

STJ garante regime aberto para pequeno traficante

08/09/2020

Aos condenados que cumprem pena e aos que vierem a ser sancionados pela prática do crime de tráfico na modalidade privilegiada, não deve ser imposto o regime inicial fechado para cumprimento de pena, devendo haver pronta correção aos já assim sentenciados.

Antonio Carreta / TJSP



HC beneficia 1.100 pessoas condenadas em SP à pena mínima por tráfico privilegiado, mas cumprindo pena em regime fechado

Esse é o entendimento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu Habeas Corpus coletivo para proibir que juízes e desembargadores da Justiça de São Paulo apliquem regime fechado a presos enquadrados no parágrafo 4º do artigo 33 da [Lei 11.343/2006](#) (Lei de Drogas). Aos que já cumprem pena nessa situação, o Judiciário paulista deve fazer a devida correção.

O caso foi levado à corte pela Defensoria Pública de São Paulo, que ampliou o pedido para beneficiar ao menos 1.100 pessoas que foram condenadas pelo tráfico privilegiado — ou seja, primário, de bons antecedentes, não dedicado a atividades criminosas nem integrante de organização criminosa —, mas que cumprem a pena mínima de um ano e oito meses trancafiados. A Defensoria, contudo, estima que o número seja muito maior, se se considerar todo o estado.

Para esses casos, a ordem é fixar o regime aberto e determinar aos juízos da vara de execução competentes que avaliem a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que isso não se torne excesso de execução.

Em relação aos condenados por tráfico privilegiado a penas menores do que quatro anos, a 6ª Turma determina que os juízos da execução penal reavaliem com máxima urgência a situação

de cada um de modo a verificar a possibilidade de progressão ao regime aberto em face de eventual detração penal decorrente do período em que estiveram presos cautelarmente.

A concessão foi para que se determine ao Judiciário paulista o cumprimento da ordem de Habeas Corpus inclusive para providenciar a imediata expedição do alvará de soltura aos presos que, beneficiados por essas medidas, não estejam encarcerados por outros motivos.

Lucas Pricken/STJ



Ministro Schietti classificou concessão do HC coletivo como um salvo-conduto para que as ilegalidades não se repitam em SP

Salvo-conduto

O julgamento foi permeado por recorrentes [críticas à postura punitivista](#) do Judiciário paulista, a despeito de jurisprudência e súmulas do STJ e do próprio Supremo Tribunal Federal. Por isso, o relator, ministro Rogerio Schietti, deixou claro que a decisão estabelece um salvo-conduto para que os enquadrados no parágrafo 4º do artigo 33 não iniciem o cumprimento de pena em regime fechado.

A ministra Laurita Vaz não divergiu, mas afirmou que é temeroso impor uma ordem dessa amplitude com base em ilegalidades ainda inexistentes. Ainda levantou a possibilidade de a matéria ser decidida em julgamento da 3ª Seção, que une os ministros da 6ª Turma com os da 5ª Turma, colegiados que julgam matéria criminal na corte.

O ministro Antonio Saldanha Palheiro destacou que a renitência de julgadores para com a jurisprudência é tão grande que, para situações extremas, é possível adotar soluções extremas. “Nossa última manifestação em relação à corte paulista [recebeu como resposta](#) um artigo dizendo que ainda há juízes em São Paulo”, relembrou. O artigo, do desembargador Guilherme Strenger, foi publicado na **ConJur**.

Para o ministro Saldanha Palheiro, essa renitência observada é “inexplicável, ideológica, retrógrada e de consequências desastrosas”. Já o ministro Sebastião Reis Júnior a classificou como injustificável.

“Fico até pensando no orgulho, na mensagem do ego em se insistir em teses já há muito superadas, em prejuízo do Estado, que passa a ter um volume alucinante de processos, com custo que não pode assumir a essa altura. E para o Judiciário”, disse.

Gláucio Dettmar/Ag.CNJ



GLÁUCIO DETTMAR/AG.CNJ

Condenados a um ano e oito meses não podem cumprir pena em regime fechado segundo a lei e, agora, por ordem do STJ Gláucio Dettmar/Ag.CNJ

Rigor bandeirante

O [rigor do Judiciário paulista](#) é observado pelo **Anuário da Justiça de São Paulo** há muitas edições. A [última delas](#) informa, por exemplo, que para 10 das 16 câmaras criminais, o tráfico privilegiado é considerado hediondo, embora esse posicionamento já tenha sido descartado pelo Supremo Tribunal Federal e seja expressamente negado pela Lei de Execução Penal.

O Código Penal determina que, fixada a sanção em patamar inferior a quatro anos, o regime inicial de pena há de ser o aberto quando as circunstâncias forem todas favoráveis ao agente, permitindo substituir privativa de liberdade por restritivas de direitos. Segundo o relator, não há razão para mudar essa aplicação sem a devida fundamentação.

“Se a lei é benevolente com algum tipo de crime, compete ao Congresso Nacional, legitimado pelo voto popular, modificá-la, sempre sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Não cabe ao Judiciário o uso de discursos metajurídicos de matizes ideológica ou moral para incrementar o rigor punitivo e para contornar com argumentos aparentemente jurídicos os limites impostos pela lei penal e pela jurisprudência consolidada”, disse Schietti.

O ministro ainda destacou que o proceder de agentes do Estado a quem se confia o exercício de dizer o direito na jurisdição criminal reclama dose maior de serenidade e ausência de preconceitos. E apontou que essa postura punitivista reproduz uma política estatal que se qualifica, sem exagero, como desumana, desigual, seletiva e preconceituosa.

“Não condiz com a racionalidade punitiva ínsita a um estado democrático de direito que a todo e qualquer autor de tráfico se imponha cumprimento de pena em estabelecimento penal em regime fechado e sem direito a qualquer alternativa punitiva, mesmo se todas as circunstâncias judiciais e legais sejam reconhecidas a seu favor — quantidade de droga, primariedade, bons antecedentes e não envolvimento com crime”, afirmou o relator.

Repercussão

Para o criminalista **Fábio Tofic Simantob**, trata-se de "decisão acertadíssima". "Um remédio amargo para uma doença crônica. Que esta decisão possa servir de paradigma para um novo olhar na observância da jurisprudência dos tribunais superiores, sobretudo no que toca ao direitos e garantias individuais", afirmou.

Para **Hugo Leonardo**, presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), "a decisão do STJ corrige um sistemático descumprimento da lei, da constituição e dos precedentes dos tribunais superiores por parte dos tribunais estaduais, em especial o TJ paulista".

"A imposição de penas ilegais é um fetiche punitivista antigo. A idiossincrasia do regime fechado nos casos de tráfico privilegiado é exemplo acabado dessa hipótese! A função da justiça é preservar os direitos e garantias individuais e respeitar as decisões dos tribunais superiores, ainda que dela se discorde. É tempo de se reconhecer que o seletivismo penal e o punitivismo anacrônico do poder judiciário contribui maciçamente para o aumento da desigualdade social e para a perene marginalização das vítimas preferenciais do sistema de justiça criminal. Oxalá os tribunais superiores despertem para a solução desses problemas de forma coletiva", afirmou.

Para o advogado **Pierpaolo Bottini**, a decisão é fundamental. "Corrige distorções em injustiças que se perpetuavam. Esperamos que a decisão seja expandida para o resto do país, a fim de que o direito à liberdade seja respeitado", disse.

"Trata-se de medida acertada, posto que os próprios requisitos subjetivos exigidos para a aplicação da benesse do tráfico privilegiado, por si só, são incompatíveis com o encarceramento em regime fechado", afirma o advogado **Leonardo Pantaleão**, especialista em Direito e Processo Penal.

O advogado **Moisés Tacconelli** explica que a decisão do STJ aceitou que existe o tráfico privilegiado — como existe também o homicídio privilegiado. "Sabe-se que na prática, o pequeno traficante muitas vezes é um usuário que vende para sustentar o vício e o faz em troca de drogas. Quando é preso, outro 'pequeno traficante' geralmente lhe substitui. O tratamento diferenciado do 'grande traficante', para efeito de sanção, corrobora com o princípio da individualização da pena", afirma.

Para Tacconelli, também faz menção à experiência de outros países. "No direito comparado, a descriminalização do uso de certas drogas é a tendência, assim como a figura do pequeno traficante é encontrada no México, Colômbia e Equador, inclusive com a quantidade de entorpecente definida em lei para tal, acabando com subjetivismo da polícia e do juiz", explica.

Clique [aqui](#) para ler a decisão HC 596.603

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-set-08/stj-proibe-tj-sp-aplicar-regime-fechado-trafico-privilegiado/>