpus de ofício para determinar: 1) a realização de nova dosimetria, de forma a afastar o bis in idem consistente na utilização da quantidade e variedade de drogas para aumentar a pena em duas etapas do cálculo; 2) a reavaliação do regime prisional, afastando-se o disposto no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. o 8.072/90 e considerando-se os parágrafos 2º e 3º do artigo 33, do Código Penal, bem como o período de prisão já cumprido.

I. Dosimetria que se refaz em observância à determinação do Supremo Tribunal Federal. I.1. Pena-base que se afasta do mínimo legal diante do envolvimento de um menor na atividade criminosa e da apreensão, em poder do acusado, de grande quantidade de drogas, correspondentes a 274g (duzentos e setenta e quatro gramas) de maconha. Inteligência do 42 da Lei de Drogas. I.2. Causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. o 11.343/06 inaplicável ao caso concreto, ainda que se desconsidere, como determinado pelo STF, nesta fase do cálculo, a quantidade de droga apreendida. Acusado que, quando flagrado, levou os agentes da lei a uma mata, onde mantinha parte do entorpecente apreendido. A existência de um esconderijo pré-estabelecido reforça a convicção acerca da veracidade dos relatos dos policiais militares, que sustentam ter recebido, em outras ocasiões, informes indicando o envolvimento do acusado com o tráfico de drogas. Circunstâncias que denotam habitualidade na conduta, isto é, a dedicação cotidiana do acusado à mercancia ilícita de drogas, e, consequentemente, afastam a incidência do redutor. I.3. Regime prisional. Ainda que se afaste da fundamentação o disposto

no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. o 8.072/90, cuja inconstitucionalidade foi declarada no julgamento do HC 111.840/ES, não há como ignorar, no caso concreto, as desfavoráveis circunstâncias do delito, que autorizam, inclusive, o distanciamento da pena-base do mínimo legal, nos exatos termos do parágrafo 3º, do artigo 33, do Código Penal. Acusado que permaneceu encarcerado por prazo insuficiente para que se proceda à progressão, o que, ademais, depende também da aferição de mérito carcerário e há de ser apreciado, oportunamente, pelo juízo da execução penal.

Provido o recurso do Ministério Público, revendo-se, contudo, na forma estabelecida pelo STF, a fundamentação da dosimetria, sem reflexos na pena imposta.

Consta dos autos que o juízo, em sentença, desclassificou o crime de tráfico para previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, ao cumprimento de pena restritiva de direitos consistente em medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, pelo período de 3 meses, a ser aplicada pela CPMA desta Comarca.

Inconformado, o *Parquet* estadual interpôs o recurso de apelação, que foi provido, condenando o paciente à pena de 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. Contudo, antes de julgar o recurso de apelação o Tribunal de origem, observando decisão proferida por esta Corte Superior em *habeas corpus*, determinou medidas cautelares diversas de prisão.

A Defesa opôs embargos de declaração, argumentando que o acórdão descumpriu determinação do STF ao manter o regime fechado, desconsiderando a detração da pena, além de ter incidido em omissão, consistente no não acolhimento do pedido de incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 41 da Lei n. o 11.343/06. Esse recurso foi acolhido, anulando o julgamento do apelo. Em seguida, o recurso de apelação foi provido para estabelecer pena de 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em síntese, a ausência de contemporaneidade e ilegalidade da expedição de mandado de prisão antes do esgotamento dos recursos ordinários.

Alega, também, a ausência de fundamentação idônea para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Aduz, ainda, que faz jus a aplicação da redutora prevista no art. 41, da Lei 11.343/2006.

No que tange a liberdade, requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para revogar a prisão, sem prejuízo de eventual aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório.

DECIDO.

A concessão de liminar em *habeas corpus* é medida excepcional, somente cabível quando, em juízo perfunctório, observa-se, de plano, evidente constrangimento ilegal.

A pretensão de aplicação da minorante prevista no art. 41 da Lei 11.343/2006 tem natureza satisfativa, por isso o exame desse pedido será realizado no julgamento do mérito, após a regular instrução do feito, assim garantindo-se a necessária segurança jurídica.

Em recente julgado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, apreciando as ADCs 43, 44 e 54, ainda pendentes de publicação, firmou compreensão quanto à constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva", estando a citada regra em consonância com o princípio da presunção de inocência.

Embora prolatado o juízo condenatório por Tribunal de Apelação, estando na pendência de recursos especial ou extraordinário, inviável a execução provisória de pena não transitada em julgado.

Ante o exposto, defiro a liminar, a fim de expedir alvará de soltura em favor do paciente BRUNO DE SOUZA FERREIRA, para que aguarde em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, salvo se não estiver preso por outro motivo.

Comunique-se.

Solicitem-se informações.

Após, ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator