

HABEAS CORPUS Nº 567.898 - SP (2020/0072581-7)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : RENATA APARECIDA GIOCONDO
ADVOGADO : RENATA APARECIDA GIOCONDO - SP218138
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALFREDO APARECIDO SEVERO DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. PRETENSÃO RELATIVA À CONFISSÃO PARCIAL. ACÓRDÃO QUE RECONHECE A ATENUANTE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM FUNDAMENTO APENAS NA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO.

Ordem concedida parcialmente nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Alfredo Aparecido Severo dos Santos**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso ali interposto para redimensionar a reprimenda imposta pelo Juízo de Direito da Vara Plantão da comarca de Pirassununga/SP, pela condenação 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. 0000259-95.2017.8.26.0552).

Alega a impetrante constrangimento ilegal consistente no redimensionamento da pena imposta, uma vez que entende ser aplicável à espécie a minorante do tráfico privilegiado, a incidência da atenuante da confissão parcial e a fixação do regime inicial semiaberto.

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 incidência da atenuante referente à confissão parcial, bem como a fixação de regime inicial diverso do fechado.

A Corte estadual, ao reformar a sentença, consignou (fls. 17/21 - grifo nosso):

[...]

Todavia, quanto à pena, insta alguma ponderação.

Na primeira fase, fica afastado o aumento de um sexto (1/6) pela diversidade das drogas apreendidas, pois tal circunstância já integra o próprio tipo penal e não pode ser usada para agravar a pena.

Na segunda fase, embora presente a atenuante da confissão espontânea do apelante, não pode a pena ficar abaixo do mínimo legal, consoante a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

E, na derradeira fase, igualmente fica afastada a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, vez que não restou provado que o fato se deu próximo de uma escola e uma unidade básica de saúde. Por fim, ainda nesta fase, **realmente o apelante não faz jus à aplicação do benefício previsto no §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, vez que a diversidade das drogas apreendidas, os petrechos, os pés de “maconha” e as negociações encontradas em seu celular, são mesmo seguros indicativos de que ele se dedicava às atividades criminosas, ou seja, vivia do tráfico.**

Sendo assim, a pena finaliza agora em cinco (05) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

O regime prisional inicial fechado foi fixado com absoluto acerto pela gravidade do crime, de catastróficas consequências à saúde pública, e responsável, também, pela desagregação familiar e social.

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 porisso 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, não sendo admitida a substituição de pena, mesmo nos casos de aplicação do § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas. 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!

[...]

Da análise dos excertos acima, verifica-se que, de fato, a Corte estadual reconheceu a atenuante referente à confissão, contudo, muito bem observada a sua ausência de reflexo na reprimenda, pois não poderia lhe reduzir alguém do mínimo legal.

Em relação à impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, também não há como acolher-se a pretensão, uma vez que o seu afastamento se encontra fundamentado em evidências concretas de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, 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

Superior Tribunal de Justiça

Turma, DJe 30/5/2017, e AgRg no HC n. 241.072/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 18/8/2017.

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, apenas para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 24 de março de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator