HABEAS CORPUS Nº 549.681 - RJ (2019/0362315-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	CLÁUDIO SILVA MASCARENHAS LIMA - RJ055715
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	YAGO DE ABREU ANDRADE GRAIN
PACIENTE	:	BRENNE CABRAL ROCHA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de YAGO DE ABREU ANDRADE GRAIN e BRENNE CABRAL ROCHA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Desembargadora Rosa Helena Penna Macedo Guita).

Consta do autos que, no primeiro grau de jurisdição, os ora pacientes foram condenados à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incursos no crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 68/74), visto que traziam consigo, para fins de tráfico, **3,040kg (três quilos e quarenta gramas) de maconha**.

Irresignado, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu provimento para afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e redimensionar a reprimenda de Brenne Cabral Rocha para 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e a de Yago para 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado (e-STJ fls. 21/28). Eis a ementa do acórdão (e-STJ fls. 21/23):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. SECUNDO DENUNCIADO QUE RESTOU ABSOLVIDO, ENQUANTO OS ORA APELADOS FORAM CONDENADOS PELO DELITO IMPUTADO, PORÉM NA FORMA PRIVILEGIADA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDOS: 1) EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE; 2) AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 OU, SUBSIDIARIAMENTE, REDUÇÃO DA FRAÇÃO APLICADA PARA 1/6 (UM SEXTO); 3) RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL, COM EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 8F51794B-AF46-40D3-8D45-DE8C16F81306

PRISÃO; 4) CASSAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

I. Dosimetria. 1.1. Penas-bases. Distanciamento do mínimo legal que se impõe diante da expressiva quantidade de droga apreendida, a saber, 3.040g (três mil c quarenta gramas) de erva seca, identificada como maconha. Incidência do artigo 42 da Lei n.° 11.343/06. 1.2. Causa especial de redução de pena. Tráfico privilegiado. Afastamento que também se impõe. Circunstâncias do flagrante que deixam evidente o envolvimento dos apelados em atividades criminosas. Apelados que vieram de Campos dos Goytacazes para o Rio de Janeiro, arcando com o valor de RS 300,00 (trezentos reais) pelo transporte e R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) pela aquisição de mais de 03 (três) quilos de maconha, o que não é compatível com a renda mensal lícita de R$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por eles alegada, sendo certo que iriam promover duradoura traficância intermunicipal. Alem disso, conforme afirmou o correu que realizou o transporte, logo que os acusados chegaram ao local pretendido, uma pessoa a bordo de uma motocicleta estacionou lateralmente ao carro e jogou uma bolsa para dentro do veículo, a qual continha os 04 (quatro) tabletes de maconha apreendidos, conduta esta reveladora da existência de um acordo prévio com outros traficantes e conseqüente habitualidade na conduta imputada. Beneficio inaplicável àqueles que fazem do tráfico a sua atividade laborativa. Primeiro apelado que ainda responde a outra ação penal em curso, a reforçar a convicção da dedicação a atividades criminosas. Entendimento em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, in verbis: "...é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o beneficio legal previsto no art. 33, § 4º, da lei n.° 11.343/2006." (STJ. 3ª Seção. EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 14/12/2016 [Info 596]). Óbice legal. Artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas.

II. Regime prisional. Recrudescimento para o inicialmente fechado, na forma do artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal. Regime mais gravoso que se apresenta como o único compatível com o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis de fixação da pena-base, como também com a constatação de dedicação à criminalidade, a implicar maior rigor no cumprimento da pena.

III. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas dc direito. Cassação que se impõe, diante do quantitativo final de pena alcançado. Óbice legal. Artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Recurso ministerial ao qual se dá provimento.

Nas razões do presente *writ*, a impetrante aponta constrangimento ilegal decorrente da dosimetria da pena.

Ressalta que a pena-base foi desproporcionalmente majorada, havendo equivocado afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 8F51794B-AF46-40D3-8D45-DE8C16F81306

11.343/2006.

Assevera, por fim, que foi determinada a expedição de mandado de prisão após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Requer, liminarmente, o recolhimento dos mandados de prisão.

No mérito, requer (e-STJ fls. 19/20):

> *i. seja fixada a pena-base mais próxima ao mínimo legal, com aumento de 1/8, em observância ao princípio da proporcionalidade;*
>
> *ii. seja restabelecida a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4°, da lei 11.343/06, aplicada em sua fração máxima, redimensionando-se a sanção definitiva e, em conseqüência, fíxando-se o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, bem como seja esta substituída por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP, tendo cm vista que os Pacientes preenchem todos os requisitos objetivos e subjetivos;*
>
> *iii. subsidiariamente, seja fixado o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena como medida da mais lídima justiça.*

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.

In casu, vislumbro a ocorrência de patente ilegalidade, o que impõe a concessão da tutela cautelar pleiteada.

Na hipótese, a Corte de origem deu provimento à apelação do Ministério Público, para afastar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e impor regime prisional fechado, determinando a expedição de mandado de prisão após esgotada a possibilidade de recurso na instância ordinária.

No que tange a essa determinação, é imperioso ressaltar que tal entendimento foi revisto pelo Supremo Tribunal Federal.

No dia 7/11/2019, o Pretório Excelso, por maioria, quando do julgamento definitivo das ADCs n. 43, 44 e 54, julgou procedentes as ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 8F51794B-AF46-40D3-8D45-DE8C16F81306

n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Em outras palavras, definiu o Supremo Tribunal Federal que, ressalvadas as hipóteses em que estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva ou temporária, é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para que então seja iniciado o cumprimento definitivo da pena (ADCs n. 43, 44 e 54, Tribunal Pleno, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 7/11/2019, ata de julgamento publicada em 11/11/2019).

Na hipótese, vislumbro, neste momento, a existência de constrangimento ilegal a ser sanado, considerando a nova orientação da Suprema Corte acerca da questão e os fatos de: a) os pacientes, não obstante terem respondido à ação penal custodiados, ao serem condenados pelo Juízo de origem, terem a seu favor a concessão de liberdade, com expedição de alvará de soltura; b) bem como de ainda não ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação; c) além de a nova determinação de custódia ter decorrido exclusivamente de execução provisória da pena outrora permitida.

À vista de tais pressupostos, **defiro a liminar postulada,** permitindo que **os pacientes aguardem em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, se por outros motivos não estiverem presos**.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações, bem como o envio da senha para acesso às informações 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 dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 8F51794B-AF46-40D3-8D45-DE8C16F81306