

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 538.137 - MS (2019/0301880-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARCOS VINICIUS DE ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de MARCOS VINICIUS DE ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação o HC n. 2211795-92.2017.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 7 anos, 7 meses e 26 de reclusão e 764 dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 4 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão e 1071 dias-multa pela autoria do fato tipificado no art. 35 desse mesmo Estatuto e à pena de 3 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e 15 dias-multa por infração ao art. 16 da Lei n. 10.826/03.

Irresignada, a defesa apelou perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fl. 722):

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA - TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO - PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL RELACIONADA AO PROCEDIMENTO DE OBTENÇÃO DA PROVA – AFASTADA - MÉRITO - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06 – REJEITADO - ACOLHIDO PLEITO ABSOLUTÓRIO RELATIVO AO CRIME PREVISTO NO ART. 35 DA LEI DE DROGAS – PENA-BASE – NATUREZA DA DROGAS - FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA - REDUZIDA - MANUTENÇÃO DO PATAMAR DE AUMENTO DE PENA PERTINENTE À AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI N.

Superior Tribunal de Justiça

11.343/06 – APLICABILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

O quadro de permanência delitiva associado às informações prévias a respeito do tráfico de drogas desenvolvido pelo recorrente legitimaram a ação policial que culminou com a apreensão de armas e substâncias entorpecentes, razão pela qual a prova produzida é válida e apta a justificar a sentença condenatória. Preliminar afastada.

Diante da existência de provas suficientes para confirmar a materialidade e a autoria do delito, deve ser rejeitado o pedido de absolvição relativo ao crime de tráfico de drogas.

Considerado que não há nos autos prova de associação, mas de subordinação de pessoas ao recorrente, tal como em uma relação de trabalho, ainda que para o desempenho de atividade ilícita, não há elementos suficientes para a condenação pela prática do crime do art. 35 da Lei de Drogas.

A natureza da droga, sem estar atrelada a sua qualidade, não é justificativa idônea para estabelecer a pena-base acima do mínimo. Reprimenda reduzida ao mínimo legal.

Não havendo justificativa concreta que recomende maior aumento ou diminuição, deve ser adotada a fração de 1/6 para atenuantes e agravantes.

Demonstrado o envolvimento de menores na atividade do tráfico de drogas, pertinente a incidência da majorante do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06.

No presente *mandamus*, reitera a alegação de nulidade da prova produzida por meio do mandado de busca e apreensão considerado ilícito e da ocorrência da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Pretende, em sede liminar e no mérito, a concessão da ordem para "que seja reconhecida a nulidade *ab initio* e, conseqüentemente, a nulidade de todas as provas produzidas, absolvendo-se o Paciente Marcos Vinicius de Albuquerque por falta de provas, nos termos do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e artigo 157, caput, § 1º, do Código de Processo Penal" (fl. 19).

Brevemente relatado, decido.

Diante do novel posicionamento jurisprudencial do STF e desta Corte onde não deve ser conhecido o *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, tenho por prudente determinar o processamento do feito somente para verificação da existência de eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Em uma análise preliminar dos autos, não vislumbro a presença conjunta do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos necessários para a concessão da

Superior Tribunal de Justiça

medida liminar.

Ademais, a matéria ora ventilada implica o exame da idoneidade e razoabilidade dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias, providência inviável em análise inicial dos autos. Por se tratar de antecipação meritória, a alegação deve ser analisada pelo douto Colegiado, no momento oportuno e após manifestação do Ministério Público Federal.

Diante do exposto, indefiro a liminar.

Solicitem-se informações à autoridade coatora, bem como ao juízo de primeiro grau.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator