HABEAS CORPUS Nº 503.335 - SP (2019/0100256-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EMEKA KELVIN IBE (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 nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Emeka Kelvin Ibe**, em que se aponta como autoridade coatora a Nona Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca Franca/SP, nos Autos n. 0008476-94.2018.8.26.0196, condenou o paciente às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por trazer consigo e transportar 49,750 g de cocaína (fls. 188/193).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, a qual foi parcialmente provida pelo Tribunal local, apenas para reduzir os dias-multa a 166, mantida, no mais, a sentença monocrática (fls. 301/310).

Aqui, requer a defesa, liminarmente, a concessão da ordem para que seja determinada a imediata soltura do paciente e, no mérito, seja fixado o regime inicial aberto, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Argumenta, para tanto, que *o simples fato do coacto ter sido condenado pelo cometimento de tráfico privilegiado não enseja o estabelecimento do regime fechado*

pela gravidade em abstrato do delito (fl. 6).

É o relatório.

Na espécie, é evidente o constrangimento ilegal.

As instâncias de origem, para impor o regime fechado e negar a substituição da pena, não levou em consideração as particularidades do caso concreto, mas apenas a gravidade em abstrato e a hediondez do delito pelo qual foi condenado o paciente.

Ao que se observa dos autos, o Juiz da condenação estabeleceu a reprimenda da seguinte forma (fls. 190/191):

> [...]
> **Passo a individualizar a pena**:
> **Primeira Fase**: O réu possui a seu favor todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, razão pela qual fixo a pena-base em seu mínimo: 05 anos de reclusão.
> **Segunda Fase**: Nada a considerar nesta fase.
> **Terceira fase**: Diminuo a pena do réu em 2/3 nos moldes do artigo 33, parágrafo quarto, da Lei 11.343/06, fixando-a em 01 ano e 08 meses de reclusão em regime inicialmente fechado, único compatível com a gravidade do delito em questão, máxime quando se tem em conta a vida ainda relativamente pacata da maior parte dos moradores desta cidade. Deixo, pois, de aplicar o disposto no artigo 387, parágrafo segundo, do Código de Processo Penal tendo-se em vista que o regime inicial não se fixou com base apenas na quantidade de pena aplicada.
> Por fim, entendo não ser o caso de aplicação dos benefícios do artigo 44 do Código Penal.
> Isso porque o crime aqui tratado é dos mais graves. Em que pese à pena diminuta concedida ao réu (fato esse oriundo de uma grave distorção na legislação vigente), na sociedade hodierna o tráfico de drogas é delito dos mais corrosivos do tecido social, razão pela qual não se concebe que seja apenado com mera pena restritiva de direitos.
> Ora, os benefícios do artigo 44 do Código Penal não são de aplicação automática sempre que determinada pena concretamente aplicada for inferior a 04 anos. Há outros requisitos de diversas ordens que também devem estar presentes, sob pena de serem aqueles pervertidos, uma vez que foram pensados para incidir apenas em casos em que determinados crimes têm um reduzido impacto social.
> Nesse sentido, sabiamente, o legislador, no inciso terceiro, do mencionado artigo 44, asseverou dever o juiz ponderar se, concretamente, a substituição em questão representa uma pena suficiente à gravidade do crime, deixando de aplicá-la caso suficiente não se mostre.
> Pelo já dito, é óbvio que delito de tamanha gravidade não é daqueles que se devem punir com meras restrições de direito, cuja aplicação concreta ao caso em questão revela-se absolutamente insuficiente como resposta estatal ao delito cometido pelo acusado.
> [...]

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/RJ (DJe 16/2/2010). Com a edição da Resolução n. 5/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, não há motivo para 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, confiram-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 liminarmente** a ordem a fim de fixar o regime inicial aberto ao paciente, 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, 09 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator