



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 564996 - SP (2020/0056182-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ  
IMPETRANTE : NATAN TERTULIANO ROSSI  
ADVOGADO : NATAN TERTULIANO ROSSI - SP367484  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOAO MARCELO FERREIRA PEREIRA  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS (**218,73g DE MACONHA E 50,2g DE COCAÍNA**). FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, PRIMARIEDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO E FIXAÇÃO DA PENA EM UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO. CASO CONCRETO QUE, A DESPEITO DA FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA, POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOÃO MARCELO FERREIRA PEREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 1500170-06.2019.8.26.0559.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado "*à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, [em regime inicial **fechado**] e 166 dias-multa, sobre o valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente, como incurso no **artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06**" (fl. 35), pois "trazia consigo, com o fim de posterior venda a terceiros consumidores, **218,73g** (duzentos e dezoito gramas, setecentos e trinta miligramas) de *Cannabis sativa L*, vulgarmente conhecida como **maconha**, e **50,2g** (cinquenta gramas e duzentos miligramas) de **cocaína em pó**" (fl. 33, sem grifos no original).*

Inconformado, o Condenado interpôs recurso de apelação, que foi desprovido pelo Colegiado de origem (fls. 17-20).

Neste *writ*, o Impetrante sustenta, em suma, que o Paciente preenche os requisitos necessários para a fixação do regime prisional aberto e para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Requer, em liminar e no mérito, "*seja fixado em definitivo o regime aberto para cumprimento da reprimenda, bem como, para a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos*" (fl. 15).

O pedido liminar foi deferido em menor extensão "*para determinar que o Paciente seja colocado, até o julgamento final deste writ, no regime semiaberto, se por outro motivo não estiver em regime mais gravoso*" (fls. 42-44).

Foram prestadas informações às fls. 50-111 e 117-128.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 130-133).

É o relatório.

Decido.

A fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena aplicada deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal. Quanto ao crime de tráfico de drogas, deve-se, ainda, considerar a preponderância das circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

Portanto, anoto que não há violação dos Verbetes Sumulares n. 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta do delito.

Na hipótese, o Tribunal de origem, ao manter o regime inicial fechado, apresentou os seguintes fundamentos (fls. 19-20, sem grifos no original):

*"Feitas essas considerações, passa-se à análise da dosimetria das penas.*

*Na primeira fase, o juízo a quo corretamente **fixou a pena-base no mínimo legal**, ou seja, 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.*

*Na segunda etapa, embora reconhecida a **confissão espontânea**, a pena manteve-se inalterada, pois a incidência de atenuante não pode conduzir a sanção penal para alguém do mínimo legal, de acordo com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.*

*Por fim, o juiz sentenciante **aplicou o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 2/3**, por considerar a primariedade do réu e a quantidade de droga apreendida, totalizando, a final e definitiva, em 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo.*

*O regime inicial fechado mostra-se o único adequado, pois as circunstâncias em que cometido o delito, com **apreensão de várias porções de maconha e cocaína já individualizadas**, demonstram que **desconto mais brando não seria suficiente para atingir o caráter qualitativo da reprimenda**. E não se olvide que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.*

[...]

***Também não era o caso de substituição da pena corporal do sentenciado por alternativa.** É certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível a aplicação do art. 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas. **Contudo, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso.***

*Por fim, oportuno destacar que, a despeito de comumente chamar-se de tráfico 'privilegiado' a figura prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, o rigor técnico obriga a reconhecer que não se trata de tipo penal autônomo menos grave,*

*mas sim de mera causa de diminuição de pena. E, como é cediço, a existência de minorante de pena não tem o condão de alterar o próprio tipo penal, afastando, no caso do gravíssimo crime de tráfico de drogas, a hediondez do delito."*

Verifica-se que a Corte de origem apresentou fundamentação concreta para a fixação de regime prisional mais gravoso, todavia, no caso, considerando a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a primariedade do Paciente, a aplicação da causa especial de diminuição de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), bem como a pena definitivamente fixada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão – mostra-se cabível, em observância aos critérios de **razoabilidade e proporcionalidade**, a fixação do regime inicial **semiaberto**.

No que tange ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, constata-se o acerto do acórdão impugnado, porquanto a quantidade e natureza da droga apreendida – 218,73g de maconha e 50,2g de cocaína – é motivo legítimo para vedar a substituição pretendida.

Cito o seguinte precedente:

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. É cediço na jurisprudência desta Corte Superior que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para (i) a determinação da fração de redução da pena, com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, (ii) a fixação do regime mais gravoso e (iii) a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.*

*2. Na espécie, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, em que pese a reprimenda corporal final tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos (2 anos e 11 meses de reclusão), a quantidade e alta nocividade de uma das drogas apreendidas - 79 eppendorfs, contendo 23,19g de cocaína; e 29 porções de maconha, com peso líquido de 90,32g - justificam tanto a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

*3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1854060/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 28/02/2020, sem grifos no original.)*

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM** de *habeas corpus* para fixar o regime inicial semiaberto, se por outro motivo o Paciente não estiver em regime mais gravoso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora