

HABEAS CORPUS Nº 537.225 - SP (2019/0296976-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITALO DE AQUINO SILVA (PRESO)
PACIENTE : LUCAS NOGUEIRA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ITALO DE AQUINO SILVA** e **LUCAS NOGUEIRA DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega a impetrante que, em relação ao paciente Lucas, deve haver a desclassificação para a conduta do art. 37 da Lei n. 11.343/2006, pois "O olheiro realiza exatamente a função de informante, de modo que sua condenação não pode se dar sobre o art. 33 da Lei 11.343/06, sob pena de violação à legalidade e ao princípio da culpabilidade." (e-STJ, fl. 8)

Sustenta que "há farta jurisprudência no sentido de que a conduta do 'informante' (olheiro, fogueteiro etc.) se amolda ao art. 37, da Lei 11.343/06, e não à conduta do art. 33, da Lei 11.343/06, merecendo reforma a r. sentença." (e-STJ, fl. 14)

Assevera que o paciente Ítalo faz jus à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Aduz que a quantidade de drogas apreendidas (17g de cocaína, 4g de crack, 47 porções de maconha e 05 comprimidos de ecstasy), "per si, não justificam concluir que o PACIENTE se dedicava a atividades criminosas, sendo evidente que não basta afirmar, genericamente, que certa quantidade permite presumir atividade estável e organizada ou que alguém se encontra inserido no comércio ilícito." (e-STJ, fl. 16)

Argumenta que "nada nos autos demonstrou qualquer especialização dos agentes, que atuavam de forma amadora, como a regra absoluta dos pequenos traficantes e para os quais se destina o redutor da lei de drogas." (e-STJ, fl. 21)

Alega que deve ser excluída a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que "No caso concreto, os policiais não se recordavam sequer se o estabelecimento de ensino se encontrava aberto e a testemunha DENIS ainda afirmou que se trata de creche para crianças pequenas, ou seja, não se trata sequer em tese de um público que poderia consumir os entorpecentes." (e-STJ, fl. 23)

Quanto ao paciente Ítalo, aponta que "O M.M. Juiz sentenciante fixou o

regime inicial fechado apesar de considerar favoráveis todas as circunstâncias judiciais." (e-STJ, fl. 24)

Em relação ao paciente Jefferson, aduz que "Ainda que reconhecida a reincidência, requer aplicação do regime inicial semiaberto, tendo em vista a pena aplicada." (e-STJ, fl. 31)

Requer, assim, seja desclassificada a conduta de Lucas para o crime do artigo 37, da Lei 11.343/06; a incidência da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 para Ítalo; a exclusão da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06; a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o paciente Ítalo e a fixação do regime inicial semiaberto para o paciente Lucas.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 58).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 64-75).

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 manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

Quanto à pretensão de desclassificação do delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 para o delito do art. 37 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de origem assim entendeu:

"Consta da denúncia que, no dia 07 de fevereiro de 2019, por volta de 12h30, na Rua Topázio, nº 59, Jardim Itapark, na cidade e comarca de Mauá, ÍTALO DE AQUINO SILVA e LUCAS NOGUEIRA DA SILVA, agindo em concurso de agentes e com unidade de desígnios, nas imediações de estabelecimento de ensino, tinham em depósito, traziam consigo e guardavam, para entrega a consumo de terceiros, **20 porções de cocaína, com massa líquida de 17g (dezessete gramas), 33 porções de cocaína na forma de crack, com massa líquida de 4g (quatro gramas), 47 porções de Cannabis Sativa L., droga popularmente conhecida por maconha, com massa líquida de 86,3g (oitenta e seis gramas e três decigramas) e 05 comprimidos de ecstasy**, drogas ilícitas que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, na data do evento, **os réus praticavam o tráfico de drogas no escadão da biqueira da laje, diante do estabelecimento de ensino Creche Osvaldo Alexandro**, sendo que guardavam e traziam consigo os entorpecentes supra descritos, destinados à comercialização.

Ocorre que **policiais civis receberam notícia sobre a ocorrência do tráfico de drogas no local dos fatos e para lá se deslocaram.**

O policial Douglas começou a subir a escadaria, passando-se por usuário, momento em que **LUCAS, atuando como olheiro**, determinou que ele levantasse a camisa e, após revistá-lo, autorizou a subida do policial, encaminhando-o a ÍTALO, que realizaria a venda da droga.

Os policiais, então, detiveram os réus e constataram a prática da traficância, pois, **na pochete portada por ÍTALO, encontraram as porções de drogas acima descritas, apreendendo ainda, dinheiro trocado, proveniente do comércio espúrio, e anotações da contabilidade do tráfico.**

A materialidade e autoria do delito restaram incontroversas tanto que, quanto a isto não se irressignaram os Apelantes.

[...]

No mais, **com relação a Lucas, não era mesmo caso de desclassificação da conduta para a prevista no art. 37, do Estatuto de Drogas.**

Em verdade, sua conduta não se confunde com a de informante, prevista no artigo 37, da Lei 11.343/06, certo que esta pune o informante que colabora com o tráfico, sem estabelecer qualquer ato material de auxílio ou liame associativo com os destinatários das informações.

A conduta de "olheiro", por sua vez, caracteriza a prática do tráfico, pois sua função é a de garantir a realização das práticas descritas no artigo 33, da legislação específica, concorrendo para que se concretizem.

[...]

Assim, a condenação de Lucas pela prática do tráfico de drogas era mesmo de rigor." (e-STJ, 39-40; sem grifos no original.)

Como se vê, o Tribunal de origem entendeu que, no caso, a conduta do paciente Lucas não se amolda ao disposto no art. 37 da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual o pedido de desclassificação demanda o exame aprofundado dos fatos, o que é inviável em *habeas corpus* (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1º/6/2017, DJe 7/6/2017; HC 377414/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017).

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, "para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

No tocante ao pedido de exclusão da causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de origem ressaltou que:

"A pretensão comum a ambos os Recorrentes, no sentido de que seja afastada a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, não se sustenta uma vez que restou inconteste que os fatos se deram em frente à EEI Creche Oswaldo Alexandro.

Com efeito, para a configuração da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, basta que a conduta seja praticada nas “dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos”, e não necessariamente tenha por objetivo atingir os frequentadores desses lugares.

No mesmo sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

[...].” (e-STJ, fls. 40-41)

Como se vê, o acórdão impugnado está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, segundo a qual a simples constatação de que o delito de tráfico está sendo praticado nas imediações de estabelecimento de ensino, “por si só, justifica a imposição da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, sendo prescindível a prova de que o acusado tinha como ‘público-alvo’ os frequentadores desses locais (HC 480.887/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 19/02/2019).

E, da Sexta Turma:

“[...] 4. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Na espécie, o paciente foi flagrado praticando condutas descritas no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 nas imediações de estabelecimento de ensino, restando plenamente justificada a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.”

(HC 407.487/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 15/12/2017).

Quanto ao pedido de incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, para o paciente Ítalo, cumpre anotar que a sentença condenatória encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

“Passo à fixação da pena. Atendendo aos ditames do art. 42 da Lei 11.343/06 e do art. 59 do Código Penal, a pena deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, ausente qualquer circunstância judicial desfavorável. Na segunda fase, diante da reincidência do réu Lucas, bem como de sua confissão, a pena permanece inalterada. Ressalte-se que a menoridade relativa do réu Ítalo, assim como sua confissão, não ensejam redução aquém do mínimo legal, conforme Súmula 231 do STJ. Por fim, **na terceira**

etapa da dosimetria a pena merece acréscimo de 1/6, em razão do delito ter sido cometido nas imediações de estabelecimento de ensino, atingindo-se 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Registre-se que não deve incidir, no caso concreto, a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Restou demonstrado que os réus guardavam elevada quantidade e variedade de entorpecentes, não possuíam ocupação lícita e praticavam o narcotráfico de forma organizada. Além disso, o réu Lucas é reincidente específico, a indicar um acentuado envolvimento no comércio de drogas, ou seja, a não ocasionalidade da conduta. Nesse sentido, decota-se trecho do acórdão da lavra do eminente Desembargador Laerte Marrone: "Cabe salientar que "a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas", para os fins a que alude o citado artigo de lei (STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia). Na realidade, a qualificação do agente como pessoa dedicada às atividades criminosas -situação que afasta a incidência da causa de diminuição de pena estampada no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06- pode vir assentada na prova indiciária, tal como esta se acha definida no artigo 239 do Código de Processo Penal, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado (artigo 155 do Código de Processo Penal), não se exigindo prova direta desta circunstância, sob pena de inviabilização da repressão penal a este tipo de delito, dada a dificuldade de se obter uma prova deste tipo (STF, HC nº 101.519, rel. Min. Luiz Fux). Consoante salientado pelo Ministro Luiz Fux, em passagem bastante elucidativa de seu voto, "os criminosos não circulam com uma 'carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas". Deveras, na interpretação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, há que se atentar para o elemento teleológico, na dicção do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (FRANCISCO AMARAL, Direito Civil, Introdução, Renovar, 5ª edição, pp. 88/89; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 2ª edição, pp. 430/431), vale dizer, no sentido de que o escopo da lei foi de beneficiar com uma sensível redução da pena aquele agente que pela primeira vez se lança no mundo criminoso, cuja conduta não representa um maior perigo para a coletividade, de sorte que a pena reduzida, ainda que considerada a gravidade do tráfico de entorpecentes, afigura-se suficiente para a ressocialização e reprove suficientemente o comportamento. Essa não é, decididamente, a situação do réu" (TJSP, Apelação nº 0069748-76.2017.8.26.0050 - SP). Dessa forma, torna-se definitiva a pena em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

[...]

Posto isso, PROCEDENTE o pedido formulado na ação penal para CONDENAR ÍTALO DE AQUINO SILVA e LUCAS NOGUEIRA DA SILVA, qualificados nos autos, a cumprir pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e a pagar

583 dias-multa, no patamar mínimo, por incursão no caput do art. 33 c.c. inciso III do art. 40, ambos da Lei nº 11.343/06." (e-STJ, fls. 52-53)

Por sua vez, acórdão recorrido encontra-se assim fundamentado:

"A hipótese, ainda, não ensejava mesmo a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois restou demonstrado que os réus se dedicavam à atividade mercantil, fato este impeditivo da aplicação do referido benefício.

Além disso, a quantidade e natureza da droga demonstram a má conduta dos Apelantes, exigindo-se, assim, atuação estatal mais severa, na tentativa de dissuadi-lo da prática de novos delitos." (e-STJ, fl. 44)

A teor do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Tem-se decidido também que a quantidade de droga e as demais circunstâncias do delito do CP devem servir de parâmetro para a definição do *quantum* de redução – de um sexto até dois terços – e para se constatar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes ou de sua participação em organização criminosa, a fim de obstar a incidência do referido benefício legal (AgRg no REsp 1.644.417/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 29/03/2017).

Na hipótese, o Tribunal de origem entendeu que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, não fazendo jus à minorante, notadamente, pela quantidade e natureza das drogas apreendidas (**17g de cocaína, 4g de crack, 86,3g de maconha e 05 comprimidos de ecstasy**), bem como pelo fato de que praticava o narcotráfico de forma organizada, tendo sido ressaltado que na pochete portada por ÍTALO os policiais "encontraram as porções de drogas acima descritas, apreendendo ainda, dinheiro trocado, proveniente do comércio espúrio, e anotações da contabilidade do tráfico." (e-STJ, fl. 40)

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).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, também, não assiste razão à defesa.

O juiz sentenciante estabeleceu o regime inicial fechado sob os seguintes fundamentos:

"Dessa forma, torna-se definitiva a pena em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa. A pena pecuniária foi fixada pelos mesmos critérios, e o valor de cada dia-multa foi estabelecido no

mínimo ante a ausência de dados nos autos quanto à situação econômica dos réus. Registre-se que o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 44 da Lei 11.343/06, nas partes em que se vedava a concessão de liberdade provisória (HC n. 104.339, rel. Min. Gilmar Mendes) e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (HC n. 97.256, rel. Min. Ayres Britto), bem como do parágrafo 1º do art. 2º da Lei n. 8072/90, que impunha o regime inicial fechado (HC n 111.849, rel. Min. Dias Toffoli). Todavia, **a gravidade in concreto do delito, considerando a natureza e a diversidade das drogas apreendidas, indica um grau acentuado de culpabilidade, de forma que o regime inicial fechado mostra-se necessário para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Mais, Lucas é reincidente específico.** Também não é hipótese de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou de concessão do sursis, insuficientes para prevenção e reprovação da conduta." (e-STJ, fl. 53; sem grifos no original)

O Tribunal *a quo*, no ponto, consignou:

"A fixação de regime inicial fechado na r. sentença apresenta-se suficientemente fundamentada e é irreprimível.

Em casos como os dos autos, a fixação do regime mais gravoso é de suma importância para a prevenção e a repressão do crime de tráfico de drogas em nosso País, o qual vem assumindo proporções sem precedentes, merecendo a conduta dos Apelantes maior repressão por parte do Estado. A imposição de regime fechado para início do cumprimento da pena é o reflexo esperado por conta do tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas que, inclusive, é equiparado à categoria de crime hediondo.

Nesse sentido, a Constituição Federal reserva tratamento especialmente severo ao tráfico ilícito de entorpecentes nos artigos 5º, inc. XLIII e LI, e artigo 243, parágrafo único. Na mesma toada caminhou o legislador infraconstitucional ao submeter os autores desta espécie de delito às previsões específicas e mais rigorosas preconizadas pela Lei nº 8.072/90.

A respeito, confira-se:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME ADEQUADO.

SÚMULA 269/STJ. INAPLICABILIDADE. I - A fixação da reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos, somada à reincidência, afasta a incidência do enunciado nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que declara que "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais". II - Sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o regime inicial fechado é

o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal. Ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo quantum de pena imposta justifica-se na reincidência do paciente.

Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no HC 410836/MS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 06/02/2018).” (e-STJ, fls. 45-46)

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na espécie, embora o paciente Ítalo seja primário e pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, de fato, a variedade e a natureza das drogas apreendidas - **17g de cocaína, 4g de crack, 86,3g de maconha e 05 comprimidos de ecstasy** - autorizam a imposição do regime inicial fechado, como decidiram as instâncias ordinárias.

Nesse sentido:

"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).

Quanto ao paciente Lucas, cumpre anotar que, estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "a" e "b", do Código Penal, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do CP) (HC 396.285/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017)

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*
Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator