

HABEAS CORPUS Nº 493.040 - SP (2019/0040192-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : EMERSON FLORA PROCOPIO
ADVOGADO : EMERSON FLORA PROCÓPIO - SP272900
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAUE ROBERTO SANTANA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. Ordem concedida liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* ajuizado em nome de **Kauê Roberto Santana da Silva**, condenado pela prática de tráfico de drogas (19 porções de *crack* – 5,8 g) à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, inicialmente, no regime fechado, e de 333 dias-multa.

Ataca-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 0002687-72.2016.8.26.0168 (fls. 222/228), complementado pelo dos embargos de declaração (fls. 262/269).

Sustenta-se, em síntese, o seguinte (fl. 7):

No caso dos autos, ao referido crime, considerando aplicabilidade em seu mínimo legal, considerado o privilégio e as circunstâncias favoráveis do apelante, já em primeiro grau ficou na casa inferior a quatro anos de reclusão, sendo, portanto, além da alteração do regime fixado (de fechado para aberto), perfeitamente cabível a substituição da pena aplicada, desconsiderada tal substituição pela autoridade coatora.

E requer-se (fls. 7/8):

1. Seja concedida liminarmente a ordem de *Habeas Corpus*, para revogar

a prisão do paciente determinada pela 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, uma vez que faz jus a substituição de prisão.

2. No mérito, seja conhecido e provido o presente Remédio Constitucional, confirmando a liminar, vedando a prisão do paciente concedendo-lhe a substituição da pena conforme requerido nas razões alhures, determinando que cumprimento da pena (provisória e definitiva) do paciente KAUÊ ROBERTO SANTANDA DA SILVA seja feita em regime aberto, expedindo o respectivo contramandado de prisão ou alvará de soltura, por medida de JUSTIÇA.

É o relatório.

Na espécie, é evidente o constrangimento ilegal.

Ao contrário do que consta do acórdão dos embargos de declaração, o Tribunal estadual, para manter o regime fechado e negar a substituição da pena, não levou em consideração as *particularidades do caso concreto* (fl. 267), mas apenas a gravidade em abstrato e a hediondez do delito pelo qual foi condenado o paciente. As mesmas razões tinham sido expostas na sentença condenatória (fl. 183).

Eis o que disse a Corte paulista no acórdão da apelação e no dos embargos sobre os pontos ora suscitados (fls. 226/227 e 265/266):

[...]

De outro lado, emerge mesmo inconcebível a substituição da carcerária por penas restritivas de direitos, pese embora o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, em controle difuso de constitucionalidade, pois permanece impossível, *data venia*, a substituição prevista no artigo 44, do Código Penal ou a suspensão condicional da pena em casos desta natureza, pois o crime de tráfico de entorpecentes é de gravidade peculiar que desestabiliza a vida em sociedade e fere de morte a saúde pública, porquanto fomenta, simultânea e irremediavelmente – até as pedras estão cansadas de saber –, a violência, a destruição dos lares e das famílias e a prática de n crimes, sobretudo para o fim de viabilizá-los, tanto que, por força de norma constitucional, é assemelhado aos delitos hediondos, circunstância que se mostra incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou com o sursis.

É que não se consegue compreender ou avaliar, por mais que se esforce, qual seria a pena substitutiva ou as condições do sursis adequadas, suficientes e condizentes ao traficante (pequeno, médio ou grande), indivíduo sem escrúpulos que tem como único objetivo o ganho fácil, na medida que não se

importa com a vida alheia, emergindo sintomático que – até o momento – jurista sério algum tenha ousado sugerir-las, pois, evidentemente incompatíveis com a índole nefasta de quem certamente trará incomensuráveis riscos aos incautos que dele se aproximarem, podendo-se imaginar, lamentavelmente, as trágicas e irreversíveis consequências que traria, é óbvio, ao prestar serviços à comunidade ou a entidades públicas, por exemplo, em hospitais, faculdades, igrejas, centros de recuperação de viciados, escolas, prefeituras, centros de saúde, ou até mesmo em delegacias de polícia ou em batalhões da polícia militar ou das forças armadas, etc., diante da aglomeração de pessoas que normalmente ocorre nesses sítios, propiciando-lhe clientela fácil, tudo a evidenciar que as penas alternativas ou o sursis não se adéquam a quem se dedica à mercancia, porque aquém do necessário para a correta retribuição à prática ilícita dessa magnitude e a sua potencialidade lesiva e porque insuficiente para proteger minimamente a saúde e a segurança públicas.

Correto, outrossim, o regime imposto para o início da expiação (fechado), por ser o único adequado para a prevenção e reprovação de crimes desta natureza.

Ademais, o legislador deixou bem claro que a regência carcerária não é mero consectário do *quantum* da reprimenda, *ex vi* do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, estando, portanto, sujeita ao preenchimento dos pressupostos do artigo 59, combinado com o seu inciso III, do mesmo código, os quais, como se viu, não beneficiam o apelante, notadamente porque, como se viu, resultou evidenciado o seu envolvimento com atividade criminosa, pois fazia do comércio proscrito seu meio de sustento.

Não bastasse, importa lembrar que o §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, não constitui delito autônomo, mas sim, causa especial de diminuição de pena, a ser aplicada, se for o caso, aos delitos definidos no *caput* e no §1º, do mesmo artigo, não se tratando, portanto, de circunstância apta a afastar a natureza hedionda do delito de tráfico ilícito (artigo 2º, da Lei nº 8.072/90).

Trata-se, a bem da verdade, de hipótese de distinção do agente que está se iniciando no mundo do crime e que possui maior chance de se recuperar, a revelar que sempre devem ser observados os critérios estabelecidos nos artigos 33, §3º, 44 e 59, combinado com o III, do Código Penal, como ocorreu *in casu*.

E não há como olvidar que o precedente do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus 118.553/MS) mencionado pela defesa é desprovido de efeito vinculante e sequer decorreu de decisão unânime dos ministros daquela C. Corte. [...]

Ora, a jurisprudência das Cortes Superiores é tranquila ao afirmar que, *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito* (Súmula 440/STF). Além disso, *a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não*

constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718/STF). Enfim, a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719/STF).

Ademais, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos prevista no art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 foi superada pelo Pretório Excelso no julgamento do HC n. 101.291/SP (DJe 12/2/2010). Também não subsiste aquele impedimento previsto na parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo sido declarado inconstitucional esse aspecto do dispositivo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.259 (DJe 16/2/2010). Com a edição da Resolução n. 5/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, não há por que insistir na discussão da questão.

De mais a mais, vale lembrar que, em 23/6/2016, o Plenário do STF, no HC n. 118.533, por maioria de votos, entendeu que o chamado tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda. Isso deu ensejo ao cancelamento da Súmula 512 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre os temas, confirmam-se, ainda, estes recentes julgados: HC n. 474.531/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 22/11/2019; e HC n. 375.963/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/12/2018.

Assim, **concedo** a ordem liminarmente a fim de fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, e afastar o caráter hediondo do delito.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

