HABEAS CORPUS Nº 504.634 - SP (2019/0107979-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO	:	LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA - SP242824
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EMERSON BARBOSA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EMERSON BARBOSA DA SILVA, apontando como autoridade coatora a 13ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0028287-28.2011.8.26.0344.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado como incurso nos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11.343/2006, sobrevindo sentença que o condenou à pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pela prática do delito de associação para o tráfico (e-STJ fls. 33-43).

Inconformadas, acusação e defesa apelaram, tendo o recurso ministerial sido provido para condenar o réu também pelo delito de tráfico de drogas, impondo-lhe a sanção total de 8 (oito) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 1200 (mil e duzentos) dias-multa (e-STJ fls. 11-32).

Sustenta o impetrante que a materialidade do crime previsto no artigo 33 da Lei de Drogas não teria sido comprovada, uma vez que não teria sido apreendido entorpecente neste processo, mas sim em outro ao qual responde um dos corréus.

Afirma que as drogas apreendidas com o corréu não teriam relação com os fatos tratados no presente feito.

Requer, liminarmente, que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento definitivo do presente *mandamus*, e, no mérito, pugna pela concessão da ordem para que seja absolvido do delito de tráfico de drogas.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 47-48).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 51-53).

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No tocante ao pedido de absolvição por insuficiência de provas, o Tribunal de origem destacou o que se segue, *in verbis* (e-STJ fls. 131-135):

> *"Nesse ponto, em conformidade com o pedido formulado pelo Ministério Público, cabe destacar que o decidido pelo*

Magistrado a quo merece reparo na questão relativa à absolvição dos apelantes Sérgio, José Carlos, Emerson e Joab pela prática do delito de tráfico de drogas. Como bem descreveu o parquet em suas razões recursais, os elementos de prova indicam o estrito envolvimento dos apelantes na compra e venda de drogas, com nítida divisão de tarefas e hierarquia entre seus membros a demonstrar que não haveria a necessidade de entorpecentes serem apreendidos na posse de cada um dos acusados para relacioná-los à prática do narcotráfico. O raciocínio a ser empregado para o caso em exame é o do concurso de agentes em que basta que um dos envolvidos pratique a conduta principal para que a tipicidade seja estendida aos demais coautores. De fato, a apreensão das drogas na residência de Sidney coincidira com o período das escutas telefônicas, ocasião em que estava diretamente ligado aos demais acusados na prática do nar cotráfico. Basta dizer que dentro da hierarquia do grupo de traficantes, Sidney era um dos homens responsáveis pela venda direta das drogas a usuários de entorpecentes, o que explica a apreensão das substâncias ilícitas em sua posse por ocasião da diligência da Polícia Militar. Assim, a droga apreendida em seu poder pertencia ao grupo de traficantes, razão pela qual a tipicidade de sua conduta deve ser estendida aos demais recorrentes para considerá-los incursos no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

A seguir, deve ser destacado o acerto da decisão do Juízo a quo ao considerar os acusados incursos na prática do delito de associação para a prática do narcotráfico. Todas as circunstâncias retratadas nos autos apontam suas decisivas participações no exercício da espúria mercancia e que eles mantinham uma associação habitual e estável para tal prática. Os contatos telefônicos demonstraram a existência de uma forte ligação entre eles, com caráter de estabilidade e permanência, pois mantinham uma razoável organização a uni-los no exercício da espúria mercancia. Havia entre eles evidente divisão de tarefas que era escalonada de acordo com a hierarquia reinante no grupo. Havia, portanto, mais do que simples coautoria a uni-los, o que justifica o indeferimento das súplicas defensivas para absolvê-los por falta de provas. Suas condenações pela prática do crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 eram medidas que se impunham[...]

Assim, as declarações dos agentes policiais, que assumem extrema relevância em delitos como os aqui retratados, em conformidade com o restante do quadro probatório (existência de investigações a apontar os recorrentes como

> *traficantes de drogas e de interceptação telefônica em que eles ou se ajustam para a prática de atos de narcotráfico ou tinham seus nomes relacionados ao espúrio comércio), a apreensão de entorpecentes em poder de um deles (Sidney) na cidade de Marília, ensejam a certeza necessária de que estavam associados de maneira estável e permanente para a prática do narcotráfico e desempenhavam tarefas próprias com a finalidade comum de adquirir e distribuir entorpecentes na região de Marília.*
> As condenações, portanto, eram medidas de rigor.

Constata-se que as instâncias ordinárias concluíram com arrimo no acervo fático-probatório dos autos, notadamente a prova testemunhal, existir prova suficiente acerca da materialidade e autoria para a condenação do paciente pelo delito de tráfico de drogas.

Nesse contexto, para desconstituir essa conclusão seria necessário o amplo revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via eleita.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU RECONHECIMENTO DA BENESSE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4, LAD) DESCABIMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE PARA AUMENTO DA PENA-BASE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA NA TERCEIRA FASE PARA AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DIREITOS. PREJUDICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *(...) III - O eg. Tribunal de origem, mantendo a sentença condenatória, entendeu estarem presentes provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06.* ***Rever este entendimento para absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus****. IV - De igual modo, também seria necessário aprofundado reexame do conjunto fático probatório a análise da tese de que o paciente faria jus a aplicação da redutora do tráfico privilegiado, constante do do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sendo inviável sua análise em razão dos limites impostos à via mandamental. Em todo caso, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na dedicação à atividade criminosa, nos seguintes termos: "[...] não se destina aos acusados a previsão daquele redutor, já que não se confundem com o neófito ou aquele que eventualmente comercializa entorpecente, ou*

mesmo com os chamados "mulas" ou "aviões", premidos por condição financeira precária, quase sempre se entregando à distribuição de entorpecente em função de dependência química" (fl. 651). […] Habeas corpus não conhecido.
(HC 467850, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, publicado em 22/11/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO PEDIDO DENTRO DOS ESTREITOS LIMITES DA VIA ELEITA. DESCONSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 FIXADA EM 1/3. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSIÇÃO. FUNDAMENTO NA NATUREZA DA DROGA. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. ***O acolhimento do pedido da defesa de absolvição demanda o reexame aprofundado de todo o acervo fático-probatório, providencia totalmente incompatível com os estreitos limites do remédio heróico, que em função do seu rito célere e cognição sumária, não admite dilação probatória****. Precedentes. 2. A aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em fração inferior à máxima está fundamentada na natureza da droga, crack, que possui alto poder deletério. 3. A despeito da quantidade de pena aplicada - 3 anos e 10 meses de reclusão -, a fixação do regime semiaberto está fundamentada na natureza da droga apreendida. 4. "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal." (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16/5/2016 PUBLIC 17/5/2016). Portanto, é possível o imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias 5. Agravo regimental desprovido.*
(AgRg no HC 454242, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, publicado em 22/11/2018).

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, não se conhece do *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se .

Brasília, 13 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator