



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.345 - SP (2016/0154352-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS SANTOS FERREIRA
PACIENTE : ANTONIO CAVALCANTE DO NASCIMENTO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias ordinárias, com base nas circunstâncias do caso concreto, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas e possuíam envolvimento organização criminosa. Não há falar, pois em dupla valoração da mesma circunstância.

2. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes se dedicavam às atividades criminosas e possuíam envolvimento com o crime organizado, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final dos pacientes alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Tendo o tribunal a quo afirmado que o regime mais gravoso se justifica porque não se tratam os réus de pequenos e eventuais traficantes, tendo em vista variedade e a quantidade de drogas apreendidas, somada à quantia em dinheiro, produto da venda de diversas outras porções, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Habeas corpus não conhecido.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 02 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.345 - SP (2016/0154352-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS SANTOS FERREIRA
PACIENTE : ANTONIO CAVALCANTE DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCAS SANTOS FERREIRA e ANTONIO CAVALCANTE DO NASCIMENTO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0098643-52.2014.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados como incursos no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, c.c art. 29 do Código Penal, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 500 dias-multa. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...) Com base no artigo 68 do Código Penal, observando os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, a ausência de situação diversa de casos análogos envolvendo o tráfico de drogas, **fixam-se as penas básicas no patamar mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, as quais torno definitivas** pela ausência de incidência de circunstâncias modificadoras e de causas de aumento e de diminuição de pena. Anota-se que as atenuantes, em face da sua natureza jurídica, não se prestam a diminuir as penas abaixo do mínimo legal. A sanção é quantitativamente proporcional ao mal praticado pelo acusado e na necessidade de punição. Quando se pensar no tempo de prisão, mesmo sendo primário, deve ser pensado no universo de jovens que sequer chegarão aos trinta anos em face do comércio organizado de drogas, do qual o réu é um vendedor de ponta nas ruas. Fixam-se, cada dia multa, no valor mínimo unitário legal, diante da ausência de informações seguras sobre a capacidade econômica dos acusados. O crime é equiparado a hediondo e devido as suas conseqüências, coloca em risco a própria existência sadia da humanidade, demonstrando uma perversão de caráter intensa e uma periculosidade real. uma vez que o traficante vende a morte lenta e intensifica a miséria do ser humano. Segundo Mezger, citado pelo saudoso Desembargador José Frederico Marques, na sua obra denominada Tratado de Direito Penal. "... que a pena, como instrumento de prevenção, deve atuar social-pedagogicamente sobre a coletividade (prevenção geral) e deve proteger a coletividade ante o condenado e corrigir a este (prevenção especial)". O mesmo Desembargador José Frederico Marques, desenvolvendo o raciocínio de "prevenção especial", ensinava que "a pena influi sobre o delinqüente, sobretudo na fase executória do processo penal, pois a condenação atua.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

muitas vezes, sobre a consciência do réu fazendo-o medir o mal que praticou através das conseqüências de seu crime advindas ". Seguindo este raciocínio e com base nas lições do também saudoso Ministro Nélson Hungria, conclui-se que o sofrimento, que lhe é inerente, representa, incontestavelmente, do ponto de vista relativo, um meio de emenda e um instrumento de regeneração. O que é periculosidade? O criminologista italiano R. Gar o falo foi o primeiro que concebeu tal estado. Na década de 1880. sob o vocábulo "témpebilité" (temibilidade, atitude temerária), ele procurava explicar o sentido de uma palavra grega que quer dizer: capital acumulado. Com isso queria discernir num indivíduo sua capacidade criminal, ou seja: "a quantidade de mal que se pode esperar de uma perversidade constante e atuante". Tal capital ou capacidade produziria o crime. Em 1920, a definição foi retomada por Crispigni. que se referiu à "capacidade evidente em uma pessoa de cometer um crime" ou ainda à "probabilidade de alguém se tornar autor de um crime". Trata-se de um potencial aleatório que Loudet. em 1950, reintroduziu em sua própria definição: "O indivíduo em estado perigoso é aquele que, em dadas condições psicológicas, está sujeito a manifestar reações antissociais". Das formulações resulta que o estado perigoso seria predisposição às reações antissociais. Os réus, pelo que foi mencionado e em face de não demonstrarem atividade econômica lícita, com real risco de reincidência específica, iniciarão o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, o único compatível com a gravidade das suas condutas e da natureza do crime. Não é preciso que haja violência ou grave ameaça contra uma pessoa para um crime ser socialmente grave. Também, não se verifica a possibilidade do reconhecimento de nenhum benefício legal, em face da pena imposta e da própria natureza do crime praticado mormente a diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Federal nº 11.343/06, uma vez que o dispositivo é de aplicação para casos específicos em que o Juízo verifique uma ação isolada e sem qualquer relação com a atividade continuada e organizada do crime. **Anota-se que os acusados foram detidos em circunstâncias que evidenciam a sua ligação com o crime organizado, mesmo que em um estágio menos desenvolvido, uma vez que traficavam para terceiros mantendo em depósito quantidade e variedade de drogas com a finalidade de varejo, bem como em local fixo. Observa-se que um traficante que atua de forma isolada e independente não pode ficar em um ponto fixo, uma vez que corre o risco de ser morto pela concorrência criminosa. Logo, não se está diante de indivíduos isolados, mas de agentes integrados a algo maior e organizado**, representando o benefício, neste caso, em sendo dado, mero exercício de impunidade o que é contrário ao próprio espírito da lei. O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é previsto em lei especial, com sanções peculiares, não se aplicando a substituição da pena privativa de liberdade por multa ou medida restritiva de direitos, previstas na parte geral do Código Penal, as quais, inclusive, são inadequadas para punir e prevenir novas condutas análogas. Como se não bastasse, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é um dos mais graves, uma vez que alimenta a prática de outros ilícitos e está se tornando um delito contra a humanidade. Finalmente, a constitucionalidade da chamada Lei dos Crimes Hediondos está fundada no próprio artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, o que a plenária do Supremo Tribunal Federal tinha decidido anteriormente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo que as últimas decisões não modificam c/ entendimento deste Juízo, até porque não há súmula sobre o assunto e sequer súmula vinculante. Os acusados estão presos e em liberdade, com certeza, se sentirão tentados a fugir do distrito da culpa e evitar as conseqüências jurídicas dos seus atos, motivo pelo qual decreto a prisão preventiva deles nos termos do artigo 312 e s.s. do Código de Processo Penal. Não cabe a aplicação do disposto no artigo 387, parágrafo segundo do Código de Processo Penal no presente caso em face da pena aplicada e do tempo de prisão provisória até o momento. Ante o exposto, julgo PROCEDENTE, a ação penal para condenar ANTONIO CAVALCANTE DO NASCIMENTO, RG/SP nº 43.576.630, filho de Antonio do Nascimento e de Maria Vildenia Cavalcante Sales Pereira e LUCAS SANTOS FERREIRA, RG/SP nº 47.640.853, filhos de Ivonildo Ferreira e de Francisco dos Santos Ferreira, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, com início no regime fechado, sem direito a benefícios de anistia, graça e indulto, nos termos da Lei Federal nº 8.072/90, e 500 (quinhentos) dias multa, no seu valor mínimo unitário legal, como incursos nas sanções do artigo 33, "caput", da Lei Federal nº 11.343/06, c.c. artigo 29, "caput" do Código Penal. (...) (fls. 29/30) (grifou-se).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim fundamentado, no que interessa:

(...)

Quanto às penas, a sentença não merece reparo.

O MMº Juiz a quo. na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do CP, fixou a pena-base, para ambos os réus, no mínimo legal (05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal), porque nenhuma circunstância judicial é desfavorável a eles.

Na segunda fase, as penas foram mantidas sem alterações, uma vez que, mesmo sendo os réus menores de 21 anos na data dos fatos e tendo confessado a prática do delito, tais circunstâncias atenuantes não podem diminuir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal".

Já na terceira fase, deixou-se corretamente de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado "poderá" reduzir a pena fixada ao agente, de um sexto a dois terços, desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Todavia, no caso dos autos, **restou amplamente demonstrado que os réus se dedicavam à atividade criminosa, pois não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha variedade e quantidade de drogas (45 porções de cocaína, pesando 13,0g, e 11 porções de maconha, pesando 16,0g), somada à quantia em dinheiro, produto da venda de diversas outras porções, o que afasta definitivamente o reconhecimento de tal benefício.**

O regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, estabelecido na sentença, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito praticado, não apenas em razão da quantidade de penas aplicadas e da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, **por não se tratarem os réus de pequenos e eventuais traficantes, tendo em vista variedade e a quantidade de drogas apreendidas, somada à quantia em dinheiro, produto da venda de diversas outras porções, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado.**

No mais, ainda que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, por maioria, tenha deferido a ordem e declarado incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, portanto, o regime integral fechado para o cumprimento das penas dos crimes hediondos e assemelhado, posteriormente, houve por bem o Poder Legislativo editar a Lei nº 11.464/2007, para disciplina da Lei nº 8.072/90, estabelecendo, sim, a obrigatoriedade do regime fechado para os agentes dos crimes em comento, mas apenas para o início do desconto da pena privativa de liberdade.

A dinâmica da realidade fez com que, já em face do novo diploma legal, a Suprema Corte declarasse, incidenter tantum, também a inconstitucionalidade do artigo 2º, § Iº, da Lei nº 8.072/90, com o especial escopo de expungir a obrigatoriedade do regime fechado, ainda que para o limiar da execução penal.

Contudo, saliento que a declaração de inconstitucionalidade da norma que estabelece o regime inicial fechado aos agentes condenados por crimes hediondos e assemelhados, recentemente proclamada pela Suprema Corte, não tem reflexo sobre os casos em geral, mormente em se considerando que se deu no controle difuso, valendo apenas inter partes, enquanto não acionado o mecanismo previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Dessa forma, como não publicada ainda a correspondente resolução por parte do Senado Federal, pode-se afirmar que a norma infraconstitucional em questão ainda conserva a sua validade e eficácia, não tendo como se falar em inconstitucionalidade.

Observe, ainda, que, embora se possa saber que os apelantes permaneceram custodiados desde 28.10.2014, data do flagrante, não dispõe este Tribunal de informação segura sobre a existência de outras execuções criminais em nome dos réus, bem como sobre a satisfação dos demais requisitos para eventual "progressão" de regime.

Nessas circunstâncias, a aplicação do disposto no dispositivo legal invocado (artigo 387, §2º, do CPP) só é possível pelo Juízo da Execução, que dispõe de mais informações no tocante aos apelantes.

Da mesma forma, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Anote-se, a propósito, que, apesar do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos constante do § 4º do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos". constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, dando margem ao entendimento da possibilidade, em tese, de tal substituição no caso do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de entorpecentes, a questão deve ser analisada levando-se em consideração as circunstâncias de cada caso, não se podendo, portanto, cogitar da referida substituição quando existirem evidências de não se tratar de pequeno e eventual traficante, como no caso dos autos. Soma-se a isso a natureza lesiva de parte das drogas apreendidas (cocaína - causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis), a demonstrar a altíssima reprovabilidade da conduta dos acusados.

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, face a maior reprovabilidade da conduta e às negativas condutas sociais, impossível a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a decisão singular (fls. 36/39) (grifou-se).

No presente *mandamus*, alega a impetrante que os pacientes fazem jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Afirma que "a quantidade e espécie de drogas apreendidas não são critérios legais que permitem concluir que o agente estaria vinculado a atividades criminosas, ou mesmo integraria alguma organização criminosa" (fl. 5).

Assere que "a fim de evitar violação ao princípio do *ne bis in idem*, é vedado ao aplicador da norma também levar em consideração a quantidade e variedade de entorpecentes na terceira etapa da aplicação das penas" (fl. 5).

Defende, ademais, a necessidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, haja vista que a pena é inferior a 4 anos de reclusão, os pacientes são primários e as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis.

Invoca os enunciados n.º 718 e n.º 719 da súmula do Supremo Tribunal Federal, bem como o verbete n.º 440 da súmula desta Corte Superior de Justiça.

Sustenta, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, seja a pena definitiva reduzida ao máximo e seja fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos. Subsidiariamente, pretende seja fixado o regime inicial semiaberto.

A liminar foi indeferida às fls. 45/48.

Foram prestadas informações às fls. 54/70 e 72/98.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Hilda Marsiaj Pinto, pelo "não conhecimento do pedido e pela não configuração de hipótese de concessão da ordem de ofício" (fls. 101/107).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.345 - SP (2016/0154352-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias ordinárias, com base nas circunstâncias do caso concreto, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas e possuíam envolvimento organização criminosa. Não há falar, pois em dupla valoração da mesma circunstância.

2. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes se dedicavam às atividades criminosas e possuíam envolvimento com o crime organizado, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final dos pacientes alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Tendo o tribunal *a quo* afirmado que o regime mais gravoso se justifica porque **não se tratam os réus de pequenos e eventuais traficantes, tendo em vista variedade e a quantidade de drogas apreendidas, somada à quantia em dinheiro, produto da venda de diversas outras porções**, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

In casu, não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias ordinárias, com base nas circunstâncias do caso concreto, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas e possuíam envolvimento organização criminosa.

Não há falar, pois, em dupla valoração da mesma circunstância.

Com efeito, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que as instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, negaram a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entenderem que os pacientes se dedicavam às atividades criminosas e possuíam envolvimento com o crime organizado.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tais conclusões não podem ser revistas sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

(...)

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

(...)

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

(...)

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mais, cumpre salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta - 3 anos -, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na espécie, entretanto, não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final dos pacientes restou fixada em 5 anos de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA IMPOSTA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Mantida condenação em 5 (cinco) anos de reclusão, não há como acolher do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

(...)

(HC 253.002/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do artigo 33 do Código Penal.

(HC 297.406/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se, que o regime inicial fechado foi mantido pelo Tribunal estadual com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, bem como a quantia em dinheiro encontrada em poder dos pacientes.

Repita-se o que disse o Tribunal *a quo* quanto ao tema:

O regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, estabelecido na sentença, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da quantidade de penas aplicadas e da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, **por não se tratarem os réus de pequenos e eventuais traficantes, tendo em vista variedade e a quantidade de drogas apreendidas, somada à quantia em dinheiro, produto da venda de diversas outras porções, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado.**

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse diapasão, a Corte de origem entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias concretas dos autos demonstram que regime inicial mais brando não seria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Dessarte, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA ADEQUADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregação do réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Não há ilegalidade na decisão que nega ao recorrente o benefício do recurso em liberdade, quando persistem os requisitos da prisão cautelar anteriormente decretada, consubstanciada na necessidade de garantia da ordem pública, dada a concreta periculosidade do agente, surpreendido com elevada quantidade de cocaína - 2.064 g (dois mil e sessenta e quatro gramas) de cocaína -, quando tentava embarcar para Madrid/Espanha, no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP.

3. Fixada a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, a escolha do regime inicial fechado é a adequada, visto que desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, consoante disposto no artigo 33 e parágrafos, do Código Penal.

4. Recurso não provido.

(RHC 38.717/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE QUE OS PACIENTES NÃO POSSUEM MAUS ANTECEDENTES. NÃO JUNTADA AOS AUTOS DA FOLHA DE ANTECEDENTES INDICADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal da Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A parte Impetrante não fez prova constituída nos autos do presente writ de que os Pacientes não possuem maus antecedentes, deixando de juntar as folhas de antecedentes criminais às quais fez referência o magistrado sentenciante, o que inviabiliza a alegação de que houve impropriedade na valoração negativa dos maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

4. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No caso, a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, ante a presença de circunstância judicial desfavorável. Assim, considerando o quantum de pena estabelecido, incidem na espécie as regras previstas no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, de modo que é cabível o regime inicial fechado.

6. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 289.663/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0154352-6

HC 359.345 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00986435220148260050 20160000149948 20392014 986435220148260050

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CRISTINA SON
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCAS SANTOS FERREIRA
PACIENTE	: ANTONIO CAVALCANTE DO NASCIMENTO

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

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 do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.