

HABEAS CORPUS Nº 548.428 - SP (2019/0356099-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : FABIO EUSTAQUIO ZICA
ADVOGADO : FABIO EUSTAQUIO ZICA - SP339052
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDER CLEMENTINO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXSANDER CLEMENTINO DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação Criminal n. 0000367-44.2018.8.26.0535. Confirmam-se os excertos do voto:

"Primeiramente, não há que se falar em conversão do julgamento em diligência para oitiva do genitor de ALEXSANDER, Severino Clementino da Silva, eis que tanto a Defesa técnica deste Apelante como o MINISTÉRIO PÚBLICO, desistiram de sua oitiva, o que foi homologado pelo Juízo (fls. 234/235), ocorrendo a preclusão de referida prova.

(...)

Não há nos autos o menor indício de que os policiais tenham se unido para, no conjunto, atribuírem aos Apelantes, crimes de que os sabem inocentes; nenhum motivo restou devidamente comprovado a permitir tal conclusão, devendo, por isso, ser afastada qualquer ideia de imputação malévola.

(...)

Ao julgador cumpre conferir, a tais declarações, o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão. Não se compreende, na verdade, seja a atividade policial desprovida de um mínimo de eficiência, de ética e de veracidade, a ponto de se arvorar em incriminadora insensata de inocentes.

Até porque nem teria sentido conferir a lei determinada tarefa ao agente da Segurança, para, ao depois, quando fosse ele convocado a prestar contas da sua atuação, negar valor ao que diz, pela preconceituosa admissão de que não fala a verdade.

(...)

Diante desse quadro, considerando a qualidade,

quantidade e diversidade das drogas apreendidas (89 porções de cocaína, pesando 41,4g, e 93 porções de maconha, pesando 172,2,6g), somadas ao contexto fático (FELIPE foi abordado em local conhecido como ponto de venda, com drogas e dinheiro oriundo da atividade ilegal, delatando ALEXSANDER aos policiais como seu gerente, indicando seu endereço, local onde encontraram mais drogas e dinheiro, restando clara a divisão de tarefas e unidade de desígnios entre os Apelantes - ALEXSANDER fornecia a droga para FELIPE vender naquele local e recolhia o dinheiro), clara está a situação de traficância, em concurso e unidade de desígnios, sendo de rigor a condenação dos Apelantes, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência de provas.

Outrossim, restou suficientemente comprovado nos autos o vínculo associativo estável e permanente entre os Apelantes para a prática do tráfico de drogas no local dos fatos, cada um exercendo uma função pré-estabelecida dentro da organização, sendo FELIPE o vendedor de drogas naquele ponto, e ALEXSANDER o “gerente”, responsável pelo recolhimento de dinheiro e abastecimento de drogas, sendo que a quantidade de drogas e dinheiro apreendidos (oriundo da venda anterior de drogas), em plena 07h00 da manhã, além do fato dos Apelantes estarem desempregados, indica que não era a primeira investida deles no tráfico de drogas ou simples coautoria, mas sim que estavam associados de maneira estável e duradoura, o que afasta a pretensão de absolvição por insuficiência de provas.

(...)

No caso em apreço, em que pese a primariedade dos Apelantes, é possível concluir que estavam inseridos na atividade ilegal de forma estável e permanente, haja vista a quantidade, qualidade e diversidade de drogas apreendidas, além de considerável quantia em dinheiro, e não comprovaram, a contento, o exercício de atividade profissional regular, ao tempo dos fatos, sendo reconhecida a associação entre eles, com divisão de tarefas, não fazendo mesmo jus ao benefício, tornando as penas definitivas nos patamares mínimos.

(...)

Mostrou-se correto o concurso material entre os crimes, eis que advindos de desígnios manifestamente autônomos dos Apelantes e consumados em momentos diversos, resultando às penas iguais de 08 anos de reclusão e, 1200 dias-multa, no valor diário mínimo.

O regime prisional inicial fechado deve ser mantido, considerando as circunstâncias em que os crimes foram praticados, ante a qualidade, quantidade e diversidade das drogas apreendidas, com dinheiro fruto do tráfico de drogas, ambos os Apelantes integrando associação criminosa, indicando perigosidade incomum de seus agentes e que a fixação de regime inicial mais brando seria insuficiente para a reprovação e prevenção de suas graves condutas.

Ademais, injustificável o abrandamento de regime para

início do cumprimento das penas, pois preciso o § 2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 12.736, de 30.11.2012: “O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.

Tais circunstâncias não podem ser desprezadas no momento da imposição do regime de cumprimento de pena, bem como do afastamento do redutor de pena previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (...)

(...)

É que, no caso, a substituição fará com que a pena privativa de liberdade aplicada perca consideravelmente a sua força retributiva e preventiva, diante do gravíssimo crime de tráfico de drogas e da associação para o tráfico. Ademais, o montante da pena não permite o reconhecimento de tal benesse, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.” (fls. 104/117)

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelos crimes previstos no artigo 33, *caput*, e no artigo 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico e associação para o tráfico), à pena de 8 anos de reclusão, no regime fechado.

O impetrante alega, primeiramente, que não há provas em juízo de tal vínculo associativo estável e permanente, sobretudo pela negativa do paciente; assim como na disposição do acórdão sobre a decorrência da associação. Além disso, faz observações sobre o Tribunal ter considerado relevante o fato de o paciente estar desempregado, afirmando que não pode ser este um sinal de que tal condição seja indício e indicativo de vida associativa ao tráfico de drogas.

A defesa requer, assim, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para afastar a condenação e declarar a absolvição do paciente do crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas. Busca ainda a aplicação do redutor do artigo 33, § 4º do referido diploma, e como consequência, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade, por medida restritiva de direitos.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a

Superior Tribunal de Justiça

impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

No caso, ao menos em juízo perfunctório, não é possível identificar de plano o constrangimento ilegal aventado ou, ainda, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, elementos autorizadores para a concessão da tutela de urgência.

Por tais razões, **indefiro** o pedido de liminar.

Devidamente instruídos os autos, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator