HABEAS CORPUS Nº 502.896 - ES (2019/0098012-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	JOAO LUIZ SILVA SEABRA VARELLA E OUTROS
ADVOGADOS	:	JOAO LUIZ SILVA SEABRA VARELLA - RJ200883 LUCAS FERREIRA BRUNO IWAKAMI DE MATTOS - RJ172276
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	ROBERTO CARLOS GOMES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROBERTO CARLOS GOMES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo no julgamento da Apelação n.º 0026285-42.2012.8.08.0024.

Colhe-se nos autos que, em **15/07/2013**, o Paciente foi sentenciado "*à pena total de 13 (treze) anos de reclusão e 1.700 (um mil e setecentos dias multa)*" (fl. 19), pela prática do crimes previstos nos "*artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006*" (fl. 18).

Contra esse édito o Condenado interpôs o recurso de apelação em que foi proferido o acórdão ora impugnado, desprovido em **21/05/2014**.

Na presente impetração, sustenta-se que há *bis in idem* no cálculo da pena, pois *a*) na sentença o "*Magistrado se valeu da quantidade e diversidade de drogas para majorar a pena em sua primeira fase, bem como para rejeitar o privilégio a que se refere o parágrafo quarto do tipo penal na terceira fase dosimétrica*" (fl. 5); *b*) "*o juízo de piso majorou a pena por supostamente estarem presentes cinco circunstancias, porquanto o D. Desembargador valeu-se de apenas DUAS para manter o mesmo patamar majorado*" (fl. 9), a despeito de ter sido interposto recurso somente pelos Condenados; *c*) o Juiz de primeiro grau reconheceu cinco circunstâncias desfavoráveis na primeira fase "*sendo eles a culpabilidade, as circunstâncias e consequências do crime e a diversidade e quantidade de drogas na forma do art. 42 da Lei 11.343/06, entretanto, majorou-a, para o delito de tráfico, em 3 anos, tornando a condenação definitiva em 8 anos de reclusão, SEM ESCLARECER A FRAÇÃO RECONHECIDA PARA CADA INCREMENTO*" (fl. 10); e *d*) "*pelas MESMAS circunstâncias, o D. Magistrado majorou a pena de um crime em 60% e no outro em 66,66...%, merecendo* [...], *por esta razão ser excluída em ambos os crimes a majoração na primeira fase*" (fl. 12).

Ao final requer-se, liminarmente e no mérito, o que se segue (fls. 12-13):

"*a) O recebimento e conhecimento do presente ou que, na forma da jurisprudência do STJ e STF, seja o constrangimento ilegal suportado pelo paciente reconhecido e sanado ex officio, eis que não demanda análise de provas, bastando a leitura da sentença e acórdão;*

b) A concessão da LIMINAR para, mesmo que de ofício, reconheça as manifestas ilegalidades empregadas na dosimetria consistentes na:

a. Utilização da quantidade e diversidade das drogas para majorar a pena base e negar o benefício do tráfico privilegiado, considerando que poderia o D. Magistrado ter se valido da condenação do art. 35 da Lei de Drogas para tanto, mas não fazendo, não cabe a esta Corte promovê-la mediante provocação defensiva sob pena de reformatio in pejus; *DEVENDO aplicar o redutor do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei ou, subsidiariamente, retirar a majoração da primeira fase por estas mesmas circunstâncias, redosando legalmente a pena nos moldes do tópico 3 do presente;*

b. Precariedade de fundamentação para invocação de três circunstancias do art. 59 do CP e duas do art. 42 da Lei de Drogas, eis que seus empregos se deu pela MESMA premissa, DEVENDO, subsidiariamente ao item 'a', excluir da dosimetria a majoração pelas circunstancias do CP, nos moldes do tópico 4 do presente;

c. Precariedade de fundamentação quanto ao percentual utilizado para cada circunstância incrementadora, DEVENDO, cumulativamente ao item 'b', manter a pena base em seu mínimo na primeira fase dosimétrica, pois, impossível quantificar a fração utilizada para dosar somente as circunstâncias da Lei de Drogas ou, que ao menos, seja a pena redimensionada na proporção de 2/5 do que já fora majorado, nos moldes do tópico 5 do presente;

d. Incoerência da majoração pela mesma fundamentação nos crimes de tráfico e de associação, o primeiro em 60% e o segundo em 66,66...%, DEVENDO, subsidiariamente aos itens anteriores, manter a pena base em seu mínimo na primeira fase dosimétrica, pois, impossível escolher por uma das possíveis frações por derivar de uma presunção, mormente in pejus *ou, que ao menos, seja atribuído ao crime de associação a mesma proporção utilizada para majorar a condenação pelo tráfico, nos moldes do tópico 6;*

e. Alternativamente aos itens anteriores, que em melhor entendimento, seja determinado à Vara de Execuções Penais que promova o redimensionamento da reprimenda nos moldes da decisão aqui prolatada."

É o relatório do necessário. Passo a decidir o pedido de provimento urgente.

Não está configurado um dos pressupostos autorizadores do acolhimento da pretensão liminar, qual seja, o *fumus boni iuris*, pois o direito invocado pela parte Impetrante não é de reconhecimento que se mostra prontamente inequívoco.

Isso porque o acórdão do julgamento da apelação foi proferido em 21/05/2014 (fl. 23), **ou seja, há quase 5 anos**. Considerada essa conjuntura, ao menos *primo ictu oculi*, não há como se reconhecer a patente ilegalidade sustentada pela Defesa, notadamente em razão de precedentes de ambas as Turmas Criminais desta Corte no sentido de que o decurso de longo lapso temporal entre a prolação do acórdão impugnado e a impetração do *writ* impõe o reconhecimento do instituto da preclusão. Exemplificativamente, cito os seguintes julgados, *mutatis mutandis*:

> "HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PECULATO PREVISTO NO CÓDIGO PENAL MILITAR - CPM. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIAS ALEGADAS QUATRO ANOS APÓS O JULGAMENTO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. INÉRCIA DA DEFESA. TESES NÃO SUSCITADAS NO MOMENTO CORRETO. PRECLUSÃO.* WRIT *NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. Não é cabível a utilização do* habeas corpus *como substitutivo do meio processual adequado.*
>
> *2.* ***Verifica-se, na espécie, preclusão das matérias, em virtude de ter transcorrido mais de quatro anos entre a impetração do mandamus e a sessão de julgamento da apelação, na qual teria ocorrido as supostas ilegalidades. Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em respeito à segurança jurídica e a lealdade processual, tem se orientado no sentido de que mesmo as nulidades denominadas absolutas também devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal***.
>
> *3.* Habeas corpus *não conhecido.*" (HC 463.481/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, **QUINTA TURMA**, julgado em 02/04/2019, DJe 11/04/2019; sem grifos no original.)

> "*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS. JÚRI. ARGUIÇÃO DE NULIDADE APÓS MAIS DE 5 ANOS. PRECLUSÃO DA MATÉRIA.*

PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não tendo sido arguida a nulidade no momento oportuno, o questionamento trazido pela defesa - somente após mais de 5 anos da prolação do acórdão recorrido -, quando já submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri e, inclusive, após o julgamento do recurso de apelação, que determinou a submissão do acusado a novo julgamento perante o Conselho de Sentença, evidencia-se a preclusão da matéria.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 376.753/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, **SEXTA TURMA**, julgado em 07/02/2019, DJe 01/03/2019; sem grifos no original.)

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Solicitem-se informações ao Tribunal origem, oportunidade em que fornecerá a chave ou senha de acesso às informações processuais, caso seja necessário.

Oficie-se, ainda, ao Juiz das Execuções Criminais, para que preste esclarecimentos sobre o cumprimento da pena pelo Paciente.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora