



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 503.766 - MG (2019/0102590-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **RODRIGO MESSIAS DA MATA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - MG000461D
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGADA ILICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS UTILIZADAS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS. MODO SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

3. No caso, a justa causa para a medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, ao checaram denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas no domicílio do paciente, encontraram vários usuários ao redor da casa, assim com um adolescente, que ao perceber a aproximação deles, tentou empreender fuga pulando o muro da residência.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

5. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

6. Hipótese na qual a Corte de origem, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Drogas, considerou a natureza e a quantidade das drogas apreendidas (13,6g de maconha e 82 pedras de *crack*, com peso de 22,09g) exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3, o que não se mostra desproporcional. Precedentes STJ e STF.

7. Embora o acusado seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade e da natureza das substâncias apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

8. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).

9. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 24 de setembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 503.766 - MG (2019/0102590-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : RODRIGO MESSIAS DA MATA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - MG000461D
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de agravo regimental interposto por **RODRIGO MESSIAS DA MATA** contra decisão desta Relatoria, que não conheceu do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 421-428).

A defesa alega, em síntese "a eventual existência de denúncia anônima acerca da prática de um delito, isoladamente, não caracteriza justificativa prévia conforme o direito que justifique o ingresso na residência dos réus, sem autorização judicial" (e-STJ, fl. 440).

Assevera que "*In casu*, todas as provas obtidas no processo foram obtidas de forma ilícita, incidindo a teoria dos frutos da árvore envenenada" (e-STJ, fl. 456).

Argumenta que "em pese a fundamentação apresentada, a apreensão de 22,09g de cocaína e 12,60g de maconha na residência em que se encontrava o réu, por si só, não justifica a redução do *quantum* de diminuição de penas e o cumprimento da reprimenda em meio fechado, principalmente porque a reprovabilidade em relação ao fato delituoso não extrapolou os limites próprios do tipo penal cometido" (e-STJ, fl. 458).

Por fim, aduz que "O Supremo Tribunal Federal também tem se manifestado no sentido de admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no tráfico privilegiado" (e-STJ, fl. 460).

Requer, portanto, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito à apreciação da Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 503.766 - MG (2019/0102590-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : RODRIGO MESSIAS DA MATA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - MG000461D
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGADA ILICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS UTILIZADAS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS. MODO SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

3. No caso, a justa causa para a medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, ao checaram denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas no domicílio do paciente, encontraram vários usuários ao redor da casa, assim com um adolescente, que ao perceber a aproximação deles, tentou empreender fuga pulando o muro da residência.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

5. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

6. Hipótese na qual a Corte de origem, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Drogas, considerou a natureza e a quantidade das drogas apreendidas (13,6g de maconha e 82 pedras de *crack*, com peso de 22,09g) exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3, o que não se mostra desproporcional. Precedentes STJ e STF.

7. Embora o acusado seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade e da natureza das substâncias apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

8. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).

9. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

A irresignação não merece prosperar.

O agravante não trouxe argumentos capazes de infirmar o *decisum* agravado, razão pela qual mantenho a decisão impugnada por seus próprios fundamentos:

"No tocante à suposta nulidade das provas obtidas mediante violação do domicílio do réu, o Tribunal de origem assim se manifestou:

"A defesa alega que as provas produzidas *in casu* o foram oriundas de invasão de domicílio, vedado pelo art. 5º, inciso XI, da CR/88, sendo que sequer "foi juntado aos autos certidão emitida pelo disque denúncia da polícia militar informando seu horário e conteúdo" (fls. 228v).

Todavia, tal não se depreende do acervo probatório, já que não houve uma denúncia formal, pelo disque denúncia, **tendo o miliciano João Carlos Júnior esclarecido que 'durante turno de serviço, recebemos informações de pessoas que não quiseram se identificar por medo de represálias, relatando que indivíduos estariam usando a residência situada à Rua Wilson Carlos, nº 170, bairro Cidade Nova, para o comércio de entorpecente'. Ele continua narrando que, ao chegar no local apontado, visualizaram vários usuários de drogas, o menor fugiu, tendo o acusado colaborado e apontado o local onde estariam escondidas as drogas (fls. 04/05 e 124).**

Assim, o acusado encontrava-se em flagrante delito e como é sabido, a garantia constitucional da inviolabilidade da residência comporta exceções, como em caso de flagrante delito ou mediante o cumprimento de ordem judicial (art. 5º, XI, da CF/88).

Sabe-se que para a configuração do estado flagrancial no crime tipificado no artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 não é necessário que o acusado seja encontrado efetuando a venda de drogas, mas também qualquer das outras condutas descritas como, importar, preparar, produzir, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever e outras.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, conforme se infere dos autos, **ao averiguar denúncia de tráfico, os milicianos encontram drogas após o apelado indicar o local, destinadas ao comércio.**

De acordo com o artigo 303 do Código de Processo Penal "nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência".

Assim, tratando-se o tráfico de drogas de delito permanente, cuja situação de flagrância se protraí no tempo, incabível a alegação de violação ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Dessa forma, **seja pela situação de flagrância, seja pela própria colaboração do apelado, a apreensão de drogas próximo à sua residência é prova lícita e válida para comprovar o crime pelo qual ele foi condenado.**" (e-STJ, fls. 317-318)

Sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.616/RO, firmou entendimento no sentido de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 05/11/2015).

No caso, observa-se que os policiais teriam recebido denúncia anônima de tráfico, o que motivou o deslocamento dos agentes até o endereço informado. Ao chegarem, eles constataram a existência de vários usuários de drogas, e quando um menor tentou fugir, adentrarem no local para a realização da prisão em flagrante.

Tais circunstâncias não deixam dúvida quanto a presença de fundadas razões de que naquela localidade estaria ocorrendo o delito de tráfico o que autoriza o ingresso forçado dos policiais na residência do paciente, consoante pacífico entendimento desta Corte:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DA DEFESA DE ILEGALIDADE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME PERMANENTE. FORTE ODOR DE MACONHA. NERVOSISMO DO PACIENTE. RAZÃO PARA REALIZAR A BUSCA NO IMÓVEL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE 667 PORÇÕES DE CRACK (286,14 G), 1.605 INVÓLUCROS DE MACONHA (6.731,81 G), 1.244 INVÓLUCROS DE COCAÍNA (1.533,23 G) E 35 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME.

1. Consta nos autos que os policiais perceberam o nervosismo do paciente e que ao chegarem à residência, já sentiram um forte odor de maconha, razão pela qual fizeram a busca dentro da residência.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 423.838/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018).

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, julgado em 06/04/2017, DJe 25/04/2017).

Quanto ao pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, mais uma vez não assiste razão à defesa.

No ponto, o Tribunal *a quo* assim decidiu:

"[...] a natureza e a quantidade das drogas apreendidas - total de 22,09g (vinte e dois gramas e nove centigramas) de cocaína e 12,60g (doze gramas e sessenta centigramas) de maconha – considerável, aliadas às circunstâncias do fato e depoimentos prestados, demonstram que a conduta perpetrada pelo apelado visava o tráfico ilícito de drogas, em busca de ganho fácil de dinheiro, motivos esses que impedem a redução da pena no máximo de 2/3 (dois) terços." (e-STJ, fl. 320)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal na Lei n. 11.343/2006, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, como se observa, o Tribunal de origem fixou a incidência da minorante em 1/3, considerando a natureza e a quantidade das drogas apreendidas **(dois tabletes e uma bucha de maconha, com peso de 12,60g, e 77 pedras pequenas, com peso de 16,32g, e 6 pedras maiores, com peso de 5,77g, de crack)**.

Logo, devidamente motivada a escolha do patamar de redução, a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"[...] 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/3 (um terço), dada a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas."

(HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2015.)

"2. 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.

3. A natureza, a variedade da droga constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal." (HC 372.209/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 20/10/2016).

No tocante aos pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consta no acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impugnado:

"[...] considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas na operação policial - total de 22,09g (vinte e dois gramas e nove centigramas) de cocaína e 12,60 (doze gramas e sessenta centigramas) de maconha -, relevantes e consideráveis, entendo que o regime semiaberto é o que melhor se adequa à hipótese dos autos.

[...]

[...] entendo que a substituição da pena privativa de liberdade não é suficiente à prevenção delituosa, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, sendo que deve ser levada em consideração a existência de várias denúncias anônimas versando sobre a prática da mercancia ilícita de drogas perpetrada pelo acusado (02/05 e 124/125), bem como a significativa quantidade das drogas apreendidas na operação policial, que poderiam ser fracionadas em aproximadamente 280 (duzentos e oitenta) porções para consumo pessoal, além das circunstâncias em que se deram os fatos, já que foram recebidas informações da ocorrência de tráfico de drogas no local de forma constante.

Assim, as circunstâncias da prática do delito, com especial destaque para a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, indicam que a substituição da pena privativa de liberdade não é suficiente à prevenção delituosa, uma vez que não seria suficiente para reparação e prevenção penal." (e-STJ, fls. 325-326)

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012). Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Dessa forma, estabelecida a pena final em 3 anos e 4 meses de reclusão e aferidas a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (**22,09g de cocaína e 12,60 de maconha**), na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o modo intermediário é o **adequado** para a reprovação do delito.

Confira:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (COCAÍNA). ART. 42 DA LEI 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

2. No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo-legal, reconhecida primariedade do paciente e o *quantum* de pena permita, em tese, a fixação do regime mais brando, a natureza da droga apreendida - cocaína -, justifica a imposição de regime mais gravoso, no caso o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

3. O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Na hipótese dos autos, após estabelecer a reprimenda do paciente em 2 (dois) anos de reclusão, a Corte estadual entendeu insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão das circunstâncias do caso concreto, sobretudo diante da natureza da substância apreendida - cocaína -, o que não destoia da jurisprudência desta Corte Superior.

Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 375.316/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 25/5/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- No caso, inexistente coação ilegal a ser sanada, pois, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime inicial aberto, o regime intermediário foi fixado com base na gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

variedade e nocividade das drogas apreendidas, elementos que, inclusive, justificaram a escolha da fração redutora de 1/2 pelo tráfico privilegiado. Inteligência dos art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 386.152/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 22/8/2017).

Por fim, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas. Tais proibições foram, inclusive, suprimidas do texto legal por meio da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos condenados por delitos previstos na Lei de Drogas, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, contudo, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), especificamente a quantidade e a natureza das drogas apreendidas.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICA O REGIME EXCESSIVAMENTE MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. Precedentes.

5. No caso, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, sopesados na terceira fase da dosimetria, constitui fundamento idôneo para a fixação do regime prisional mais gravoso e para negar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição por restritivas de direitos. Entretanto, tais circunstâncias apenas justificam o regime intermediário, tendo em vista que o paciente é primário e a condenação não é superior a 4 anos.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017)." (e-STJ, fls. 421-428).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0102590-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 503.766 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0261160157820 1026116015720 10261160157820001 261160157820

EM MESA

JULGADO: 24/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - MG000461D
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RODRIGO MESSIAS DA MATA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : RODRIGO MESSIAS DA MATA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - MG000461D
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.