

HABEAS CORPUS Nº 517.558 - ES (2019/0182216-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO RIBEIRO ROSA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO RIBEIRO ROSA - ES031873
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : RUAN CARLOS RIBEIRO ROSA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RUAN CARLOS RIBEIRO ROSA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação Criminal n. 0014688-38.2015.8.08.0035).

Extraí-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, c/c o art. 40, inciso V, e do art. 35, todos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, e do art. 12 da Lei n. 10.826/2003.

Finda a instrução, sobreveio sentença para condenar o paciente à pena total de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e de 1 ano de detenção, mais pagamento de 860 dias-multa, tendo-lhe sido negado o direito de apelar em liberdade (e-STJ fls. 48/72).

Irresignada, a defesa apelou, tendo sido parcialmente provido o recurso para reduzir a pena do paciente para 8 anos e 7 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado e os demais termos da sentença. Eis a ementa do julgado (e-STJ fls. 78/80):

APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR - DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE - NÃO CONHECIDA - PRELIMINAR - GRATUIDADE DA JUSTIÇA E ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE DESPESAS PROCESSUAIS - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL - REJEITADA - MÉRITO - TRÁFICO DE DROGAS INTERESTADUAL - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVA TESTEMUNHAL E DELAÇÃO DA CORRÊ APTAS A COMPROVAR A CIÊNCIA DO RECORRENTE DO TRANSPORTE DA DROGA APREENDIDA - POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - PROPRIEDADE DAS ARMAS DEMONSTRADAS - MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO - REDUÇÃO DAS PENAS-BASE -

INVIABILIDADE - NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (ART. 42, DA LEI N. 11.343/06) QUE JUSTIFICAM O AGRAVAMENTO DA PENA-BASE - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - REDUÇÃO EM PATAMAR QUE OFENDE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06) - INAPLICÁVEL - RECORRENTES QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA - REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA FECHADO - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP, C/C O ART. ART. 42, DA LEI N. 11.343/06 - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - IMPOSSIBILIDADE - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - DESCABIDA - PRESSUPOSTOS DO ART. 312, DO CPP, PRESENTES - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

1. Por não se tratar de matéria de cunho eminentemente processual e por não ser uma matéria prejudicial ao exame do mérito, tratando-se, na verdade, da discussão de um direito que envolve o status libertatis do recorrente, o qual pressupõe, inclusive, a manutenção de sua condenação, não se revela adequado analisar em sede de preliminar a necessidade da prisão preventiva, devendo esta ser examinada no mérito.

2. Mesmo se fosse beneficiário da assistência judiciária gratuita, o réu deve continuar sendo condenado ao pagamento das custas processuais (art. 804, do CPP) e às penalidades de cunho pecuniário, por imposição legal, sendo que a eventual suspensão deste pagamento apenas poderá ser concedido pelo Juízo das Execuções Penais, considerando ser este o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado. Preliminar rejeitada.

3. A condenação pela prática do crime de tráfico interestadual de drogas (art. 33 caput, c/c art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/06) revela-se correta quando os depoimentos prestados pelos policiais militares e a delação efetuada pela corré demonstram categoricamente que o acusado aceitou transportar a co-denunciada pessoa responsável por trazer os 03kg (três quilos) de cocaína do Estado de São Paulo, tendo plena ciência desta situação.

4. Se as munições são encontradas na residência do acusado, ele confessa ser o proprietário das mesmas na repartição policial, o seu irmão indica que o réu foi o único a mexer no local em que o material bélico foi encontrado e os policiais afirmam que o apelante assumiu ser o proprietário das munições, deve ser mantida a condenação pelo cometimento do delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12, caput, da Lei n. 10.826/03).

5. Muito embora as circunstâncias judiciais devam ser sopesadas em favor dos apelantes, visto que foram equivocadamente consideradas desfavoráveis pelo magistrado a quo, a natureza da droga apreendida - cocaína - e, principalmente a sua vasta quantidade - aproximadamente

03kg (três quilos) - justificam a elevação da pena-base, sendo certo que a conduta de cada um dos acusados foi devidamente individualizada na medida da culpabilidade de cada um, de modo que não há que se falar em redução.

6 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que diante da omissão legislativa acerca do patamar de aumento ou redução em razão das agravantes e atenuantes, a fração de 1/6 (um sexto) mostra-se razoável e proporcional, devendo ser justificada a alteração da pena em quantum distinto

7. Não há que se falar em aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, quando demonstrado que os agentes se dedicam à atividade criminosa, visto que não preenchido um de seus requisitos cumulativos. A despeito de serem primários, possuidores de bons antecedentes e não integrarem organização criminosa, a vasta quantidade de droga apreendida em poder dos acusados - aproximadamente três quilos de cocaína - o fato de não possuírem emprego lícito e terem mantido contato telefônico por quase uma semana com o traficante de drogas que orquestrou todo o transporte interestadual e os indícios de que já teriam assim agido em outras oportunidades ressaltando ainda que foram apreendidos por volta de 300,0g (trezentos gramas) de maconha na residência do recorrente Ruan, demonstram que ambos realmente se dedicavam à atividade criminosa, o que afasta a possibilidade de reconhecimento desta benesse.

8. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Muito embora os apelantes sejam tecnicamente primários e as penas definitivas que lhe foram impostas virtualmente detraídas (art. 387, § 2º, do CPP) tenham sido estabelecidas em patamares inferiores a 08 (oito) anos e superiores a 04 (quatro) anos, o que preenche o requisito objetivo para a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, a análise conjugada do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42, da Lei N. 11.343/06, indicam que a manutenção do regime inicial fechado é necessária para alcançar a finalidade ressocializadora, preventiva e retributiva da sanção penal, tendo em vista que estes foram condenados por transportarem entre Estados desta Federal a altamente nociva substância entorpecente conhecida como cocaína, em vasta quantidade.

9. Se a pena definitiva imposta ao apelante é superior a 04 (quatro) anos de reclusão, não há que se falar em substituição desta por penas restritivas de direitos, em consonância com o disposto no art. 44, do Código Penal.

10. O julgamento do recurso de apelação torna prejudicado o pedido da defesa de que fosse concedido o direito de o recorrente responder ao apelo em liberdade. Ademais, a prisão preventiva dos acusados ainda se revela necessária para a garantia da ordem pública, ante a

elevada periculosidade destes, sendo insuficiente a adoção de qualquer outra medida cautelar pessoal.

11. Recursos providos parcialmente, a fim de tão somente reduzir as penas impostas aos apelantes Kelly de Souza Pissigatti e Ruan Carlos Ribeiro Rosa para, respectivamente, 8 (oito) anos, 11 (onze) meses e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e o pagamento de 922 (novecentos e vinte e dois) dias-multa, e 08 (oito) anos e 07 (sete) dias de reclusão e o pagamento de 826 (oitocentos e vinte e seis) dias-multa, mantendo-se o regime inicialmente fechado e os demais termos da r. sentença condenatória.

No presente *writ*, a defesa afirma que houve equívoco na dosimetria da pena no que se refere à aplicação das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, sustentando, quanto à atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, que houve a redução da pena em apenas 3 meses e que não houve o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Aduz, nesse sentido, que *"a juíza de piso, ao proferir o decreto condenatório em desfavor do paciente, cometeu equívocos na dosimetria da pena. Isto porque, reduz a pena referente à atenuante descrita no art. 65 do Código Penal previstas nos incisos I (ser o agente menor de 21 anos na data do fato), em apenas 03 meses"*.

Alega, no entanto, que *"deixou a Magistrada de reconhecer em favor do paciente a atenuante do art. 65, III alínea 'd', qual seja, 'ter o agente confessado espontaneamente o crime', o que foi sabiamente reformado pelo Tribunal, vez que, apesar dos julgadores reputarem correto a pena-base fixada pelo juízo a quo, em observância ao entendimento jurisprudencial consolidado pelo Tribunal da Cidadania, reduziram a pena pela atenuante no patamar de 1/6" (e-STJ fl. 5)*

Pondera, assim, que, *"apesar de no v. Acórdão, ter sido realizado a nova dosimetria da pena, retificando o equívoco cometido pela juíza de piso, o Tribunal, deixou-se de aplicar a atenuante descrita no art. 65 do Código Penal previstas nos incisos I (ser o agente menor de 21 anos, na data do fato), já reconhecida pela juíza de piso" (e-STJ fl. 6).*

Aduz ainda que, operadas as devidas reduções da pena e considerado o tempo que o paciente já ficou preso, deve ser reconhecida a progressão de regime para o aberto.

Por isso requer, liminarmente, a retificação da pena imposta ao paciente, sanando-se os erros apontados, com o respectivo recálculo da pena, das datas-base para progressões de regime e, verificando-se que o paciente faz jus à progressão para o regime aberto na data de 3/4/2019, requer seja expedido o competente alvará de soltura.

No mérito, pleiteia a confirmação da liminar.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 101/105.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 111/142.

O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 148/149, manifestou-se pela parcial concessão da ordem, *"para que, anulado em parte o acórdão de 2º grau, seja novamente conferida ao Tribunal a quo a oportunidade de redimensionar a pena do paciente, com as consequências eventualmente daí advindas"*.

É o relatório.

O Juízo de primeira instância, às e-STJ fls. 68/69, assim estabeleceu a dosimetria da pena do paciente em relação ao delito de tráfico de drogas:

Considerando a culpabilidade do agente, agindo com dolo; antecedentes, primário; conduta social, sem desvios comprovados, segundo declarações de conduta acostadas; personalidade, em formação; motivos, que na essência visam ao lucro rápido e fácil; circunstâncias desfavoráveis, ante a vultosa quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, havendo indícios de que o acusado dedicava-se a tráfico de drogas também individualmente, considerando as substâncias entorpecentes apreendidas em sua residência; consequências com disseminação de droga e perniciosas à sociedade; e a situação financeira do réu, mediana, eis que ausente declaração de pobreza.

Tendo em vista a prova colimada, que embora sem comprovação à ensejar condenação pelo crime de associação ao tráfico, demonstra de forma insofismável de que sob o comando de "Paulista", estava o acusado agregada com a Acusada, tendo daquele recebido previamente o veículo Meriva, para buscar esta na rodoviária local e levá-la a destino e recebedor certo; considerando que a cocaína

apreendida é puríssima, sendo conhecida no mercado como de alta qualidade e de alto valor de mercado e, tendo-se também a quantidade e que migrada com outras substâncias aumentaria o volume e que seria exposto à venda em vultosa quantidade, fixo-lhe a PENA BASE em OITO ANOS E TRÊS MESES DE RECLUSÃO e ao pagamento de OITOCENTOS E CINCOENTA DIAS-MULTA à razão de um trinta avos do salário mínimo vigente quando dos fatos, devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento.

Incide a atenuante da menoridade, de modo que, nos ditames insculpidos pelo artigo 65 do Código Penal, atenuo-lhe a pena em três meses, passando-a para OITO ANOS DE RECLUSÃO, mantendo inalterada a pena de multa, por entender que atende as parâmetros necessários a reprimenda.

Embora o acusado seja primário, este mantinha contato com "Paulista", com quem já esteve neste Estado e de quem recebeu o veículo para apanhar a acusada na rodoviária, com as drogas que esta transportava, advindas do Estado de São Paulo, cabendo, ainda ao acusado levá-la a local predeterminado e, ainda, levá-la até terceiro que tinha a função de distribuição e recebimento final da cocaína Neste. **Tem-se, ainda, que o acusado também, como o mesmo confessou, fazia mercância da substância conhecida como maconha, embora alegue que sem comando de terceiro, de forma que a prova colimada comprova a existência de integração de organização criminosa, sendo de se destacar, ademais, a vultosa quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas de altíssimo valor de mercado e de pureza**, de modo que não incide em seu favor a causa de diminuição de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei em voga.

Ante o reconhecimento da causa de aumento de pena previsto no artigo 40, V, da Lei em comento, aumento-lhe a pena aplicada em 1/6, atingindo-se, então, QUATRO MESES DE RECLUSÃO. mantendo tal como imposta a pena de multa.

O Tribunal de origem, por sua vez, assim consignou, no ponto (e-STJ fls.

86/88):

Quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido [...], o magistrado a quo fixou a pena definitiva no mínimo legal previsto na legislação razão pela qual nenhum reparo merece ser efetuado.

Já em relação ao crime de tráfico de drogas, na primeira fase da dosimetria, o julgador monocrático fixou a pena-base da apelante Kelly em 09 (nove) anos e 03 (três) meses de reclusão e a do recorrente Ruan em 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, de modo que corretamente diferenciou as condutas de cada uma, impondo um apenamento mais severo à Kelly, que teve uma atuação

muito mais determinante na empreitada criminosa, respeitando o princípio da individualização da pena e o disposto no art. 29, caput, do Código Penal.

Com relação à fundamentação questionada pelas defesas, a despeito de as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime terem sido equivocadamente consideradas desfavoráveis com base em expressões genéricas e abstratas ou com fulcro em elementos ínsitos do próprio tipo penal do tráfico de drogas, é certo que a natureza da droga apreendida – cocaína em sua forma mais pura – de alta nocividade e elevado poder viciante, e, principalmente, a sua vasta quantidade – aproximadamente 03 kg (três quilos) – possibilita o agravamento da pena nos moldes propostos pelo julgador monocrático, nos termos do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Portanto, muito embora as circunstâncias judiciais devam ser sopesadas em favor dos apelantes, a natureza e a quantidade da droga apreendida justificam a elevação das penas-base, estando o aumento dentro do juízo de proporcionalidade e discricionário do magistrado sentenciante, não havendo que se falar em redução.

Na segunda etapa, corretamente foi reconhecida em favor dos recorrentes a atenuante da confissão espontânea entretanto o magistrado a quo reduziu a sanção em somente 03 (três) meses, o que revela ofensa ao princípio da proporcionalidade e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que consolidou o entendimento de que as atenuantes e agravantes devem ser aplicadas na fração de 1/6 (um sexto), ante a ausência de previsão legal.

[...]

Assim, aplicando o patamar de 1/6 (um sexto) em virtude do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, reduzo as penas dos apelantes Kelly e Ruan, respectivamente, para 07 (sete) anos, 08 (oito) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e o pagamento de 791 (setecentos e noventa e um) dias-multa, e 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e o pagamento de 708 (setecentos e oito) dias-multa.

Na terceira fase, o julgador monocrático corretamente não reconheceu em favor dos apelantes a causa especial de diminuição da pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, uma vez que, a despeito de serem primários, possuidores de bons antecedentes e não integrarem organização criminosa, a vasta quantidade de droga apreendida em poder dos acusados – aproximadamente 03 quilos de cocaína –, o fato de não possuírem emprego lícito e terem mantido contato telefônico por quase uma semana com o traficante de drogas que orquestrou todo o transporte interestadual e os indícios de que já teriam agido em outras oportunidades, ressaltando ainda que foram apreendidos por volta de 300,0g (trezentos gramas) de maconha na residência do recorrente Ruan, demonstram que ambos realmente se dedicavam a atividade criminosa, o que afasta a possibilidade de

reconhecimento desta benesse.

[...]

Afastada a possibilidade de aplicar a causa especial de diminuição da pena prevista no §4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06, mantenho a aplicação da majorante insculpida no art. 40, inciso V, do mesmo Diploma Legal, em 1/6 (um sexto) – mínimo legal –, e torno definitiva a pena dos apelantes Kelly e Ruan, respectivamente, em 08 (oito) anos, 11 (onze) meses e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e o pagamento de 922 (novecentos e vinte e dois) dias-multa, e em 08 (oito) anos e 07 (sete) dias de reclusão e o pagamento de 826 (oitocentos e vinte e seis) dias-multa.

Da análise dos excertos acima transcritos, verifica-se assistir razão à defesa no que concerne à ilegalidade na segunda fase da dosimetria.

Com efeito, o Tribunal de origem, ao corretamente aplicar a fração de 1/6 de diminuição em razão da presença de circunstância atenuante, fê-lo apenas com relação à atenuante da confissão já reconhecida em primeira instância, mas não considerada na dosimetria.

Dessarte, faz jus o paciente ao reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea, ambas na fração de 1/6.

Passo, portanto, à nova dosimetria do paciente, em relação ao crime de tráfico de drogas.

Na primeira fase, mantém-se o aumento operado em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida, permanecendo a pena-base no *quantum* de 8 anos e 3 meses de reclusão e 850 dias-multa.

Na segunda fase, incidem as atenuantes da menoridade relativa e da confissão, estabelecendo-se a pena em 5 anos e 6 meses de reclusão e 567 dias-multa.

Na terceira fase, mantém-se o aumento em virtude da majorante contida no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, consolidando-se a pena do paciente em **6 anos e 5 meses de reclusão mais pagamento de 661 dias-multa**.

Lado outro, no que tange ao pedido de refazimento do cálculo da pena e

Superior Tribunal de Justiça

estabelecimento de novos marcos para progressões de regime e, via de consequência, de reconhecimento de que o paciente já faria jus à progressão de regime, deve-se ressaltar que tal pedido nem sequer foi apreciado pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento da apelação, acórdão ora impugnado por esta via, de maneira que fica obstado o exame da matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e de violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal.

Ante o exposto, **conheço em parte** do *habeas corpus* e, nesta extensão, **concedo a ordem** para redimensionar a pena do paciente, quanto ao crime de tráfico de drogas, para **6 anos e 5 meses de reclusão mais pagamento de 661 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator