

HABEAS CORPUS Nº 545.902 - SP (2019/0342296-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ANA PAULA DA SILVA
ADVOGADO : ANA PAULA DA SILVA - SP0401560
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO GOMES DE ARAUJO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DIEGO GOMES DE ARAÚJO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000094-48.2018.8.26.0573.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo juízo singular, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (e-STJ, fls. 217/224).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo (e-STJ, fls. 19/23), por acórdão que traz a seguinte ementa:

Tráfico de drogas Coesão e harmonia do quadro probatório Circunstâncias do episódio que positivam a traficância Condenação mantida.

Aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 Circunstâncias em que perpetrado o delito, com apreensão de drogas, em expressivas quantidades, diversas as naturezas, e de petrechos utilizados em seu acondicionamento, dentre eles faca com resquícios de cocaína, somadas à não comprovação de ocupação lícita pelo réu, a indicarem sua dedicação a atividade criminosa ou participação em organização criminosa.

Conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos Peculiaridades do caso que não a recomendam, certa a expressiva quantidade de drogas apreendidas, de diversas naturezas, com alto poder viciante. 'Quantum' das penas, que, de qualquer modo, impossibilita a substituição.

Regime prisional fechado Subsistência Gravidade concreta do

Superior Tribunal de Justiça

delito perpetrado, que contou com a apreensão de expressivas quantidades de drogas, de diversas naturezas, notória sua nocividade, certos seu potencial de disseminação e sua natureza desagregadora.

Apelo defensivo improvido.

No presente *mandamus* (e-STJ, fls. 3/18), a impetrante sustenta estar configurado constrangimento ilegal, pela existência de *bis in idem* na utilização da quantidade de drogas apreendidas tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar o redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Argumenta, ademais, que o paciente preenche todos os requisitos para a aplicação do benefício e que a quantidade de drogas apreendidas não é expressiva.

Uma vez reduzida a pena, aponta, por fim, que o paciente faz jus ao regime inicial mais brando.

Ao final, requer, liminarmente, a aplicação de regime inicial mais brando e, no mérito, a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima e a confirmação do pedido liminar.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 344/346).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 349/351), nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA PENAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. ARTIGO 42, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DA MINORANTE INSCRITA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE APONTAM PARA A DEDICAÇÃO DO RÉU À TRAFICÂNCIA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES DESSE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. Pela denegação da ordem.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da utilização da quantidade de drogas apreendida tanto para majorar a pena-base, quanto para justificar a não incidência do redutor do tráfico privilegiado. Pleiteia, ainda, o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

Para a adequada delimitação da questão, colaciono o seguinte excerto da sentença (fls. 220/221):

[...]

Atento ao que estabelecem os artigos 59 do Código Penal e o artigo 42 da Lei 11.343/06, os motivos, as circunstâncias, a culpabilidade de elevada intensidade, a potencialidade, diversidade e quantidade de entorpecentes (187,12 gramas de "crack"; 95,49 gramas de maconha e 45,61 gramas de cocaína), quantidade essa suficiente para a disseminação na sociedade, tudo a atingir a juventude e a motivar a criminalidade violenta que se tem visto na sociedade, outra solução não se mostra razoável a não ser a elevação da pena-base. Fixo, portanto, a pena-base acima do mínimo legal previsto para espécie em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Reduzo a pena ao patamar mínimo, pela aplicação da atenuante da confissão espontânea, fixando-a em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no menor valor.

O réu não faz jus ao disposto no artigo 33, §4º, da Lei nº. 11.343/06, pois a grande quantidade e diversidade de entorpecente demonstram, por si só, o grau de envolvimento com o tráfico e que não se trata de "marinheiro de primeira viagem". Assim, o réu não pode ser tratado igual aos traficantes neófitos, que tem ao seu favor a causa de diminuição de pena acima mencionada. Entender de forma contrária seria no mínimo ferir o princípio da isonomia, e dar

um tratamento benéfico àqueles que traficam em larga escala, algo não pretendido pela Lei 11.343/06.

Nos termos do referido dispositivo legal, entendo que o magistrado poderá reduzir a pena fixada ao agente de um sexto a dois terços desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Cuida-se, pois, de faculdade que o Juiz de Direito usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. Na aplicação do preceito o Juiz deve verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena. E, na hipótese vertente, repito, tendo em vista as circunstâncias que envolveram a prisão dos réus, não há dúvidas de que se dedicavam ao comércio ilícito de entorpecente e, portanto, ostentam periculosidade maior. Assim, inviável a diminuição de pena supramencionada.

[...]

Com efeito, a revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n.º 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

O julgador deve aplicar de forma justa e fundamentada a reprimenda. O *quantum* deverá ser o necessário e suficiente à reprovação, atendendo-se, ainda, ao princípio da proporcionalidade.

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

Assim, é possível que *"o magistrado fixe a pena-base no*

máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 06/05/2015).

Outrossim, em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (23,8 KG DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUMENTO FUNDAMENTADO. MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. TRANSPOSIÇÃO DAS FRONTEIRAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PRESENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO ADEQUADO AO CASO. PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

[...]

II - O aumento da pena-base em razão da quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder da ré (cerca de 23,8 kg de cocaína) mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp. 1.238.404/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO

REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VULTOSA QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. REGIME FECHADO. LEGALIDADE.

[...]

3. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

4. A associação para o tráfico de drogas em vultosa quantidade justifica o incremento da pena-base desse delito. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base do crime de associação para o tráfico, considerando a quantidade das drogas disseminadas (56kg de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do CP, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

[...]

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 1166871/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES E CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, considerou a quantidade dos entorpecentes apreendidos (mais de uma

tonelada de maconha e haxixe) e a culpabilidade do agente (ocultação das drogas em compartimento de ônibus, no qual era dissimulada a venda de produtos de gesso) para elevar as penas-base dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico na fração de 5/6, o que não se mostra desproporcional.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 437.496/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018)

No caso, observa-se que a Corte local se pautou na previsão do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, para fixar a pena-base do paciente em **1/5 acima do mínimo legal**, notadamente, ponderou, a quantidade e variedade do material entorpecente apreendido, qual seja, 187,12 gramas de "crack"; 95,49 gramas de maconha e 45,61 gramas de cocaína.

Dessa forma, levando-se em conta a quantidade e variedade da droga apreendida, inexistente o constrangimento ilegal apontado na inicial, pois há fundamentação concreta na aplicação da pena-base acima do mínimo legal.

O impetrante se insurge, ainda, em face do indeferimento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, uma vez que tendo sido a quantidade de drogas utilizada na primeira fase para majorar a pena-base não se prestaria para afastar a benesse.

Cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa**.

Pela leitura dos autos, verifica-se que não foram atendidas as diretrizes previstas para o **reconhecimento do privilégio**, uma vez que as instâncias de origem destacaram, expressamente, que o paciente se dedicava a atividades ilícitas, haja vista não apenas a quantidade e diversidade das drogas apreendidas, mas sobretudo em razão das circunstâncias da apreensão, da confissão

do acusado e dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho extraído do acórdão (e-STJ fls. 21/22 - grifei):

[...]

Interrogado, o acusado assumiu a propriedade das drogas apreendidas, cujo destino seria a mercancia ilícita.

O policial militar Carlos disse da operação policial na região, dela resultando a abordagem do acusado, o qual acabou admitindo que no interior do veículo por ele conduzido havia porções de cocaína, apreendidas. Na sequência, ele e seu colega de equipe dirigiram-se a sua residência, onde, franqueado o ingresso por sua genitora, foram apreendidas mais drogas, além de balança, embalagens, faca com resquícios de drogas e dinheiro; o réu admitiu a traficância concluiu.

A testemunha de defesa não foi além de discorrer sobre a vida pregressa do indigitado.

A forma como embaladas, acondicionadas e ocultadas as drogas, as circunstâncias de sua apreensão, além dos petrechos utilizados em seu acondicionamento, dentre eles faca com resquícios de cocaína, as expressivas quantidades e a diversidade das ilícitas substâncias 45,61 gramas de cocaína em pó, 187,12 gramas de cocaína sob a forma de 'crack', e 95,49 gramas de 'cannabis sativa', a consequente prisão em flagrante do indigitado, somadas a sua confissão, aos coerentes depoimentos policiais e a sua situação econômica não trouxe prova de ocupação lícita não deixam margem a dúvidas da prática habitual da traficância, não se havendo falar em insuficiência de provas.

incensurável a reprimenda, cujas penas, a final, quedaram no mínimo legal, sopesada a atenuante da confissão espontânea.

Não era mesmo caso de aplicação da benesse da lei especial, consoante bem observado pelo douto sentenciante.

As circunstâncias em que perpetrado o delito, que contou com apreensão de drogas em expressivas quantidades, variadas suas naturezas, além de petrechos utilizados em seu acondicionamento, dentre eles faca com resquícios de cocaína, alinhadas à confissão do indigitado, aos coerentes depoimentos policiais e à ausência de demonstração de ocupação lícita, são sintomáticos da inserção do apelante no submundo da mercancia ilícita, não estando a recomendar a aplicação da benesse da lei especial, sendo clara demonstração de que ele se dedicava a atividade criminosa ou de que atuava em

organização criminosa.

[...]

Portanto, afasta-se a alegação de ocorrência de *bis in idem*, uma vez que o julgador fixou a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afastou o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em virtude da dedicação do agente a atividade criminosa.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento

registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, Dje 24/02/2017) - grifei.

Assim, não há se falar em ocorrência de *bis in idem*.

Quanto ao pedido de abrandamento do regime, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/07/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

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, a quantidade de drogas apreendidas (187,12 gramas de crack; 95,49 gramas de maconha e 45,61 gramas de cocaína), circunstância esta utilizada para afastar a pena-base do mínimo legal, autoriza a fixação de regime prisional 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 de Drogas.

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 APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO ANTERIOR SEM TRÂNSITO EM JULGADO PELO MESMO DELITO. PASSAGENS ENQUANTO MENOR. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PEDIDO PREJUDICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da

dedicação do paciente às atividades criminosas, evidenciada sobretudo por ostentar condenação pretérita pelo mesmo delito, ainda não transitada em julgado, bem como, por ter passagens enquanto menor, está em consonância com o entendimento desta Corte. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

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, de acordo com o disposto no Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os Enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

4. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade da substância entorpecente apreendida, bem como, o paciente ostenta passagens enquanto menor e responde por outro processo de mesma natureza, tendo sido negada, inclusive, a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33). Dessa forma, em razão desses fundamentos e da reprimenda corporal ter sido estabelecida em 5 anos de reclusão, correta a fixação do regime mais gravoso, no caso o fechado, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

5. Mantida a pena final em patamar superior a 4 anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, afinal, o paciente não preencheu o requisito objetivo para alcançar o benefício.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 452.993/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 30/10/2018)

Ante todo o exposto, ausente qualquer constrangimento ilegal,

Superior Tribunal de Justiça

com base no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator