

RECURSO ESPECIAL Nº 1.750.336 - SP (2018/0151714-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **DANYEL DE SOUSA SILVA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
URBANO FINGER NETO - DEFENSOR PÚBLICO - SP330204
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **DANYEL DE SOUZA SILVA**, com amparo no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à apelação, mantendo a condenação do recorrente pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão no regime inicial semiaberto, vedada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Alega o recorrente, em suma, violação aos arts. 33, § 3º, e 44, ambos do Código Penal, alegando que o estabelecimento do regime inicial semiaberto fundamenta-se exclusivamente na hediondez da traficância; mesmo argumento utilizado para vedar a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

Requer seja reconhecida, preliminarmente, a ocorrência de prescrição em sua forma intercorrente, dado o trânsito em julgado para o acusador.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 283-287).

Admitido o recurso (e-STJ, fls. 301-302), ascenderam os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso (e-STJ, fls. 354-356).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal merece acolhimento

Inicialmente, verifica-se que não se operou a prescrição na hipótese, ante a ausência de transcurso do prazo de 4 (quatro) anos entre a publicação da sentença e a presente data. Com efeito, a sentença remonta a 10 de outubro de 2016 (e-STJ, fl. 172-173). O acórdão, por sua vez, limita-se a ratificar a condenação, o que não interrompe a prescrição, conforme jurisprudência pacífica desta Corte. No ponto:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA EM CONTINUIDADE DELITIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA INTERCORRENTE. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. SÚMULA 497/STF. APLICAÇÃO DO ART. 107, IV, C/C OS ARTS 109, V; 110, § 1º; E 115, II, TODOS DO CP. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. NÃO INTERRUÇÃO DO PRAZO. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, desde há muito, firmou entendimento de que a expressão "acórdão condenatório recorrível", prevista no art. 117, inciso IV, do Código Penal, com o texto dado pela Lei n. 11.596/2007, possui alcance semântico bem delimitado, não abrangendo o decisum que se restringe a confirmar a sentença condenatória (AgRg no AREsp n. 1.040.088/ES, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/10/2018).

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o acórdão confirmatório da condenação não é causa interruptiva da prescrição. Precedentes. (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp n. 1.169.

413/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 15/10/2018).

3. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp 1789323/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 03/09/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.PRESCRIÇÃO DA
PRETENSÃO PUNITIVA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA
CONDENAÇÃO PROFERIDA NO PRIMEIRO GRAU DE
JURISDIÇÃO. NÃO CONFIGURA MARCO INTERRUPTIVO
DO CURSO DA PRESCRIÇÃO

1. Segundo o art. 117, IV, do CP, o curso da prescrição interrompe-se "pela publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis". 2. O acórdão que confirma a condenação não é marco hábil a interromper a prescrição, por ausência de expressa previsão legal. Precedentes.

(...)

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1804138/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 12/06/2019)

Desse modo, não se operou a prescrição, pois não transcorrido prazo superior a quatro anos entre a sentença e a presente data, nos termos do que prevê o art. 109, V, do Código Penal, de modo que se afasta a preliminar.

Em relação ao mérito, razão assiste ao recorrente.

Conforme se extrai do acórdão impugnado, a fixação do regime inicial semiaberto fundamenta-se tão só na hediondez do crime de tráfico de drogas. A propósito, confira-se:

"Pena e Regime Prisional:

A pena-base foi corretamente fixada no mínimo legal e mantida no mesmo patamar na fase seguinte.

Na fase derradeira, foi reduzida no máximo de dois terços (2/3), eis que o réu é primário e de bons antecedentes, não havendo prova de que ele integra organização criminosa ou que se dedica às atividades criminosas.

Quanto ao regime prisional fixado - semiaberto -, o réu foi beneficiado, uma vez que o regime deveria ser o fechado, não só por previsão legal

- artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07 - como, também, pela gravidade do crime, de catastróficas consequências à saúde pública, e responsável, também, pela desagregação familiar e social. Tanto é que o delito é equiparado aos hediondos.

O crime de tráfico de entorpecentes é equiparado aos delitos hediondos, portanto os mais graves dentre os elencados no Código Penal e em Leis Especiais.

Logo, soa, no mínimo, incongruente a fixação de regime diverso do fechado para o crime de tráfico de drogas.

Há, como é de sabença, crimes graves, mas que não são tidos como hediondos, como, por exemplo, o de roubo agravado, o de homicídio simples, dentre outros. Mesmo o tráfico de drogas, considerado o § 4º, do artigo 33 da respectiva Lei Especial, é, sem dúvida, crime grave.

Mas há os considerados hediondos.

Hediondo quer significar horrendo, gravíssimo, repulsivo, absolutamente intolerável.

Ora, sendo assim, como aplicar-se para um crime hediondo, como o tráfico de entorpecentes, regime que não o inicial fechado?

O traficante, perante a lei penal tal como está em vigor, é tido como um pária da sociedade, que destrói, não só a saúde das pessoas, especialmente a dos jovens, deixando muitos deles incapacitados para estudar ou mesmo trabalhar, pois é sabido que a cocaína e o "crack", por exemplo, além de causarem dependência, destroem os neurônios, como ainda arrasam os patrimônios das famílias, com gastos desmesurados com tratamentos e internações, e o que é pior: com mínimas chances de recuperação.

Bem por isso que se trata de crime hediondo.

A sociedade não tolera o traficante, não podendo o Poder Judiciário fazer ouvidos moucos ao clamor social.

O legislador, com a edição da Lei nº 11.343/06, passou a punir o tráfico de forma mais severa exatamente porque o Poder Legislativo percebeu, sentiu que o tecido social estava se esgarçando cada vez mais e que os valores deveriam ser preservados.

Uma sociedade repleta de viciados e dependentes é uma sociedade que caminha a passos largos para sua própria destruição com o prejuízo de todos, menos dos traficantes que, com o dinheiro e patrimônio amealhados de forma criminosa, poderão deixar o País e mudarem-se para outros lugares, onde, com certeza, passarão a destroçar outras sociedades, outras inúmeras famílias.

Em suma, a sociedade e o Brasil como um todo é o que menos os preocupa.

O Poder Judiciário tem que, igualmente, dar o exemplo, tal como procedeu o Legislativo.

Bem por isso que a substituição por restritivas de direito é absolutamente inadmissível.

Como aplicar ao traficante, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade se ele, exatamente, não presta serviço social algum. Ao contrário, só destrói a sociedade em que ele vive!

O tráfico de entorpecentes, por se tratar de crime equiparado aos

hediondos, não admite a pretendida substituição.

Tanto é que a lei penal até previa o regime inicial fechado, numa demonstração de que se trata de crime gravíssimo.

Mas, mesmo que, em alguns casos, possa não ser mais considerado hediondo, ainda assim o crime de tráfico é sempre muito grave, comportando, dessarte, o regime inicial fechado. Em liberdade, ou mesmo em regime prisional mais ameno, especialmente o aberto, óbvio que o agente irá continuar exercendo o nefando comércio. Nem a mais ingênua das pessoas iria acreditar no contrário!

Porém, ante a ausência de recurso do Ministério Público, nada pode ser feito.

Dessarte, nega-se provimento ao apelo, restando mantida, integralmente, a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, aqui também adotados, e, ainda, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo." (e-STJ, fls. 235-239.)

Como se vê, a fixação do regime semiaberto carece de justificativa. Com efeito, aplicada pena privativa compatível com o regime aberto, como no caso - um ano e oito meses de reclusão -, a imposição de regime mais gravoso depende de fundamentação idônea, o que não ocorre na hipótese, atraindo a aplicação dos enunciados 718 e 719 do STF.

Do mesmo modo, não há falar em vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com fundamento único na hediondez do delito de traficância, como no caso em exame (e-STJ, fl. 173).

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA DECLARADA PELO STF. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. DEFERIMENTO. ORDEM ESTENDIDA AO CORRÉU. ART. 580 DO CPP. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.

8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES. 2. No caso, o modo mais gravoso (fechado) foi imposto com base em mera fundamentação ope legis, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, estabelecida a pena final em patamar inferior a 4 anos, verificada a primariedade do agente e a análise favorável das circunstâncias

judiciais, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal. Do mesmo modo, pelas mesmas razões, mostra-se recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo de primeiro grau, nos termos do art. 44 do CP.

3. A teor do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, foram estendidos os efeitos da decisão agravada ao corréu Leonardo Santos de Araújo, por encontrar-se em idêntica situação fático-processual do paciente.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 515.251/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6. MOTIVAÇÃO CONCRETA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

(...)

7. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo e alterar a fração da causa aumento do art. 40, II, da referida norma para 1/3, redimensionando a pena do paciente para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 221 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução."

(HC 513.245/SP, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 20/08/2019)

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, a fim de fixar o regime inicial aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a ser estabelecida pelo juízo da execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator