



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.251 - SP (2016/0172425-5)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO PICCHI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADAILTON DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, inviável o seu conhecimento.

2. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 153 pinos de cocaína, 144 pedras de crack e 33 porções de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. 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. 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 361.251 - SP (2016/0172425-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO PICCHI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADAILTON DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ADAILTON DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 2200494-22.2015.8.26.0000).

Consta dos autos que, em primeira instância, o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, além de multa e absolvido da imputação do delito do art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (Processo n.º 0065856-04.2013.8.26.0050 da 13ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP) (fls. 36/41).

O Tribunal de origem negou provimento à apelação da defesa e deu provimento ao recurso do Ministério Público para modificar a pena do paciente para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de multa, em regime fechado (fls. 54/60).

Nesta Corte, por meio do HC n.º 321.624/SP, da minha Relatoria, foi concedida ordem para que o Juízo de Execuções reavaliasse a imposição do regime prisional, estando o acórdão assim sumariado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO*. JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e diversidade das drogas apreendidas - 144 pedras de crack, 153 pinos de cocaína e 33 porções de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 alcançado 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a fundamentação referente à hediondez do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Em atendimento ao mencionado *decisum*, o Juízo de Execuções (Processo n.º 1.077.823), estabeleceu o regime fechado, de cuja decisão de extraem os seguintes excertos (fls. 134/136):

(...)

Em tema de drogas desnecessárias linhas e linhas (até porque infelizmente não somos dotados de veia poética) sobre seus malefícios individuais, familiares e sociais.

A conduta do traficante - pouco importa o resultado (grande ou pequeno traficante) - é e tem uma enorme carga de desvalor moral.

Conceder o regime menos rigoroso ou até mesmo pena alternativa para traficante de drogas (não importa se pequeno ou grande) é pura e simplesmente retirar a reprovação moral da conduta.

Se para o pequeno tráfico há somente a possibilidade de pena de prisão é porque tal conduta (tráfico de entorpecente) ataca tão gravemente a sociedade (alta reprovação moral) que somente esta pena é admitida.

(...)

Assim, tendo em vista a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos não cabe outro regime prisional senão o fechado, bem como não se recomenda a substituição das sanções por penas substitutivas à prisão.

Posto isso, fixo o regime inicial fechado para o início do cumprimento das penas pelos fundamentos expostos, sob pena de frustrar a aplicação da pena, gerar sensação de impunidade e, por consequência, incentivar a prática delituosa.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ* perante Tribunal *a quo*, que, por sua vez, não conheceu da impetração, sob o argumento de que haveria recurso específico para a hipótese.

Veio, então, perante esta Corte Superior, através do HC n.º 349.445/SP, distribuído à minha Relatoria, no qual se pretendeu a fixação do regime semiaberto. O *writ*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não conhecido, mas foi concedida ordem, de ofício, para determinar, o retorno da impetração ao Tribunal de segunda instância para que este examinasse o mérito do *habeas corpus* originário, decidindo como entendesse de direito. O aresto recebeu a seguinte ementa:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. *HABEAS CORPUS* ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM POR SUPOSTA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. QUESTÃO DE DIREITO QUE INDEPENDE DA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem não conheceu da impetração originária - versando sobre a legalidade na imposição do regime inicial fechado-, por suposta inapropriação da via eleita. Não tendo havido o esgotamento da matéria pelas instâncias de origem, inviável a apreciação por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de supressão de instância.

3. Tratando-se de matéria exclusivamente de direito, não demandando revolvimento fático-probatório, inexistente óbice à análise do pedido formulado no *habeas corpus* originário, ainda que de ofício, nos termos do art. 654, §2º, do CPP. Precedentes.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar, o retorno da impetração ao Tribunal de 2º Grau para que este examine o mérito do *Habeas Corpus* originário, decidindo como entender de direito, mormente quanto à possibilidade de concessão da ordem, de ofício.

A Corte bandeirante, em obediência à determinação deste Superior Tribunal, julgou o mérito do HC n.º 2200494-22.2015.8.26.0000, nestes termos:

O Juiz de Direito tachado de coator, usando de prudência e de bom senso, em decisão adequadamente fundamentada, estabeleceu o regime inicial fechado ao paciente, pois entendeu que "Conceder o regime menos gravoso ou até mesmo pena alternativa para traficante de drogas (não importa se pequeno ou grande), é pura e simplesmente retirar a reprovação moral da conduta. Se para o pequeno tráfico há somente a possibilidade de pena de prisão é porque tal conduta (tráfico de entorpecentes) ataca tão gravemente à sociedade (alta reprovação moral), que somente esta pena é admitida. (...)".

Assim, tendo em vista a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos não cabe outro regime prisional senão o fechado, bem como não se recomenda a substituição das sanções por penas substitutivas à prisão" (fls. 171/172).

E, realmente, o regime prisional para o início do desconto da pena corporal não poderia ser outro senão o fechado, levando-se em conta as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do crime cometido, além da má conduta social de ADAILTON, que ajudava a movimentar a máquina criminosa ligada ao tráfico ilegal de drogas, coisa que revela a periculosidade e a ousadia do paciente.

A propósito, tenho que o Juiz pode e deve impor ao traficante pena e regime de cumprimento rigorosos, porque tão ou mais importantes do que os interesses individuais estão os interesses da sociedade, que se vê cada dia mais fragilizada pela disseminação do uso substâncias tóxicas ilícitas, as quais corroem não só a saúde, mas também a dignidade e o caráter dos usuários, além de desassossegarem todas as pessoas que os cercam.

Nestas condições, DENEGO a ordem.

Daí esta nova impetração, sustentando a impetrante ausência de fundamentação do *decisum*, a uma, porque se utilizou da gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes, contrariando as Súmulas 718 e 719/STF e 440/STJ; e, a duas, porque não levou em conta o fato de que o paciente tinha sido beneficiado com o redutor do art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006, o que afastaria o regime mais gravoso mesmo diante da quantidade de drogas.

Aduz, nesse particular, que a quantidade e a variedade de drogas foram utilizadas para o fim de impedir a redução máxima da pena mencionada no dispositivo acima, motivo pelo qual não poderiam ser novamente sopesadas para a fixação do regime prisional, sob pena de *bis in idem*.

Requer, liminarmente e no mérito, tendo em vista a primariedade do réu e o *quantum* da pena, seja determinada a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, b, do Código Penal.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 166-170.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 180-184, da lavra do Subprocurador-Geral da República Mário Pimentel Albuquerque, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.251 - SP (2016/0172425-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, inviável o seu conhecimento.

2. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 153 pinos de cocaína, 144 pedras de *crack* e 33 porções de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, *ab initio*, 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.

Cumpre salientar que 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 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 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, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na espécie, verifica-se, que o regime inicial fechado foi fixado com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes encontradas em poder do paciente - 153 pinos de cocaína, 144 pedras de *crack* e 33 porções de maconha (fl. 58).

Colhe-se do aresto impugnado:

O Juiz de Direito tachado de coator, usando de prudência e de bom senso, em decisão adequadamente fundamentada, estabeleceu o regime inicial fechado ao paciente, pois entendeu que "Conceder o regime menos gravoso ou até mesmo pena alternativa para traficante de drogas (não importa se pequeno ou grande), é pura e simplesmente retirar a reprovação moral da conduta. Se para o pequeno tráfico há somente a possibilidade de pena de prisão é porque tal conduta (tráfico de entorpecentes) ataca tão gravemente à sociedade (alta reprovação moral), que somente esta pena é admitida. (...) Assim, **tendo em vista a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos não cabe outro regime prisional senão o fechado**, bem como não se recomenda a substituição das sanções por penas substitutivas à prisão" (fls. 171/172).

E, realmente, o regime prisional para o início do desconto da pena corporal não poderia ser outro senão o fechado, levando-se em conta as **circunstâncias do crime** cometido, além da má conduta social de ADAILTON, que ajudava a movimentar a máquina criminoso ligada ao tráfico ilegal de drogas, coisa que revela a periculosidade e a ousadia do paciente. (fl. 161).

Nesse diapasão, a Corte de origem entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto a variedade e a quantidade das drogas apreendidas demonstram (*crack*, cocaína e maconha) que regime inicial mais brando não seria 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Por fim, impende consignar que não há falar em *bis in idem* - diante da utilização do mesmo fundamento para obstar a redução da pena na fração máxima (§ 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06), bem como para justificar o regime inicial fechado -, eis que o próprio teor do Código Penal exige que o regime seja fixado com base nos argumentos alinhavados para dosar a pena, em atenção as particularidades fáticas do caso concreto.

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: 2016/0172425-5

HC 361.251 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00658560420138260050 1077823 20160000349516 22004942220158260000
658560420138260050

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 : GUSTAVO PICCHI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADAILTON DOS SANTOS

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

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.