



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.421 - SP (2015/0235833-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : HENRIQUE FERNANDO MAIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE FERNANDO MAIA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTOS COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Ressalta-se que o exame das alegações de fragilidade das provas para a condenação quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, na medida em que demanda análise aprofundada do material cognitivo produzido nos autos, mostra-se inviável em *habeas corpus*. Precedentes.

3. O aumento na pena-base em 10 meses acima do mínimo legal, fundamentadamente, em razão da grande quantidade de entorpecente não se mostra desarrazoada já que em feita na proporção considerada pela jurisprudência como razoável (1/6), bem como devidamente fundamentada em elemento concreto, condizente com o entendimento desta Corte acerca do tema.

4. Tampouco se vislumbra qualquer excesso, no que diz respeito ao aumento, no patamar de 1/6, pela reincidência do paciente, porquanto em sintonia com o entendimento firmado por esta Corte.

5. É pacífico o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não caracteriza ofensa ao princípio do *non bis in idem* (HC 305.104/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016). Precedentes.

6. A quantidade, natureza e/ou variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Precedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.421 - SP (2015/0235833-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : HENRIQUE FERNANDO MAIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE FERNANDO MAIA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado de próprio punho por HENRIQUE FERNANDO MAIA contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, proferido em apelação, nos moldes da seguinte ementa:

APELAÇÃO. Tráfico de Entorpecentes. I. Preliminar de atipicidade da conduta (olheiro). Inadmissibilidade. Atuação na forma do artigo 29 do Código Penal, perfeitamente descrita na denúncia. 2. Precariedade probatória. Inexistência. Prova cabal da materialidade e da autoria. 3. Redução da pena, na forma do §4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, inviável, diante de reconhecida reincidência, da mesma forma afastando aplicação de benefícios. 4. Delito de natureza gravíssima, que justifica a fixação de regime prisional inicial fechado para início do cumprimento da pena. PRELIMINAR AFASTADA. RECURSO IMPROVIDO. (fl. 19e).

Sustenta o impetrante a existência de constrangimento ilegal, pelo que se pode depreender, tendo em vista a fragilidade das provas produzidas nos autos, bem como em face do aumento da pena em 1/6 aplicado à pena-base, bem como em virtude da reincidência.

Requer, nesse sentido, seja revista a condenação ou deferida sua liberdade (fl. 6).

A liminar foi indeferida à fl. 38.

Foram prestadas as informações às fls. 72/121.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 135/137 pelo não conhecimento do writ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.421 - SP (2015/0235833-3)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado pela prática de tráfico de entorpecentes às penas de 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, em regime fechado, o que foi mantido pelo Tribunal de origem quando do julgamento do recurso de apelação.

No acórdão atacado fez-se a valoração dos fatos por detalhado exame do conjunto probatório dos autos. Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos extraídos do acórdão impugnado, *in verbis*:

*Conforme descrito na inicial acusatória, na tarde de 5 de agosto de 2013, na Rua Jorge Ogushi nº 700, nesta Capital, o apelante, em conluio de desígnios com o adolescente Jonatas Gomes Paixão, foi abordado trazendo consigo e guardando, para entrega de terceiros, **91 (noventa e um) invólucros, tipo "supositório" de cocaína, pesando 71,8g; 184 (cento e oitenta e quatro) invólucros de "crack", pesando 68g e 48 (quarenta e oito) invólucros de maconha, pesando 73,4g**, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além da quantia, em dinheiro, de R\$.25,00.*

Policiais civis, após delação anônima dando conta de que no local estaria ocorrendo o nefasto comércio, para lá se dirigiram e localizando um indivíduo (posteriormente identificado como o apelante) questionaram-lhe onde poderiam obter drogas. Este apontou-lhes o adolescente Jonatas, que se encontrava próximo, e ao se aproximarem dele observaram quando acabava de negociar uma porção de entorpecente com Allan Campos Ávila, tendo verificado posteriormente tratar-se de cocaína. Então, abordaram o adolescente, com quem localizaram as drogas inicialmente referidas, momento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que Allan se colocou em fuga, usando uma motocicleta, sendo, entretanto perseguido e capturado. Incontinenti também abordaram o apelante pois, nas outras campanas, verificaram que trabalhava como "olheiro" para o tráfico.

Não há que se falar em atipicidade de conduta do apelante.

Conforme asseverou o MM. Juiz a quo na r. sentença, a nobre Promotora de Justiça ao descrever os fatos, fez consignar que o apelante agia de modo "previamente acordado" com o adolescente Jonatas Gomes Paixão. Assim, de acordo com o que preleciona o art. 29 do Código Penal, concorreu para a ocorrência do delito de tráfico de entorpecentes, orientando as pessoas que o procuravam a adquirir entorpecentes com o adolescente, avisando-o, ainda, quando da presença de policiais.

Ademais, esse expediente utilizado pelo apelante é comum, pois, em tese, isenta-o de pena, carregando a responsabilidade ao adolescente, que sofrerá medidas educacionais, de menor envergadura diante da reprimenda especificada para o delito de tráfico.

Afastada a questão, melhor sorte não lhe socorre quanto ao mérito.

Materialidade atestada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 22/24), laudo de constatação (fls. 27) e exame químico e toxicológico (fls. 49).

A autoria também é inconteste.

Os policiais civis Rogério de Oliveira Lemos, Paulo Jorge Batista e Reginaldo Custódio Jorge (fls. 4, 7, 9, 105/106 e 107/108) contaram como os fatos aconteceram, apontando o apelante como a pessoa que indicava aos possíveis compradores de entorpecente, o adolescente no interior da favela, bem como o avisava quando chegava uma viatura policial, o que puderam observar por cerca de meia hora em campana. Acrescentaram ter detido Allan Campos Avilla, pessoa que acabara de comprar uma porção de cocaína com Jonatas, e tentou fugir, ao vê-los, utilizando-se de uma motocicleta, sendo, no entanto, perseguido e detido pelo policial Rogério.

Nem se afirme que os depoimentos de policiais não podem ser considerados, pois os agentes da autoridade não são suspeitos ou impedidos de depor. Suas palavras valem pela firmeza, coerência e harmonia que revelam, atributos que se fizeram presentes no caso concreto.

Assim, embora as declarações prestadas pelo adolescente Jonatas Gomes Paixão (fls. 11) afirmando ser usuário, e que naquele dia havia começado a comercializar entorpecente, alegando conhecer o apelante porque sabia ser ele também usuário, bem como a explicação fornecida pelo apelante, em Juízo (fls. 102) negando o tráfico, dizendo que estava na casa de sua mãe quando ouviu um tiro e saiu, preocupado com os filhos que brincavam fora, quando abordado e levado pela polícia para o distrito, não tem como prevalecer.

Deste modo, diante da quantidade de entorpecente apreendida, individualmente embalada, em local conhecido por ser ponto de tráfico de entorpecentes, aliados aos coesos e harmônicos depoimentos prestados pelos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

policiais, fica autorizado o reconhecimento da autoria do delito de tráfico de entorpecentes ao apelante, na companhia do adolescente (fls. 20/22).

Quanto à pretensão, cumpre ressaltar que o exame das alegações de fragilidade das provas para a condenação quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, na medida em que demanda análise aprofundada do material cognitivo produzido nos autos, mostra-se inviável em *habeas corpus*.

A propósito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CONDENAÇÃO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA SENTENÇA. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUTORIA DELITIVA. ALEGADA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE REMÉDIO CONSTITUCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A alegada ausência de provas suficientes da autoria delitiva é questão que não pode ser dirimida em sede de habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal, providência vedada na via sumária eleita" (RHC 42.585/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 12/05/2014).

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. (1) CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE (3) DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CERTIDÃO DE CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR AO CRIME PRATICADO. IMPOSSIBILIDADE. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. Não havendo ilegalidade manifesta, é de não se conhecer do pedido.

2. Os pedidos de absolvição e desclassificação não podem ser analisados neste Sodalício, sob pena de indevido revolvimento fático-probatório, o que não é possível na estreita via do habeas corpus.

3. Não é possível, contudo, a consideração de condenação transitada em julgado correspondente a fato posterior ao crime dos autos para valorar negativamente os antecedentes do paciente. (Precedentes) 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, nos autos da ação penal n. 2009.09.1.021499-7, reduzir a pena privativa de liberdade para 1 (um)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ano de reclusão, além de modificar o regime inicial para o aberto, promovendo-se a substituição por duas restritivas de direitos, prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária, a serem individualizadas pelo Juízo das Execuções" (HC 211.194/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 19/09/2013).

Subsidiariamente, pugna o impetrante pela redução das reprimendas.

Como é consabido, via de regra não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nos casos de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

A teor do que consta do acórdão impugnado, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade.

In casu, foi a pena-base estabelecida 10 (dez) meses acima do mínimo legal, fundamentadamente, em razão da grande quantidade de entorpecente - *inúmeras porções de cocaína, crack e maconha* (fl. 10) - situação, esta, que não se mostra desarrazoada ou desproporcional já que em feita na proporção considerada razoável pela jurisprudência (1/6), bem como devidamente fundamentada em elemento concreto, condizente com o entendimento desta Corte acerca do tema.

Oportunamente, eis os seguintes precedentes:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. COTEJO ANALÍTICO. NECESSIDADE. PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

3. O aumento de 1 ano efetivado na primeira fase do cômputo da pena em decorrência, tão somente, da quantidade de drogas apreendidas - 4,210 kg de cocaína - não viola os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, a ensejar a intervenção desta Corte Superior de Justiça na discricionariedade vinculada das instâncias ordinárias para proceder a eventual majoração da reprimenda.

[...]

(REsp 1296807/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECRUDESCIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. EXORBITÂNCIA DO VALOR DO DIA-MULTA. TEMA NÃO ANALISADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

[...]

3. Não é possível mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa.

4. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, sendo assim, o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.

5. A manutenção da pena-base em 1 ano, 7 meses e 15 dias acima do mínimo legal, pelos maus antecedentes, não se mostra desproporcional e encontra respaldo na fundamentação exposta, mormente ao se considerar que o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 prevê, em abstrato, a pena de 5 a 15 anos de prisão.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 219.226/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016).

Tampouco se vislumbra qualquer excesso, no que diz respeito ao aumento, no patamar de 1/6 (um sexto), pela reincidência do paciente, porquanto em sintonia com o entendimento firmado por esta Corte.

Ainda, quanto à negativa de aplicação da minorante contida no § 4º da Lei 11.343/06, impende esclarecer que, para a aplicação do privilégio contido no § 4º da Lei 11.343/06, impõe-se ao agente a primariedade, ter bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas ou integrar organização criminosa. *In casu*, diante da reincidência do paciente o Tribunal de origem negou a aplicação da mencionada minorante ante o não preenchimento dos pressupostos legais acima expostos, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado.

Ressalte-se, oportunamente, que esta Corte Superior tem entendido que "a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem. (HC 305.104/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016). Ilustrativamente, eis o seguinte precedente:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. BIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A majoração da pena pelos maus antecedentes e o reconhecimento da reincidência, desde que com fundamento em condenações prévias e definitivas distintas, não caracteriza ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

2. **Há vedação legal expressa à concessão da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas aos condenados possuidores de maus antecedentes e reincidentes.**

3. **A valoração dos maus antecedentes na primeira etapa da dosimetria, como circunstância judicial desfavorável, e da reincidência na segunda fase não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.**

4. Recurso provido para reconhecer as violações legais apontadas e, conseqüentemente, tornar a reprimenda do recorrido definitiva em 6 anos e 5 meses de reclusão e 641 dias-multa.

(REsp 1280993/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016 - grifos).

Por fim, no que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se que na sentença, confirmada em 2ª Instância, foi fixado o regime prisional fechado com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

Por fim, diante da gravidade do crime cometido, da grande quantidade de droga, que evidencia o sério envolvimento do réu com o narcotráfico, que ele, com seu procedimento, atingiria número indeterminado de pessoas e, ainda a reincidência demonstrada, fixo o regime fechado para início de cumprimento da pena (fls. 12).

Como visto, o regime prisional mais gravoso imposto, no caso o fechado, foi mantido em razão da quantidade da droga apreendida em poder do acusado, situação que reflete o entendimento firmado pelo STJ, no sentido de que as circunstâncias quantidade, natureza e variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. (I) - TESE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. (II) - DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO AMPARA A PRETENSÃO RECURSAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 1º DO CP, E 40, I, DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. APELO ESPECIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. OFENSA AOS ARTS. 59 DO CP, E 42 DA LEI Nº 11.343/06. (I) - DOSIMETRIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. (II) - FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 2º, DO CP. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AO ART. 5º, XXXIX, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.

4. A jurisprudência deste STJ é pacífica no sentido de que não há violação ao artigo 59 do Código Penal, nem tampouco ao artigo 42 da Lei de Drogas, quando o aumento da pena-base está devidamente fundamentado na natureza e na grande quantidade da droga apreendida, posto que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida.

5. É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, ainda que o quantum da pena, em tese, autorize o semi-aberto, tendo em vista a natureza e a grande quantidade da substância entorpecente apreendida, estas não só impedem a fixação do regime menos gravoso, mas, antes de mais nada, recomendam o regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta.

6. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

7. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1386042/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014).

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 10,6 GRAMAS DE COCAÍNA. PENA FIXADA EM 5 (CINCO) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

03. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade não exceder a 8 (oito) anos, poderá ser estabelecido regime semiaberto para o seu cumprimento inicial desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e observadas a natureza (potencial de lesividade à saúde) e a quantidade das substâncias apreendidas (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. Habeas corpus não conhecido. Concessão, no entanto, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade (HC 321.935/MS, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015).

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0235833-3

HC 336.421 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00688336620138260050 20140000706107 610239 688336620138260050

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMAN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENRIQUE FERNANDO MAIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE FERNANDO MAIA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.