HABEAS CORPUS Nº 542.645 - ES (2019/0324459-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	FELIPE FACCIM BANHOS FERNANDES
ADVOGADO	:	FELIPE FACCIM BANHOS FERNANDES - ES018816
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	GECIMAR DOS SANTOS CAETANO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. AUMENTO DE 1/5. PROPORCIONALIDADE.
Ordem parcialmente concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Gecimar dos Santos Caetano**, em que se aponta como órgão coator o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Apelação n. 0070063-04.2012.8.08.0011).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES, à pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 29 do Código Penal.

A defesa interpôs recuso de apelação, buscando a absolvição por insuficiência de provas, a desclassificação do fato para o tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, bem como o afastamento da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo negou provimento ao recurso. Eis a síntese do julgado (fls. 92/93):

> RECURSOS DE APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS ABSOLVIÇÃO IMPOSSIBILIDADE MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA USO DE ENTORPECENTES NÃO CABIMENTO REDUÇÃO DAS PENAS-BASE INVIABILIDADE PENAS DEVIDAMENTE APLICADAS - MAIOR REDUÇÃO DA PENA DO PRIMEIRO APELANTE EM RAZÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA IMPOSSIBILIDADE - AFASTAMENTO DA AGRAVANTE

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: 2C819C2E-0882-4332-A165-02995C58A828

PREVISTA NO ARTIGO 62, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL NÃO CABIMENTO REDUÇÃO DA PENA DE MULTA INVIABILIDADE - DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA IMPOSSIBILIDADE APELOS IMPROVIDOS.

1. Praticada uma das condutas previstas no artigo 33, " caput " da Lei nº 11.343/06, que se trata de um tipo penal misto alternativo, resta caracterizada a ocorrência do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. As provas dos autos comprovam a ocorrência do crime de tráfico ilícitode entorpecentes com relação aos apelantes.2. Os depoimentos de policiais, mormente quando em consonância com o conjunto probatório, possuem validade probatória. 3. Não cabe falar em desclassificação para o tipo previsto no artigo 28 da referida lei, eis que ausente à prova da exclusividade de uso próprio. 4. Ao aplicar as penas-base, o culto Juiz a quo agiu com propriedade, prolatando sentença em plena harmonia com os ditames legais que regem os temas discutidos nesta ação penal, bem como analisou corretamente as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CP c/c art. 42 da Lei de Tóxicos, fundamentando-as, observando o artigo 68 do mesmo codex e aplicando pena suficiente, proporcional e necessária à reprovação do delito praticado pelos apelantes. 5. O Colendo Tribunal de Justiça tem posicionamento solidificado no sentido de que o quantum de redução referente a aplicação das atenuantes e agravantes não está especificado no Código Penal, e por isso, deve ser fixado pela discricionariedade vinculada do magistrado competente. Nesta linha, também trilho este entendimento, pois inexistem critérios legais para efetuar eventuais aumentos ou diminuições decorrentes de circunstâncias atenuantes ou agravantes, devendo ser levado em consideração os elementos do caso concreto, que devem ser analisadas discricionariamente pelo juiz sentenciante. Diante de tal premissa, coerente se faz a aplicação em face do recorrente da redução da pena no patamar realizado pelo magistrado sentenciante.6. Impossibilidade de afastamento da agravante prevista no artigo 62, inciso I, do C ódigo Penal, haja vista que os mesmos eram quem exerciam o papel de comando, direção e liderança sobre os demais agentes da atividade criminosa, mostrando-se assim acertada a aplicação da agravante sob estudo.7.Não há como reduzir a pena de multa, eis que fixada de forma proporcional a pena privativa de liberdade aplicada. Entretanto, nada impede que a exigibilidade da pena pecuniária seja revista pelo juízo da Execução penal, que terá condições de aferir a condição financeira do réu. 8. Em relação ao requerimento de deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita, consigno que dispõe o artigo 804, do Código de Processo Penal, bem com o artigo 12 da Lei nº 1.060/50 que após o trânsito em julgado o pagamento ficará sobrestado por 05 (cinco) anos, quando então a obrigação estará prescrita, sendo, portanto, a análise da possibilidade ou não de pagamento pelo prazo acima mencionado de competência do juízo da execução.9. APELOS IMPROVIDOS.

Na presente impetração, alega-se, em suma, a ocorrência de constrangimento ilegal na fração de aumento da pena-base por falta de fundamentação (circunstâncias do art. 59 do CP – culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do delito.

Requer-se, a concessão da ordem para que seja refeita a dosimetria da pena imposta ao paciente, afastando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis, reduzindo-se a reprimenda ao mínimo legal.

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: 2C819C2E-0882-4332-A165-02995C58A828

Sem pedido liminar.

Informações prestadas (fls. 91/95), noticiando o trânsito em julgado da condenação em 14/1/2019.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem a fim de readequar a pena do paciente a 5 anos de reclusão (fls. 115/120).

É o relatório.

Na dosimetria da pena do paciente, o Juízo singular considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais de culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, com a seguinte fundamentação (fls. 52/53):

> [...]
> Atento às circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, verifico que a culpabilidade, entendida como o grau de censurabilidade do comportamento do réu, é grave, diante da intensidade de seu dolo, por ser ele "sócio" do corréu Alcimar Carneiro Pereira, proprietário das drogas apreendidas, com quem colaborava no direcionamento da droga destinada ao comércio ilegal, conforme se infere das degravações juntadas aos autos; os registros criminais não podem ser considerados em desfavor do réu em decorrência do princípio da não-culpabilidade; conduta social e personalidade sem elementos para aferição neste processo; a motivação do crime é a obtenção de lucro fácil, o que é reprovável sendo o réu um cidadão capaz e com todo o vigor para o trabalho; as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao réu considerando a habitualidade e intensidade com a qual vinha praticando a traficância envolvendo, inclusive, familiares no tráfico por ele liderado; as consequências do delito são próprias do tipo penal; a quantidade de droga apreendida (aproximadamente um quilo de cocaína e/ou crack) e sua natureza são reprováveis, sendo o crack substância entorpecente com forte poder nocivo e de progressiva dependência, capaz de destruir famílias inteiras e levar o ser humano a uma situação extremamente degradante.
> Com base nessas circunstâncias, fixo a pena-base em 9 anos de reclusão e 900 dias-multa.
> Não incidem circunstâncias atenuantes.
> Incide a agravante do concurso de pessoas, prevista no art. 62, I, do CP, eis que o réu liderava o tráfico de drogas juntamente com seu sócio e corréu Alcimar, os destinatários da droga apreendida na residência da corré Lucinete para a consequente comercialização ilegal, razão porque transmuto a pena para 10 (dez) anos de reclusão e 1000 dias-multa.
> Ausentes causas de diminuição e de aumento da pena, fixo a definitiva em 10 (dez) anos de reclusão e 1000 dias-multa.
> [...]

A Corte estadual, por sua vez, sem nada mencionar quanto às circunstâncias do caso concreto, apenas ratificou o aumento operado em primeiro grau de jurisdição.

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: 2C819C2E-0882-4332-A165-02995C58A828

Ocorre que, conforme bem ponderou o Suprocurador-Geral da República Domingos Sávio Dresch da Silveira, *a utilização de aspectos inerentes ao tipo penal para valorar negativamente as circunstâncias judiciais levou o magistrado de primeiro grau à fixação de penas de reclusão de 10 anos em patamares que se mostram desproporcionais* (fl. 119) ao caso.

Observa-se que foram valoradas de forma negativa as circunstâncias judiciais da culpabilidade, do motivo e das circunstâncias e consequências do crime. Contudo, expor tão somente que o paciente era sócio do corréu na prática criminosa, que buscava o lucro fácil e que fazia da traficância o seu meio de vida não configura fundamentação idônea a aumentar a pena-base, no que diz respeito ao art. 59 do Código Penal, pois tal motivação não desborda dos elementos configuradores do delito, não evidencia maior reprovabilidade da conduta.

Apesar disso, sabe-se que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, as diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Na espécie, a apreensão de quase 1 kg de pasta-base de cocaína (996 g) evidencia delineamento fático idôneo ao incremento das reprimendas inaugurais em 1/5 acima do mínimo legal, pela valoração negativa de tal moduladora especial (quantidade e natureza da substância tóxica). Nesse sentido, o AgRg no REsp n. 1.793.804/MT, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/6/2019; e o AgRg no HC n. 518.151/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 16/9/2019.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem a fim de reduzir a 1/5 a fração de aumento correspondente à fixação da pena-base, readequando a pena final imposta ao paciente para 7 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão estadual.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

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: 2C819C2E-0882-4332-A165-02995C58A828

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
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: 2C819C2E-0882-4332-A165-02995C58A828