HABEAS CORPUS Nº 542.551 - BA (2019/0323674-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	VINICIUS SILVA PINHEIRO
ADVOGADO	:	VINICIUS SILVA PINHEIRO - BA041764
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE	:	ALEXSANDRO DA CONCEICAO SILVA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXSANDRO DA CONCEIÇÃO SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia proferido nos autos da Apelação n.º 0001893-73.2018.8.05.0230.

Extrai-se dos autos que, em 24/07/2018, o Paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 833 (oitocentos e trinta e três) dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, pois transportava aproximadamente **1.043,97 g (um quilo, quarenta e três gramas e noventa e sete centigramas) de cocaína e 2.023,72 g (dois quilos, vinte e três gramas e setenta e dois centigramas) de *crack*,** sendo vedado recorrer em liberdade (fls. 99-107).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, o que foi parcialmente provido pela Corte de origem "*para redimensionar a pena infligida ao acusado para em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo, a qual deve ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, b, do CP"* (fl. 173), nos termos da seguinte ementa (fls. 153-154):

> *"APELAÇÃO CRIME. PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.° 11.343/2006. PRELIMINAR INOBSERVÂNCIA DO ART. 55 DA LEI 11.343. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. ACOLHIMENTO PARCIAL. REDUÇÃO DO PATAMAR FIXADO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM QUANDO SE UTILIZA A QUANTIDADE DE DROGA TANTO PARA EXASPERAR A PENA-BASE QUANTO PARA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO §4° DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA MANTIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.*
>
> *Preliminarmente, no que tange à nulidade, não assiste razão a pretensão recursal.*

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: D9769C6F-730C-4A51-9E72-D7D56007937C

> *Malgrado o debate acerca da aplicabilidade do rito previsto no art. 55 da Lei n° 11.343/06, a disciplina pátria das nulidades processuais em matéria criminal consagra o princípio do 'pas de nullité sans grief', na forma do art. 563 do mesmo CPP, não permitindo a anulação de atos dos quais não decorra prejuízo. A defesa não aludiu à ocorrência de qualquer prejuízo em concreto, o que, em verdade, não se pode inferir da realidade dos fólios. Preliminar rejeitada.*
>
> *Dosimetria redimensionada. Confissão reconhecida na sentença.*
>
> *Por fim, na terceira fase de fixação da pena, não se registraram causas de aumento ou de diminuição, sobretudo porque inviável a aplicação ao caso concreto do privilégio estatuído no artigo 33, 4º, da Lei n° 11.343/06, como bem fundamentou o Juízo de origem.*
>
> *Confira-se, acerca do tema, o entendimento vigente na jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça, com ênfase na inexistência de* bis in idem *quando se utiliza a quantidade de droga tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a causa de diminuição do §4° do art. 33 da Lei de Drogas. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE."*

Aduz a Defesa, em petição confusa, que manejou "*Recurso Especial e Extraordinário, no dia 12/04/2019, onde até a presente data já se compõe mais de 180 dias e o Tribunal de Justiça da Bahia não consegue processar os aludidos recurso para somente o feito para esta corte superior, ou seja, mais de 06 meses para somente enviar o feito para esta corte, o que configura um latente excesso prazal no referido*" (fl. 5)

Afirma que *"a MM. Juíza de piso ao proferir a R. sentença, aplica a pena base em dobro do mínimo legal, em 10 anos e usa como fundamento de tal aplicação o Art., 42 da lei de drogas, (NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA), e mais usa do mesmo argumento para deixar de aplicar a causa de diminuição descrita no Art., 33, §4° da lei de drogas, acarretando em Bis in idem, conforme prescreve informativo do supremo 849"* (fl.7).

A Parte Impetrante sustenta que o "*Juízo de piso em momento algum motivou, e fundamentou a permanência do decreto prisional cautelar como determina a Lei de prisões cautelar 12.403/2011, tornando a totalmente ilegal a prisão do referido paciente"* (fl. 8).

Assevera que ocorreu a "*inobservância do rito procedimental*" (fl. 19), o que ocasionaria nulidade do feito.

Requer (fls. 40-41):

> "*01. IN LIMINE, porque presentes os requisitos basilares do*

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: D9769C6F-730C-4A51-9E72-D7D56007937C

periculum in mora e o fumus boni júris, aguardam o acolhimento do pleito, ainda em sede de liminar, sem audição da autoridade apontada como coatora, para que, de pronto, seja RELAXADA A PRISÃO ILEGAL, e restabelecido o direito constitucional do paciente da livre locomoção, impedindo, finalmente, que sua família seja vilipendiada com a execração na comunidade em que vivem, além de se restabelecer o império da Justiça e do Direito pátrios;

02. No 'meritum causae' seja julgado PROCEDENTE o pleito para que essa Excelsa Corte conceda o wrít ao Paciente, tomando por espeque o art. 5º, inc. LXVIII da Constituição Federal de 1988, combinado com os art. 647 e 648, inc. II, do Diploma Repressivo Adjetivo, com O Relaxamento e ou Revogação do Decreto prisional, bem como, a Expedição de Alvará de Soltura em favor de ALEXSANDRO DA CONCEIÇÃO SILVA.

03. Ainda assim, caso não entenda pelo pedido anterior, que se digne o Nobilíssimo Julgador a SUBSTITUIR a prisão, qual seja, por qualquer uma das novas MEDIDAS ACAUTELADORAS insertas no art. 319 do CPP trazido pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Podendo ainda, se assim entender, cumular tais medidas como imperativo da mais lídima e salutar Justiça;

04- Caso entenda está Corte que aplique que oficio a dosimetria da pena para que proceda na aplicação da pena base no mínimo legal em 05 anos com a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4 ° do Art., 33 da Lei 11.343/2006, no total de 2/3, e o instituto da confissão, bem como, aplique a detração da pena em que o paciente se encontra preso a 14 meses".

É o relatório. Decido.

Inicialmente, verifico não ser possível analisar a viabilidade do suposto excesso de prazo para o julgamento os recursos especial e extraordinário, em face da instrução deficitária do *writ*, visto que a Parte Impetrante não acostou o andamento processual dos autos que comprove a tramitação dos recursos, o que inviabiliza a análise do constrangimento ilegal alegado.

Quanto a suposta nulidade do feito, o Tribunal *a quo* assim consignou (fl. 159):

"Com efeito, a magistrada, na decisão de fls. 84/85, datada de 03/04/2018, recebeu a exordial e programou a etapa probatória para o dia 14 de maio de 2018, antes da angularização da relação jurídica processual.

Nada obstante, observa-se que, após o ofertamento da defesa prévia, a magistrada originária ratificou o recebimento da exordial, conforme ata de fls. 211/215, examinando a peça instrumentalizada pelo acusado. Ou seja, do pretenso vício não decorreu prejuízo algum."

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: D9769C6F-730C-4A51-9E72-D7D56007937C

Em juízo de cognição sumária, não é possível afastar a conclusão da Corte de origem já que tal providência demanda aprofundado exame do conjunto fático dos autos.

No tocante ao suposto *bis in idem* pela valorização da quantidade de droga na dosimetria da pena e para afastar a incidência do § 4.º do art. 33 da Lei de drogas, esta Corte firmou entendimento de que "[a] *utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem"* (AgRg no AREsp 1.478.105/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 21/10/2019)

Por fim, o Tribunal estadual ao manter a segregação cautelar destacou o fato de o Paciente ter sido "*preso em flagrante com enorme quantidade de drogas de* crack *e cocaína. drogas extremamente lesivas, razão pela qual positivada sua periculosidade concreta*" (fl. 173, sem grifos no original).

Como se percebe, os fundamentos para a manutenção da prisão preventiva não se mostram, em princípio, desarrazoados ou ilegais – diante da quantidade e variedade das drogas transportadas pelo Réu – "***um tablete de cocaína pesando 1.043,97 Kg (um quilo, quarenta e três gramas e noventa e sete centigramas) e dois tabletes de* crack *pesando 2.023,72 Kg (dois quilos, vinte e três gramas e setenta e dois centigramas) de* crack*"*** (fl. 54) –, haja vista que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que "*a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas podem servir de amparo probatório suficiente para o magistrado reconhecer a gravidade concreta da ação e a dedicação do agente à atividade criminosa, elementos capazes de justificar a necessidade da custódia preventiva para garantia da ordem pública*" (RHC 94.788/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018).

Assim, a espécie 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 neste juízo perfunctório, devendo a controvérsia ser decidida após a tramitação completa do feito.

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: D9769C6F-730C-4A51-9E72-D7D56007937C

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Requisitem-se informações pormenorizadas ao Tribunal *a quo* – notadamente sobre o **andamento dos recursos interpostos pela Defesa,** bem como a senha de acesso para consulta ao andamento processual, caso a página eletrônica requeira a sua utilização.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

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: D9769C6F-730C-4A51-9E72-D7D56007937C