

HABEAS CORPUS Nº 492.973 - RS (2019/0039980-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : JULIETH GONCALVES DOS SANTOS
ADVOGADO : JULIETH GONÇALVES DOS SANTOS - RS100036
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MURILO VELHO BARBOSA DUTRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MURILO VELHO BARBOSA DUTRA, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Crime n. 70071650402.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido desprovido.

Sustenta a impetrante que os policiais teriam ingressado na residência do acusado sem apresentar o mandado de busca e apreensão contra ele expedido, o que ensejaria a nulidade das provas obtidas com a diligência.

Alega que não haveria indícios suficientes de autoria em desfavor do réu.

Afirma que a conduta do paciente deveria ser desclassificada para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas.

Requer a concessão da ordem para que o réu seja absolvido.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da 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.

Ainda que superado o referido óbice, compulsando-se os autos verifica-se que a alegação de que os policiais teriam ingressado na residência do réu sem apresentar o mandado de busca e apreensão expedido não foi alvo de deliberação pela autoridade impetrada no acórdão impugnado, até mesmo porque não foi suscitada nas razões recursais (e-STJ fl. 280), circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

Há que se ressaltar que embora o apelo interposto tenha devolvido ao Tribunal de origem o exame da matéria controvertida, a defesa não pode arguir, somente nesta Corte Superior, questões não apreciadas pelas instâncias ordinárias, o que configuraria a atuação deste Sodalício em indevida supressão de instância.

Como é cediço, o efeito devolutivo da 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 respeito do tema, eis 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, desde que observado o contraditório." (Op. cit., p. 121.)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação devolve para o órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, que se restringe aos limites da insurgência, a Corte de origem não tratou do citado tema, que deveria, por óbvio, ter sido arguido no momento oportuno e perante o juízo competente, garantindo-se o indispensável contraditório.

Nessa esteira:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O capítulo acerca da aferição da ocorrência de confissão espontânea não foi devolvido ao Tribunal a quo, nem por ele foi apreciado. Portanto, como não há decisão do Colegiado de origem sobre o tema, inviável o seu enfrentamento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 408.726/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...).

1. A apontada nulidade absoluta por ausência do defensor constituído na audiência de oitiva da vítima não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento do recurso de apelação, o que impede o exame do tema diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sobrepujando a competência da Corte estadual, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal.

(...)

4. Agravo regimental desprovido.

(AgInt no HC 393.441/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 04/06/2018)

Quanto ao ponto, é necessário salientar que, ainda que se trate de matéria de ordem pública, é imprescindível o seu prévio debate na instância de origem para que possa ser analisada por este Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ART. 258 DO RISTJ. HOMICÍDIO QUALIFICADO. (...) QUESTÃO NÃO ANALISADA NO V. ACÓRDÃO VERGASTADO. INVIABILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

V - "Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte" (RHC 81.284/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 30/8/2017).

VI - Inviável o conhecimento por esta Corte de Justiça de matéria não analisada pelo eg. Tribunal de origem, ainda que se trate de suposta nulidade absoluta, configurada a supressão de instância. Precedentes.

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 417.712/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. (...) EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

6. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.508/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018)

Finalmente, no que se refere à aventada ausência de provas de autoria em desfavor do paciente e à pretendida desclassificação da sua conduta para o delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, é imperioso ressaltar que as instâncias de origem formaram seu livre convencimento de acordo com os elementos de convicção colhidos tanto na fase inquisitorial quanto na instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade a ele assestadas.

Ao proferir sentença condenatória no feito, o magistrado singular, após analisar os elementos de convicção nele reunidos, especialmente os depoimentos colhidos em juízo, consignou que "a abordagem efetuada pela Polícia, resultando na apreensão de pouco mais de vinte e cinco gramas de cocaína, não se deu de modo casual, defluindo, ao contrário, de minucioso labor investigativo, deflagrado após aportarem na sede da Delegacia de Polícia diversas informações no sentido de que Murilo vinha comercializando substâncias entorpecentes em sua própria residência" (e-STJ fls. 196/199).

Explicou que, consoante os testemunhos dos milicianos que atuaram na ocorrência, *"foi realizada ampla atividade de monitoramento e campana no entorno do imóvel denunciado, quando se verificou, de fato, que esse costumava receber pessoas que, com características evidentes de usuários de ilícitos, saíam do local, rapidamente, assim como se vislumbrou sujeitos deixando encomendas no local, ocasiões em que o acusado retornava ao imóvel, aparentemente assustado"* (e-STJ fl. 199).

Afirmou que "tais suspeitas acabaram sendo confirmadas pela efetiva apreensão de substâncias entorpecentes na residência do denunciado, consistentes em aproximadamente 25,30 (vinte e cinco vírgula trinta gramas) de cocaína em pó enrolada em uma bucha de plástico, além de dois sacos de bicarbonato de sódio em pó, cuja pesagem alcançou 46,10 (quarenta e seis vírgula dez gramas), tudo armazenado em um armário, acompanhado de quantia em espécie (R\$ 170,00)" (e-STJ fl. 199).

Salientou que *"os ilícitos apreendidos não estavam acondicionados em pequenas porções - tal como só serem comercializados a usuários -, mas sim em uma só*

porção de tamanho maior, estando, pois, em sua forma 'bruta', guardado ao lado de substância química capaz de, uma vez acrescentada à droga, aumentar sua quantidade, tal qual explicado pelos agentes" (e-STJ fl. 199).

Concluiu que "as alegações efetuadas pelo réu, em autodefesa, não fazem frente ao conjunto probatório coligido, na medida em que sua aleatória informação de que a droga armazenada estava sendo usada juntamente de seus amigos não se confirma pelo contexto verificado a partir da narrativa das testemunhas" (e-STJ fl. 199).

Asseverou que "os elementos probatórios adunados ao feito, notadamente a **natureza** e a **quantidade** de substância apreendida, bem como sua **forma de acondicionamento**, o **local** de sua apreensão - justamente o ponto indicado por populares como sendo de venda de ilícitos - e, ainda, as **condições** em que se desenvolveu a ação, mormente sopesando as **circunstâncias pessoais do agente**, bem como sua conduta e **antecedentes**, nos moldes do que preleciona o art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, impulsiona à conclusão de que o denunciado, deveras, tornou a atuar no tráfico ilícito de entorpecentes" (e-STJ fl. 200).

Advertiu não merecer acolhida "o pleito concernente à desclassificação delitiva para posse de drogas, uma vez que, conforme salientado alhures, muito embora a quantidade de droga apreendida não seja excessiva, os demais aspectos da apreensão de ilícitos, uma vez sopesados, desautorizam a conclusão de que pudessem os entorpecentes serem destinados, exclusivamente, a consumo, indicando, ao contrário, que se trata, indubitavelmente, de mercancia" (e-STJ fl. 200).

Por sua vez, a autoridade impetrada manteve o édito repressivo, destacando que "a prisão do réu não foi ao acaso, mas decorrente de cumprimento de mandado de busca e apreensão, tendo em vista as inúmeras informações advindas de populares no sentido de que o réu comercializava substâncias entorpecentes" (e-STJ fl. 286).

Assentou que "o resultado positivo do mandado, que culminou com a apreensão de 25,30 gramas de cocaína na casa do réu, em uma única porção (ou seja, ainda necessitando de fracionamento), além de 46,10 gramas de bicarbonato, substância comumente misturada à cocaína para aumentar a quantidade a ser comercializada e conseqüente lucro, dá conta da destinação mercantil da substância", ratificando "o teor das denúncias feitas aos agentes públicos" (e-STJ fl. 286).

Considerou "incabível a desclassificação para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, uma vez que não são estranhas à realidade brasileira as figuras do usuário-trafficante ou trafficante-usuário, não sendo incomum que o réu estivesse traficando com o intuito de alimentar o seu vício - sequer comprovado -, o que não afasta a sua conduta delituosa" (e-STJ fl. 288).

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 *habeas corpus* não permite reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias de origem formaram o seu convencimento, especialmente como na hipótese, em que apresentaram motivação suficiente à condenação do paciente, sendo indubitável que, para se concluir de forma diversa seria imprescindível a realização de exame minucioso do conjunto probatório, providência que

é inviável de ser adotada no âmbito do remédio constitucional, diante dos seus estreitos limites cognitivos.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU RECONHECIMENTO DA BENESSE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4, LAD) DESCABIMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

III - O eg. Tribunal de origem, mantendo a sentença condenatória, entendeu estarem presentes provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Rever este entendimento para absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 467.850/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser apreciadas por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandarem o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

(...)

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução.

(HC 461.377/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

Dessa forma, tendo as decisões impugnadas asseverado que há provas da ocorrência do delito de tráfico e da autoria atribuída ao acusado, e apresentado fundamentação idônea e suficiente à sua condenação, não há que se falar em desconstituição do édito repressivo, já que inexistente o constrangimento ilegal de que estaria sendo alvo.

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2612 - Brasília, Disponibilização: Sexta-feira, 15 de Fevereiro de 2019 Publicação: Segunda-feira, 18 de Fevereiro de 2019

Ante o exposto, com fundamento no artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **indefere-se liminarmente** o presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

