HABEAS CORPUS Nº 502.886 - SP (2019/0097953-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	PAULO FELIPE AZENHA TOBIAS
ADVOGADO	:	PAULO FELIPE AZENHA TOBIAS - SP280819
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSE CARLOS GUARDA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSÉ CARLOS GUARDA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado a 14 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicialmente fechado, pela prática dos delitos inscritos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 10/23). Foi negado a ele o direito de recorrer em liberdade.

Interposta apelação, o Tribunal de origem, em 19/07/2012, deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena total a 11 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, mantida no mais a sentença condenatória (e-STJ fls. 24/32).

A defesa, por intermédio de revisão criminal julgada em 26/4/2017, conseguiu o deferimento do pleito revisional, com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal, para absolver José Carlos do crime previsto no art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, restando apenas a condenação por tráfico de drogas (e-STJ fls. 35/40).

Agora, por meio da presente impetração, aponta a defesa violação ao art. 59 do Código Penal, por desproporcionalidade na exasperação da pena. Pretende o redimensionamento da reprimenda, aplicando-se a fração de 1/8 em relação à negativação dos maus antecedentes. Dessa forma, sustenta a defesa, resultaria a pena em "5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, na primeira fase do sistema trifásico para o crime de tráfico" (e-STJ fl. 4).

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da pena, "aplicando-se a fração de 1/8, na primeira fase do sistema trifásico, resultando em 05 (cinco) anos, 07

(sete meses) e 15 (quinze) dias reclusão, e consequentemente reduzir sua pena final para 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias" (e-STJ fl. 4).

É, em síntese, o relatório.

Inicialmente, trago o acórdão proferido em revisão criminal e ora impugnado (e-STJ fls. 36/40):

> *Revisão Pedido de absolvição Conhecimento Associação para o tráfico Estabilidade e permanência Falta de provas Absolvição Condenação contrária à evidência dos autos. Corré Idêntica situação de fato e direito Extensão da decisão Art. 580 do CPP.*
>
> [...]
>
> *Ainda inconformado, José Carlos pretende desconstituir a coisa julgada por intermédio do presente pedido revisional, postulando a absolvição do crime de associação, sob o argumento de contrariedade à evidência dos autos e a texto expresso de lei.*
>
> [...]
>
> *É o relatório.*
>
> *Procura o requerente demonstrar que não há prova de que tenha se associado de forma estável e permanente a terceiro para a prática do tráfico de drogas, o que equivale a dizer que se revela a decisão condenatória contrária à evidência dos autos, uma das hipóteses em que se admite a revisão.*
>
> *Nem se afirme que o peticionário apenas repisa as mesmas ponderações deduzidas no curso do processo, pois o que a lei veda é a mera reiteração do próprio pedido revisional, conforme dispõe o art. 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e não a repetição das alegações já apreciadas, ainda que em grau de recurso.*
>
> *2. Narra a exordial que o revisionando e a namorada, associados, mantinham em depósito 10,4g de maconha e 4g de cocaína para fins de comercialização.*
>
> *Segundo consta dos autos, o casal era investigado pela venda de drogas na residência de José Carlos. Na tarde de 03 de abril de 2009, durante ronda de rotina, policiais militares abordaram possível comprador e ele admitiu que acabara de adquirir porção de maconha na referida casa. Assim que os PMs chegaram ao local, a dupla correu. "Zequinha", como é conhecido o peticionário, conseguiu fugir. Mariane foi surpreendida tentando se desvencilhar de invólucros com a erva no banheiro. Buscas no imóvel resultaram na apreensão de outras porções de maconha, embaladas da mesma forma que as encontradas em poder do usuário e da corré, e também de cocaína, todas escondidas em máquina de lavar roupas.*
>
> *Na fase inquisitiva, Mariane alegou inocência. Consome maconha desde os quinze anos e já esteve internada para tratamento, sem sucesso. Começou a namorar José Carlos em janeiro de 2009 e soube por sua mãe que cumprira pena por tráfico. O companheiro*

não usava drogas, mas "passou a mantê-la no vício". Sempre que o visitava, "ele lhe fornecia maconha". Nunca o ajudou na mercancia. "Zequinha" vendia narcóticos "para meninos que iam na porta do imóvel". Na data da prisão, tentou jogar em privada porções que tinha consigo para uso próprio. Viu os policiais encontrarem mais entorpecentes na casa (fls. 09/10).

Edmilson Ferreira Campos declarou que, viciado em maconha, costumava comprar a erva de "Zequinha". No dia dos fatos, esteve na casa do fornecedor e recebeu porção da droga das mãos de "moça loira". Pagou R$ 10,00 pelo tóxico. Pouco depois, PMs o abordaram e o questionaram sobre o local de aquisição da substância (fl. 07). Passados alguns dias, compareceu espontaneamente à delegacia e retificou parte do depoimento anterior. Incriminara mulher que viu algumas vezes na casa de "Zeca" por temer acusá-lo, ciente de que já esteve preso. Comprou a droga diretamente do peticionário (fl. 54).

O feito desmembrado em relação a Mariane (fls. 163/168).

Condenada por tráfico de drogas e associação a 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1200 (mil e duzentos) dias-multa, recorreu e, em 17.06.2010, a C. 13ª Câmara de Direito Criminal negou provimento ao apelo.

O acórdão transitou em julgado para as partes no mesmo ano, não havendo notícia de que a sentenciada tenha ingressado com ação revisional, tudo consoante pesquisa ao Sistema SAJ/SG.

Citado pessoalmente, José Carlos não compareceu à audiência, tornando-se revel (fl. 276).

Sob as garantias do contraditório, os policiais militares Nivaldo Severino e Ernestina A. Martines dos Santos relataram que, durante patrulhamento, tiveram a atenção voltada para Edmilson, pois escondeu algo ao vê-los. Revistado, trazia porção de maconha que disse ter adquirido de Mariane, na casa de "Zequinha". Seguiram para o imóvel e viram o casal embalando drogas nos fundos da casa. José Carlos correu e mandou a namorada "jogar aquilo fora".

Surpreenderam-na após dar descarga em vaso sanitário e recuperaram única porção de maconha. Em máquina de lavar, havia sacola com mais porções da erva e de cocaína. Dias depois, "o usuário mudou a versão, afirmando que a entrega foi feita pelo próprio acusado" (fls. 207/210).

Edmilson repetiu a segunda versão fornecida extrajudicialmente. Adquiriu de José Carlos invólucro de maconha que ele retirou de bolso da bermuda. Mariane estava sentada em cadeira na parte da frente do imóvel. Não viu se embrulhavam tóxicos. Mentiu na primeira oportunidade em que ouvido porque teve medo. Como "ficou com a consciência pesada", decidiu falar a verdade (fls. 212/214).

Rubens Molinari do Nascimento e Antonio Vilela acompanharam a busca na residência a pedido dos milicianos. Nada acrescentaram, porém, sobre a existência de eventual conluio entre o casal para a prática do comércio espúrio (fls. 211/212 e 215/216).

Diante de tal quadro, de rigor a solução absolutória quanto ao delito de associação.

Com efeito, não demonstrado o "animus" associativo, de caráter estável e permanente. E tal elemento se mostra exigência inerente ao núcleo do tipo inscrito no art. 35 da Lei 11.343/06, representada pela expressão "associarem-se".

Veja-se que tanto a r. sentença como o v. acórdão reputaram existente a citada circunstância sem especificar quais dados probatórios comprovariam a suposta estabilidade e permanência da associação entre os sentenciados (fls. 331 e 401).

Insuficiente a mera concorrência eventual, hipótese que não se pode afastar, em face da ausência de elementos concretos sobre vínculo anterior entre os denunciados. O fato de manterem relacionamento amoroso e, por isso, Mariane frequentar a residência de José Carlos sabendo de seu envolvimento com o tráfico, não constitui prova suficiente de que estivessem associados para o comércio ilícito.

A propósito do tema, Vicente Grecco Filho ensina que se poderia "entender que também configuraria o crime o simples concurso de agentes, porque bastaria o entendimento de duas pessoas para a prática de uma conduta punível, prevista naqueles artigos, para a incidência do delito agora comentado, em virtude da cláusula 'reiteradamente ou não'. Parece-nos, todavia, que não será toda vez que ocorrer concurso que ficará caracterizado o crime em tela. Há necessidade de um 'animus associativo', isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira 'societas sceleris', em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a coautoria" (Lei de Drogas Anotada Lei 11.343/2006, 1ª edição, 2007, São Paulo: Editora Saraiva, p. 120).

Nunca é demais lembrar que a condenação criminal exige certeza e, se dúvida houver, como ora se verifica, só pode ser resolvida em favor do acusado.

Idênticas as situações de fato e de direito, estende-se a decisão à codenunciada Mariane, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

3. Frente ao exposto, defere-se o pedido para, com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal, absolver José Carlos Guarda do crime previsto no art. 35, "caput", da Lei 11.343/06, estendida a decisão à corré Mariane Affine.

Constata-se que o Tribunal estadual não apreciou, em revisão criminal, as razões do presente *writ*, uma vez que foi objeto do acórdão ora impugnado apenas a absolvição do paciente do crime de associação para o tráfico pelo qual havia sido condenado.

Assim, considerando que a questão levantada no *writ* (*constrangimento ilegal decorrente ausência de proporcionalidade na exasperação da pena base para o crime de tráfico*) não foi objeto de análise pela Corte *a quo*, encontra-se este Superior Tribunal impossibilitado de apreciá-la, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância e de incidir em patente desprestígio às instâncias ordinárias. Nesse sentido:

> [...] *3. As alegações de deficiência de defesa técnica e de ausência de autodefesa não foram enfrentadas no acórdão combatido, o que impede a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. Precedentes.* [...] (HC 262.860/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016)

> [...] *5. Vedada a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da possibilidade de substituição da medida extrema por cautelares diversas, quando a questão não foi analisada no aresto combatido.*
>
> *6.* Habeas corpus *não conhecido.* (HC 349.102/MS, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 13/04/2016)

Ademais, é cediço que a revisão criminal somente é admitida caso esteja configurada uma das hipóteses elencadas no art. 621 do Código de Processo Penal. Dessarte, não se afigura possível valer-se da ação revisional, e, *a fortiori*, da via extraordinária do *habeas corpus* – como seu substitutivo –, para revisitar eventual *error in iudicando* na aplicação da pena.

No presente caso, não vislumbro no caso em exame nenhuma das hipóteses que autorizam o cabimento da revisão criminal, uma vez que a defesa demonstra apenas inconformidade com o juízo de valor exercido pelo Magistrado de origem na exasperação da pena-base (que utilizou uma fração de aumento considerada desproporcional pela defesa).

Nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal, a revisão será admitida:

> *I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;*
>
> *II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*

> *III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.*

A esse respeito, nesta Corte firmou-se o entendimento de que "*o mero inconformismo da defesa com o provimento jurisdicional obtido, cuja pretensão, em verdade, visa rediscutir questões de mérito, não constitui vício a ser sanado através da via processual da revisão criminal*" (AgRg na RvCr n. 3.930/ES, relator Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/8/2017, DJe 29/8/2017).

Ante o exposto, com fundamento no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **indefiro liminarmente o *habeas corpus***.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator