



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 544629 - SP (2019/0336206-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ  
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ANGELO ANTONIO ARANTES (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

**HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. (15,56 GRAMAS DE COCAÍNA).** PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 APLICADA EM 1/2 (METADE). PENA MENOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA.

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANGELO ANTÔNIO ARANTES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0001042-07.2018.8.26.0535.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, no dia 24/04/2018, e condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/2006, por trazer consigo "*substância entorpecente, qual seja, cocaína, dividida em 31 invólucros individuais (eppendorfs), com peso líquido aproximado de 15,56 gramas*" (fl. 17).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, que foi provido para "*reduzir a pena do apelante para dois anos e onze meses de reclusão e pagamento de duzentos e noventa e um dias-multa, vencido o Relator sorteado, que provia o apelo em menor extensão*" (fl. 80).

Neste *habeas corpus*, a Parte Impetrante alega, em síntese, que o Paciente faz jus ao regime inicial aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Afirma que o "*caráter supostamente hediondo do delito não impede a fixação de regime fechado, eis que tal imposição legal já foi fulminada pela declaração de inconstitucionalidade por parte da Suprema Corte*" (fl. 5).

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial aberto com a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Deferi o pedido liminar às fls. 83-85, para estabelecer para como inicial o regime prisional aberto, com as condições a serem definidas pelo Juiz Sentenciante.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 100-118.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 120-125, opinando não conhecimento do *writ* e a concessão de *habeas corpus*, de ofício, para aplicar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório. Decido.

Na individualização da reprimenda, o Juiz sentenciante, ao fixar a pena e o regime inicial para o seu cumprimento, lançou a seguinte fundamentação (fls. 54-55):

*"Verificando as diretrizes do art. 59 do Código Penal c.c. o art. 42 da Lei n. 11.343/06, fixo a pena base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.*

*Ineficaz o reconhecimento da atenuante da confissão, ante a fixação da pena base no mínimo legal (Súmula 231 STJ).*

*Observada a causa de aumento de pena (cometimento do delito envolvendo menor), aumento as penas de 1/6, totalizando 05 anos e 10 meses de reclusão.*

*Arcará ainda o réu com a pena pecuniária que ora fixo em 583 dias-multa, fixando cada qual em patamar mínimo.*

*O acusado não faz jus à diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, art. 33, Lei n. 11.343/06, pois restou comprovado que exercia a traficância como meio de vida. Em nenhum momento comprou o exercício de qualquer atividade lícita.*

*Aliás, não bastasse isso, a expressiva quantidade dos entorpecentes apreendidos(31 porções de cocaína, com peso líquido aproximado de 15,56 gramas), bem como o envolvimento de um menor na traficância, inviabilizam no presente caso a aplicação do referido dispositivo legal, a teor do que estabelece o art. 42 do mesmo diploma.*

*Ante o exposto, e atento ao que mais consta dos autos, JULGO PROCEDENTE a ação penal e condeno ANGELO ANTONIO ARANTES, já qualificado, por incurso no art. 33, 'caput' cc art. 40, inciso IV, da Lei no 11.343/06, a cumprir em estabelecimento adequado a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 dias-multa, calculado o valor unitário da pena pecuniária no mínimo legal, não havendo maiores informações sobre sua situação financeira.*

*Nego ao mesmo o direito de apelar em liberdade, considerando-se os malefícios inerentes ao tráfico de drogas ao meio social e a necessidade de manutenção da ordem pública."*

O Tribunal *a quo* aplicou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 no patamar de 1/2 (metade) e manteve o regime inicial fechado com base na seguinte fundamentação (fls. 76-77; sem grifos no original):

*"Quanto ao regime prisional impossível à espécie, correta a adoção da modalidade inicial fechada, pois, inobstante o tempo de prisão provisória do apelante, tem-se que a opção pelo módulo carcerário mais rigoroso atende, sobretudo em virtude da gravidade concreta da hipótese vertente, ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, não havendo, dessarte, falar-se na incidência, in casu, das Súmulas n.ºs 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Pretório Excelso, tampouco do regramento contido nos artigos 33, § 2º, e 59, ambos do Estatuto Repressor, e 387, § 2º, do Código de Processo Penal (acrescentado pela Lei n.º 12.736/12)."*

Como se vê, a Corte local fixou o regime inicial fechado pela suposta **gravidade concreta do delito, mas deixou de apresentar qualquer argumento.**

Dessa forma, não se justifica o regime prisional fechado, tendo em vista que, na espécie, a pena definitiva foi fixada em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, com pena-base no mínimo legal, e a primariedade do Paciente reconhecida – circunstâncias que autorizam o estabelecimento do **regime inicial aberto**, mesmo neste juízo singular e provisório.

Exemplificativamente:

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REGIME PRISIONAL.**

*PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*

*1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga – 38,1g de maconha –, legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, 2/3.*

*2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.*

*3. Situação concreta em que praticado o crime de tráfico de drogas com a pena final inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo possível a fixação do regime aberto, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da quantidade de droga apreendida.*

*4. Pelas mesmas razões, e tendo em vista a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.*

*5. Ordem de habeas corpus concedida para confirmar a liminar e fixar o regime inicial aberto para o cumprimento de pena, bem como redimensionar as penas do Paciente em 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido, e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal." (HC 471.171/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 19/02/2019.)*

De outra parte, constata-se que a Corte de origem obstou a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos com fundamento apenas na gravidade abstrata do delito de tráfico, porque (fl. 76):

*"pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da expressiva quantidade da droga apreendida, com a observação de que o apelante, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando-as e arruinando suas vidas futuras. Por outro lado, o quantum de pena aplicado não autoriza o referido benefício, conforme se depreende do disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal."*

No julgamento do HC n.º 97.256/RS, a Corte Suprema reconheceu, incidentalmente, a parcial inconstitucionalidade do § 4.º do art. 33 e do art. 44, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/2006, o que tornou possível a concessão da substituição das penas aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Desse modo, diante da primariedade do Recorrente e da ausência de circunstâncias judiciais negativas, tanto que a sua pena-base foi fixada no patamar mínimo legal, é possível a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

A propósito, confira-se:

*"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Uma vez que o réu foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada no mínimo legal, era tecnicamente primário ao*

*tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, foi apreendido com quantidade de drogas não tão elevada e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devida a imposição do regime inicial **aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.*

*2. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 479.019/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 29/08/2019, sem grifos no original).*

**"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, LEI N. 11.343/06. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS JUSTIFICADOS. PRIMARIEDADE DO AGENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

*1. Na definição 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 condenado pelo 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 da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.*

*2. Nesse contexto, estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, do Código Penal.*

*3. Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do CP), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução.*

*4. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 476.367/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019, sem grifos no original.)*

Ante o exposto, **CONCEDO A ORDEM de habeas corpus** para modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e deferir a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos a serem fixados pelo Juízo das Execuções Penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora