

HABEAS CORPUS 85.176 — PE

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Eros Grau

Paciente: Djaci José Xavier

Impetrante: Rômulo Brito

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Pena de multa. Matéria não suscitada nas instâncias precedentes. Não-conhecimento. Co-réu beneficiado com a delação premiada. Extensão para o co-réu delatado. Impossibilidade. Tráfico de entorpecentes. Intuito comercial. Elemento integrante do tipo.

1. A questão referente à nulidade da pena de multa não pode ser conhecida nesta Corte, por não ter sido posta a exame das instâncias precedentes.

2. Descabe estender ao co-réu delatado o benefício do afastamento da pena, auferido em virtude da delação viabilizadora de sua responsabilidade penal.

3. Sendo o intuito comercial integrante do tipo referente ao tráfico de entorpecente, não pode ser considerado como circunstância judicial para exasperar a pena.

Ordem concedida, em parte, para, mantido o decreto condenatório, determinar que se faça nova dosimetria da pena, abstraindo-se a referida circunstância judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 1º de março de 2005 – Sepúlveda Pertence, Presidente – Eros Grau, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A inicial revela que o paciente respondeu a processo relacionado com o crime de tráfico de entorpecente, vindo a ser condenado à pena de reclusão de doze anos e à de multa. Outro réu, Francisco Ronaldo da Silva Ribeiro, logrou o perdão judicial quanto à pena, por haver confessado e delatado o paciente que, por sua vez, também teria confessado o crime.

Sustenta-se a insubsistência do tratamento diferenciado, discorrendo-se sobre a aplicação do inciso III do artigo 18 da Lei n. 6.368/76. Não teria ficado configurada a associação. Argumenta-se ainda com a circunstância de ao paciente, mesmo pobre, ter sido aplicada pena de multa que, considerado o instituto do livramento condicional, implicará a necessidade de satisfação de R\$ 2.080,00, podendo ser transmutada em mais oito meses de reclusão. O abandono dos parâmetros da sentença alusiva ao co-réu resultara em transgressão do artigo 59 do Código Penal e, ao não se levar em conta a confissão, restara olvidado o preceito da alínea *d* do inciso III do artigo 65 do referido Código. Mencionam-se dispositivos legais e constitucionais, pleiteando-se a concessão de medida acauteladora, com expedição do alvará de soltura para, alfim, vir-se a declarar a nulidade da sentença condenatória. Da inicial consta a notícia de o Ministério Público, ao ter se pronunciado sobre o recurso, haver propugnado o reconhecimento da nulidade. Desprovida a apelação, protocolou-se *habeas corpus*, indeferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Juntaram-se as peças de folhas 11 a 33.

À folha 37, despachei determinando fossem solicitadas informações ao Superior Tribunal de Justiça e instando o impetrante a juntar ao processo o ato atacado, isso para exame do pleito de concessão de liminar. À folha 44, estão as informações acompanhadas do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

No correr das férias coletivas, a Ministra Ellen Gracie indeferiu a medida acauteladora (folhas 56 e 57). O parecer da Procuradoria-Geral da República, contendo transcrição de peças judiciais, é pelo deferimento parcial da ordem para, sem prejuízo da manutenção do juízo condenatório e da subsistência da prisão, anular a sentença na parte relativa à individualização da pena. A manifestação revela não configurada a identidade de situações e consigna a propriedade da qualificadora concernente ao concurso de pessoas, sendo que a sentença teria reconhecido a atenuante da confissão espontânea. A glosa na dosimetria diz respeito ao fato de haver sido considerado elemento do próprio tipo na análise das circunstâncias judiciais, ou seja, o intuito comercial. Também é analisada a exasperação da pena a partir da personalidade do réu, no que não se teria procedido ao necessário exame. Cita-se o que decidido no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 84.082-5/SP, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, com acórdão publicado no Diário de 4 de junho de 2004.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A inicial envolve tema que não passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, o alusivo à pena de multa. Aliás, nem mesmo quando do julgamento da apelação, deparou o órgão revisor com tal questão. Não conheço do *habeas* no particular.

No mais, as situações dos co-réus mostraram-se diversas. Francisco Ronaldo da Silva Ribeiro veio a implementar delação viabilizadora da responsabilidade do próprio paciente e, então, foi favorecido com o afastamento da pena. O paciente, conforme consta da sentença de folhas 11 a 18, em um primeiro passo, negou a procedência da imputação para, somente após, retratar-se, admitindo-a, fato que levou o Juízo a observar a atenuante, reduzindo a pena em um ano e trinta dias multa. Então, tem-se a impropriedade do que articulado no tocante à extensão do benefício deferido ao co-réu ao paciente e à ausência de aplicação do disposto na alínea *d* do artigo 65 do Código Penal.

Sob o ângulo das circunstâncias judiciais, procede a óptica do Ministério Público Federal. O intuito comercial integra o próprio tipo alusivo ao tráfico de entorpecente, a comercialização da droga. Logo, não cabia considerá-lo para exacerbar-se a pena-base, e isso ocorreu, como se verifica da sentença (folha 16). No particular, sem adoção do que asseverado, em parecer, na análise da personalidade do réu, porquanto a sentença deve ser vista como um grande todo e no corpo respectivo há digressão sobre o perfil do paciente, concedo a ordem. Reitero o que sustento na Corte, ou seja, o fato de o título judicial condenatório não subsistir sem a pena. Concedo a ordem para anular o processo a partir da prolação da sentença, a fim de que outra venha a ser formalizada, observando-se os parâmetros próprios.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Sr. Presidente, meu voto é no mesmo sentido do parecer do Procurador-Geral, deferindo parcialmente a ordem, sem prejuízo da manutenção do juízo condenatório e da prisão, apenas quanto à dosimetria.

EXTRATO DA ATA

HC 85.176/PE – Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau. Paciente: Djaci José Xavier. Impetrante: Rômulo Brito. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma deferiu, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Eros Grau. Vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão o Ministro Eros Grau.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 1º de março de 2005 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.