HABEAS CORPUS Nº 495.535 - SP (2019/0057702-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	VALDECI AUGUSTO APARECIDO
ADVOGADO	:	VALDECI AUGUSTO APARECIDO - SP352919
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUIZ GUSTAVO RIBEIRO DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LUIZ GUSTAVO RIBEIRO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0017336-37.2017.8.26.0320.

Dos elementos que instruem os autos, verifica-se que o Juiz de primeiro grau condenou o paciente às penas de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa** como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006. O paciente foi preso em flagrante, em 10/9/2017, por trazer consigo e ter em depósito 230,43g (duzentos e trinta gramas e quarenta e três centigramas) de maconha e 52,33g (cinquenta de dois gramas e trinta e três centigramas) de cocaína (e-STJ fls. 30-38).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso mantendo incólume a sentença condenatória (e-STJ fls. 18-29).

Neste *writ*, o impetrante sustenta que a causa de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 deveria ser afastada, pois o estabelecimento de ensino próximo ao local em que praticado o delito encontrava-se fechado.

Sustenta, ainda, que, diante da ausência de elementos que demonstrem a dedicação à prática delitiva e a sua habitualidade, deveria ser aplicada a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Afirma que não houve fundamentação idônea na escolha do regime prisional mais gravoso, tendo sido considerada apenas a gravidade em abstrato do delito, em dissonância com o entendimento preconizado nos enunciados sumulares 718 e 719 da Suprema Corte e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, aduz que possui direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução das reprimendas, com a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime inicial diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 81-82).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 87-89 e 91-117).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela manutenção da decisão impugnada (e-STJ fls. 119-127).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência

contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO.*
> ***- 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.***
> *- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, 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. […]*
> *- Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 406.549/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe de 11/10/2017; sem grifos no original.)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Quanto ao pleito de afastamento da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 – tráfico de drogas cometido nas imediações de estabelecimento de ensino –, o Juiz sentenciante reconheceu a referida causa de aumento, majorando a pena imposta ao paciente aos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 36):

> *Na terceira fase, aumento a pena em 1/6 (um sexto), pois o crime ocorreu próximo à escola Professora Benedita de Toledo, sendo local destinado à educação, à recreação e convivência social de crianças e adolescentes, perfazendo 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.*

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a incidência da referida causa de aumento nos seguintes termos:

> *Na derradeira, foi acertadamente acrescida em um sexto (1/6) face a da causa de aumento de pena constante no*

> *artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, pois os fatos se deram, comprovadamente, nas imediações de uma escola municipal.* [...]

Com efeito, eis o disposto no inciso III do art. 40 da mencionada lei federal, *in verbis:*

> *Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:*
> *[...]*
> *III - a infração tiver sido cometida 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;*
> [...]. (Grifei)

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a majorante em comento se justifica "*quando for maior a aglomeração de pessoas, e mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga, razão pela qual se justifica a causa de aumento da pena*" (*In*: *Leis penais e Processuais Penais Comentadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 793).

No mesmo sentido é a doutrina de Clóvis Alberto Volpe Filho, segundo o qual "*a razão da causa de aumento é porque, nesses locais, a droga consegue se difundir com maior facilidade, duplicando sua potencialidade lesiva ao corpo social. Esse locais são mais suscetíveis para a propagação de tóxico, além de ser alto o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados grupos*" (*In*: *Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas* - Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Parte II - www.direitonet.com.br).

Assim, razoável o entendimento de que o aumento de pena previsto no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas não se limita apenas àquelas hipóteses em que o sujeito, efetivamente, ofereça a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam frequentando esses locais determinados, devendo incidir como forma de diminuir a possibilidade de oferta de drogas nesses lugares elencados pela lei.

De se destacar, outrossim, o posicionamento desta colenda Quinta Turma quando do julgamento do HC n. 159.026/SP, no qual se afirmou que: "*A simples comprovação da prática do tráfico nas imediações de estabelecimento de ensino atende aos ditames legais e é suficiente para justificar o recrudescimento da pena, sendo dispensável tecer considerações quanto às pessoas que seriam alvo do comércio das drogas*" (Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ -, julgado em 15/05/2012, DJe de 15/06/2012).

No mesmo norte:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL*

> *DE AUMENTO. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*
> *1. Não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que restou devidamente comprovado que o paciente atuava próximo a um estabelecimento de ensino, pouco importando se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos da escola.*
> *2. Ordem denegada.*
> (HC 181.050/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe de 19/03/2012)

Por essas razões, não se verifica ilegalidade na manutenção da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, mister destacar que o Tribunal impetrado concluiu de forma fundamentada quanto à ocorrência do tráfico nas imediações de estabelecimento de ensino, não sendo possível, sobretudo na via estreita do *habeas corpus*, a desconstituição de tal conclusão, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal, vedado na via eleita, conforme pode-se depreender do aresto que segue:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06.* ***CRIME COMETIDO PRÓXIMO A INSTITUIÇÃO DE ENSINO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NÃO CABIMENTO.*** *CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.*
> *1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.*
> *2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, em razão da elevada quantidade e diversidade da droga apreendida 18 (dezoito) porções de maconha e 39 (trinta e nove) papelotes de cocaína, e as circunstâncias evidenciarem que o acusado se dedicava a narcotraficância.*
> ***3. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, não se faz necessário comprovar que o tráfico efetivamente atinja o seu público alvo, a saber, os estudantes, bastando que seja praticado nas imediações de estabelecimento escolar.***
> ***4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ.***
> *5. Ordem denegada.*
> (HC 208.928/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA

> TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe de 05/09/2011; sem grifos no original.)

Com relação à almejada incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sabe-se que o referido dispositivo legal dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) **não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

Este Tribunal Superior vem afastando a aplicação do benefício legal em casos que envolvem grande apreensão de entorpecente, porque, em hipóteses tais, sem a necessidade de amparo em provas, fica evidenciado que o indivíduo não se enquadra no modelo imaginado pelo legislador, mormente porque os pressupostos "*não se dedicar a atividades criminosas*" e "*não integrar organização criminosa*" são inconciliáveis com o manejo em grande escala de drogas.

Cabe ressaltar que o fato de a lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto e em observância às circunstâncias do fato, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade.

Nessa mesma linha, vejam-se:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. [...]. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. [...]. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A ACUSADA DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...]. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *[...]*
> *- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.*
> *- A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas para embasar a não incidência da minorante do privilégio, quando, juntamente com as circunstâncias do delito, evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.*
> *- Na espécie, infere-se que o Tribunal local conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que as circunstâncias do caso, indicativas do tráfico habitual, por ter envolvido a responsabilidade pelo transporte de elevada quantidade de droga, são elementos que permitem concluir que há dedicação às atividades ilícitas, de modo que inexiste constrangimento ilegal alegado pela defesa. Precedentes.*
> *- Dessa forma, tendo havido fundamentação concreta, pela Corte de origem, 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 a paciente não se dedica às*

> *atividades criminosas ou integra organização criminosa, 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.*
> [...]
> *- Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 413.928/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe de 11/10/2017)

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. [...]. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 4º, E 42, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006 E 33 § 2º, "B" E § 3º, DO CP. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE E FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
> [...]
> *2. A quantidade de entorpecente apreendido em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à míngua do preenchimento dos requisitos legais. Súmula 568/STJ.*
> [...]
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento.*
> (AgRg no REsp 1687456/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe de 04/10/2017)

Na espécie, diante das circunstâncias concretas do delito, praticado em local "*considerado ponto de tráfico e entorpecentes e, além do mais, o réu já era conhecido nos meios policiais pela prática da traficância, demonstrando sua habitualidade na prática de crimes, com significativa quantidade e diversidade de drogas encontradas*" (e-STJ fls. 3-37), entenderam as instâncias ordinárias que o paciente dedicava-se à atividade criminosa, motivo pelo qual afastaram a incidência do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, mantendo o entendimento do Juiz sentenciante de que o paciente não satisfez as exigências para a aplicação da referida benesse legal, fundamentadamente rechaçou a sua incidência.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO.*
> *POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA*

DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.
[...]
2. A instância ordinária afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. 3. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.
In casu, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - 73 pedras de crack e 17 porções de cocaína - justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.
4. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do CP.
Habeas corpus não conhecido.
(HC 316.464/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
[...]
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.
3. No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual. Assim, desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.
4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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.*
> *5. O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.*
> *6. No caso, sendo a pena superior a 4 anos, a quantidade das drogas apreendidas justifica a fixação do regime fechado.*
> *7. Não há se falar em 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.*
> *8. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 448.346/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)*

No que concerne ao regime inicial fechado, mantido pelo Tribunal impugnado, verifica-se que foi fixado pelo Juiz sentenciante sob o seguinte fundamento (e-STJ fls. 37):

> *Considerando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no acórdão proferido no HC 118.553/MS, no sentido de que o delito de tráfico de drogas privilegiado não possui natureza hedionda, revejo meu entendimento para admitir à fixação de regime inicial carcerário mais brando aos condenados pela prática daquela infração penal.*
> ***No caso específico dos autos, a conduta do réu possui maior periculosidade, em função da quantidade/diversidade de entorpecentes encontrados (177 porções de* Cannabis Sativa L, *pesando aproximadamente 230,43g, bem como 111 porções de cocaína, pesando aproxidamente 52,33 gramas)**, e por ocorrer próximo a escola.***
> *Dessa forma, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento de pena, que se mostra mais adequado sob os aspectos retributivo e pedagógico da sanção penal.*

Da leitura do excerto acima transcrito, vê-se que o regime prisional mais gravoso foi fixado com base na gravidade concreta do crime cometido, demonstrada, especialmente, pela grande quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos (230,43g de maconha e 52,33g de cocaína), fator suficiente a justificar a imposição do modo fechado.

Ademais, cumpre ressaltar que a remansosa jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

Nesse diapasão, têm-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. 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 instância ordinária afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. 3. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP. ***In casu, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - mais de três quilos de maconha, além de dezoito frascos de lança-perfume - utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso****. Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido.*
(HC 472745/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, publicado em 18/12/2018; sem grifos no original.).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VERIFICAÇÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de ser inviável aferir em recurso especial a dedicação ou não à atividade criminosa, para fins de aplicação da redutora do tráfico privilegiado, em face do óbice da Súmula 7 do STJ.
2. ***Em se tratando do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie dos entorpecentes apreendidos podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 2º, do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas****.*
3. No caso dos autos, embora tenha sido a pena-base fixada no

> *mínimo, a quantidade de drogas apreendida - 195,8g de cocaína e 4 comprimidos de ecstasy - justifica a fixação do regime fechado. 4. Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no Aresp 1360669/SP, Rel Ministro REYNALDO SOARES DA FOSNECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, publicado em 19/12/2018; sem grifos no original.)

Desse modo, ainda que a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, verifica-se que o regime inicial fechado mostra-se adequado e proporcional ao caso, não havendo o que reparar.

Por fim, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não se conhece do *habeas corpus*.**

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator