

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.577 - SP (2017/0175569-0)**

**RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**RECORRENTE : CAROLINA EVELYN CORREIA**  
**ADVOGADO : DANIEL SALVIATO - SP279233**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Consta dos autos que a ré foi denunciada pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 c.c. art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (tráfico de drogas) e condenada às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 50 dias-multa, conforme a sentença (fls. 518-536 e 548).

A defesa interpôs apelação, alegando preliminares de ilicitude da prova, inépcia da denúncia e inobservância do rito processual e, no mérito, pleiteando a absolvição ou a redução da pena pela aplicação da causa de diminuição prevista na Lei Antidrogas, além da fixação de regime aberto e a substituição da pena corporal.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso, conforme a seguinte ementa:

*Tráfico de drogas - Recursos defensivos - Alegação, em preliminar, de ilicitude da prova que embasou a denúncia, de inépcia da denúncia, de ofensa à Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal, de não observância do rito processual da Lei n. 11.343/06, de desrespeito ao contido no art. 212 e parágrafo único do Código de Processo Penal e de cerceamento de defesa em razão da precariedade da qualidade do áudio - No mérito, pretensão de absolvição e, subsidiariamente, de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Preliminares afastadas - Ilicitude da prova não verificada - Inexistência de violação de domicílio — Delito de natureza permanente - A denúncia observou as formalidades legais, possibilitando a plena e ampla defesa - A alegação de inépcia da peça acusatória só pode ocorrer enquanto não houver sentença de mérito - Uso de algemas devidamente fundamentado - Ausência de prejuízo com o interrogatório das rés após a produção da prova testemunhal - O art. 212 do Código de Processo Penal não interferiu na essência do sistema*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*presidencialista que norteia o Processo Penal vigente em nosso País - Provas francamente incriminadoras - Crime de perigo abstrato, não se exigindo que o infrator seja flagrado no próprio ato de venda da mercadoria proibida - Desnecessidade de aferição do grau de pureza da substância apreendida - O tipo penal exige apenas a constatação da presença de alguma das substâncias listadas na portaria do Ministério da Saúde, consideradas como de uso proscrito - Penas criteriosamente dosadas - Pena base fixada no mínimo legal - Inaplicabilidade da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 sobre a pena aplicada com base na Lei n. 6.368/76 - Combinação de leis não permitida - Inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Necessidade de imposição de tratamento mais rigoroso ao traficante - Regime fixado com critério - Crime equiparado a hediondo, o que ensejaria a aplicação, inicialmente, do regime mais gravoso - Negado provimento (fls. 671-672).*

Em sede de recurso especial, a defesa apontou violação dos arts. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, 33, § 4º, e 57 da Lei n. 11.343/2006, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta a falta de justa causa, ante a ilicitude da prova colhida na busca e apreensão realizada na residência e a nulidade do interrogatório da ré realizado após os depoimentos das testemunhas.

Alega que a recorrente deve ser beneficiada com a redução máxima da pena, pois "*o magistrado, a seu talante, sem qualquer embasamento, apenas deixou de aplicá-la, apesar de presentes todos os requisitos*" (fl. 723).

Afirma que, mesmo não reconhecida a redução da pena pela aplicação da minorante da Lei Antidrogas, deve ser fixado o regime aberto e substituída a pena corporal.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 746-763. O agravo interposto contra a negativa de seguimento foi convertido em recurso especial (fls. 782-787 e 830-832). O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do especial (fls. 819-827 e 851).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

A irresignação merece parcial provimento.

O acórdão recorrido destramou a controvérsia sob os seguintes fundamentos:

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Ao contrário do que sustenta a douta defesa, não há se falar em ilicitude da prova derivada da apreensão do entorpecente, sob o argumento de que os policiais, arbitrariamente, ingressaram na residência da ré.*

*Não houve a alegada violação de domicílio. O delito tratado in casu é de natureza permanente e havia denúncia anônima dando conta do armazenamento de drogas no local, razão pela qual as buscas realizadas no local eram decorrência de cumprimento de obrigação constitucional e legal dos policiais. E, de fato, foram encontradas as drogas descritas na denúncia, evidenciando que a falta de mandado judicial realmente não maculava a busca domiciliar, tendo sido absolutamente legítima a conduta dos policiais (fls. 673-674).*

*In casu*, os fatos descritos nos presentes autos se amoldam, em tese, à hipótese de crime permanente – cuja consumação se protraí no tempo – que, como tal, autoriza a violação do domicílio para que se efetue a prisão em flagrante a qualquer tempo, nos termos da Constituição Federal. A saber:

*Art. 5º [...]*

*XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*

Assim, no caso, não há que se falar em ilicitude da prova colhida na busca e apreensão da droga na residência da ré, considerando a situação de flagrância pela prática de crime permanente (tráfico de drogas), confirmada não somente pela denúncia anônima mas pelo fato de que, antes da busca no local, os policiais obtiveram a autorização da corré para a entrada, ao que consta da sentença (fl. 526).

Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.**

*1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.*

*2. O constrangimento apontado na inicial será analisado,*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.*

**FURTO QUALIFICADO, RECEPÇÃO QUALIFICADA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTIGOS 155, § 4º, INCISOS III E IV, 180, §§ 1º E 2º, E 288, TODOS DO CÓDIGO PENAL, E ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). NULIDADE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO REALIZADA NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL E NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.**

*1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, sendo possível a realização das medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas (Doutrina e jurisprudência).*

*2. Tratando-se de paciente acusado do crime de receptação qualificada, na modalidade de expor à venda coisa que sabia ser produto de crime, não se vislumbra ilegalidade na apreensão de objetos relacionados com a infração penal e localizados em seu estabelecimento comercial e na sua residência, notadamente quando existem nos autos indícios de que teria autorizado, na presença de seu advogado, o ingresso dos policiais nos referidos locais.*

**AUSÊNCIA DE ASSINATURA DAS TESTEMUNHAS NO RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO. FORMALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 245, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MERA IRREGULARIDADE. POSSIBILIDADE DE CONFIRMAÇÃO DA LEGALIDADE DA DILIGÊNCIA MEDIANTE A OITIVA DAS PESSOAS INDICADAS NO RELATÓRIO. EIVA INEXISTENTE.**

*1. Conquanto as testemunhas que acompanharam a busca e apreensão não tenham assinado o relatório policial, o certo é que a inobservância de tal formalidade não tem o condão de macular a diligência realizada, tampouco as provas com ela obtidas, até mesmo porque a sua legalidade pode ser facilmente verificada mediante a oitiva das pessoas citadas. Precedente do STJ.*

*2. Habeas corpus não conhecido (HC 296.417/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 27/08/2014- grifei).*

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA PELA SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. HABEAS CORPUS PREJUDICADO EM PARTE E CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

*1. Esta Corte Superior entende que o ingresso em domicílio sem mandado exige fundadas razões de crime em desenvolvimento, mas na hipótese dos autos o próprio paciente franqueou a entrada dos agentes públicos em sua residência.*

*2. A sentença condenatória não traz qualquer motivação*

# Superior Tribunal de Justiça

do caso concreto para a manutenção da segregação cautelar, justificando a medida apenas porque houve condenação e o paciente respondeu preso ao processo, o que indica a ausência de fundamentos para a prisão preventiva.

3. Habeas corpus prejudicado em parte e concedido de ofício, para a soltura do paciente MARCELO CERASI DE LIMA, sem prejuízo da determinação de nova e fundamentada medida cautelar penal, inclusive menos gravosa que a prisão preventiva (HC 440.488/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 16/08/2018).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE, POR INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO. CRIME PERMANENTE. FUNDADAS RAZÕES PARA A ENTRADA FORÇADA NO DOMICÍLIO. PRETENSÃO QUE DEMANDA O REVOLVIMENTO DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - Tratando-se o delito de tráfico de entorpecentes, nas modalidades "ter em depósito" ou "guardar", de crime permanente, mostra-se prescindível o mandado judicial em caso de flagrante delito (precedentes).

II - Apreciando o tema em sede de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, consolidou o Supremo Tribunal Federal a tese de que se mostra possível a entrada em domicílio sem mandado judicial em caso de crime permanente, ressaltando-se apenas a necessidade de controle judicial para evitar eventuais arbitrariedades e possibilitando-se, ainda, a responsabilização disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e ainda, eventualmente, o reconhecimento de nulidade dos atos praticados (RE 603.616/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/05/2016 )

III - Em outras palavras, o estado flagrancial do delito de tráfico de drogas consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição, sendo permitida a entrada em domicílio independentemente do horário ou da existência de mandado, quando amparada em fundadas razões que a justifiquem, e sem prejuízo do controle judicial feito a posteriori.

IV - Na hipótese, extrai-se do acórdão atacado que os policiais dirigiram-se até o local dos fatos para averiguação, e diante do nervosismo demonstrado pelos acusados, do intenso odor do entorpecente sentido, e após a admissão pelo próprio paciente de que possuiria uma estufa para a produção de entorpecentes, é que decidiram adentrar a residência, lá encontrando os itens descritos no auto de exibição e apreensão.

V - No caso, portanto, não se vislumbra qualquer

# *Superior Tribunal de Justiça*

*desrespeito ao que foi decidido pela Suprema Corte no RE 603.616/TO, sendo certo que infirmar o que foi consignado pelas instâncias ordinárias, a fim de demonstrar que a atuação dos policiais teria ocorrido de forma diversa, revela-se como procedimento flagrantemente incompatível com a via estreita do habeas corpus, haja vista o impreterível revolvimento do material fático-probatório dos autos (precedentes).*

Habeas corpus não conhecido (HC 378.323/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 25.4.2017).

No tocante ao interrogatório da ré, o acórdão consignou:

*Também não há se falar em nulidade pela não observância do rito processual da Lei n. 11.343/06.*

*De fato houve inversão no rito processual, com a oitiva das testemunhas antes do interrogatório das rés, já que a Lei n. 11.343/06 estabelece um rito especial para os crimes nela previstos. Ocorre que o interrogatório das rés após a produção da prova testemunhal não ocasionou qualquer prejuízo a elas. Ao contrário, haja vista que tendo conhecimento do teor da prova acusatória, ficou garantida maior amplitude de defesa (fl. 675).*

Nesse contexto, o entendimento do acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior. No caso, não há falar em nulidade do ato, porquanto não ocorreu prejuízo para a defesa. Nessa linha:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE. INTERROGATÓRIO DO RÉU NO INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. ART. 57 DA LEI N. 11.343/06. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.**

*1. O agravante foi denunciado em 16/5/2016, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06). O interrogatório foi realizado em 19/7/2016, no início da audiência de instrução e julgamento, conforme determina o art. 57 da Lei de Drogas. O Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do HC n. 127.900/AM, em 3/3/2016, fixou orientação no sentido da aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal, o qual prevê o interrogatório como último ato, a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, desde que a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento. Esta Corte Superior passou a seguir essa orientação, ressaltando que a nulidade do interrogatório realizado no início da audiência está sujeita à preclusão quando a defesa não a alega oportunamente, bem como depende da demonstração de efetivo prejuízo ao réu. A suposta nulidade do interrogatório do ora agravante, por ter sido realizado no início da audiência, está preclusa, pois não foi alegada*

# *Superior Tribunal de Justiça*

no momento apropriado. A defesa ficou silente na audiência, nas alegações finais e nas razões da apelação, tendo levantado o tema somente nos embargos de declaração opostos ao acórdão do referido recurso. Não ficou demonstrado efetivo prejuízo à defesa, uma vez que o réu, preso em flagrante, confessou a prática do delito no inquérito e em juízo. A alegação de que ele poderia ter alterado seu depoimento se soubesse o teor das declarações das testemunhas é genérica, abstrata e insuficiente para comprovar efetivo prejuízo.

2. As instâncias ordinárias não aplicaram a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas por entenderem que o agravante se dedicava ao comércio ilícito de drogas. Para afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus. Ademais, esta Quinta Turma tem decidido que a prática de ato infracional na adolescência é elemento hábil a afastar o reconhecimento da aludida minorante, quando evidenciar a dedicação a atividades criminosas, como ocorre no caso destes autos.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 402.086/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 1º/08/2018).

Quanto à causa de diminuição da pena, a Corte estadual consignou que "[...] a pena em abstrato cominada na condenação sub judice foi a prevista na Lei nº 6.368/76, e não a do novo diploma legal, não havendo previsão para que sejam desmembrados os dispositivos e aplicados conjuntamente os dois tipos penais" (fl. 387). Com efeito, verifica-se que o acórdão recorrido decidiu em consonância com o entendimento desta Corte Superior, mantendo a aplicação da Lei antiga mais benéfica, uma vez que as circunstâncias da apreensão e condições pessoais demonstram que a ré não preenche os requisitos de minorante (fls. 685-686). Confira-se, a propósito:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS COMO INCURSO NO ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. IMPOSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. APREENSÃO DE QUASE MEIA TONELADA DE MACONHA EM VEÍCULO QUE VIAJAVA DE UM ESTADO DA FEDERAÇÃO PARA OUTRO. INDICATIVOS DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. BIS IN IDEM PELO SUPOSTO USO DA QUANTIDADE DA DROGA PARA AUMENTAR A PENA-BASE, BEM COMO PARA LIMITAR O REDUTOR DA PENA A 1/6.**

**INEXISTÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser**

# *Superior Tribunal de Justiça*

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. A utilização pelo Tribunal de outros motivos constantes dos autos para manter a mesma situação do paciente não configura a aventada reformatio in pejus. Precedentes: AgRg no HC 406.570/PB, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 11/06/2018 e AgRg no REsp 1.782.101/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 18/2/2019.

3. "A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.117.068/PR, acolheu a tese no sentido de que a concessão da minorante do § 4º do artigo 33 sobre a pena fixada com base no preceito secundário do artigo 12 da Lei nº 6.368/76 não decorreria de mera retroatividade de lei nova mais benéfica, mas de verdadeira aplicação conjugada das normas revogada e revogadora, sendo, por isso, de todo inviável" (AgRg no REsp 1.578.209/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 27/6/2016).

O transporte de um Estado da Federação para outro da quantia de 473, 500kg demonstra a dedicação do paciente à atividade criminosa, o que também impede a aplicação do redutor da pena.

Assim, não se cogita da ocorrência do alegado bis in idem, porquanto existem dois fundamentos impeditivos da incidência do redutor da pena no caso - impossibilidade de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 a condenados pelo art. 12 da Lei n. 6.378/76 e a dedicação do paciente a atividades criminosas. Todavia não se afasta a minorante em virtude da impossibilidade da reformatio in pejus, mas não se aumenta o percentual do redutor, porquanto o mesmo seria descabido na hipótese, devendo-se ressaltar ainda que o paciente já foi beneficiado indevidamente.

4. Habeas Corpus não conhecido (HC 439.604/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2019).

Noutro ponto, na definição do regime prisional mais adequado para a repreensão e reprovação de qualquer crime, deve ser observado o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59, ambos do Código Penal. E, nos casos de condenados por infrações previstas na Lei de Drogas, a jurisprudência tem entendimento de que a natureza e quantidade de drogas, além de serem consideradas na fixação da pena, devem influenciar na fixação do regime inicial para o cumprimento da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso dos autos, em que pese a menção à hediondez do delito, a



# *Superior Tribunal de Justiça*

quantidade do entorpecente (645g de maconha) e as circunstâncias da apreensão demonstram a gravidade concreta da conduta e justificam a fixação do regime mais gravoso e o indeferimento da substituição da pena corporal. Entretanto, vê-se que o acórdão objurgado destoa do entendimento firmado nesta Corte, merecendo reforma quanto ao regime. No caso é cabível o semiaberto, diante das circunstâncias judiciais favoráveis do art. 59 do CP e da pena inferior a 4 anos.

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (128 PINOS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.*

*3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.*

*4. [...]*

*5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (HC 367.301/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 17/10/2016).*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 1/3. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

**FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

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. A aplicação da redutora 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 consignado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida - 200 eppendorfs de cocaína (45,4g) -, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso. No caso, apesar da quantidade de drogas apreendidas e da sua natureza, a pena fixada foi inferior a 4 anos, o paciente é primário e a pena-base foi aplicada no mínimo legal. Dessa forma, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime, pois houve um excesso, haja vista que, o regime mais gravoso a ser fixado é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal - CP, e em consonância com a jurisprudência desta Turma. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 451.828/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018).

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial, para fixar o regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator