

**HABEAS CORPUS Nº 528.993 - AL (2019/0250598-4)**

**RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO CAVALCANTI DE ARAUJO**  
**ADVOGADO : CARLOS EDUARDO CAVALCANTI DE ARAUJO - AL011071**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS**  
**PACIENTE : MARCOS ANDERSON DA SILVA (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de MARCOS ANDERSON DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, proferido no julgamento do HC n. 0719541-17.2018.8.02.0001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas) e art. 12 da Lei 10.826/2003 (posse ilegal de arma de fogo), às penas de 7 (sete) anos de reclusão mais 1 (um) ano de detenção, além do pagamento de 710 (setecentos e dez) dias-multa, em regime inicial fechado, negado o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a defesa apelou perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fl. 51):

*PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO DE DROGAS. DELITOS DE NATUREZA PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. COMPROVADA A AUTORIA DELITIVA POR MEIO DA PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA EM AUDIÊNCIA, ALIADA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO RECORRENTE. JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. DOSIMETRIA DA PENA. IRRETOCÁVEL. PENA-BASE ESTABELECIDA PROPORCIONALMENTE À QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS REFERENTES AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. MANTIDO REGIME INICIAL FECHADO COM FUNDAMENTO NAS CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*

*I – Não há que se falar em nulidade da busca domiciliar, uma vez que amparada nas circunstâncias do flagrante. Os agentes policiais, de posse de informações prestadas pelo serviço de inteligência, chegaram até a residência do recorrente e ingressado nesta com*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*autorização do morador realizando a busca e apreensão das drogas e arma de fogo.*

*II - A conclusão obtida pelo juízo de origem sobre a condenação do recorrente foi baseada em vasto acervo probatório, uma vez que os depoimentos dos policiais prestados em Juízo constituem meio de prova apto a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes.*

*III – O apelante não faz jus à causa de diminuição da pena do tráfico privilegiado, sendo preso em flagrante, após informações do serviço de inteligência da polícia, com grande quantidade de droga além de um revólver com doze munições, indicando sua dedicação a atividades criminosas.*

*IV - Considerando que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena nos crimes de tráfico de drogas deve ser analisada à luz do art. 42 da Lei 11.343/2006 e art. 59 do CP, devendo prevalecer os critérios da Lei Especial, verifica-se que as circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas não foram integralmente favoráveis, uma vez avaliadas negativamente a quantidade e natureza das drogas apreendidas (03kg de maconha e 96g de crack). Assim, mantenho o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena.*

*V - Apelação conhecida e improvida.*

No presente *mandamus*, reitera o impetrante as alegações de flagrante nulidade decorrente da invasão domiciliar e do indevido afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, art. 33, da Lei n. 11.343/2006.

Pretende, em sede liminar e no mérito, a concessão da ordem de *habeas corpus* que seja declarada a nulidade por violação de domicílio do ora paciente. Subsidiariamente, requer que seja reconhecido o direito a causa de diminuição especial da pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, sendo redimensionada a pena imposta ao ora paciente.

Medida liminar indeferida conforme decisão de fls. 111/113.

Parecer ministerial de fls. 129/130 pela denegação da ordem.

Brevemente relatado, decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Na hipótese em debate, consignou a Corte *a quo* que a entrada dos policiais na residência foi franqueada pelo proprietário do imóvel, pai do acusado, tendo este assentido com a revista policial, a partir da qual foi encontrada 3 Kg (três kilos) de maconha, 96g (noventa e seis gramas) de crack, além de um revólver calibre 38 com 12 (doze) munições.

A par disso, *tem-se que*, através de investigações pretéritas, foi constatada a existência de indícios prévios da prática da traficância, o que autoriza a atuação policial, não havendo falar em nulidade da prisão em flagrante no interior do domicílio do agente por invasão policial.

De mais a mais, é firme neste Superior Tribunal de Justiça a orientação jurisprudencial no sentido de que o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade "guardar" é do tipo permanente, cuja consumação protraí-se no tempo, o qual autoriza a prisão em flagrante no interior do domicílio, inclusive no período noturno, independente de mandado judicial, desde que haja fundada razão da existência do crime. Nesse sentido:

***"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. VIVÊNCIA DELITIVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. HABEAS CORPUS DENEGADO.***

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

***2. Apresentada fundamentação concreta, evidenciada no fato de que os sentenciados se dedicam a atividades criminosas e fazem do crime seu meio de vida, pois praticavam o comércio ilícito de drogas - por meses - em frente ao fórum do município, reiterando, assim, a conduta delitiva, não há ilegalidade no decreto prisional.***

***3. Sabe-se que o prazo para a conclusão de julgamento de apelação não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, sendo imprescindível exame com razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais.***

***4. Na espécie, o andamento do recurso encontra-se compatível, embora tenha sido necessária a remessa dos autos ao Juízo de origem, para o oferecimento de contrarrazões por parte do Ministério Público, não se tributando, pois, aos órgãos estatais indevida letargia.***

5. Ainda que o paciente esteja preso desde 16/11/2016, verifica-se que, no momento, a custódia cautelar não se revela desproporcional, tendo em vista que este possui aplicada pena de 15 anos, 10 meses e 24 dias de reclusão.

6. Habeas corpus denegado, com a recomendação de celeridade no julgamento da apelação criminal n. 0002556-04.2016.8.26.0102/SP." (HC 453.095/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 16/10/2018).

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE DO FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA E QUESITAÇÃO PELA DEFESA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM E DA SAÚDE PÚBLICAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CUSTÓDIA JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CAUTELARES ALTERNATIVAS. INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. RECURSO DESPROVIDO.**

1. Acerca do alegado excesso de prazo para a formação da culpa e quanto à refutada não realização dos quesitos apresentados pela defesa, em audiência de custódia e posteriormente em pedido de revogação da prisão processual, verifica-se que tais temas não foram objeto de análise e deliberação pelo Colegiado local ao exarar o acórdão combatido, circunstância que inviabiliza a aspirada análise - direta - por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Por se tratar de flagrante de crime permanente, afigura-se dispensável o mandado judicial de busca e apreensão, podendo a autoridade policial (licitamente) realizar a prisão em flagrante do agente, ainda que em seu domicílio e sem seu consentimento, quando a conduta flagrancial da traficância se subsumir a quaisquer das hipóteses de incidência plasmadas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, e estiver precedida de fundada suspeita.

3. No caso, havendo fundadas suspeitas, oriundas de denúncias anônimas averiguadas pela polícia da localidade, de que o flagranteado estaria praticando o crime de tráfico de drogas, não há que se falar em nulidade da prisão, por se tratar de delito permanente, cuja invasão domiciliar não se submete à cláusula de reserva de jurisdição, conforme exegese autêntica do art. 303 do Código de Processo Penal, conjugada à redação do art. 5º, inciso XI, da Carta Política de 1988.

4. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada, na forma dos arts. 312 e 315, ambos do Código de Processo Penal, e em alinhio à

*jurisprudência firmada por esta Corte Superior sobre a matéria, pois a considerável quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, somadas ao contexto em que efetivado o flagrante da traficância, são fatores que revelam maior envolvimento do agente com a narcotraficância, demonstrando que a manutenção da constrição cautelar justifica-se como meio necessário e adequado à salvaguarda da ordem e da saúde pública.*

*5. Na hipótese, a segregação cautelar do acusado restou devidamente justificada na salvaguarda da ordem pública, precipuamente fundada na significativa quantidade e diversidade da droga apreendida em seu domínio, e cujo flagrante da traficância foi oriundo de denúncias anônimas, delineamento fático-processual apto a rechaçar a alvitada liberdade provisória.*

*6. Condições pessoais favoráveis, como a primariedade do agente, não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.*

*7. Pelas mesmas razões, revela-se indevida a aplicação das medidas cautelares etiquetadas no art. 319 do Código de Processo Penal quando a custódia preventiva se encontra ampara na gravidade efetiva do delito e na repercussão social pelo risco causado à ordem e à saúde pública.*

*8. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido."*  
(RHC 94.162/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/05/2018)

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE SOCIAL (APREENSÃO DE CRACK). RISCO DE REITERAÇÃO (CONDENAÇÃO ANTERIOR POR TRÁFICO). PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.**

*1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*

*2. A garantia constitucional de inviolabilidade ao domicílio é excepcionada nos casos de flagrante delito, não se exigindo, em tais hipóteses, mandado judicial para ingressar na residência do agente. Todavia, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. No caso, os elementos concretos constatados na diligência iniciada a partir de uma denúncia anônima, como a apreensão de droga e a fuga do suspeito para o interior da residência, legitimaram a atuação policial para realizar a prisão em flagrante do paciente. Precedentes.*

3. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

4. Na espécie, a medida extrema foi mantida pelo Tribunal estadual em razão da periculosidade social do paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas extraídas do flagrante, notadamente pela nocividade da droga apreendida - 26 porções de crack, bem como pelo fato de que estaria traficando drogas nas proximidades de uma creche municipal. Além disso, o paciente ostenta condenação anterior também por tráfico de drogas, inclusive é egresso do sistema carcerário e "conhecido no meio policial pela prática de diversos crimes" (e-STJ fl. 62), o que efetivamente evidencia o risco de reiteração em práticas ilícitas. Medida preservada nos termos do art. 312 do CPP. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 433.408/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/06/2018)

Noutro vértice, tampouco merece guarida a impetração relativamente a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

São estes os fundamentos do aresto hostilizado para afastar a aplicação do redutor, *litteris*:

*"Entendo, pois, a exasperação da pena-base proporcional à gravidade concreta do crime, grande quantidade de droga e natureza altamente prejudicial. Razão pela qual mantenho a pena-base em 7 anos de reclusão.*

*Na segunda etapa, não foi reconhecida a presença de agravantes ou atenuantes, permanecendo a pena anteriormente fixada.*

*Na última fase, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, requerida pela defesa, dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

*O apelante não faz jus a referido benefício uma vez as circunstâncias em que foi preso, após informações do serviço de inteligência da polícia, sendo encontrado além de grande quantidade de droga, também um revólver com doze munições, apontam que se dedica a atividades criminosas.*

*Considerando que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena nos crimes de tráfico de drogas deve ser analisada a luz do art. 42 da Lei 11.343/2006 e art. 59 do CP, devendo prevalecer os critérios da Lei Especial, verificamos que as circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas não lhe foram integralmente favoráveis, uma vez que*

*foram avaliadas negativamente a quantidade e natureza das drogas apreendidas.*

*Assim mantenho o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena.*

*[...]*

*Mantenho assim a pena fixada na origem de 7 anos de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime fechado.*

*Utilizando-se dos mesmos critérios para encontrar a pena privativa de liberdade, a pena de multa resta mantida no patamar de 700 (setecentos) dias-multa.*

*Por fim, em relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo (art. 12 do Estatuto do Desarmamento), nenhum reparo deve ser feito na dosimetria desse delito, já que a pena foi arbitrada no mínimo legal.*

*Logo, improcedente os pedidos recursais, razão pela qual mantenho as penas aplicadas pela prática do crime de tráfico de drogas no patamar de 7 anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa calculados à razão mínima.*

*Pelo exposto, VOTO pelo conhecimento do recurso de apelação criminal, para no mérito, negar-lhe provimento e manter as condenações pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06) e posse ilegal de arma de fogo (art. 12 do Estatuto do Desarmamento), bem como as penas impostas na sentença recorrida."*

Vê-se, a instância ordinária negou a aplicação do aludido redutor considerando que as circunstâncias apuradas na instrução processual, evidenciaram a dedicação do réu em atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente exame aprofundado de fatos e provas, inviável no rito eleito. À propósito:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]*

*2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.*

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes. [...]

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. [...]

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. [...]

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]



2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus. [...]

6. Habeas corpus não conhecido." Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016)

Tampouco há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado. Isso porque a quantidade e natureza da droga apreendida, de fato, conforme consignado pelo juízo de primeiro grau, justifica a fixação do regime prisional mais gravoso. Nesse diapasão:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- No caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 344.946/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016)

*"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.*

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Fixado o regime inicial fechado não só com base na hediondez do delito, mas também em razão da natureza, quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente - 22 porções de maconha, pesando 61,37g, 24 eppendorfs de cocaína, pesando 15,64g e 22 eppendorfs de crack, pesando 4,19g - fundamentos os quais, inclusive, justificaram a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido." (HC 371.001/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2016)

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PREPONDERÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MINORANTE NÃO AFASTA HEDIONDEZ. MATÉRIA PACIFICADA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. INVIÁVEL O EXAME EM RECURSO ESPECIAL.**

*I - A valoração negativa da circunstância referente à quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, realizada, seja na primeira ou na terceira fase da dosimetria, na linha da orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, autoriza a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. (Precedentes). [...]*

*Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1480517/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/09/2015)

Por fim, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

Dessa forma, inexistente flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator