HABEAS CORPUS Nº 499.297 - SP (2019/0076619-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		GABRIEL MACHADO MAGLIO - SP224557
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEXANDRE JOSE FERREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ALEXANDRE JOSE FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0099323-32.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente, em primeiro grau de jurisdição, teve a conduta descrita na denúncia desclassificada para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, com a aplicação de sanção penal de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 10 meses (fls. 17/27).

Inconformado, o representante do *Parquet* apelou e o Tribunal *a quo* proveu o recurso para condenar o paciente pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa (fls. 33/59).

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que o Tribunal *a quo* impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois afastou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a despeito de estarem presentes todos os requisitos para a concessão do benefício.

Aduz, ainda, que o paciente faz jus ao regime inicial mais brando, nos termos do disposto nos enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois preenchidos os pressupostos de aplicação do benefício, previstos no art. 44 do Código Penal.

Ao final, liminarmente e no mérito, requer a aplicação do

redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, e a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 62/63.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 67/70, pela concessão da ordem para fixar o regime semiaberto.

É o relatório. **Decido**.

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que julgou o apelo defensivo, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso especial.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da ilegalidade na não aplicação da redutora do tráfico e na fixação do regime mais gravoso. Em consequência do redimensionamento, busca, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a

sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

No caso dos autos, o Tribunal local acolheu o pleito da acusação e reformou a decisão proferida pelo juiz de primeiro grau para condenar o paciente pelo delito de tráfico, afastando a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 45/49):

> *Por sua vez, na derradeira fase, a prova produzida nos autos foi suficiente a demonstrar que o acusado não faz jus à minorante prevista no art. 33, §4°, da Lei de Drogas.*
>
> *Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, o que não é o caso. Oportuno remeter ao escólio do E. Des. Geraldo Wohlers, da 3ª Câm. de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apel. n. 0001734-82.2010.8.26.0568, em 19.7.2011: "(•••) A diminuição hoje admitida pelo artigo 33, § 4o, da Lei n° 11.343/06 não está inquinada de inconstitucionalidade. Trata-se de mecanismo que fornece ao Magistrado maior amplitude e liberdade de atuação para aferir no caso concreto a retribuição penal a ser suportada pelo transgressor, prestigiando o princípio constitucional da individualização da pena, direito fundamental insculpido no artigo 5º, XLIV, da CF.*
>
> *Todavia, referida redução não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A mens legis da Lei n° 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4o, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas".*
>
> *Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado,*

com a Constituição da República. Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico. A intelecção útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais" (verbis).

Igualmente adequado transcrever outro precedente, este relatado pelo Des. Luiz Antonio Cardoso, da 3ª Câm. Direito Criminal, no julgamento da Apel. Criminal n. 990.09.111160-0 - comarca de Lucélia - em 25.5.2010: %..) essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações especificas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder" (verbis).

Vê-se que as lições retro mencionadas, adequadas ao caso em tela, não admitem o benefício.

Isso porque, está comprovado que o acusado faz do nefasto comércio seu meio de vida, sobretudo em se considerando que, logo após a prática delitiva apurada nestes autos, praticou três novos delitos de tráfico, tendo sido condenado definitivamente por dois deles (cf. cert. De fls. 90/91).

Ora, se fatos criminais pendentes de defínitividade, cf. entendimento da E. Corte Superior, podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir que o agente se dedica a atividades criminosas, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes, quiçá a hipótese em comento, na qual o acusado possui duas condenações transitadas em julgado.

A respeito do assunto, confira-se, dentre outros, os seguintes julgados da E. Corte Superior: EREsp 1.431.091-SP, Rei. Min. Felix Fischer, por maioria, j. 14. 12. 2016; e, AgRg no REsp 1413504/RS - 6ª T. - rei. Min. Ministro NEFI CORDEIRO, j. 25.10.2016.

E, como se não bastasse, o irrogado não comprovou o desempenho de trabalho lícito, qualificando-se desempregado na primeira oportunidade em que ouvido, de modo que não há explicação de como teria adquirido a porção de estupefaciente.

Desta forma, inviável a incidência da causa de diminuição e ausentes causas de aumento a serem consideradas, a pena resta

> *definitivamente fixada em 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.*

Da leitura do acórdão impugnado, verifica-se que o Tribunal local afastou a redutora do tráfico por entender que o acusado se dedica à atividade criminosa, na medida em que possui três processos por tráfico, sendo duas condenações definitivas, por fatos posteriores ao crime em análise.

Sobre o tema, assim como processos em curso podem ser utilizados para não aplicar o benefício do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas, condenações por fatos posteriores também podem ser utilizadas para impedir a incidência do redutor, porquanto *a prática posterior de novos delitos configura elemento idôneo a transparecer o exercício renitente de atividades ilícitas por parte do acusado, é dizer, ilustra a incursão do agente no seio da criminalidade* (HC n. 408.674/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 4/12/2017).

Assim, tendo em vista que as condenações definitivas, ainda que por fatos posteriores, demonstram que crime em análise não foi um fato isolado em sua vida, o acusado não faz jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em hipóteses análogas, decidiu este Tribunal:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.* ***TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR. CARACTERIZAÇÃO DO ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES ILÍCITAS. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA.***
>
> *1. Por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.431.091/SP, a Terceira Seção concluiu que o magistrado sentenciante pode se valer de todos os dados existentes no momento da prolação do édito condenatório para avaliar a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*
>
> *2. Assim, a orientação desta Casa permite a consideração de*

condenações por fatos posteriores como elemento suficiente a obstar a aplicação do benefício descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto demonstra a prática reiterada de condutas nocivas, bem como a incursão do acusado em atividades criminosas.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp n. 1758144/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 9/11/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. ***CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE NOVAS CONDENAÇÕES POR FATOS POSTERIORES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.*** *REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. Se no interregno entre a prática de um delito de tráfico e a correspondente sentença condenatória o acusado vem a cometer outro delito da mesma ou de natureza diversa, indicando a "dedicação às atividades criminosas", poderá o julgador afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, instituto reservado para aqueles em que o tráfico se afigura como um evento isolado em suas vidas.

2. In casu, no momento da prolação da sentença condenatória, o magistrado a quo ressaltou que o réu já cumpria pena por tráfico e exploração de jogos de azar, delitos os quais, embora se refiram a fatos posteriores aos ora versados, servem para o fim de negar o reconhecimento do privilégio.

3. Para fixar o regime inicial fechado, amparou-se o juiz na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao entendimento dos Tribunais Superiores. Lado outro, o Sodalício estadual destacou a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida, a qual, contudo, não se mostra de todo expressiva - 4,2g de cocaína - a ponto de justificar a imposição do regime inicial mais gravoso. 4.

Diante da fixação da pena-base no mínimo legal, do quantum de pena estipulado (5 anos de reclusão), e da ausência de elementos concretos a justificar o regime mais gravoso, é possível estabelecer o equipamento intermediário para início do desconto da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea b,

> *do Código Penal.*
>
> *5. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para início do desconto da pena* (HC n. 408.674/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 4/12/2017).

Dessarte, não há ilegalidade na não aplicação da redutora do tráfico.

Como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, 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.

Assim, entendo que as referências feitas, na sentença, à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso.

Por outro lado, destaque-se que o regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessário 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 n. 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.

Veja o que o Tribunal local consignou ao manter o regime de cumprimento de pena (e-STJ fls. 49/52):

> *No que tange ao regime penitenciário, a obrigatoriedade do programa inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Col. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, no Pleno, rei. Min. Dias Toffoli.*
>
> *Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei (STJ - HC n. 272.152/SP - rei. Min. MARILZA MAYNARD-6ª Turma-J. 10.12.2013).*
>
> *A fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica em virtude da natureza letal da substância entorpecente destinada ao comércio espúrio.*
>
> *Nesse sentido, confira-se orientação do E. Superior Tribunal de Justiça: HC 272593/MS - 6ª T. - rei. Min. Maria Thereza De Assis Moura - j. 8.10.2013; HC 228684/SP - 5ª T. - rei. Min. Laurita Vaz - j. 27.8.2013. De igual teor, mais precedentes daquela E. Corte Superior: HC 278676/MS - 6ª T. - rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura -j. 24.10.2013; HC 222994/SP - 6ª T. - rei. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE - j. 24.10.2013; HC 278530/SP - 5ª T. - rei. Min. Marco Aurélio Bellizze - j. 22.10.2013.*
>
> *Impossível olvidar a natureza da infração e os males que a mesma provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta. O art. 33, §3° do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as conseqüências do delito como elemento informador.*
>
> *Oportuno destacar que, em matéria jornalística veiculada na Folha de S. Paulo do dia 31.5.2015, noticiou-se estudo indicativo de que ao menos 1.685 pessoas morreram no Est. de S. Paulo em 2013 após terem consumido cocaína, uma média de cinco óbitos diários.*
>
> *E, "Segundo especialistas, o crack é 'cinco vezes mais potente que a própria cocaína e produz dependência com muita facilidade e quase imediatamente após seu primeiro ou segundo uso (...) Os efeitos produzidos ao usuário são basicamente iguais*

> *ao da cocaína, porém muito mais intensos (...)' (João Gaspar Rodrigues, Tóxicos, Bookseller, 2001, p. 63)" (RT, 838/571).*
>
> *Sem dúvida, não se pode negar a nocividade da cocaína em pedra, que apresenta maior lesividade ao organismo humano, tornando o usuário, em curto período de tempo, "escravo do desejo de consumir o entorpecente".*
>
> *Note-se, por oportuno, que "A cocaína fumada na forma de crack (...) possui ação farmacológica comparável à cocaína" (v. Toxicologia Forense cit., cap. V, n° 1.3.1, pág. 136).*
>
> *Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.*
>
> *Destarte, não se há de tabelar regime de cumprimento pela dimensão da reprimenda.*
>
> *A medida "em que a criminalidade recrudesça e se agrave, pondo, a cada instante, mais e mais risco à segurança e à paz social, cumpre ao Juiz reprimi-la, desestimulá-la e arrostá-la, mercê de uma mais adequada, mais necessária e, quiçá, até mais rigorosa aplicação do Direito" (verbis no Agravo em Execução n. 509.131-7, rei. Des. CANGUÇU DE ALMEIDA, TACRIM/SP).*
>
> *A lição é oportuna.*
>
> *Não se pode afirmar um direito subjetivo a regime mais favorável só pela dimensão da reprimenda corporal (art. 33, §2° do CP), na medida em que a lei penal prevê, além deste, outros critérios para eleição do programa de reabilitação.*

No caso, verifico que a Corte local apontou a natureza do entorpecente (*crack*) para justificar o regime mais gravoso. Contudo, não obstante a natureza deletéria da droga, entendo que a quantidade - 4,8 g - não justifica a fixação do fechado.

Assim, considerando as penas de 8 anos de reclusão, a primariedade das paciente e o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, ante a valoração favorável dos vetores do art. 59 do CP, deve ser estabelecido o regime semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º do Código Penal.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS E INFERIOR A OITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *(...)*
>
> ***4. Nos termos do art. 33, §2º, "b", e §3º, do Código Penal, fixada a reprimenda em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, bem como em se tratando de apenado não reincidente, cuja pena-base foi assentada no mínimo legal, adequada se mostra a fixação do regime inicial semiaberto.***
>
> *5. Habeas corpus não conhecido.* (HC n. 340.481/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 1/12/2015, DJe 11/12/2015) - grifei.

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO DO ACERCO PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*
>
> *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 de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.*
>
> *2. No caso, o Juiz singular deixou de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento de que, diante da natureza e da quantidade da droga apreendida (99 porções de cocaína), resta "evidente que se dedicava ao comércio ilícito de droga". Rever tal entendimento, necessária a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável na via eleita.*

3. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Diante do quantum de pena aplicada (5 anos de reclusão), o paciente não faz jus à substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

5. Afastada a vedação legal e considerando que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis, com a fixação da pena-base no mínimo legal, sem a indicação de nenhum fundamento concreto revelador de que a conduta do acusado transcende a gravidade inerente ao tipo penal, não deve subsistir a fixação de regime mais gravoso para o cumprimento da sanção penal, nos termos do art. 33 e parágrafos, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda. (HC n. 272.188/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 9/11/2015) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

V - O Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 111.840/ES, reconheceu a inconstitucionalidade, de forma incidental, do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais obrigatório o regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

VI - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo tecnicamente primário, razão pela

> ***qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, b e c, do Código Penal, é o semiaberto para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico.***
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.* (HC n. 308119/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 2/6/2015, DJe 11/8/2015) - grifei.

Por fim, prejudicada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o *quantum* da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. **Contudo, concedo a ordem,** de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator