



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.004 - SP (2013/0337256-4)

RELATOR : **MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : LUIZ ANTONIO PUGA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO PUGA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO. 1) NULIDADE. INEXISTÊNCIA. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. REALIZADO. EXAME SANGUÍNEO INÓCUO NO MOMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE. PRECLUSÃO. 2) DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO DE ENTORPECENTE. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a modificação do Supremo Tribunal Federal no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, passou a restringir o cabimento do remédio heróico utilizado no lugar do recurso legalmente previsto. Todavia, fica ressalvada a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– Inexiste a alegada nulidade por cerceamento de defesa no caso dos autos, em que foi realizado exame de dependência toxicológica que concluiu pela imputabilidade do paciente, sendo inócua a realização do exame sanguíneo longo período de tempo após a prisão em flagrante delito.

– Nos termos do art. 571, II do CPP, resta preclusa a alegada nulidade, que, pelos documentos juntados aos autos, não foi arguida no momento das alegações finais, somente sendo suscitada na impetração de *habeas corpus* na origem.

– Tendo as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, concluído pela presença de autoria e materialidade do crime de tráfico, resta inadmissível o pleito de desclassificação para o delito de uso de entorpecentes, tendo em vista que para desconstituir a conclusão das instâncias ordinárias verifica-se necessário o reexame de provas, inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e as notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 02 de outubro de 2014(data do julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.004 - SP (2013/0337256-4)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : LUIZ ANTONIO PUGA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LUIZ ANTONIO PUGA (PRESO)

ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício próprio por LUIZ ANTONIO PUGA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o impetrante/paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 75/86).

Irresignada, a defesa impetrou *mandamus* perante o Tribunal *a quo*, alegando a nulidade da ação penal por cerceamento de defesa, ante a ausência de realização de exame de dependência toxicológica no paciente. Todavia a ordem restou denegada (fls. 93/96).

Em sede de apelação, a Corte de origem negou provimento ao recurso defensivo no qual se buscou a absolvição por insuficiência probatória ou a desclassificação para o delito de uso de entorpecentes (fls. 99/106).

No presente *writ*, o impetrante sustenta a ocorrência de nulidade absoluta no processo, consistente na ausência de exame de dependência toxicológica, visando atestar sua condição de dependente químico.

Assevera, ainda, a necessidade da desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Requer, assim, a concessão da ordem com a anulação de todo o processo ou, subsidiariamente, a desclassificação para o delito de uso de entorpecentes.

Instada a se manifestar, a Defensoria Pública entendeu que a análise da impetração exigiria a reapreciação de matéria probatória, requerendo o envio dos autos ao Tribunal de origem para a autuação e julgamento como revisão criminal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (fls. 59/106) o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 122/130).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.004 - SP (2013/0337256-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a posição sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, uniformizou o entendimento no sentido de ser inadmissível o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado por este Superior Tribunal de Justiça.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

[...].

4. Habeas corpus não conhecido (HC 299.261/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 18/09/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I, E ART. 307, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ATRIBUIÇÃO DE NOME FICTÍCIO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO À AUTODEFESA. INAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. (3) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (4) CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CP. LAUDO PERICIAL. SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. RECONHECIMENTO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. (5) REGIME INICIAL FECHADO. PROGRESSÃO PARA O SEMIABERTO. PREJUDICADO. (6) WRIT, EM PARTE, PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

[...].

6. Habeas corpus prejudicado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a causa de aumento (art. 157, § 2.º, I, do CP) e reduzir a pena do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 293.128/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 16/09/2014).

Nesse contexto, não há falar em conhecimento do presente *writ*, que foi impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, passo a analisar as alegações trazidas pelo impetrante, ante a possibilidade da existência de alguma flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício.

Busca-se na presente impetração, o reconhecimento da nulidade de toda a ação penal em razão do cerceamento de defesa ocasionado pela ausência de realização de exame de dependência toxicológica no paciente ou, subsidiariamente, a desclassificação do crime de tráfico para o delito de uso de entorpecentes.

Quanto à alegação de nulidade, o Tribunal de origem, ao julgar o *habeas corpus* originário, consignou que:

Observo, contudo, que inexistente a alegada ofensa à ampla defesa do acusado. Isso porque, de um lado, não foi retirado o sangue do paciente no momento de sua prisão, o que tornaria absolutamente inócua a realização de exame sanguíneo meses após a ocorrência dos fatos, pois, evidentemente, não seria possível constatar a presença de drogas no organismo do paciente no momento em que ocorreram os fatos, mas, tão somente, quando da retirada da amostra sanguínea.

Além disso, foi elaborado laudo pericial para verificar sua eventual dependência toxicológica, laudo este devidamente homologado pelo Juízo sentenciante e contra o qual não há qualquer alegação de nulidade, salientando que o impetrante apenas afirma que referido exame é impreciso, sem, contudo, fornecer subsídios concretos para tal alegação.

Por fim, ressalto que a condição de usuário ou traficante do paciente apenas pode ser analisada diante de profunda verificação probatória, o que, evidentemente, ultrapassa os limites do *writ*.

Percebe-se, portanto, que no decorrer da instrução penal foi instaurado incidente de verificação de dependência toxicológica do paciente, tendo o laudo definitivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sido juntado aos autos do processo e devidamente homologado pelo Magistrado de piso.

Assim, não há falar em cerceamento de defesa por falta do exame sanguíneo para atestar o uso de drogas, quando no caso concreto houve a efetiva realização de perícia para averiguar a alegação de dependência química por parte do réu, tendo sido atestada sua imputabilidade.

Isso porque, conforme salientado pelo Tribunal de origem, no momento em que a defesa requereu a realização da referida perícia, seria inócuo o resultado do exame de sangue, tendo em vista o tempo decorrido desde a prisão em flagrante do réu.

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior sedimentou-se no sentido de que a simples alegação de dependência química não obriga, por si só, a realização do exame de dependência toxicológica, que é indispensável somente quando houver dúvida em relação à imputabilidade do acusado.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA QUANTO À IMPUTABILIDADE DO ACUSADO. ALTERAÇÃO QUE EXIGE REEXAME DE PROVA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- Ante o silêncio da defesa, que não questionou a alegada nulidade no momento oportuno, qual seja a apresentação das alegações finais, nos termos do art. 571, II, do CPP, resta preclusa a matéria.

- Ademais, a simples alegação de dependência química não justifica, por si só, a realização do exame de dependência toxicológica, que é indispensável apenas nos casos de restar configurada dúvida quanto à integridade mental do acusado.

- Assim, tendo o Tribunal a quo sustentado inexistir razão para a realização do aludido exame pericial, ante a ausência de dúvida acerca da imputabilidade do acusado, resta inadmissível, nesta via, entender de forma contrária, ante o necessário revolvimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório, inviável nos estreitos limites do habeas corpus.

Habeas corpus não conhecido (HC 257.230/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. PROVA NÃO REQUERIDA PELA DEFESA. ACUSADA QUE DECLAROU NÃO SER VICIADA. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DA PERÍCIA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. NULIDADE INEXISTENTE.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que a mera alegação de que o acusado é usuário de substâncias entorpecentes, por si só, não justifica a realização do exame de dependência toxicológica, providência que deve ser condicionada à efetiva demonstração da sua necessidade, mormente quando há dúvidas a respeito do seu poder de autodeterminação.

2. Se inexistente nulidade pelo indeferimento motivado da realização do exame de dependência toxicológica até mesmo quando o advogado do acusado pleiteia a produção da mencionada prova, com muito mais razão não se pode vislumbrar eiva a contaminar o feito quando a paciente declara não ser viciada em seu interrogatório judicial, a defesa não pugna pela implementação da perícia, e o magistrado não a determina de ofício, tal como ocorreu na hipótese em apreço.

ALEGADA FALTA DE DEFESA DO PACIENTE EM RAZÃO DO NÃO REQUERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA E EM FACE DO CONTEÚDO DAS ALEGAÇÕES FINAIS APRESENTADAS PELA DEFENSORA NOMEADA PARA PATROCINAR A PACIENTE. EIVA NÃO CARACTERIZADA.

[...].

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO EM FAVOR DA PACIENTE. EXPEDIÇÃO DA ALVARÁ DE SOLTURA EM SEU FAVOR. PERDA DO OBJETO. MANDAMUS PREJUDICADO NESSE PONTO.

[...].

3. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem (HC 145.289/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 01/09/2011).

Por fim, importa ressaltar que, nos termos do art. 571, II, do CPP, as nulidades ocorridas na instrução criminal devem ser arguidas, em preliminar, no momento da apresentação das alegações finais, sob pena de preclusão.

Todavia, ao que se percebe da sentença (fls. 79) e da escassa documentação juntada aos autos, a alegada nulidade não foi suscitada no momento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oportuno, visto que a defesa, em alegações finais, requereu apenas a absolvição por insuficiência probatória e a desclassificação para o delito de uso de entorpecentes. Assim, encontra-se preclusa a matéria, tendo em vista que a manifestação quanto à existência da nulidade somente ocorreu na impetração do *habeas corpus* na origem,

Vejam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL, PELA NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA, REQUERIDO NA DEFESA PRELIMINAR. QUESTÃO NÃO SUSCITADA, NAS ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO. ART. 571, II, DO CPP. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTE, PARA USO PRÓPRIO. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA, EM HABEAS CORPUS. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, ANTECEDENTES, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, APENAS EM RELAÇÃO AOS MAUS ANTECEDENTES. MANIFESTA ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

I. O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), firmou entendimento pela inadequação do writ, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

II. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a habeas corpus, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

III. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

IV. Hipótese em que não foi realizado exame de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dependência toxicológica, requerido pelo paciente, por ocasião de sua defesa preliminar.

V. A teor do art. 571, II, do CPP, as nulidades da instrução criminal, nos processos de competência do juiz singular, devem ser arguidas, em preliminar, na oportunidade do oferecimento das alegações finais, sob pena de preclusão, tal como ocorre na espécie, em que a aludida nulidade não foi deduzida, no momento oportuno.

VI. A desclassificação da conduta de tráfico de substância entorpecente para o delito de posse, para uso próprio, como pretende o impetrante, mostra-se imprópria, na via estreita do habeas corpus, por demandar revolvimento fático-probatório. Precedentes do STF e do STJ.

VII. O habeas corpus, em regra, constitui meio impróprio para o reexame da dosimetria da pena, fixada pelas instâncias ordinárias, uma vez que não comporta a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos. Em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido reapreciar, em habeas corpus, a reprimenda que se mostre inequivocamente ofensiva aos critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

VIII. Hipótese em que, ao paciente, condenado como incurso no art. 33, caput, do Código Penal, foi fixada pena-base acima do mínimo legal, em virtude da valoração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes, motivos e consequências do delito.

IX. As circunstâncias judiciais da culpabilidade, motivos e consequências do delito devem ser excluídas, por ausência de fundamentação idônea.

X. A potencial consciência sobre a ilicitude da conduta e a exigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade, elementar do conceito analítico de crime, não pertencendo ao rol das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto a culpabilidade, neste referenciada, diz respeito à reprovabilidade social.

XI. Os motivos não podem ser valorados negativamente, porquanto o lucro fácil é circunstância inerente ao delito de tráfico de entorpecentes, não havendo, portanto, fundamentação idônea para a exasperação da pena-base, no particular.

XII. Do mesmo modo, "a grave ameaça à saúde pública", dissociada de elementos concretos, a demonstrar que o delito perpetrado pelo paciente tenha resultado em consequências mais gravosas do que as normais ao tipo penal, é insuficiente para agravar a pena-base, na medida em que a objetividade jurídica do bem jurídico tutelado é a própria incolumidade pública.

XIII. A circunstância judicial relativa aos maus antecedentes constitui fundamento apto a elevar a pena-base acima do mínimo legal, porquanto lastreada em certidão de antecedentes criminais, que atesta a existência de condenação transitada em julgado contra o paciente, por fato anterior ao apurado.

XIV. Não há ilegalidade no uso de condenação pelo delito de posse de entorpecentes, para uso próprio, para fins de agravamento da pena-base, a título de maus antecedentes, uma vez reconhecido, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal, que o tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/2006 possui natureza jurídica de crime (QO no RE 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/04/2007).

XV. Inviável o reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, que pressupõe a concomitância dos requisitos da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não participação de organização criminosa, o que não ocorre, na hipótese, em que o paciente ostenta maus antecedentes.

XVI. Habeas corpus não conhecido.

XVII. Ordem concedida, de ofício, para, redimensionando a pena-base, estabelecer a sanção definitiva do paciente em 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, § 2º, b, c/c § 3º, do Código Penal, e 600 dias-multa (HC 168.984/GO, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 21/05/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006). APONTADA NULIDADE DA AÇÃO PENAL PELO FATO DE O MAGISTRADO DE ORIGEM NÃO HAVER APRECIADO PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. EIVA A SER ARGUIDA NO MOMENTO DAS ALEGAÇÕES FINAIS (ARTIGO 571, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Ao receber a denúncia, a autoridade judicial não se pronunciou sobre a implementação, ou não, da perícia pleiteada pela defesa em resposta preliminar, cingindo-se a afirmar que se trataria de matéria referente ao mérito da causa, e que demandaria ampla dilação probatória.

2. Consoante o disposto no artigo 571, inciso II, do Código de Processo Penal, as nulidades da instrução criminal nos processos de competência do juiz singular devem ser arguidas no momento do oferecimento das alegações finais.

3. Da documentação que que instrui o writ, não constam os termos das audiências de instrução, motivo pelo qual não é possível aferir se o mencionado pedido foi reiterado, ou mesmo apreciado pelo Juiz de Direito quando da fase de colheita de provas.

4. Também não foi anexada aos autos cópia das alegações finais apresentadas pela defesa, o que impede este Sodalício de examinar se a apontada nulidade foi arguida tempestivamente, nos termos do mencionado dispositivo da legislação processual penal.

5. Como é cediço, o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de provas documentais que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

6. Assim, inexistindo evidências que atestem a ausência de manifestação da autoridade judicial a respeito do pedido de realização de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame de dependência química formulado pela defesa, e não tendo sido juntada aos autos cópia das alegações finais apresentadas em favor do acusado, não há como se reconhecer a mácula apontada na impetração.

ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. DESPACHO ORDINATÓRIO. DEFESA PRELIMINAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. De acordo com entendimento já consolidado nesta Corte Superior de Justiça, em regra, a decisão que recebe a denúncia prescinde de fundamentação complexa, justamente em razão da sua natureza interlocutória. Precedentes.

2. Contudo, há casos em que se poderia falar em necessidade de recebimento fundamentado da peça vestibular, como por exemplo, nos crimes cujo rito estabeleça a apresentação de defesa preliminar, visto que não faria sentido o acusado expor os motivos para elidir o recebimento da denúncia e o Juízo não rebater os argumentos trazidos, aduzindo as razões que o levaram a realizar um juízo de admissibilidade positivo.

3. Não obstante na hipótese vertente o rito previsto na Lei 11.343/2006 preveja, em seu artigo 55, a apresentação de defesa prévia, a notícia de que a ação penal em tela já foi sentenciada pelo magistrado singular afasta a alegada nulidade, uma vez que as questões aventadas em sede de defesa preliminar já foram amplamente debatidas durante toda a persecutio criminis e devidamente analisadas quando da prolação do édito repressivo.

4. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

5. No caso em apreço, quedou-se o impetrante em demonstrar eventual prejuízo suportado pelo paciente ante a ausência de análise das questões suscitadas na defesa preliminar, razão pela qual não há que se falar em possibilidade de invalidação da decisão de recebimento da denúncia por falta de formalidade.

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REITERAÇÃO DE PEDIDO FORMULADO EM WRIT IMPETRADO ANTERIORMENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Conforme consulta processual realizada no sítio deste Superior Tribunal de Justiça, constatou-se a anterior impetração do HC n.

135.610/GO, também em favor do ora paciente, no qual se formulou requerimento idêntico ao articulado no writ em análise, tendo sido a ordem denegada, por unanimidade.

2. Verificada a simples reiteração de pedido, não tendo o impetrante trazido qualquer fato novo capaz de dar ensejo à nova análise



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por este Tribunal de pleito deduzido em writ anterior, tem-se a inadmissibilidade do presente remédio constitucional.

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem (HC 153.229/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 24/06/2011).

No que se refere ao pleito de desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes a Corte de origem, ao julgar a apelação defensiva, assim se manifestou:

Diante de tais circunstâncias, a prova produzida é mais que suficiente para comprovar que o apelante Manoel, responsável pela chácara, e Luiz Antonio tinham em depósito as drogas apreendidas. A alegação defensiva de Manoel, de que não tinha ciência sobre os entorpecentes lá encontrados e de que não conseguia impedir que as pessoas consumissem as drogas no local, é completamente inverossímil e é afastada pelo robusto conjunto probatório, visto que os policiais afirmaram que Luiz Antonio estava com diversas porções de drogas em cima de uma mesa, o que, obviamente, demonstra que Manoel tinha ciência sobre as drogas lá encontradas.

A quantidade de entorpecentes apreendidos, a forma como estavam embalados, a denúncia anônima e as circunstâncias da apreensão, comprovam a finalidade mercantil das substâncias, sendo impossível a desclassificação do delito. Observo que o fato de Luiz Antonio e Manoel serem usuários de entorpecentes não afasta, por si só, a prática do tráfico, sendo bastante conhecida a figura do "usuário traficante" que, para sustentar seu vício, passa a comercializar a droga.

Patente, pois, a prática do delito em tela, pelos recorrentes, diante do robusto conjunto probatório produzido, não havendo que se falar em absolvição, em nenhuma de suas modalidades (fls. 104/105).

Nesse contexto, diante dos fundamentos apresentados, resta inadmissível, no caso dos autos, o reconhecimento da nulidade aventada.

Considerando que o paciente foi preso em flagrante delito em local que, segundo informações à polícia, vinha sendo utilizado para promover o tráfico de drogas, na posse de 35 porções de maconha com aproximadamente 44,960 g; 4 pedras de *crack*, com 1,990 g; 1 porção de maconha com 41,870 g e 1 porção de cocaína, com 3,290 g, restou demonstrada, pelas instâncias de origem a autoria e materialidade do delito.

Nesse contexto, resta inadmissível o pleito de desclassificação para o crime de uso de entorpecentes, tendo em vista que para desconstituir a conclusão das instâncias ordinárias verifica-se necessário o reexame de provas, inadmissível na via



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estreita do *habeas corpus*.

No mesmo sentido, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PACIENTE REINCIDENTE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INAPLICABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Hipótese em que as instâncias ordinárias 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.

3. O Tribunal a quo negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência do paciente, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "(...) as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

4. *Habeas corpus*, não conhecido (HC 260.049/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 03/10/2013).

Diante do exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0337256-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 279.004 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00232728620108260482 15282010 20120000482651 232728620108260482

EM MESA

JULGADO: 02/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ ANTONIO PUGA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO PUGA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO
CORRÉU : MANOEL PEREIRA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.