

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 538.211 - SP (2019/0302125-8)**

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**IMPETRANTE : OSEAS JANUARIO**  
**ADVOGADO : OSEAS JANUARIO - SP287200**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : PATRICK PEREIRA ALVES**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de PATRICK PEREIRA ALVES, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000212-93.2017.8.26.0626.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso nas sanções do art. 28, da Lei n. 11.343/06, com pena de advertência, e absolvido o delito constante do art. 35 do mesmo dispositivo legal (fls. 14-21).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e proveu parcialmente o recurso ministerial para condenar o paciente às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, em v. acórdão assim ementado:

*"TRÁFICO DE ENTORPECENTES Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos dos policiais civis em harmonia com o conjunto probatório. Negativas dos réus isoladas. Apreensão de variedade e considerável quantidade de entorpecentes (06 porções de maconha pesando 51,32 gramas, 01 tijolo e 01 porção de cocaína com peso líquido de 274,5 gramas), além de dinheiro Desclassificação para uso próprio. Descabimento Condenações de rigor.*

*ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO Absolvição com*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*fulcro no artigo 386, VII, do CPP. Conjunto probatório movediço para lastrear um decreto condenatório. Não demonstrado o necessário vínculo estável entre os envolvidos. Dúvida razoável que deve favorecer a defesa. Non liquet. Concurso facultativo de agentes Absoluções mantidas.*

*PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO Bases acima dos mínimos. Quantidade e natureza dos entorpecentes. Acréscimo na fração de 1/6 para todos os réus Inviável o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 Regime inicial fechado Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, art. 44, I e III) Apelos defensivos desprovidos. Recurso ministerial provido em parte para elevar as penas de Matheus e Delcides; e condenar Caíque e Patrick pelo crime do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 Expedição de mandados de prisão em desfavor de Caíque e Patrick" (fl. 23).*

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, bem como na dosimetria aplicada pelo v. acórdão impugnado.

Para tanto, sustenta, que *"Inexiste nos autos do processo qualquer outra condição que autorize a presunção sequer de que o paciente é traficante, visto ser pessoa extremamente simples, que não possui qualquer bem ou recurso financeiro, ou ainda, que tenha sido apreendido qualquer objeto, drogas, balanças, etc, em sua residência, apesar do inopino e surpresa da minuciosa ação policial. Ato contrário, os objetos relacionados foram localizados em residência distante da do paciente"* (fl. 6).

Afirma, ademais, que *"Fato jurídico relevante que se ressalta deveras importante, ocorre quando os doutos Julgadores do ETJSP, ABSOLVEM os acusados da disposição do art. 35 da lei 11.343/06. Ou seja, se restou demonstrado que os acusados não integravam uma associação criminosa para o crime de tráfico de drogas, não existe qualquer liame que autorize a extensão da responsabilidade aos demais acusados, pela posse e propriedade das substâncias entorpecentes apreendidas, como decidiu ao seu final, o v. acórdão e identificado o possuidor"* (fl. 8).

# *Superior Tribunal de Justiça*

Assevera, ainda, que *"Não comprovada a associação criminosa em julgamento pelas duas instâncias atuantes no feito, a denegação da benesse descrita n § 4º do art. 33 da lei 11.343/06, somente poderia ocorrer por fundamento outro que não se dedicar a atividades criminosas, uma vez que a condição do usuário de substâncias entorpecentes, conforme a jurisprudência dominante, não se classifica dentre as pessoas que se dedicam exclusivamente a atividades criminosas, podendo ocorrer em qualquer família, qualquer segmento da sociedade, lamentavelmente"* (fl. 8).

Aduz, também, que *"[...] o paciente Patrick Pereira Alves, encontra-se gravemente prejudicado no que se refere à dosimetria da pena aplicada em sede de reforma de sentença pelo E. Tribunal, uma vez que além não receber as reduções descritas no r. citado § 4º do art. 33 da Lei do tráfico, que permite ao julgador dosar tal percentual de redução justamente pela condição personalíssima e individualização necessária no processo penal, já permaneceu preso pelo período de 11 meses (onze) meses, fato que, consoante dispõe o § 2º do art. 387, na disposição da alínea d do inciso I do art. 492 do Código de Processo Penal, o tempo de prisão provisória será computado para fim de fixação do regime prisional, fato que autorizaria o E. Tribunal a fixar o regime inicial de cumprimento de pena em menos gravoso para o paciente"* (fl. 8).

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem para que o paciente aguarde em liberdade a decisão definitiva acerca dos recursos interpostos, com a consequente expedição de contramandado de prisão. No mérito, pugna desclassificação da conduta para a descrito no art. 28 da Lei de drogas. Subsidiariamente, requer a aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, com consequente detração da pena pela o tempo de prisão provisória para fixação de regime menos gravoso e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

É o breve relatório.

# *Superior Tribunal de Justiça*

**Decido.**

**Inicialmente**, insta consignar que a Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso pertinente (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Entretanto, no caso de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, a jurisprudência recomenda a concessão da ordem de ofício.

**Na hipótese, compulsando os autos, denota-se que o pedido liminar se confunde com o próprio mérito da impetração, não restando configurada, de plano, flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da medida de urgência.**

Assim, nos limites da cognição **in limine**, ausentes os indícios para a configuração do **fumus boni iuris**, a **quaestio** deverá ser apreciada pelo Colegiado, após uma verificação mais detalhada dos dados constantes dos autos.

Denego, pois, a liminar.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Solicitem-se, **com urgência e via telegrama**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. e I.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator

