HABEAS CORPUS Nº 494.157 - SP (2019/0047097-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LEONARDO NASCIMENTO DE PAULA - SP0320176
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCIANO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. CONVICÇÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FIXADO COM FUNDAMENTO APENAS NA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO.
Ordem concedida parcialmente nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Luciano dos Santos**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso ali interposto, mantendo a sentença exarada pelo Juízo de Direito da 25ª Vara Criminal da comarca da Capital/SP - Foro Central Criminal Barra Funda, em razão da prática do crime de tráfico de drogas, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 dias-multa (Autos n. 0045054-09.2018.8.26.0050).

Alega a impetrante constrangimento ilegal consistente: a) no redimensionamento da pena imposta, uma vez que entende ser aplicável à espécie a fração integral da minorante do tráfico privilegiado; b) na fundamentação inidônea na fixação do regime inicial fechado; c) na ausência de aplicação da detração penal; e, d) na substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Postula, então, a concessão da ordem nos termos propostos.

É o relatório.

Busca a impetração o reconhecimento da causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), a fixação de regime inicial diverso do fechado, a aplicação da detração penal, bem como a substituição da pena imposta por pena restritiva de direitos.

O Magistrado singular assim dispôs quando da prolação da sentença (fls. 56/58 - grifo nosso):

> [...]
> Demonstrada a procedência da imputação contra o acusado, não existindo justificativas para os seus atos, passo a dosimetria das penas a serem aplicadas. Com base no artigo 68 do Código Penal, observando os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, considerando o fato de que eles não são diversos de outros análogos, **as penas básicas são fixadas no patamar mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias multa, as quais torno definitivas pela ausência de circunstâncias modificadoras e de causas de aumento e de diminuição de pena a serem consideradas**. Embora o grande traficante, o empresário do crime não seja normalmente atingido com a ação da lei, não podemos fechar os olhos para jovens como o réu que estão violando a lei e causando problemas sérios para a sociedade. Fixam-se, cada dia multa, no valor mínimo unitário legal, diante da ausência de informações seguras sobre a sua capacidade econômica do acusado. O crime é equiparado a hediondo e devido as suas consequências, coloca em risco a própria existência sadia da humanidade, demonstrando uma perversão de caráter intensa e uma periculosidade real, uma vez que o traficante vende a morte lenta e intensifica a miséria do ser humano. [...]. **O réu, pelo que já foi mencionado, iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, o único compatível com a gravidade da sua conduta e com a condição de crime equiparado a hediondo, mormente diante da existência de outro processo por acusação análoga e correndo junto à 22ª Vara Criminal** (fl. 181). Não é preciso que haja violência ou grave ameaça contra uma pessoa para um crime ser socialmente grave. **Também, não se verifica a possibilidade do reconhecimento de nenhum benefício legal, em face da pena imposta e da própria natureza do crime praticado, mormente a diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Federal nº 11.343/06, uma vez que o dispositivo é de aplicação para casos específicos em que o Juízo verifique uma ação isolada e sem qualquer relação com a atividade continuada e organizada do crime. Anota-se que o acusado foi detido em circunstâncias que evidenciam a sua ligação com o crime organizado, uma vez que traficava em região específica e de forma a não**

demonstrar que a sua ação era episódica no comércio de drogas ou isolada. Anota-se que o próprio acusado confessou que traficava em nome de terceiro. Inclusive, a variedade e quantidade de drogas demonstram que se tratava de um traficante varejista de drogas. Logo, não se está diante de um indivíduo isolado, mas de um agente integrado a algo maior e organizado, representando o benefício, neste caso, em sendo dado, mero exercício de impunidade o que é contrário ao próprio espírito da lei. O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é previsto em lei especial, com sanções peculiares, não se aplicando a substituição da pena privativa de liberdade por multa ou medida restritiva de direitos, previstas na parte geral do Código Penal, as quais, inclusive, são inadequadas para punir e prevenir novas condutas análogas. Como se não bastasse, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é um dos mais graves, uma vez que alimenta a prática de outros ilícitos e está se tornando um delito contra a humanidade. Finalmente, a constitucionalidade da chamada Lei dos Crimes Hediondos está fundada no próprio artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, o que a plenária do Supremo Tribunal Federal já tinha decidido anteriormente, sendo que as últimas decisões não modificam o entendimento deste Juízo, até porque não há súmula sobre o assunto e sequer súmula vinculante. O acusado está preso, demonstra periculosidade e possui outro processo criminal por acusação análoga, elementos que demonstram a sua periculosidade e a necessidade de custódia cautelar para a garantia da ordem pública e da regular instrução do processo. **Não cabe a aplicação do disposto no artigo 387, parágrafo segundo do Código de Processo Penal no presente caso em face da quantidade de pena aplicada e do tempo de prisão provisória, além de ser necessária a análise do mérito do réu enquanto preso a ser feito pelo Juízo das Execuções Penais**.

A esse respeito, asseverou o Tribunal estadual (fl. 72):

No presente caso, embora tecnicamente primário, a prova dos autos denota com clareza a integração do réu em atividade criminosa, pois, além de expressiva quantidade e variedade de entorpecente (39,8 gramas de cocaína, 8,7 gramas de maconha e 56 ml de lança-perfume), o réu foi preso dias antes, nas mesmas circunstâncias e responde pelo mesmo delito aqui tratado (fl. 181), o que demostra sua estreita ligação com a atividade espúria. É certo, portanto, que não é pequeno traficante, mas sim engajado nesse nefasto submundo, fazendo dele o meio de subsistência, de modo que impossível a aplicação do redutor.

O regime prisional não pode ser outro que não o fechado, seja por aplicação do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com alteração dada pela Lei n. 11.464/07, seja por incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, pela periculosidade social presumida, tudo a exigir a imposição de regime mais rigoroso para o início de cumprimento da reprimenda.

Da análise dos trechos acima transcritos, verifica-se que a

impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 encontra-se fundamentada em evidências concretas de que o paciente se dedicava a atividade criminosa, de modo que adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

Nesse sentido: AgRg no HC n. 303.261/MS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 30/5/2017, e AgRg no HC n. 241.072/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 18/8/2017.

Prejudicado o pleito de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, dada a manutenção da pena definitiva imposta (superior a 4 anos).

Com relação à detração, evidenciado o trânsito em julgado da condenação, o pleito deve ser formulado perante o Juízo da Execução Penal, inexistindo nos autos, notícia de debate dos temas por este Juízo.

No entanto, em relação ao regime inicial expiação, com razão a defesa.

Ocorre que a imposição prevista no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 111.840/ES, em 27/6/2012.

Assim, evidenciado que a reprimenda final é inferior a 8 anos, a ausência de reincidência e de fundamentação para a imposição de regime inicial mais rigoroso, verifica-se que o paciente faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Por fim, consigno que é lamentável a posição das instâncias ordinárias a respeito da questão. A verdade é que decisões como a questionada nestes autos, em divergência ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e à

tranquila jurisprudência do Superior Tribunal, última palavra quando se trata de interpretação da lei federal, atravancam a Justiça, a qual busca dar celeridade aos casos nos quais se discutem temas realmente polêmicos, mas se depara, diariamente, com cerca de 80% de feitos tratando de temas repetitivos e aqui já resolvidos.

Em face do exposto, **concedo parcialmente** a ordem impetrada, apenas para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento da reprimenda imposta.

Comunique-se.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator