



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.569 - MS (2010/0111398-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : CIRENE FRANCISCA DOS REIS DA ROCHA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL. MODO FECHADO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DA FORMA ABERTA. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT* NESSES PONTOS.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Verificando-se que a Corte de origem não apreciou as questões relativas à almejada aplicação da fração máxima da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e à pretendida fixação do modo mais brando de cumprimento de pena, tendo em vista que sequer foram alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, inviável o conhecimento da impetração nesses pontos, sob pena de indevida supressão de instância.

CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. ALEGAÇÃO DE PORTE DA DROGA PARA USO PESSOAL. ENQUADRAMENTO DA CONDUTA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS SOBRE A TRAFICÂNCIA. LEGALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*.

1. Havendo a indicação de elementos de prova mínimos que dão amparo à classificação jurídica do delito atribuída à conduta da paciente pelas instâncias ordinárias, não há ilegalidade a ser sanada através da via eleita.

2. A desclassificação da conduta de tráfico de substância entorpecente para o delito de porte de droga para uso próprio mostra-se incabível na via estreita do remédio constitucional, por demandar aprofundado cotejo fático-probatório.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORABILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. Tendo sido apontadas as razões pelas quais considerou-se desfavoráveis à paciente algumas das circunstâncias judiciais, e levando-se em conta a quantidade e a natureza da droga apreendida, não há que se falar em ilegalidade na fixação da sanção básica acima do mínimo legal.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte denegado.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.569 - MS (2010/0111398-1)

IMPETRANTE : ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : CIRENE FRANCISCA DOS REIS DA ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de CIRENE FRANCISCA DOS REIS DA ROCHA contra acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que negou provimento à Apelação n.º 2010.011841-8, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou a paciente ao cumprimento de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

A impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, na medida em que não haveria provas contundentes, aptas a manter a condenação da paciente pelo crime de tráfico de drogas, uma vez que os argumentos levantados pelo *Parquet* na denúncia e pelo Juízo sentenciante na prolação do édito condenatório de que as drogas encontradas em sua posse seriam para o tráfico consistem meras suposições, insuficientes para o julgamento estabelecido, pelo que se faria necessária a desclassificação para o crime de uso de substância tóxica proibida. Salienta que *"a conduta da paciente é meramente a de usuária e não de traficante, enquadrando-se no art. 28 da Lei n. 11.343/06"* (fls. 5).

Ressalta que *"restou demonstrado pelas circunstâncias que a paciente tinha em sua posse pequena quantidade de maconha, a qual seria por ela consumida nos próximos dias"* (fls. 5), pelo que a paciente seria mera usuária e não traficante de drogas.

Aduz, ainda, que a condenação proferida baseou-se *"em provas testemunhais colhidas em sede de investigação policial e em provas testemunhais de policiais que efetuaram o trabalho repressivo"*, que, segundo entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudencial, deveriam ser sopesadas com a devida cautela, ressaltando que, de acordo com o previsto no art. 155 do CPP, a condenação não poderia ser fundada unicamente em prova inquisitorial.

Sustenta que houve afronta aos princípios da individualização da pena, do contraditório e da ampla defesa, argumentando, para tanto, que a exasperação da pena-base acima do mínimo legal careceria de fundamentação idônea.

Assevera que *"as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal foram erroneamente valoradas pela Segunda Turma Criminal do TJMS"* (fls. 10), no que se refere à culpabilidade, conduta social e personalidade, aduzindo que, para a valoração negativa dos antecedentes, as instâncias ordinárias consideraram, equivocadamente, anotações constantes em Termo Circunstanciado de Ocorrência, razão pela qual deveria a reprimenda básica ser reduzida ao mínimo legal.

Salienta que a quantidade de droga apreendida não justificaria a exasperação da sanção-base tão acima do seu mínimo legal, sob pena de ferir os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da individualização da pena.

Destaca que a paciente faz jus à causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no seu patamar máximo, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Argumenta que é cabível, na hipótese, o regime aberto para cumprimento da pena em razão do reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 e consoante o art. 33, §§ 2º, c, e § 3º, do Código Penal. Sustenta que a paciente é primária, de bons antecedentes e foi condenada a uma pena inferior a 4 anos.

Por fim, assevera que cumpre todos os requisitos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requeru, liminarmente, a fixação da pena-base no mínimo legal e a colocação da paciente no regime aberto para o seu cumprimento, com a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado até o julgamento deste *writ*.

No mérito, pretende a concessão da ordem, para que seja desconstituído o acórdão objurgado, com a confirmação da providência liminar requerida, a aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no seu patamar máximo e a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

As informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.569 - MS (2010/0111398-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que a paciente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo consta da denúncia, no **dia 21-12-2007**, *"por volta das 11:00 horas, na BR 163, próximo ao trevo do Distrito Industrial, policiais do Departamento de Operações de Fronteira abordaram a denunciada Cirene e, em vistoria no interior de sua mochila, depararam-se com quatro volumes de substância análoga à maconha"* (fls. 36).

Inconformada, a defesa da paciente interpôs apelação perante o Tribunal de origem, por meio da qual pleiteou a absolvição em relação ao delito que lhe foi imputado, por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, pela desclassificação para o disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, ou, por fim, a redução da pena-base ao patamar mínimo, tendo sido negado provimento ao apelo defensivo, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

Assim, no que se refere à pretendida aplicação da fração máxima relativa à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, à substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como à almejada fixação do regime prisional aberto de cumprimento de pena, verifica-se a impossibilidade de conhecimento do *habeas corpus* nesses pontos, vez que essas matérias não foram analisadas pelo Tribunal de origem quando do julgamento do apelo defensivo.

Ressalte-se que a apelação criminal interposta em favor da paciente não veiculou, em suas razões, qualquer inconformismo relativo à não-aplicação da fração máxima de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, à ausência de substituição da sanção corporal por penas alternativas, tampouco quanto ao modo de cumprimento de pena fixado para o início do resgate da reprimenda imposta pela prática



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime de tráfico de drogas, consoante se verifica da cópia da respectiva peça, aqui acostada às fls. 322/328, de onde se constata que as razões recursais limitaram-se ao pedido de redução da pena-base ao patamar mínimo, à absolvição do paciente em relação ao delito que lhe foi imputado, por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, pela desclassificação para o disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, como já referido.

Não se discute que a apelação devolve ao Tribunal o conhecimento de toda matéria posta em julgamento, contudo, como cediço, o efeito devolutivo do recurso de apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A propósito, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

*O princípio da dialeticidade - que impregna todo o **iter procedimental** - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal. (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.)*

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício.

O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde que observado o contraditório. (op. cit. p. 121.)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do art. 515 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo penal (art. 3º do CPP), devolve para o Órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, *que se restringe aos limites da impugnação* (excetuando-se, naturalmente, as matérias de ordem pública, examináveis de ofício), o Tribunal impetrado não tratou das questões mencionadas, mormente porque se encontram no âmbito de uma das inúmeras possíveis teses defensivas, que devem, por óbvio, ser arguidas no momento oportuno e perante o juízo competente, oportunizando-se o indispensável contraditório.

Inviável, pois, o exame dessas matérias diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de supressão de instância, consoante julgados a seguir colacionados, todos relativos à impugnação de acórdãos proferidos em sede de apelação criminal:

[...]

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DE PENA EM 5/12. PRETENDIDA FIXAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a fixação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da fração mínima de aumento de pena na terceira fase da dosimetria, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem para reduzir a pena-base do paciente ao mínimo legalmente, tornando a sua reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

(HC 151.197/RJ, deste Relator, julgado em 15/02/2011, DJe 09/03/2011 - grifo nosso)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. BIS IN IDEM NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. **QUESTÕES NÃO SUBMETIDAS AO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.** CONCURSO DE DUAS MAJORANTES. NÃO-DEMONSTRADAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA. ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. Não tendo as matérias suscitadas sido apreciadas pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal a quo, o Superior Tribunal de Justiça não tem competência para examiná-las, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Consoante reiterada jurisprudência deste Tribunal, a presença de mais de uma causa especial de aumento da pena no crime de roubo pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima da fração mínima.

3. O Juízo sentenciante não fica adstrito, simplesmente, à quantidade de majorantes para fixar a fração de aumento, pois, no caso de existência de apenas uma, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminoso –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma de fogo e por número reduzido de agentes, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da duplicidade de majorantes.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para restabelecer a sentença.

(HC 128.374/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 29/06/2009 - negritamos)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, (QUATRO VEZES) E ART. 288 DO CP. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. INCIDÊNCIA COMO ATENUANTE. DUAS MAJORANTES. ÍNDICE NO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO.

I - Se o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva entre os roubos e unificação da pena, não foi apreciado em segundo grau de jurisdição, dele não se conhece sob pena de supressão de instância.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (Precedentes).

III - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal (Precedentes).

IV - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de habeas corpus.

V- Se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício da atenuante do art. 65, III, alínea d, do CP (Precedentes).

VI - Tendo em vista o disposto no parágrafo único, do art. 68 e no § 2º, do art. 157, do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, não pode se dar pela simples constatação da existência das mesmas, mas sim com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

Writ parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente concedido.

(HC 73.758/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 08/10/2007, p. 330 - grifamos)

consoante julgados a seguir colacionados:

[...]

1. Não tendo as matérias relativas à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena sido apreciadas pelo Tribunal de origem no julgamento do habeas corpus originário, a análise da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça acarretaria indevida supressão de instância. Precedentes.

[...]

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, deferida em parte para desconstituir o decreto prisional cautelar, determinando a expedição de alvará de soltura, caso o paciente não esteja preso por outro motivo, sem prejuízo de que venha a ser novamente decretada, com demonstração inequívoca de sua necessidade."

(HC n.º 155.462/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-4-2010, DJe 10-5-2010)

Quanto à aventada ilegalidade em razão da condenação da paciente pela prática do delito do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, por entender o impetrante que o enquadramento da sua conduta deveria ter sido no art. 28 do mesmo diploma legal, sorte não lhe socorre.

A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica em relação à impossibilidade de realização, através da restrita via eleita, da desclassificação do delito de tráfico para o de porte para consumo pessoal, se há elementos mínimos para embasar a denúncia, como ocorre no caso em exame, pois segundo o Tribunal *a quo*:

Já no tocante ao uso de droga, não há nos autos provas nesse sentido, seja diante do conjunto probatório, que demonstrou o propósito da traficância, seja em razão da expressiva quantidade de "maconha", mais de meio quilo, o que comprova que sua real intenção era a comercialização do entorpecente.

Além do mais, conforme ponderou o magistrado: "Acresça-se que a simples alegação de vício, por si só, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

induz necessariamente à desclassificação, porquanto perfeitamente conhecida a figura do viciado-traficante". Desta feita, pelos argumentos acima expostos, imperiosa a manutenção da condenação da ré Cirene Francisca dos Reis da Rocha pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. (fls. 327)

Assim, verifica-se que a Corte originária indicou precisamente os elementos em que se fundava para chegar à conclusão do acerto da sentença no ponto em que condenou a paciente pela prática do crime de tráfico de drogas, sobretudo porque o juiz sentenciante destacou que *"afigura-se óbvio, portanto, que a acusada, não tivesse por fito a mercancia, sequer se interessaria em comprar e, sobretudo, gastar dinheiro adquirindo quantidade de maconha que se lhe mostrasse desnecessária e que, com o passar do tempo, lhe seria até mesmo inútil. Ao contrário, visasse o consumo próprio, compraria e guardaria apenas o suficiente para saciar sua vontade. Argumentou ter recebido a droga em troca de programas sexuais, mas nada restou confirmado nesse sentido, tampouco descrição ou dados que possibilitassem a identificação do generoso fornecedor de mais de meio quilo de maconha."*

E continuando, asseverou, ainda: *"Inegável, ainda, que se o propósito do transporte fosse o próprio consumo, nem precisaria empreender viagem tão longa, tampouco correr toda sorte de risco que a ilícita atividade acarretava, vez que, infelizmente, nos dias atuais poderia encontrar e adquirir substância entorpecente em sua própria cidade, ou em localidades mais próximas. Frise-se que para a caracterização de tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de o infrator não ter sido colhido pelos policiais no próprio ato da venda da mercadoria proibida, bastando, como na espécie, que mantenha consigo a substância, para fins de traficância, sendo inexigível a traditio"* (fls. 2597), circunstâncias que afastam a aventada ilegalidade na manutenção da sua condenação.

De outra banda, não há como acolher-se a alegação de que a única fonte probatória para a condenação da paciente foi baseada *"em provas testemunhais colhidas em sede de investigação policial e em provas testemunhais de policiais que efetuaram o trabalho repressivo"*, fator que, segundo o impetrante, levaria à ilegalidade do édito condenatório, pois, do consignado no acórdão combatido, percebe-se que a conclusão dos julgadores acerca da condenação não está amparada apenas nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depoimentos daqueles, uma vez que a Corte destacou que *"ademais, a própria acusada, mesmo ao se retratar, deixou escapar não só ter realmente dito aos policiais que pretendia revender o entorpecente em Presidente Epitácio, como ainda esclareceu não ter sido submetida a qualquer tipo de coação ou arbitrariedade (fl. 16-17)"* (fls. 327).

Cumpre ressaltar o entendimento pacífico deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em Juízo, como ocorreu na hipótese.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

CRIMINAL. HC. CONDENÇÃO EM PORTE ILEGAL DE ARMAS E USO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MOTIVADA TAMBÉM EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. IMPROPRIEDADE DO HABEAS CORPUS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que ao paciente foram impostas penas pelas práticas dos delitos de porte ilegal de arma e uso de substância entorpecente, sendo, em sede de apelação ministerial, condenado por tráfico de drogas.

II. O depoimento de policiais pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte.

III. Maiores incursões a respeito das provas que embasaram a condenação do réu não podem ser feitas na via eleita.

IV. Ordem denegada (HC 40162/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 8/3/2005, DJ 28/3/2005 p. 301).

Amparando-se, portanto, a condenação em outros elementos indiciários e de provas, não há qualquer constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto, até porque, para afirmar-se diversamente, proclamando-se a desclassificação da conduta da paciente para o crime menos grave, como pretendido, necessário o revolvimento de todo o elenco probatório amealhado nos autos principais, o que, consoante reiteradas decisões desta Corte Superior, é vedado na via estreita do remédio constitucional.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DO WRIT. LIBERDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL.

"I - Não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, a pretensão de desclassificação do delito de tráfico ilícito de substância entorpecente para o de uso próprio (**Precedentes**).

"[...]".

"Ordem denegada" (HC n. 101403/SC, rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, j. em 5-6-2008).

No tocante à almejada aplicação da pena-base no mínimo legal, para melhor elucidação da questão, transcreve-se, por oportuno, a dosimetria procedida em primeira instância:

Atuou com significativo grau de culpabilidade, face à premeditação e ao longo iter percorrido revelador de sua persistência na prática do delito. Nem mesmo a distância da viagem e a consequente potencialização dos riscos foram capazes de demovê-la. Realça conduta social reprovável e personalidade voltada à ilicitude, fazendo inclusive da prostituição uma constante em seu proceder, registrando, ainda, prisão anterior por envolvimento com drogas na comarca de Nova Alvorada/MS, conforme externou (fl. 16). Não pode passar despercebido, de outro lado, que delitos desse jaez têm sido responsáveis pela destruição de crianças, adolescentes, enfim, famílias inteiras, em números alarmante, constituindo atualmente o flagelo da humanidade, sobretudo tratando-se, como é o caso, de droga comercializada em porções ínfimas. Por tais razões, fixo a pena-base em seis (06) anos de reclusão e pagamento de seiscentos (600) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. (fls. 261)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a sanção básica irrogada à paciente, pelos fundamentos a seguir aduzidos:

Outrossim, também não há reparos a ser feitos na pena-base.

Vejamos o que apascentou o julgador ao fixar a reprimenda base, verbis:

[...]

Denota-se, portanto, que o juiz elevou a pena-base em apenas 1 (um) ano acima do mínimo legal, muito aquém do máximo permitido, em razão de algumas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal lhe serem desfavoráveis.

Justa, pois, a majoração, a mantenho. (fls. 327/328)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Na hipótese em apreço, verifica-se que as instâncias ordinárias, quando da apreciação das circunstâncias judiciais, consideraram desfavoráveis à paciente as circunstâncias judiciais relativas à **culpabilidade, conduta social e personalidade da agente**, e assim manteve-se a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, ou seja, 1 (um) ano acima do mínimo legalmente previsto para o tipo.

Relativamente à culpabilidade, o magistrado sentenciante considerou que a paciente "*atuou com significativo grau de culpabilidade, face à **premeditação** e ao longo iter percorrido revelador de sua persistência na prática do delito. Nem mesmo a distância da viagem e a consequente potencialização dos riscos foram capazes de demovê-la*" (fls. 261), argumento que é de molde a autorizar a elevação da pena-base,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo em vista que a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável da agente, diante do planejamento antecipado da ação criminosa.

Veja-se, a propósito, o seguinte precedente:

[...]

1. *Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente, como sua **intensa culpabilidade, as circunstâncias do crime, representadas pela forte premeditação para a prática criminosa** e pela elevada quantidade de disparos efetuados (6, ao todo), bem como sua personalidade deturpada ou conduta social reprovável, uma vez que ficou foragido por 16 anos e não se interessou pelo paradeiro de sua família, o que demonstra uma censurável inversão de valores. Precedentes do STJ.*
2. *Ordem denegada, em conformidade com o parecer do MPF." (HC n.º 87.028/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4-10-2007, DJ 29-10-2007). (Grifos próprios)*

Além disso, da leitura dos trechos referentes à dosimetria da pena na primeira fase, ainda que o impetrante assevere nas presentes razões que para a valoração negativa dos antecedentes foram consideradas, equivocadamente, anotações constantes em Termo Circunstanciado de Ocorrência, verifica-se, no entanto, que não houve qualquer menção nesse sentido. Os antecedentes foram considerados favoráveis.

Ademais, embora o sentenciante tenha mencionado a existência de outras circunstâncias judiciais tidas como negativas - conduta social e personalidade da agente -, não há ilegalidade a ser sanada através da via eleita, pois, segundo consta dos autos, a paciente foi presa em flagrante na BR 163, proximidades do Distrito Industrial, "*transportando em uma mochila seiscentos e cinco gramas (605g) de maconha, distribuídos em quatro pedaços, com o propósito de comercializá-los em Presidente Epitácio/SP*" (fls. 254), o que demonstra que a fixação da pena-base acima do mínimo legal encontra respaldo no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina que seja considerado, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade de droga apreendida.

A propósito, e ao contrário das alegações da impetrante, segundo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação dessa Corte Superior de Justiça: *"A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal"* (HC n.º 165.387/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8-2-2011, DJe 21-2-2011).

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do *habeas corpus* e, nessa parte, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0111398-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 176.569 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1382008

20080267439

20100118418

2080000322

EM MESA

JULGADO: 20/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : CIRENE FRANCISCA DOS REIS DA ROCHA (PRESO)

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.