



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 746.166 - SP (2022/0165840-4)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RAFAEL RODRIGO MARCONDES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA - SP330858
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. RECURSO MINISTERIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A despeito da conhecida nocividade da cocaína, deve-se sopesar também a irrisória quantidade apreendida, de meros 60g (sessenta gramas), *quantum* que não pode ser considerado exacerbado sob qualquer perspectiva.

2. Assim, diante do *quantum* da reprimenda (1 ano e 8 meses de reclusão), da primariedade do réu e da pequena quantidade de entorpecente (60g de cocaína), o paciente faz jus ao regime inicial aberto, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Por fim, afastada a hediondez ou a gravidade abstrata do crime, como critério para obstar a substituição das penas, e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, como definidas na sentença condenatória.

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Região), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de setembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 746.166 - SP (2022/0165840-4)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RAFAEL RODRIGO MARCONDES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA -
SP330858
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(RELATOR):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática em que concedi a ordem de *habeas corpus* ao agravado em *decisum* assim relatado (e-STJ fls. 295/296):

Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de RAFAEL RODRIGO MARCONDES no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n.0000114-56.2018.8.26.0535.

*Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 12/1/2018, na posse de aproximadamente **60g (sessenta gramas) de cocaína.***

Finda a instrução, o paciente foi condenado pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituída por duas restritivas de direitos, e 166 dias-multa (e-STJ fls. 159/162).

Irresignado, o Ministério Público estadual apelou buscando a fixação do regime inicial fechado e o afastamento da substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Em sessão de julgamento realizada no dia 8/5/2019, a Décima Primeira Câmara Criminal do Tribunal a quo, por votação unânime, deu provimento ao recurso ministerial para impor o regime inicial fechado e afastar a substituição por penas restritivas de direitos, mantendo, no mais, a sentença (e-STJ fls. 231/234).

Pretende-se, no presente habeas corpus, liminarmente e no mérito, diante da não expressiva quantidade de droga apreendida na posse do paciente, a fixação de regime inicial aberto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituída por uma restritiva de direitos e multa ou duas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido.

As informações foram prestadas.

O Parquet federal opinou pelo não conhecimento do writ.

É, em síntese, o relatório.

Em suas razões, alega o agravante não fazer o agente jus ao regime carcerário aberto e à substituição da reprimenda corporal por sanções restritivas de direitos em razão da natureza deletéria e da grande quantidade da droga apreendida – 94 porções de cocaína (e-STJ fls. 306 e 308).

Busca, assim, seja reconsiderada a decisão agravada ou submetido o presente recurso ao órgão colegiado (e-STJ fl. 310).

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 746.166 - SP (2022/0165840-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(RELATOR):

A irresignação não merece prosperar.

No caso em tela, assim foi fundamentada a fixação do modo carcerário e a substituição da reprimenda corporal na sentença condenatória, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 161/162, grifei):

Na primeira fase da dosimetria das penas, quanto aos antecedentes, o acusado não possui condenações criminais transitadas em julgado, razão pela qual não há que se falar em vida pregressa delituosa para fins de majoração da pena provisória.

Por outro lado, em razão da natureza da droga apreendida, cocaína (na medida em que quanto mais forte for a droga ilícita, mais grave será a consequência em função da sua utilização), a pena base deve ser majorada de 1/6, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes. Contudo, o réu confessou os fatos, razão pela qual a pena deve ser diminuída de 1/6, não podendo, entretanto, nesta etapa da dosimetria, ficar abaixo do mínimo legal. Por isso, a pena provisória é fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Na terceira fase, presente a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto o acusado é primário, não registra Maus Antecedentes, bem como não há nos autos demonstração inequívoca de que integre organização criminosa e se dedique a atividades ilícitas.

*Ademais, verifica-se que a quantidade de droga apreendida está dentro da normalidade para traficantes da espécie. Assim, a pena deve ser reduzida de 2/3, resultando em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. **O regime para cumprimento da pena é o semiaberto, nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, tendo em vista a natureza da droga apreendida, consoante já exposto acima.** Conforme a Resolução 05/2012 do Senado Federal (Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corpus nº 97.256/RS) e por estarem presentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, especialmente pela pouca quantidade de droga apreendida, pela confissão e por ter o réu demonstrado arrependimento, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consubstanciadas em prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidades públicas, fixadas na razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, conforme critérios previstos no art. 46, do Código Penal, e pela pena de multa, fixada pelo mínimo legal, pelas mesmas razões quando da fixação da pena-base, sem prejuízo da pena de multa fixada no preceito secundário do tipo penal. Ainda, pela concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, concedo ao réu o direito ao recurso em liberdade.

O Tribunal a quo, alterando a sentença, consignou que (e-STJ fls. 233/234, grifei):

E o recurso do Ministério Público comporta provimento.

O II. Magistrado sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo (1/6) em razão da quantidade de entorpecente; e com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, retornou a 5 anos de reclusão, mais 500 diárias de multa. Na terceira fase, reconheceu o tráfico privilegiado, e aplicou a fração em seu patamar máximo, nada devendo ser alterado neste particular.

No entanto, no tocante ao regime inicial fixado e a substituição da pena corporal por penas alternativas, com a devida vênia ao MMo. Juiz de Direito a quo, tem-se que a gravidade concreta do delito e o dano social que este provoca fazem com que o regime inicial semiaberto e a substituição por penas alternativas, ao menos no caso em tela, não se mostrem adequados para a repreensão da conduta do recorrente, especialmente em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida (94 porções de cocaína), estando correto o pleito do Ministério Público em suas razões de apelação.

O subscritor não ignora os termos das Súmulas 440 do STJ, bem como 718 e 719 do STF, as quais também orientam a fixação do regime; mas entende como adequado que o início do cumprimento de pena ocorra no regime fechado, ainda que o acusado seja primário; também porque a fixação de regime menos gravoso incentivaria o comércio ilegal de drogas, causando à sociedade a sensação de impunidade e banalização do crime.

Além do mais, a imposição do regime mais gravoso para início do cumprimento da pena é o reflexo esperado por conta do tratamento rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas, que, inclusive, é equiparado a crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondo pela legislação infraconstitucional.

*Por essa razão, entendendo-se diversamente do d. Juízo da origem, **afasta-se a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos**, e fixa-se o regime fechado para início de cumprimento de pena do sentenciado.*

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para se impor o regime inicial fechado e afastar a substituição por penas restritivas de direito, mantendo-se, no mais, a sentença atacada por seus próprios fundamentos.

Como explanado na decisão ora agravada, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a primariedade e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Dessa forma, apesar da nocividade do *crack*, entendo que, diante do *quantum* da reprimenda (1 ano e 8 meses de reclusão), da primariedade do réu e, **ao contrário do que alega o agravante, da pequena quantidade de entorpecente** (60g – sessenta gramas – de cocaína), o agravado faz jus ao regime inicial **aberto**, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Por fim, afastada a hediondez ou a gravidade abstrata do crime, como critério para obstar a substituição das penas, e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, continuo entendendo **cabível a conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos**, como definidas na sentença condenatória.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

5. Uma vez que o paciente era tecnicamente primário ao tempo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito, teve a pena-base fixada no mínimo legal, foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 - a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" -, o regime aberto é o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. A favorabilidade de todas essas circunstâncias também evidencia que a substituição da pena se mostra, no caso, medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

6. Ordem concedida para: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa; b) fixar o regime aberto; c) determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (HC n. 387.244/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017.)

À vista de tais pressupostos, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0165840-4

AgRg no
HC 746.166 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001145620188260535 1145620188260535

EM MESA

JULGADO: 27/09/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretária

Bela. GISLAYNE LUSTOSA RODRIGUES

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA - SP330858
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL RODRIGO MARCONDES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RAFAEL RODRIGO MARCONDES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA - SP330858
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.