HABEAS CORPUS Nº 488.839 - SP (2019/0007544-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	SANTIAGO PASQUETTE PERES
ADVOGADO	:	SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP0408136
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SERGIO LUIS THOMAZINI (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **SERGIO LUIS THOMAZINI**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 417 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial para, afastada a incidência do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, elevar a pena do paciente para 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa.

Neste *writ*, alega o impetrante que "a natureza e quantidade da droga apreendida não pode, isoladamente, constituir fundamento para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas." (e-STJ, fl. 7)

Afirma que "Aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em patamar máximo, ante as circunstâncias judiciais favoráveis, a situação dos autos autoriza a paciente a cumprir a pena em regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal." (e-STJ, fl. 11)

Argumenta que "Aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da referida Lei, em seu patamar máximo, a pena final restará abaixo de 4 (quatro) anos, o que permite seja a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos, haja visto que o paciente é primário e não foi comprovada qualquer utilização de violência ou grave ameaça para a prática do delito." (e-STJ, fl. 12)

Requer, assim, a aplicação da minorante, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Subsidiariamente, pede a fixação do regime inicial semiaberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 68-69).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 73-92 e 96-189).

O Ministério Público Federal opinou pelo não concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício (STJ, fls. 191-198).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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 de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao prover o apelo ministerial, afastou o redutor do tráfico privilegiado e fixou o regime inicial fechado sob os seguintes fundamentos:

> "Os réus foram condenados pela r. sentença, porque, segundo a inicial acusatória (fls. 1D/3D) no dia no dia 22 de maio de 2014, por volta das 00h, na rua 03-B, n. 249, bairro Cidade Nova, na cidade de Rio Claro, previamente conluiados e com unidade de propósitos, traziam consigo, para fins de traficância, um invólucro plástico contendo **5,11 gramas de maconha, e três invólucros plásticos de pasta de cocaína, pesando, aproximadamente**, **3,048 kg**, substâncias estas que determinam dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
> Ainda segundo a denúncia, na data em questão, policiais em patrulhamento de rotina passaram pelo local, que já era conhecido como ponto de comércio de drogas. **Avistaram Sérgio com uma mochila nas costas que correu para dentro do imóvel ao perceber a aproximação dos milicianos. A Polícia seguiu no seu encalço, abordando-o juntamente com Bruno, após os dois terem pulado o muro e se evadido para a residência vizinha. As pastas de cocaína e os utensílios para o tráfico estavam em poder de Sérgio.** Na mochila de Bruno, foi localizada a substancia parecida com cal. A maconha e a munição foram localizadas no interior da residência.
> A materialidade restou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 02/22), pelo boletim de ocorrência (fls. 23/26), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 27/29), pelo laudo de constatação (fls. 31/33), pelo laudo químico toxicológico (fls. 52/55) e demais provas carreadas nos autos.
> Em seu interrogatório policial (fls. 15/16), tomado na ocasião de sua prisão em flagrante, SERGIO LUIZ THOMAZINI negou os fatos contra si imputados, afirmando ter ido à casa do réu Bruno para devolver uma moto que havia tomado emprestada. Quando guardava a moto na garagem, viu um homem pulando o muro, na direção do quintal do vizinho. Disse ter ido atrás para ver o que ocorria, pulando também o muro, sendo detido por policiais militares. Informa ter sido encaminhado à viatura, lá sendo avisado do encontro de uma mochila achada, a qual continha cocaína e cuja propriedade teria sido atribuída erroneamente ao interrogando. Em juízo, sob contraditório, reiterou que naquele dia foi até o local, que seria a residência da namorada de BRUNO, com o objetivo de devolver-lhe uma moto que havia tomado emprestada. Afirmou que estava nos fundos do imóvel, quando viu BRUNO correndo e pedindo ajuda para pular o muro, o qual faz divisa com a casa vizinha. Em seguida viu os policiais na residência vizinha. Negou estar portando uma mochila, mas confirmou ter visto um saco contendo uma substância branca. Afirmou que não trazia qualquer ilícito consigo. (fls.120)
> BRUNO HENRIQUE KELADE, na fase policial (fls. 13) também negou a traficância, afirmando que estava na casa de sua ex- mulher, aguardando a chegada de Sérgio, o qual lhe devolveria uma moto que tomara emprestada. SÉRGIO chegou ao local com ADRIANA, sendo que avistaram um individuo pulando o muro. Ambos, Sérgio e o interrogando, seguiram o indivíduo, pulando o muro para o quintal vizinho, onde foram detidos pela Polícia Militar. Soube do encontro

de uma mochila com cocaína, cuja propriedade foi erroneamente atribuída ao interrogando e ao Sérgio. Negou terem sido encontradas drogas em sua residência, tampouco que se dedicava, juntamente com Sérgio, à mercancia de entorpecentes. Em juízo, ouvido sob crivo do contraditório, alterou sua versão, afirmando que detinha os entorpecentes, o que o fazia em virtude de possuir dívidas, sendo que receberia R$ 1.000,00 pela atividade de depósito. Disse que SÉRGIO nada tinha a ver com o entorpecente apreendido, estando no local somente para efetuar a devolução de sua moto. Disse que SÉRGIO correu quando da chegada da PM em virtude de tê-lo instado a fugir, a despeito deste não ter qualquer participação com a prática delitiva. (fls.121) Ouvido em juízo (fls. 122), FERNANDO WALDER, disse que na data dos fatos, por volta de 0h00, estava em sua casa quando policiais militares compareceram ao local. Afirmou ter franqueado a porta de sua casa aos policiais, sendo que os réus foram detidos no interior de sua residência.

A testemunha ADRIANA BIANCA DA SILVA, ouvida na delegacia e em juízo, afirmou que estava em sua casa, guardando seu carro na garagem quando policiais militares chegaram ao local, afirmando que possuíam denúncia de tráfico de entorpecentes ocorrendo em sua casa. Informa que os policiais passaram a revistar o imóvel, segundo soube, localizando no quarto de Claudionor uma porção de maconha e cartuchos de arma que pertenciam ao seu avô. Afirmou não ter visto seu ex-namorado Bruno na ocasião, sabendo em seguida que o mesmo havia sido preso no quintal, juntamente com Sérgio. Negou que Bruno estivesse no local para tratar com Sérgio, aduzindo que, também segundo ouviu, a droga localizada estava em uma outra casa vizinha, abandonada. Não presenciou a prisão de Sérgio ou de Bruno. (fls. 08 e fls. 143)

HENRIQUE DE OLIVEIRA, filho da testemunha Adriana, foi ouvido na delegacia (fls. 10), asseverando que estava em sua casa quando ouviu um barulho, saindo do seu quarto pela janela. Foi até a garagem, onde estava sua mãe e um policial, sendo que segurou o cachorro evitando que o animal atacasse o miliciano. Ato contínuo, foi levado ao quintal de casa pelos policiais, os quais passaram a revistar sua residência, localizando projéteis e uma porção de maconha no quarto de seu tio Claudionor. Soube da prisão de Sérgio e Bruno, não tendo presenciado os fatos ou possuindo qualquer informação sobre o envolvimento destes com entorpecentes.

A testemunha JULIA GABRIELY, afirmou que estava na casa com seu namorado Henrique quando este ouviu um barulho no quintal e saiu pela janela. Informa ter também saído, sendo abordada por um policial militar e levada até o quintal. Soube da revista efetuada na casa, do encontro de munições e de uma porção de maconha, além da prisão de Bruno e Sérgio. Desconhece qualquer envolvimento de ambos com entorpecentes. (fls. 08)

CLAUDIONOR NÉLIO DE OLIVEIRA, por sua vez, foi ouvido na delegacia conforme fls. 11 e afirmou que estava em casa quando policiais militares, por volta da meia noite, estiveram no local, à procura de drogas. Franqueou a porta aos policiais, os quais encontraram em seu quarto uma porção de maconha e três projéteis de calibre .32, os quais pertenciam ao seu avô falecido. Foi trazido para fora da casa, vindo a saber que o ex-namorado de sua mãe, Bruno, havia sido preso com um individuo desconhecido de prenome

Sérgio. Afirmou não ter presenciado a referida prisão, desconhecendo qualquer envolvimento de Bruno com drogas.

A testemunha DARIA BIANCA DE OLIVEIRA também afirmou que estava em casa quando policiais militares lá chegaram, retirando-a de seu quarto e passando a revistar o ambiente. Não presenciou a detenção de Bruno ou Sérgio. (fls.12)

TIAGO ALVES AFRANIO, ouvido sob contraditório em juízo (fls. 144), afirmou conhecer a mãe de SÉRGIO e ter dado uma carona para este na data dos fatos, deixando-o no endereço onde se deu a prisão. Asseverou que Sérgio não portava uma mochila, não tendo presenciado, contudo, a sua detenção. Também ouvida em juízo (fls. 145), ALEXANDRA FERREIRA DA SILVA afirmou ser amiga da esposa de SÉRGIO e que desconhece o envolvimento deste com entorpecentes. Não presenciou os fatos relativos à sua prisão.

O policial militar MARCOS WILLIAN BOTELHO GONDRAN, ouvido na fase policial na ocasião do flagrante (fls. 07/08) afirmou que na data dos fatos estava em serviço juntamente com seu colega de farda DANIEL GABRIEL TOMAZINI BUZZO, quando diligenciaram ao local, conhecido ponto de tráfico de drogas. Lá, visualizaram o réu Sérgio Luis Thomazini em frente da casa, com uma mochila nas costas. Ao notar a chegada da polícia, Sérgio correu, sendo seguido pelos policiais. No quintal de residência, Sérgio encontrou com Bruno, pulando o muro para a residência vizinha, tendo Bruno dispensado a mochila que possuía. Mantiveram-se no encalço dos dois indivíduos e, na casa da testemunha José Fernando Walder, localizaram Bruno e Sérgio escondidos no quintal. Sérgio, ainda estava com a sua mochila nas costas, na qual foram encontrados aproximadamente 3 quilos de cocaína, fita adesiva e rolo plástico para embrulho. Em poder de ambos os acusados, foram encontradas as quantias de R$ 17,00 e R$ 68,00. A sacola abandonada por Bruno continha substancia semelhante à cal. Afirmou que, momentos antes de seguir os acusados e pular o muro, havia avistado Adriana, Henrique, Daria, Claudionor e Julia reunidos no fundo do quintal da ca sa onde residem.

Realizaram busca no interior da residência, encontrando uma porção de maconha que Henrique afirmou ser destinada ao seu uso e, em outro quarto, localizaram três cartuchos intactos de calibre 32, os quais pertenceriam a Claudionor. Em juízo, sob o crivo do contraditório, ratificou as informações prestadas na sua integralidade. (fls. 142) Em um mesmo sentido termos o depoimento do policial DANIEL GABRIEL TOMAZINI BUZZO, ouvido na fase policial às fls. 4/5 .

A jurisprudência pátria tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente, quando como aqui, esteja coerente ao quadro probatório colacionado e não discrepe do produzido em sua essência. Nesse sentido, transcrevo decisão do STF emblemática desse entendimento jurisprudencial, onde em irrefutável decisão Excelso Pretório entendeu que:

[...]

Portanto, o testemunho de policiais merece fé até prova em contrário, desde que não se demonstre sua inidoneidade, propósito ou interesse em falsamente incriminar o réu. Assevera-se que no presente feito

não se vislumbra qualquer possibilidade de que os policiais mentiram ou inventaram a diligência para prejudicar de forma injusta o acusado, que inclusive era por eles desconhecido, como também não vislumbro contradições na versão por eles apresentada na fase policial e judicial.

Consta no relato policial, a tentativa de fuga do apelante SÉRGIO, o qual estava com uma mochila nas costas, que mais tarde constatou-se conter entorpecentes. Considerando não haver qualquer elemento que comprometa a idoneidade dos policiais, tenho que a negativa do apelante SÉRGIO se mostra isolada no conjunto probatório. No mesmo sentido, a confissão de BRUNO atesta quanto a sua participação no delito. C**onsiderando a quantidade de entorpecente localizada, as circunstâncias da apreensão, e, principalmente, o sólido relato dos policiais, considero que as diversas provas coligidas no presente processo apontam pela traficância praticada pelos apelantes, sendo assim, de rigor a condenação por tráfico de entorpecentes, nos termos do Artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, realizada corretamente pelo juízo "a quo".**

Confirmada a condenação verifico que a pena imposta merece ser reformada, somente com relação à terceira fase da dosimetria, nos termos do apontado pelo Ministério Público. Isto porque o juízo, após manter a pena no patamar mínimo nas duas primeiras fases, reconheceu a incidência da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, situação que reputo não ser aplicável ao caso.

De início, destaco que a referida causa de diminuição insculpida no § 4º, artigo 33 da Lei de Drogas é plenamente constitucional, tendo em vista que o dispositivo permite, na fixação do *quantum* condenatório, a observância aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, possibilitando a melhor individualização da pena do acusado que não faz do tráfico o seu meio de vida, além de preencher os demais requisitos. Sobre o assunto:

[...]

Isto posto, anoto que na jurisprudência dessa Colenda Câmara, a quantidade e qualidade dos entorpecentes é elemento que deve ser considerado na terceira fase da dosimetria, quando da aplicação da redutora. Nesse sentido:

[...]

Por consequência, **a análise da quantidade e qualidade dos entorpecentes pode, de acordo com as caraterísticas do caso concreto, ensejar o eventual afastamento da aludida causa de diminuição ou a sua aplicação patamar mais adequado.**

No caso vertente, considero que a respeitável sentença merece ser reformada nesse particular. Isto porque **foi realizada a apreensão de vultosa quantidade de cocaína, mais de 3 quilos, elemento indicativo de que ambos os apelantes se dedicavam às atividades criminosas.**

Nesse sentido, não cumpririam um dos requisitos para a obtenção da benesse, motivo pelo qual fixo a pena definitiva de ambos os apelantes em 5 (cinco) anos de reclusão e mais 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, o D. Magistrado da primeira instância fixou o regime inicial semiaberto, decisão que reputo também merecer reparo.

> Isto porque, pela pena imposta, e de acordo a letra fria da lei (art. 33, § 2º, c e § 3º do Código Penal), deveria o cumprimento dar-se em regime mais brando. No entanto, **como apontado pela D. Promotoria, o art. 59 "caput" do Código Penal e o art. 42 da lei 11343/06 não são inteiramente favoráveis, de modo que o delito em questão merece tratamento mais rígido, fator inclusive pugnado pela própria Carta Magna, e que promove a própria individualização da pena, também direito fundamental, não há outro regime a ser imposto, senão o fechado, particularidade na qual a sentença também fica reformada.**" (e-STJ, fls. 55-63; sem grifos no original)

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, a instância ordinária afastou a incidência da minorante por entender que a quantidade de entorpecentes apreendidos - **3,048 kg de cocaína** -, evidenciam sua habitualidade delitiva no comércio ilícito de drogas.

Desse modo, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o paciente se dedicava a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

> "[...]
> CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.
> 1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosa.
> 2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial

> de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.
> [...]
> 2. *Habeas corpus* não conhecido."
> (HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);
>
> *"HABEAS CORPUS.* TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
> [...]
> 3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus.*
> [...]
> *Habeas corpus* denegado."
> (HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

No tocante ao regime prisional, cumpre anotar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias

judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, estabelecida a pena definitiva em 5 anos de reclusão e considerando a quantidade das drogas apreendidas (**"3,048 kg de cocaína"**) - circunstância devidamente valorada na terceira etapa da dosimetria -, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito.

Nesse sentido:

> "PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
> [...]
> II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.
> III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.
> IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.
> *Habeas corpus* não conhecido."
> (HC 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017);
>
> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DE DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E PROCESSOS EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS JUSTIFICA FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS.

DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." No mesmo sentido são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada"; "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." No caso dos autos, apesar das circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, alínea "b", do CP), a quantidade de entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial fechado no caso em análise, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma. Inaplicáveis os enunciados n. 440 da Súmula do STJ e n. 718 e 719 da Súmula do STF.

4. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 383.435/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus.*
Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator