



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.269 - SP (2012/0229116-1)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : JULIARDE PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIARDE PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA. ABSOLVIÇÃO. PLEITO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. 3. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. NÃO CABIMENTO. PENAS APLICADAS, EM SUA MAIORIA, NO PATAMAR MÍNIMO. AUMENTO CAUSADO PELA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 4. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. TEMA NÃO EXAMINADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Não há como conhecer do pedido de absolvição, pois, ao que se tem, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, entenderam que está comprovada a materialidade delitiva e que existem elementos suficientes à determinação da autoria da conduta ilícita. Portanto, não se mostra possível modificar o que ficou estabelecido e absolver o paciente sem que se faça necessário um amplo e aprofundado reexame do acervo probatório, procedimento vedado na via estreita do **habeas corpus**, remédio constitucional caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

3. As penas foram aplicadas quase todas no seu patamar mínimo. Houve, tão somente, no delito de tráfico de entorpecentes, um acréscimo de 1/6 (um sexto), devido à grande quantidade de droga apreendida – 471,810 kg (quatrocentos e setenta e um quilos e oitocentos e dez gramas) –, em consonância com o art. 59 do Código Penal e com o art. 42, da Lei nº 11.343/2006. Foi reconhecida, ainda, a existência de uma causa de aumento de pena – tráfico interestadual –, o que ensejou o aumento de mais 1/6 (um sexto) – patamar mínimo –, na terceira fase da dosimetria. No crime de porte de arma e/ou munições, a pena foi fixada no mínimo legal.

4. O pedido de incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não foi previamente apreciado pelo Tribunal de Justiça, o que evidencia, caso examinado por esta Corte Superior, indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de junho de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.269 - SP (2012/0229116-1)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado, em causa própria, por Juliarde Pereira, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o impetrante/paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 12 (doze) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1.390 (mil trezentos e noventa) dias-multa, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, **caput**, c/c os arts. 40, inciso V, e 35, **caput**, todos da Lei n.º 11.343/2006, e no art. 16 da Lei n.º 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação na Corte de origem, que, intempestivo, não foi recebido. Contudo, a Primeira Câmara de Direito Criminal, ao conhecer do recurso da acusação, absolveu, de ofício, o sentenciado do delito tipificado no art. 35, **caput**, da Lei 11.343/06, reduzindo sua pena a 9 (nove) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 690 (seiscentos e noventa) dias-multa.

O acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 84):

Apelação do Ministério Público e da defesa. Artigo 33, **caput**, e 35, **caput**, c.c. artigo 40, inciso V, todos da Lei 11.343/06, artigo 16, **caput** da Lei 10.826/03 e artigo 329, § 1º, do Código Penal, todos na forma do artigo 69 do Código Penal. Autoria e materialidade bem caracterizadas para o delito de tráfico de entorpecentes e porte de arma. Depoimentos dos policiais coerentes com as demais provas dos autos podem fundamentar decreto condenatório. Acréscimo mínimo à pena-base para o delito de tráfico que se mostra adequado. Reprimenda diminuída. Falta de provas para o delito de associação e desobediência. Absolvição. Regime fechado. Recurso da acusação improvido e provido em parte o da defesa.

Daí a presente impetração, em que sustenta o impetrante/paciente estar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sofrendo injusto constrangimento ilegal, pois "o paciente-requerente cumpre pena desde 04 de março de 2010, o que ressalta em longos 2 (dois) anos e 7 (sete) meses de reclusão" (fls. 2/3), sem que exista, até então, condenação definitiva.

Aduz, ainda, que todas as imputações dirigidas contra si são infundadas, pois carentes de uma melhor sustentação, devendo, por essa razão, ser absolvido de todas elas.

Por fim, em caráter secundário, indica que, "ulteriormente, na longínqua hipótese de se manter a injusta condenação imposta ao paciente, questões atinentes à pena devem ser aqui discutidas, possibilitando sua melhor adequação às normas vigentes, em respeito, principalmente, ao princípio constitucional da individualização da pena" (fl. 22).

Desse modo, pleiteia o impetrante/paciente o seguinte:

a) "seja dado provimento ao presente **"habeas corpus"** tanto na liminar como ao final julgá-la totalmente procedente em obediência aos direitos públicos e constitucionais do ora paciente-requerente" (fl. 25);

b) "seja decretada a absolvição do paciente do artigo 35 quer porque não há comprovação do vínculo associativo, estável e duradouro voltada a prática do delito de tráfico de drogas, quer porque não se viu comprovar que concorreu, para a prática do delito de tráfico de substâncias entorpecentes" (fl. 25);

c) "seja decretada a absolvição do paciente quanto ao crime de tráfico de entorpecentes com fulcro no art. 386, inciso V e VII da Lei Penal Adjetiva, uma vez que jamais poderia ser responsabilizado objetivamente por entorpecente acondicionados em porta malas de carros abandonados próximo do local onde caminhava o paciente" (fls. 25/26);

d) "no mesmo sentido requer a absolvição pelo delito do art. 16, **caput**, por porte de munição que como citado anteriormente se encontravam em um envolto no porta malas dos carros abandonados ressaltando que o mesmo não pode ser responsabilizado objetivamente apenas por estar caminhando próximo de local em que os carros foram abandonados" (fl. 26); e

e) "após a análise minuciosa da documentação em anexo bem como de todo o exposto no presente **writ**, se ainda assim Vossa Excelência entender que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente tenha agido com dolo quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, que seja aplicada a correta dosimetria, bem como aplicado o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, em sua redução máxima, ou seja, dois terços da pena." (fl. 26).

A liminar foi indeferida (fls. 53/54) e as informações prestadas (fls. 63/95).

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, instada a se manifestar (fls. 100/101), opinou pela concessão da ordem.

Por fim, o Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 106/108), opinou pela prejudicialidade do presente **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.269 - SP (2012/0229116-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

De início, há que se reputar prejudicado o pleito absolutório, no que tange ao delito tipificado no art. 35, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, pois, como visto, o Tribunal **a quo** já absolveu o paciente da mencionada infração penal.

Em outro vértice, também não haveria como se conhecer dos demais pedidos de absolvição, pois, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, entenderam que está comprovada a materialidade delitiva e que existem elementos suficientes à determinação da autoria. Portanto, não se mostra possível modificar o que ficou estabelecido e absolver o paciente sem que se faça necessário um amplo e aprofundado reexame do acervo probatório, procedimento vedado na via estreita do **habeas corpus**, remédio constitucional caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

Realmente, "aferir a tipicidade do delito, para concluir pela absolvição do paciente ou pela desclassificação da conduta, demanda amplo revolvimento fático-probatório que não se coaduna com o angusto veio de conhecimento do writ" (HC nº 23.698/SC, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 25/11/2002).

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior:

A - CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUADRILHA ARMADA. CARÊNCIA DE PROVAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do **habeas corpus**.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não interpôs recurso especial, preferindo a utilização do writ em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. No termos da jurisprudência desta Corte, não há que se falar em bis in idem na consideração da reincidência quando da fixação da pena-base e para fins de vedação da causa de diminuição de pena, pois se tratam de efeitos diversos do instituto jurídico da reincidência, sopesados em etapas distintas da dosimetria da pena.

IV. No tocante à absolvição do réu em relação ao delito de quadrilha armada, tal análise exigiria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento e, por consectário, inviável em sede de habeas corpus.

V. Via do writ que não se presta para a apreciação de questões que não versem acerca da violação à liberdade ambulatorial do indivíduo, não sendo adequada à análise da alegação da inconstitucionalidade da pena de multa cominada ao paciente.

VI. Não deve ser conhecido o writ por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

VII. Ordem não conhecida, nos termos do voto do Relator. (HC nº 184.652/SP, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe de 17/8/2011.)

B - HABEAS CORPUS. PENAL. ESTELIONATO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE REEXAME EM SEDE DE HABEAS CORPUS.

1. Tendo o Tribunal local mantido a condenação do paciente após ampla análise do conjunto probatório amealhado aos autos, inviável a absolvição do paciente em sede de habeas corpus, porque necessário o revolvimento do contexto fático-probatório, o que é vedado na estreita via do writ.

2. Ordem não conhecida. Declarada, de ofício, a extinção da punibilidade do crime. (HC nº 180.446/PE, Relator o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, DJe de 31/8/2011.)

Na mesma linha, é uníssona a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO AMPARADA EM TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO. TESE DEFENSIVA DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O **Habeas Corpus** não é meio hábil; posto via estreita para reavaliação da prova, analisada com acuidade pela instância a quo.

2. Consoante destacado pela instância **a quo**, após ampla cognição fático-probatória acerca do delito perpetrado, o paciente e seu comparsa foram condenados pela prática de estupro e atentado violento ao pudor contra uma criança de apenas 1 (um) ano e 10 (dez) meses de idade, filha da companheira daquele.

3. Revela-se inequívoco que dissenter-se do acórdão do Tribunal Estadual e acolher a tese de insuficiência de provas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a condenação, impõe o reexame do conjunto fático probatório, vedado em sede de habeas corpus.

4. Como bem assinalou Parquet: "(...) Ressalta-se, inicialmente, que a condenação do paciente não decorreu unicamente da versão do corréu, mas sim do conjunto de provas carreadas aos autos, inclusive depoimentos de outras testemunhas. De qualquer sorte, o co-réu, embora parte, pode também ser testemunha do crime praticado por outro acusado (Ada Pelegrini Grinover e alii. As Nulidades no Processo Penal. 6ª ed. São Paulo, RT, 1997, p. 159). **Tal o quadro, a pretensão do impetrante exige ampla incursão na questão de fato, ultrapassando em muito os limites naturais do habeas corpus. Não é possível na via estreita do habeas corpus, proceder amplo reexame dos fatos e das provas para declarar se o caso é de absolvição ou não, sobretudo se as instâncias ordinárias, soberanas na análise fática dos autos, restaram convictas quanto à materialidade do crime e a certeza da autoria – análise acurada de todos os fatos, depoimentos e demais circunstâncias e provas que concluíram pela participação do paciente no crime.**"

5. *Ordem indeferida. (HC nº 102.926, Relator o Ministro LUIZ FUX, DJe-086 de 9/5/2011.)*

Melhor sorte não assiste ao impetrante/paciente quanto ao pleito de redimensionamento da sanção segregatória.

Como é cediço, o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Tribunal pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Ainda assim, passo à análise da dosimetria, apenas para aferir eventual existência de patente ilegalidade.

Dessa forma, transcrevo, inicialmente, o que disse o Juízo sentenciante (fls. 39/42):

Cem relação ao crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e as previstas no artigo 42 da Lei de Drogas, **em especial a grande quantidade de entorpecente apreendido, quase meia tonelada de maconha, há que se elevar a pena mínima cominada, em 1/6, resultante na fixação de uma pena de 05 (cinco) anos 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 dias multa, fixados no mínimo legal.**

Não há agravantes ou atenuantes da pena.

Esta presente a causa de aumento de pena prevista no artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

40, inciso V, da Lei 11343/06, referente ao tráfico interestadual de entorpecentes. Logo, elevo a pena acima em 1/6, resultando na fixação de uma pena de 06 (seis) anos 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 dias multa, fixados no mínimo legal.

Por fim, impossível o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. O agente que se associa objetivando o comércio de entorpecentes integra uma organização criminosa, uma vez que sem ela a associação não se implementa. Nesse sentido já decidiu o Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (cf. Apelação nº 70023298235, Rei. Des. Manuel José Martinez Lucas; Ap. nº 7002745473B, Rei. Des. José Antônio Cidade Pitrez).

Com relação ao crime de tráfico, fixo a pena acima como definitiva, não havendo circunstâncias modificadoras.

(...)

Com relação ao crime previsto no artigo 16 da Lei 10.826/03, tendo em vista que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao acusado, fixo a pena no mínimo legal de 03 (três) anos de reclusão e pagamento e 10 (dez) dias multa, fixados no mínimo legal.

Não há agravantes ou atenuantes da pena, tampouco causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas. **Assim, fixo a pena acima como definitiva em relação ao crime narrado.**

Tendo em vista que os crimes tráfico, associação ao tráfico e porte de munição ocorreram na forma do artigo 69, do Código Penal, as penas acima fixadas devem ser somadas, resultando na fixação de uma pena final de 12 (doze) anos 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 1390 dias multa, fixados no mínimo legal.

O regime inicial de cumprimento de pena será o inicial fechado, consoante o disposto no artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.

O Tribunal de Justiça estadual, por sua vez, consignou (fls. 93/94):

A pena-base do tráfico foi aplicada no mínimo legal e acrescida de 1/6 diante da quantidade de entorpecente apreendido. O aumento aplicado mostra-se adequado ao caso, posto que apenas a quantidade de entorpecente apreendida, isoladamente, não se mostra suficiente a fim de que o aumento da reprimenda se afaste do mínimo legal. Assim, a sanção inicial é mantida em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, piso.

Caracterizado o transporte interestadual da droga, nos termos do artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/06, a pena sofreu novo acréscimo de 1/6.

Assim, a reprimenda dos acusados, nos termos do artigo 33, "caput", c.c. artigo 40, inciso V, do Código Penal, atinge 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, piso.

8. A pena referente ao porte de arma fica mantida no patamar estabelecido na sentença, ou seja, 03 anos de reclusão a 10 dias-multa, piso, porquanto estabelecida no mínimo legal.

8.1. Diante do concurso material de delitos a pena para cada um dos réus resta definitiva em 09 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 690 dias-multa, piso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, inviável qualquer análise acerca do crime tipificado no art. 16 da Lei nº 10.826/2003, haja vista as instâncias ordinárias terem fixado a pena em seu patamar mínimo.

Em outra perspectiva, quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, não se mostra desarrazoada a pena aplicada, senão vejamos: a) na primeira fase, as instâncias ordinárias aumentaram em 1/6 (um sexto) a pena-base, devido à grande quantidade de droga apreendida – cerca de 471,810 kg (quatrocentos e setenta e um quilos e oitocentos e dez gramas) de maconha –, tudo em consonância com o que dispõe o art. 59 do Código Penal e o art. 42 da Lei nº 11.343/2006; b) em seguida, a pena-base transformou-se em intermediária, diante da ausência de agravantes e atenuantes; c) por fim, a pena intermediária foi acrescida de 1/6 (um sexto), ante a existência de uma causa de aumento, prevista no art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/2006 – tráfico de entorpecentes entre estados –, o que também não se mostra despropositado, haja vista sua aplicação no patamar mínimo.

Em última análise, quanto ao pleito de aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, verifico que o tema não foi submetido ao crivo da instância ordinária, haja vista ter sido declarada intempestiva a apelação da defesa, inviabilizando a análise das teses defensivas.

O certo é que, não tendo sido a matéria levada a conhecimento das instâncias anteriores, também não é possível a esta Corte Superior aferir eventual ilegalidade perpetrada, porquanto estar-se-ia atuando em patente afronta à competência constitucional reconhecida ao Superior Tribunal de Justiça, no art. 105 da Carta Magna.

A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO PENAL. PENA-BASE MAJORADA. PREPONDERÂNCIA DA VARIADA E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 NO GRAU MÁXIMO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. - Na individualização da sanção penal, o julgador no exercício da atividade discricionária, deve estabelecer, de forma fundamentada, e sempre pautado pelos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, o **quantum** da pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. - Nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, a natureza e quantidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. - A majoração da pena-base, pouco acima do mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão, se mostra razoável e justificada, levando-se em conta as penas, mínima e máxima, abstratamente cominadas para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes (5 e 15 anos) e a especial gravidade das circunstâncias que envolveram a infração penal, revelada na variada e expressiva quantidade de droga (0,8g de crack e 215g de maconha). - O pedido de aplicação no grau máximo da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi apreciado na decisão recorrida, o que impede seu conhecimento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (RHC 28.575/MA, Relatora a Ministra **MARILZA MAYNARD** (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), DJe 08/05/2013).

Ante o exposto, não conheço da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0229116-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 258.269 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 32011 32817 470120100031093

EM MESA

JULGADO: 25/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JULIARDE PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIARDE PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : ALLYSSON COELHO MACHADO
CORRÉU : ROBERTO BATISTA DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Aplicação da Pena

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."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.