



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.647 - RS (2014/0318284-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PAULO DA SILVA CUNHA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

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

TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA. FALTA DE PROVAS. CONDIÇÃO DE MERO USUÁRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A alegada inocência do acusado, bem como a pretendida desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso de entorpecentes são questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do *habeas corpus* o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias ordinárias formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. COAÇÃO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Em razão da natureza e da quantidade de droga apreendida, torna-se inviável a incidência da causa de diminuição em seu patamar máximo, mostrando-se razoável e proporcional ao caso concreto a aplicação da benesse na fração de 1/4 (um terço).

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.647 - RS (2014/0318284-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PAULO DA SILVA CUNHA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de PAULO DA SILVA CUNHA, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento à Apelação Criminal n. 70038422903.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Inconformadas, as partes apelaram, tendo o Tribunal Estadual dado parcial provimento ao recurso do corréu Géverton, para desclassificar sua conduta para o delito do artigo 28 da Lei 11.343/2006, declarando a extinção de sua punibilidade, e desprovido as demais insurgências.

Sustenta o impetrante que a prova produzida no curso da ação penal não ensejaria a condenação do paciente pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Afirma que o édito condenatório teria se baseado em depoimento tendencioso da ex-esposa do paciente.

Defende que a quantidade de droga apreendida seria compatível com a tese de consumo, destacando que o corréu Géverton teria declarado consumir 17 (dezessete) pedras de *crack* por noite.

Aduz que o paciente, primário, faria jus à aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Requer a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação para o crime de uso de entorpecentes ou,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda, a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 154/155.

Prestadas as informações (e-STJ fl. 163), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 223/226, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.647 - RS (2014/0318284-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a absolvição do paciente ou a desclassificação de sua conduta para o crime de uso de entorpecentes ou, ainda, a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

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

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

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

No que se refere à alegada falta de provas de que o paciente teria praticado o delito de tráfico de drogas, bem como no que tange à aventada possibilidade de desclassificação da sua conduta para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006, é imperioso consignar que as instâncias de origem formaram seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido tanto na fase inquisitorial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quanto na instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade a ele assestadas.

A Corte Estadual consignou que a prova da existência do crime de tráfico de drogas encontraria apoio no auto de apreensão, no laudo de constatação da natureza da substância e no laudo definitivo (e-STJ fls. 103/104).

Após transcrever os depoimentos prestados tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, a autoridade apontada como coatora asseverou que a retratação dos acusados não se mostraria verossímil, pois teria restado claro que Cladimir teria vendido a droga para o paciente, que a teria revendido para Géverton (e-STJ fls. 103/134).

Registrou que restou evidenciada a situação de viciado de Géverton, não havendo provas de que ele e o ora paciente estivessem associados para o fim de traficar, tampouco de que Géverton estaria traficando quando de sua prisão, tendo-se comprovado apenas que devia dinheiro a traficantes em razão da aquisição de drogas para o seu consumo (e-STJ fls. 133/134).

Ressaltou que as alegações do paciente de que as declarações prestadas por Nadir teriam cunho exclusivo de vingança em razão da separação de ambos não merecia prosperar, pois quando da prisão em flagrante já eram ex-companheiros (e-STJ fl. 134).

Diante deste panorama fático-processual, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido no *writ*, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Com efeito, a estreita via do *mandamus* não permite análise dilatada de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias de origem formaram o seu convencimento, especialmente como na hipótese, em que as instâncias de origem apresentaram fundamentação suficiente à condenação do paciente pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo indubitável que para se concluir de forma diversa seria imprescindível a realização de exame minucioso do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conjunto probatório, providência que é inviável de ser adotada no âmbito do presente remédio constitucional, diante dos seus estreitos limites cognitivos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...) NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

(...)

2. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

(...)

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, bem como para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e o óbice do art. 44 da Lei de Drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz dos arts.

33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal, mantida a liminar outrora deferida até ulterior deliberação do referido Juízo.

(HC 298.189/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. (...) NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

(...)

2. Não se mostra possível o exame do pedido de absolvição por insuficiência de provas, por se tratar de matéria cujo exame extrapola os limites estreitos do habeas corpus, notadamente por demandar o revolvimento de todos elementos de cognição produzidos no curso do processo de conhecimento.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 221.081/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 17/10/2014)

Dessa forma, tendo a decisão impugnada asseverado que há provas da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrência do delito e da autoria atribuída ao paciente, e apresentado fundamentação idônea e suficiente à sua condenação, não há falar em desconstituição do édito repressivo, pois, de uma superficial análise do contexto fático-probatório contido no remédio constitucional, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal.

Relativamente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, verifica-se que a Corte de origem entendeu inviável o seu reconhecimento porque "*as circunstâncias informação de **Nair** e de **Geverton (NÃO É A PRIMEIRA VEZ QUE COMPRA DROGAS DE PAULO)** somada a considerável quantidade de crack (39 pedras) apreendidas em seu poder e a existência de denúncias apontando o apelante como traficante]* estão a indicar que não se trata de tráfico ocasional, de fato isolado" (e-STJ fl. 138).

Considerou-se, outrossim, a espécie de entorpecente apreendida em poder do paciente - *crack* - pois pequenas doses seriam suficientes para causar intoxicação (e-STJ fls. 138/139).

Sobre a minorante em questão, cumpre destacar que, na esteira do entendimento adotado por este Tribunal Superior, as circunstâncias que envolveram o cometimento do delito, ou seja, as particularidades do caso concreto, podem levar à conclusão de que o agente dedica-se à atividade criminosa, ou mesmo integra organização voltada à prática delitiva, fatores impeditivos da concessão do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

É pacífico, também, o entendimento de que, para se concluir de forma diversa do que restou consignado pelas instâncias de origem, isto é, para examinar se efetivamente haveria ou não dedicação à atividades ilícitas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que seria incabível na via estreita do remédio constitucional.

Todavia, na hipótese que se apresenta, verifica-se que o Tribunal impetrado, ao negar a incidência do benefício, o fez vinculando o exercício do comércio de entorpecentes principalmente à quantidade de substância apreendida, utilizando-se, portanto, de um critério essencialmente objetivo.

Desta forma, tendo sido este o principal argumento trazido pelo acórdão objurgado, passível de análise por esta Corte Superior de Justiça se o alegado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente se faz presente.

Da análise dos autos, constata-se que a quantidade de droga encontrada com o sentenciado não se revela excessiva - **39 (trinta e nove) pedras de crack** -, de modo que, mostra-se insuficiente para vedar a aplicação da benesse, o fundamento trazido pelo Tribunal estadual, devendo ser aplicada, em favor do paciente, a causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Cumprе esclarecer que, no tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que não tendo o legislador os definido, cumpre ao magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado, considerar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, que expressamente ordena que *"o juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"*.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

1. O legislador não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena no crime de tráfico de entorpecentes. Dessa forma, compete ao juiz de primeiro grau, dentro do seu livre convencimento motivado, considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. Na espécie, o Juízo de primeiro grau aplicou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em 1/6 (um sexto), em razão da gravidade da conduta, visto que o agravante foi preso em flagrante, ao tentar embarcar em voo internacional, com considerável quantidade de droga - 1463,9 g (um mil quatrocentos e sessenta e três gramas e nove decigramas) de cocaína -, justificando, fundamentadamente, a escolha do percentual no patamar mínimo.

3. Nesse contexto, não cabe aqui, em sede de recurso especial, reexaminar o juízo subjetivo de convencimento do juiz sentenciante, se não se vislumbra nenhuma ofensa aos dispositivos de leis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

federais apontados pelo agravante, atraindo, assim, a incidência da Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1397069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014)

Na espécie, verifica-se que a fração deverá alcançar o patamar de 1/4 (um quarto), dadas as particularidades do caso concreto e tendo em vista a natureza da substância entorpecente apreendida - crack - altamente lesiva à saúde pública, restando a reprimenda do paciente definitiva em **3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa.**

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, apenas para reduzir a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0318284-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 310.647 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00210721020098210053 0532090021072 210721020098210053 5320900021072
532090021072 70038422903

EM MESA

JULGADO: 03/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: PAULO DA SILVA CUNHA
CORRÉU	: GEVERTON BORBA BARBOSA
CORRÉU	: CLADIMIR LUÍS SENTENA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.