



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.022 - MS (2011/0004093-1)

RELATORA : **MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ENI CLEYDE DE MENDONÇA SARTORI NOGUEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : EDSON NARVAI (PRESO)
ADVOGADA : TATIANA SIQUEIRA LEMOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO PENAL. PENA-BASE MAJORADA. PREPONDERÂNCIA DA GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. COMPROVADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS A DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DESCONSTITUIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. DELAÇÃO PREMIADA. RÉU QUE NÃO COLABOROU COM A IDENTIFICAÇÃO DOS DEMAIS ENVOLVIDOS NA PRÁTICA CRIMINOSA E COM A ELUCIDAÇÃO DOS FATOS. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990 DECLARADA PELO STF. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, 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. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– O *habeas corpus*, salvo manifesta ilegalidade, constitui meio impróprio para o reexame da dosimetria da pena fixada pelas instâncias ordinárias, pois não comporta a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos. Precedentes.

– A majoração da pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão não se mostra desarrazoada levando-se em conta a exacerbada culpabilidade do paciente e a especial gravidade das circunstâncias e conseqüências da infração penal, revelada na "gigantesca" quantidade de entorpecente encontrada, quase duas toneladas de maconha (118 tabletes, pesando 172,5 Kg), elemento que por si só já autorizaria o aumento conforme operado, nos exatos termos do art. 42 da Lei de Drogas.

– A aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no grau máximo foi afastada com base nas circunstâncias concretas do delito, que revelaram o profundo envolvimento do paciente com o comércio ilícito de entorpecentes. Para a desconstituição do que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*.

– Não faz jus o paciente à aplicação da delação premiada quando não propicia *"a identificação dos demais envolvidos, principalmente o fornecedor da expressiva quantidade de maconha"*, além de não colaborar com a elucidação do caso, modificando seu depoimento em juízo para isentar os demais réus da prática delitiva (art. 41 da Lei n. 11.343/2006).

– Declarada a inconstitucionalidade da norma que previa a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondo e os a ele equiparados pelo Pretório Excelso (HC 111.840/ES, em 27.6.2012), a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

– No caso, não obstante a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, a existência de circunstâncias judicial e legal desfavoráveis autorizam a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 59, II c/c o art. 33, § 3º do CP.

– É inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do art. 44 do CP.

Habeas Corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 14 de maio de 2013(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.022 - MS (2011/0004093-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ENI CLEYDE DE MENDONÇA SARTORI NOGUEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : EDSON NARVAI (PRESO)
ADVOGADA : TATIANA SIQUEIRA LEMOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de EDSON NARVAI, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que deu parcial provimento ao apelo defensivo (nº 2010.023625-9) a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em decorrência da incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mantido o regime fechado.

Eis o teor do julgado:

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - PRINCÍPIO DO IN DÚBIO PRO REO - PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA - CONFISSÕES E DELAÇÕES EXTRAJUDICIAIS CORROBORADAS POR CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS, LAUDOS PERICIAIS E DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS - REDUÇÃO DA PENA-BASE - IMPOSSIBILIDADE - ATENDIMENTO AO ART. 42 DA LEI N. 11343/06 - PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 41 DA LEI DE DROGAS - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS - APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06 - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS - TRÁFICO PRIVILEGIADO - CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - REGIME FECHADO MANTIDO - PARCIALMENTE PROVIDO.

Se o conjunto probatório deixa evidente que os agentes transportaram e ocultaram a droga, 172,5 Kg de maconha, com a finalidade de comercializá-la posteriormente, não há falar em absolvição.

Não há falar em redução da pena-base se o magistrado atendeu ao art. 42 da Lei n. 11.343/06 para fixá-la.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Incabível aplicar a benesse descrita no art. 41 da Lei 11343/06, se o agente não contribuiu voluntariamente com a investigação policial, já que foi preso em flagrante, em razão de denúncia anônima, nem contribuiu com o processo criminal, visto que apresentou versões diferentes, procurando ora se isentar da responsabilidade penal, ora isentar os corréus, em nada ajudando na elucidação da verdade real.

Verificado que os agentes preenchem os requisitos contidos no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06, pois inexistem provas que integravam uma organização criminosa, tanto que sequer foram condenados pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06, deve ser-lhes aplicada a causa de diminuição de pena.

A aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, devendo ser mantido o regime inicialmente fechado, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei n. 8072/90. (fl. 71).

Sustenta o impetrante a) falta de fundamentos e desproporcionalidade na exasperação da pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão; b) a necessidade de aplicação da redução da pena pelo benefício da deleção premiada uma vez que o paciente colaborou com a investigação criminal, identificando os coautores e possibilitando a recuperação do produto do crime, c) que o paciente faz jus a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo, dado que a única circunstâncias desfavorável na apreciação do art. 59 do CP foi a quantidade da droga apreendida.

Requer, ainda, como consequência lógica da redução da reprimenda, o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Informações prestadas.

A Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.022 - MS (2011/0004093-1)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este 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 no processo penal. Contudo, à luz de 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.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise das alegações trazidas na inicial dada a possibilidade de flagrante ilegalidade a ser sanada de ofício por esta Corte.

De início, cumpre ressaltar que, o julgador, no exercício da atividade discricionária de individualização da sanção penal, 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.

Por sua vez, consoante reiterada jurisprudência desta Corte, apenas nos casos de manifesta ilegalidade, em decorrência de ofensa direta aos critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal, a reprimenda fixada pelas instâncias ordinárias poderá ser revista na via do *habeas corpus*.

Quanto ao primeiro ponto - redução da pena-base por ausência de fundamentação e desproporcionalidade - verifico que não há como acolher as referidas alegações pois o juiz de piso trouxe razões suficientes para justificar o aumento da reprimenda inicial. O elevado grau de culpabilidade e a desfavorabilidade das circunstâncias e conseqüências do crime são elementos concretos a indicar a necessidade de maior reprovabilidade da conduta atribuída ao paciente. Eis os motivos apresentados na decisão de primeiro grau:

"... conquanto primário, atuou com significativo grau de culpabilidade, face à premeditação e ao longo iter que percorreu, revelador de sua persistência na prática do delito, em busca do lucro fácil. Na posse da referida quantidade de maconha, aliou-se aos demais e a escondeu, enterrando-a em local previamente escolhido, mantendo a substância sob sua disponibilidade por expressivo lapso temporal. Evidenciou preocupante propensão, tamanha a facilidade com que entregou-se à atividade tão nociva e arriscada. Figura, aliás, a exemplo de Volmir, como um dos mentores e articuladores da ilícita operação. Não pode passar despercebida, de outro lado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*a significativa quantidade de entorpecente apreendida, qual seja, **mais de cento e setenta e dois quilos (+ de 172 Kg) de maconha**, a ensejar, também por essa razão, à luz do art. 42 da atual Lei Antitóxicos, a elevação da pena-base, máxime considerando que delitos desse jaez têm sido responsáveis pela destruição de crianças, adolescentes e adultos, enfim, famílias inteiras, em números alarmantes, constituindo atualmente o flagelo da humanidade, notadamente na quantidade acima mencionada, devendo ser observado, inclusive, tratar-se de droga sabidamente comercializada e consumida em porções ínfimas, dimensionando, destarte, o universo de seus nefastos desdobramentos. Por tais razões, fixo a pena-base em sete (07) anos e seis (06) meses de reclusão e pagamento de setecentos e cinquenta (750) dias-multa (...)" (fl. 45).*

Não se pode deixar de considerar, ainda, como bem ponderado pelo Tribunal de origem, que a **natureza e quantidade de droga apreendida**, consoante previsto no art. 42 da Lei de Drogas deve preponderar também sobre as demais circunstâncias do art. 59 do CP.

Desse modo, não se mostra-se desarrazoado o aumento da pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, notadamente, considerando a "*gigantesca*" quantidade de entorpecentes, **quase duas toneladas de maconha**, e as penas, mínima e máximas, cominadas ao delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO COMETIDOS SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

*1. A elevação da pena-base encontra-se justificada diante da gravidade concreta das circunstâncias que envolveram a empreitada criminosa, evidenciada, entre outros fatores, pela exorbitante quantidade de droga apreendida - **quase 2 (duas) toneladas de maconha** -, que seria destinada ao tráfico interestadual.*

2. As características pessoais do paciente que, beneficiado com a progressão para o regime semiaberto, aproveitava os momentos que estava fora da penitenciária em que se encontrava cumprindo pena por idêntico delito - tráfico de entorpecentes - para comandar a quadrilha envolvida na prática dos crimes em comento, igualmente autorizam o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

3.. Existindo elementos concretos dos autos que apontam para a desfavorabilidade de algumas circunstâncias judiciais, não há o que se falar em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade a ser sanada através da via eleita na imposição da sanção básica acima do mínimo.

4. *A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via habeas corpus é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal, o que, como visto, não é o caso.*

5. *Ordem denegada.* (HC 231.412/MG, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 21/05/2012).

HABEAS CORPUS. PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A AUTORIA DELITIVA. MAJORANTE DO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06. FIXAÇÃO ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. *O Paciente foi condenado como incurso no crime de associação para o tráfico à pena de 04 anos de reclusão, e nas sanções do **crime de tráfico de drogas à pena de 08 anos de reclusão**, ambos em regime inicial fechado, porque participou do transporte interestadual de quase **uma tonelada de maconha, além de considerável quantidade de cocaína e haxixe.***

2. *Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis. E, como não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.*

3. *Se o réu nega a autoria delitiva, não há como reduzir a sanção por força da circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. Precedentes.*

4. *É dever do Magistrado sentenciante demonstrar, com fundamento nas peculiaridades do caso concreto, os motivos pelos quais fixou acima do mínimo o aumento de pena previsto no art. 40 da Lei n.º 11.343/06. A inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.*

5. *Habeas corpus parcialmente concedido para fixar em 1/6 (um sexto) o aumento da pena pela interestadualidade do crime de tráfico.* (HC 168.421/GO, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 10/5/2012).

Em relação a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a aplicação no grau máximo foi afastada em decorrência das circunstâncias peculiares do delito que demonstraram o profundo envolvimento do paciente e corréus com o comércio ilícito de entorpecentes. Ademais, esta Corte tem decidido que a natureza e quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga, *in casu* 118 tabletes de maconha, pesando 172,5 Kg, devem influir na aferição da aplicação da minorante prevista na Lei de Drogas.

A propósito transcrevo trecho da decisão impugnada:

"Inaplicável a redução prevista no art. 33, § 4º, do atual diploma Antitóxico, porque, mesmo que eventualmente, não podem ser ignorados os requintes de organização da operação que o acusado integrava, inevitável ao êxito almejado, dadas as circunstâncias e peculiaridades do caso. Não pode passar despercebido que a situação versa sobre quantidade superior a 172 kg de maconha, afigurando-se inverossímil pudesse ter sido tratada açodadamente, sem um mínimo de organização e planejamento, principalmente considerando o valor dessa mercadoria no mercado clandestino. Frente à complexidade da trama, é evidente que os componentes do grupo, ainda que eventualmente e restritos ao caso presente, somente poderiam lançar mão de pessoas com as quais mantivessem vínculo de confiança, desenvolvendo a ilicitude com cuidados e eliminação de riscos. E operação desse porte, com tamanha grandiosidade, não se elabora ou executa-se de um dia para outro, apressadamente, mas sim, organizada e cuidadosamente, através de pessoas ligadas por vínculo de confiança e comprometimento." (fl. 45).

Portanto, para a desconstituição do que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*. Precedentes.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A Paciente foi condenada como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 04 anos e 07 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por transportar 700 g de crack em transporte coletivo.

2. O Tribunal de Justiça a quo considerou que as circunstâncias do crime e a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida trouxeram maior reprovabilidade à conduta da agente. E o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. A aplicação da minorante no patamar mínimo foi, no caso, justificada na quantidade, variedade e natureza da droga. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória. Precedentes.

(...)

(HC 221.341/MS, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 6/3/2013).

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

(...)

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIMINUIÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES CAPTURADOS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do patamar de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, tendo em vista a diversidade e a quantidade das drogas apreendidas - aproximadamente 1,8 kg (um quilo e oitocentos gramas) de maconha, 742 porções de crack e cerca de 100 gramas de cocaína - bem como a natureza mais nociva das duas últimas substâncias mencionadas (cocaína e crack).

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. (HC 242.194/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 14/12/2012).

Não merece prosperar, do mesmo modo, o pedido de reconhecimento da delação premiada por ausência do preenchimento dos requisitos legais (art. 41 da Lei n. 11.343/2006). Além de não indicar quem seria o fornecedor da enorme quantidade de entorpecente apreendida, o que propiciaria, de fato, a identificação dos demais comparsas e da verdadeira estrutura criminosa, o paciente não colaborou com a instrução criminal, modificando sua versão apresentada na fase policial e tentando distorcer a verdade dos fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao isentar os demais corréus da prática delitiva (fl. 46).

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO VERSUS CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. EXPRESSÃO QUE ABRANGE TANTO O DOLO DIRETO QUANTO O EVENTUAL. DELAÇÃO PREMIADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO EFETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...)

4. Constatando-se que não houve efetiva colaboração do paciente com a investigação policial e o processo criminal, tampouco fornecimento de informações eficazes para a descoberta da trama delituosa, não há como reconhecer o benefício da delação premiada.

5. Ordem denegada. (HC 191.490/RJ, 6ª Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 9/10/2012).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO PELO ART. 12, C.C. O ART. 18, INCISO I, DA LEI N.º 6.368/76. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. VERBETE SUMULAR N.º 7 DESTESUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. AFERIÇÃO NO CASO CONCRETO. INAPLICABILIDADE DA LEI NOVA. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 18, INCISO I, DA LEI N.º 6.368/76. NÃO-OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DA INTERNACIONALIZAÇÃO. TRANSPORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA O EXTERIOR. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL.

(...)

9. O instituto da delação premiada incide quando o Réu, voluntariamente, colabora de maneira efetiva com a investigação e o processo criminal. Esse testemunho qualificado deve vir acompanhado da admissão de culpa e deve servir para a identificação dos demais coautores ou partícipes e na recuperação do produto do crime, o que não se verificou no caso dos autos.

(...)

13. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (REsp 1102736/SP, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 29/3/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao pleito de modificação do regime prisional, melhor sorte não assiste à defesa.

Declarada a inconstitucionalidade da norma que previa a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados pelo Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, a identificação do regime prisional para os referidos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. E, quando se tratar de crimes previstos na nova Lei de Drogas, deve-se atentar também para o disposto no art. 42 da referida norma.

Na hipótese dos autos, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não são todas favoráveis ao paciente. Acrescente-se, ainda, o fato da "gigantesca" quantidade de entorpecente apreendida.

Portanto, não obstante o *quantum* da pena tenha sido fixado em 5 (cinco) anos de reclusão, a existência de circunstâncias judicial e legal desfavoráveis autorizam a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 59, II c/c o art. 33, § 3º do CP.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU AO ATO DE INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, do CP. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO PARA COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO.

(...)

4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, portanto, reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição de regime fechado ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo Diploma Legal, ainda que se cuide de reprimenda inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

5. Ordem denegada. (HC 152.829/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 29/8/2012).

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. 2. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 3. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU PRESO CAUTELARMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. 4. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Caso em que o paciente - condenado à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, com circunstâncias judiciais desfavoráveis - teve a pena-base fixada acima do mínimo legal, estando, portanto, perfeitamente justificada a imposição do regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(...)

4. Habeas corpus denegado. (HC 242.401/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 31/08/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. EXIGÊNCIA DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

(...)

1. Reconhecida a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há o que se falar em constrangimento ilegal na imposição do regime fechado, pois é realmente o que se mostra mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado no caso concreto, consoante o disposto no art. 33, § 2.º, alínea a, e § 3.º, do Código Penal.

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIENTE JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PREJUDICIALIDADE.

1. Noticiado o superveniente julgamento do recurso de apelação, resta prejudicado o pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade.

2. Habeas corpus julgado parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem. (HC 229.609/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 20/6/2012).

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos porquanto ausente o preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do CP).

Pelo exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0004093-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 194.022 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100236259

2090052694

EM MESA

JULGADO: 14/05/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: ENI CLEYDE DE MENDONÇA SARTORI NOGUEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: EDSON NARVAI (PRESO)
ADVOGADA	: TATIANA SIQUEIRA LEMOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
CORRÉU	: SIDNEI DOS SANTOS CORREA
CORRÉU	: VOLMIR VALENTIN JAKUBOSKI

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

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 Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.