



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 345.362 - SP (2015/0316072-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GUSTAVO DE FALCHI E OUTRO
ADVOGADO : GUSTAVO DE FALCHI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO DE NOGUEIRA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *writ*.

– Mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de pena de 5 anos e 10 meses de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

– O regime fechado, mais gravoso do que a pena de 5 anos e 10 meses comporta, foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base em fundamentação específica, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas, as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quais, inclusive, fundamentaram o afastamento da pena-base do mínimo legal, circunstância que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 345.362 - SP (2015/0316072-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GUSTAVO DE FALCHI E OUTRO
ADVOGADO : GUSTAVO DE FALCHI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO DE NOGUEIRA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO DE NOGUEIRA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000441-89.2014.8.26.0066).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, por incurso nas sanções dos arts. 33, *caput*, e 34, da Lei 11.343/2006, incidente a majorante prevista no art. 40, inciso III, do mesmo estatuto (e-STJ fls. 28/45).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte local, o qual foi parcialmente provido para absolver o paciente da prática do delito previsto no art. 34 da Lei 11.343/2006, mantida a pena aplicada ao delito remanescente em 5 anos e 10 meses de reclusão e multa, além do regime inicial fechado (e-STJ fls. 13/27), em acórdão assim ementado:

Apelação. Artigos 33, caput, e artigo 34, c.c. o artigo 40, inciso III, todos da Lei nº 11.343/06. Absolvição por insuficiência de provas em relação ao delito de tráfico. Inocorrência. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação dos réus nos moldes em que proferida. Pretensão de absorção do crime previsto no artigo 34, da Lei de Drogas, pelo delito tipificado no artigo 33, caput, do mesmo diploma legal. Acolhimento. Princípio da consunção. Pedidos de aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, no seu grau máximo, afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, fixação de regime prisional menos gravoso e concessão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos benefícios da Justiça Gratuita. Impossibilidade. Regime prisional bem fixado e que não comporta alteração. Não cabimento da substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos. Direito de recorrer em liberdade prejudicado. Apelos defensivos parcialmente providos, com absolvição dos réus quanto ao delito do artigo 34, da Lei nº 11.343/06, mantida, no mais, a r. sentença monocrática.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/12), os impetrantes sustentam que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois o Tribunal *a quo* manteve sentença que negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ao fundamento de que estão presentes, na hipótese, todos os requisitos autorizadores; e fixou o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito. Além disso, defende ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, fixado regime mais brando, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls 59/61).

Informações prestadas às e-STJ fls. 69/92 e 93/98.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 104/113).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 345.362 - SP (2015/0316072-0)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora os impetrantes não tenham adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A sentença, após as considerações acerca da materialidade e autoria do delito de tráfico de entorpecentes, fixou a pena do ora paciente nos seguintes moldes (e-STJ fls. 40/41):

Sopesados os critérios estabelecidos nos arts. 59 e 60 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal e o art. 42 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena-base majorada em 1/6 pela diversidade (maconha e cocaína) e natureza de uma das substâncias traficadas.

O réu utilizou-se de cocaína no comércio de entorpecente, substância que apresenta maior lesividade à estrutura físico orgânica e com maior e mais rápido grau de dependência.

A atenuante atinente à menoridade penal do acusado e da confissão permitem o retorno da pena ao patamar mínimo.

A causa de aumento de pena em virtude de o delito ter sido cometido nas proximidades de estabelecimento de ensino permite nova exasperação da pena em 1/6.

Assim, a pena é fixada em 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa.

Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33. Inicialmente pontuo que esta não é de aplicação automática ou obrigatória. É facultativa e deve ser analisada ao prudente critério do Juiz, em situação excepcional. Com efeito, o tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinquentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo. Assim, a experiência traz como raríssima a hipótese do traficante agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz e posteriormente vende o entorpecente produzido. Em verdade, a grande maioria traz o traficante integrado a uma célula criminosa, numa cadeia necessária a consecução do objetivo comum, a disseminação da droga. Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico. Por fim, de se ponderar ainda que no caso vertente o acusado ainda tem passagem anterior por tráfico anterior, meses antes quando era adolescente, além das informações dos policiais militares e civis que trouxeram estar ele no exercício da mercancia ilícita de drogas. Por conseguinte, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33. §4º, da Lei nº 11.343/06.

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, manteve a condenação pelo art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, quanto à dosimetria, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que (e-STJ fls. 23/26):

Na primeira fase do cálculo, atendendo as diretrizes do artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, verifica-se que a MMª. Juíza sentenciante fixou as penas básicas, quanto ao crime de tráfico de drogas, na fração de 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias- multa, no piso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, fundamentada a exasperação pela preponderância da natureza, variedade e quantidade de drogas apreendidas em poder dos acusados, o que não merece alteração.

Com efeito, o artigo 42 da Lei de Drogas dispõe que, quando da fixação das penas, o Juiz deve dar prevalência à natureza e à quantidade da substância apreendida (circunstâncias objetivas); em seguida, à personalidade e conduta social do agente (circunstâncias subjetivas). Tais circunstâncias objetivas se sobrepõem às demais preconizadas no artigo 59 do Código Penal, por serem mais nocivas e acarretarem maior dano à saúde pública.

Assim, no caso em tela, considerando tratar-se de tráfico de certa quantidade de “cocaína”, além da “maconha”, entendo que o delito representa maior perigo à saúde pública, e, portanto, recomenda a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. Dessa forma, a despeito da argumentação defensiva, mantenho o aumento da pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, fração que reputo razoável e condizente com o princípio da suficiência da resposta penal.

Na segunda fase, tendo em vista a presença da circunstância atenuante da menoridade relativa (para ambos os acusados) e da atenuante da confissão espontânea (somente para Leandro), as penas para o delito de tráfico retroagiram, corretamente, para o mínimo legal. Portanto, neste ponto, não conheço do apelo da digna defesa do corréu Leandro, uma vez que não há interesse recursal.

Na etapa derradeira, em que pese as irresignações dos cultos patronos dos réus, entendo, com a devida vênia, que a majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, tem caráter objetivo, bastando para sua incidência que o tráfico seja realizado nas proximidades dos locais ou estabelecimentos protegidos pela norma. E, no presente caso, o relatório de investigação e croqui (fls. 70/71) demonstram que o delito foi praticado nas imediações de dois estabelecimentos de ensino (escola Olga Abi Rachid Moraes (quarenta metros) e escola Fausto Lex (cem metros), bem como de uma praça de skate (cento e quarenta metros) e do projeto social Circo Escola (oitenta metros), incidindo, pois, a aludida causa de aumento. Assim, as penas ficaram estabelecidas definitivamente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso legal.

Na última etapa do cálculo, andou bem a nobre Magistrada de primeiro grau ao deixar de reduzir as penas dos acusados com base no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, porquanto as circunstâncias do caso em comento, máxime a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas, constituem indícios sérios de envolvimento com a criminalidade. De fato, a benesse em questão tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de “primeira viagem”, e não aqueles que estão inseridos em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso dos acusados, sendo, inclusive, já conhecidos do meio policial, e surpreendidos com “maconha” e “cocaína”, esta última a droga de maior incidência, atualmente, sendo causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis, não sendo razoável pensar que alguém que esteja se iniciando nesse hediondo majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, tem caráter objetivo, bastando para sua incidência que o tráfico seja realizado nas proximidades dos locais ou estabelecimentos protegidos pela norma. E, no presente caso, o relatório de investigação e croqui (fls. 70/71) demonstram que o delito foi praticado nas imediações de dois estabelecimentos de ensino (escola Olga Abi Rachid Moraes (quarenta metros) e escola Fausto Lex (cem metros), bem como de uma praça de skate (cento e quarenta metros) e do projeto social Circo Escola (oitenta metros), incidindo, pois, a aludida causa de aumento. Assim, as penas ficaram estabelecidas definitivamente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso legal.

Na última etapa do cálculo, andou bem a nobre Magistrada de primeiro grau ao deixar de reduzir as penas dos acusados com base no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, porquanto as circunstâncias do caso em comento, máxime a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas, constituem indícios sérios de envolvimento com a criminalidade. De fato, a benesse em questão tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de “primeira viagem”, e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso dos acusados, sendo, inclusive, já conhecidos do meio policial, e surpreendidos com “maconha” e “cocaína”, esta última a droga de maior incidência, atualmente, sendo causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis, não sendo razoável pensar que alguém que esteja se iniciando nesse hediondo

Pela leitura dos excertos retromencionados, constata-se que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado com base na quantidade e na nocividade das drogas apreendidas, as quais indicam que o paciente dedica-se a atividades criminosas. De fato, infere-se dos autos que, com o acusado, foram apreendidos 70 eppendorfs de cocaína e 1 invólucro plástico com maconha, quantidade e nocividade que aliadas às circunstâncias em que o delito foi praticado evidenciam a dedicação à atividade criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre a possibilidade de a quantidade da droga apreendida embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, destaco:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.

(...)

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NÃO APLICADA (§ 4º). QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTO INIDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA SUPERIOR A 4 ANOS POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade e variedade de droga apreendida. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando. (HC 242.216/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador convocado do TJ/SP – Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 12/11/2015) – (grifei).

Por oportuno, embora não suscitado pela defesa, destaque-se que a quantidade e nocividade da droga apreendida, apesar de utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foram usadas para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado, por indicar a dedicação do paciente à atividade criminosa, não inorando, assim, *bis in idem*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

(...)

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido *bis in idem* na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de *bis in idem*. Precedentes do STF.

8. *Writ não conhecido*. (HC 211.004/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015) - (grifei).

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente dedicava-se à atividade criminosa, o que afasta a figura do tráfico privilegiado, de modo que modificar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. *Ordem não conhecida*. (HC 316.802/SP, Rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015) – (grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime, observa-se que o acórdão recorrido manteve o regime fechado, com base na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 26):

Cumpre ponderar, ademais, que a gravidade do crime, informada pelas circunstâncias do fato, bem esclarecidas nos relatos dos policiais, recomenda a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, como resposta adequada à reprovação e prevenção da conduta praticada pelos réus (art. 33, § 3º, do Código Penal). Assim, tendo em vista as circunstâncias da prisão, a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, entendo que deve ser mantido o regime fechado para o início do desconto da pena corporal.

Observa-se que o regime fechado, mais gravoso do que a pena de 5 anos e 10 meses comporta, foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base em fundamentação específica, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o afastamento da pena-base do mínimo legal, circunstância que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006, no estabelecimento do regime de cumprimento de pena e justifica a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

3. No caso, a Corte estadual aplicou a minorante da Lei de Drogas, na fração de 1/3 (um terço), fixou o regime inicial fechado e não substituiu a pena corporal com fundamento na diversidade, natureza e quantidade das drogas apreendidas, 49 (quarenta e nove) invólucros de "crack"; 70 (setenta) porções de maconha e 299 (duzentos e noventa e nove) eperndorfs de cocaína, o que não se mostra desproporcional, portanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 332.409/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por este Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0316072-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 345362 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004418920148260066 20150000601199 4418920148260066

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUSTAVO DE FALCHI E OUTRO
ADVOGADO : GUSTAVO DE FALCHI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO DE NOGUEIRA SILVA (PRESO)
CORRÉU : LAIZ CONCEICAO LOPES

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.