

HABEAS CORPUS Nº 596.603 - SP (2020/0170612-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - SP332595
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO FAUSTINO NETO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOÃO FAUSTINO NETO, paciente neste habeas corpus, alega, por meio da Defensoria Pública, sofrer constrangimento ilegal no seu direito a locomoção, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 1500218-04.2019.8.26.0546.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante e posteriormente denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas, por armazenar, em seu estabelecimento comercial, **23 pedras de crack (com peso líquido de 2,9 gramas) e 4 saquinhos de cocaína (com peso líquido de 2,7 gramas)** supostamente destinados ao comércio ilícito.

Ao término da instrução criminal, em 23/9/2019, o réu foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado**, mais multa. Na ocasião, a despeito da aparente ausência de especial periculosidade do crime ora em comento, a segregação provisória foi mantida, **havendo sido vedado o recurso em liberdade**.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante o Tribunal de origem, cuja Sexta Câmara de Direito Criminal, à unanimidade de votos, em **juízo proferido em fevereiro deste ano**, negou provimento apelo, a fim de manter inalterada a sentença condenatória. A condenação transitou em julgado em 16/6/2020.

Nas razões deste *mandamus*, sustenta o impetrante, resumidamente, que deveria ser fixado regime inicial menos gravoso de cumprimento da sanção reclusiva, haja vista que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, ou seja, com a avaliação favorável de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Reitera ofensa ao entendimento já

há muito sedimentado no Supremo Tribunal Federal nas Súmulas n. 718 e 719 daquela Corte.

Aduz, ainda, a possibilidade de substituição da sanção reclusiva por medida restritiva de direitos, porquanto o crime não foi cometido com especial gravidade.

Requer, assim, seja abrandado o regime e substituída a pena.

A **liminar foi deferida** pela Presidência do STJ, em 20 de julho do corrente ano, para assegurar ao réu que **aguardasse no regime aberto** o julgamento final do *writ*.

Instado a se manifestar, o **Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem**.

Em aditamento ao pedido inicial (PET n. 00630157/2020), a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ora impetrante, requer

que também seja concedida a ordem de habeas corpus para determinar a fixação do regime inicial aberto em todos os casos em que houve condenação ou confirmação de condenação pelo E. TJSP, sempre que: a) tenha sido reconhecido o tráfico privilegiado (art. 33, §4º da Lei de Drogas); b) a pena restou no mínimo legal na primeira fase da dosimetria por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou por ter sido reconhecida a menoridade relativa ou a confissão; e c) a pena final não superou 04 (quatro anos de reclusão). (fl. 92, destaque no original)

Argumenta que a lei impõe, como regra geral, que o regime observa a quantidade da pena imposta, daí que, na hipótese de ser o réu primário, com pena não superior a 4 anos de reclusão, o regime é ordinariamente o aberto, consoante registram os parâmetros dispostos no art. 33, §2º, do Código Penal.

Lembra que esse crime não tem gravidade a exigir rigor punitivo maior do que o comum, sendo "um dos poucos delitos do sistema penal que admite o **acordo de não persecução penal**." (fl. 94)

Obtempera que essa conclusão ganha cores ainda mais fortes no caso do tráfico privilegiado, sobretudo quando a pena-base fora estipulada no mínimo legal uma vez que "o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio **apresenta contornos mais benignos, menos gravosos**, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (fl. 96)

Observa que, se as circunstâncias judiciais forem todas favoráveis, não autorizando o aumento da reprimenda na primeira fase, por igual motivo não poderia também respaldar a fixação de regime mais gravoso que o aberto.

Conclusão que deve ser a mesma caso presentes as atenuantes da confissão ou da menoridade relativa, ainda que a pena-base tenha sido majorada, dada a preponderância e a maior importância dessas em relação às circunstâncias judiciais, por dizerem respeito à personalidade do agente.

Colaciona tabela com mais de cem decisões recentes do TJSP, em que, a despeito do reconhecimento do tráfico privilegiado, fora fixado o regime inicial fechado, decisões essas que foram impugnadas perante o STJ e cujo índice de reforma foi de 77,8%. Traz, também, resposta da **Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo ao ofício da Defensoria Pública, a qual registra que, atualmente, 1.018 pessoas cumprem sanção de 1 ano e 8 meses no modo mais gravoso, por condenação pelo tráfico privilegiado.**

Assevera que, afora o constrangimento ilegal imposto aos condenados por esse crime, a situação acarreta o aumento expressivo no volume de habeas corpus impetrados no Superior Tribunal de Justiça, nos quais, apenas no ano de 2019, a Defensoria Pública obteve 54,08% de êxito para a alteração do regime inicial.

Finaliza que a concessão da ordem coletiva "visa dar efetividade ao que as normas e os Tribunais Superiores garantem aos cidadãos" (fl. 103) e que igual requerimento foi protocolizado em HHCC que tramitam tanto na Quinta Turma como na Sexta Turma (HC 596.547, HC 595.269, 595.809, HC 583.558 e HC 583.157)

É o relato.

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS INDIVIDUAL E COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DIRETRIZES REGISTRADAS PELA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC N. 143.641 (PLENO). PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DA CIDADANIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, LEI N. 11.343/2006). TRÁFICO. DEFINIÇÃO LEGAL (ART. 112, §5º, LEI N. 7.210/1984). CRIME NÃO HEDIONDO. CONECTÁRIOS LÓGICOS EM RAZÃO DESSE RECONHECIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA. FORÇA NORMATIVA. ESTUDO DO INSTITUTO CONECTAS E DADOS ESTATÍSTICOS QUE CONFIRMAM O DESCUMPRIMENTO REITERADO PELO TRIBUNAL IMPUGNADO. DESRESPEITO AO SISTEMA DE PRECEDENTES. SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIDADE. ISONOMIA DO JURISDICIONADO. BUSCA À RACIONALIDADE PUNITIVA. PREDICATIVO ÍNSITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PROPORCIONALIDADE.

1. Ante a necessidade de salvaguardar um dos direitos fundamentais mais preciosos do ser humano, a liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 143.641/SP, rompeu com a resistência registrada nos seus precedentes, quanto à inadmissibilidade do uso do writ constitucional de maneira coletiva. Na oportunidade, assentaram-se diretrizes a respaldar o maior espectro do remédio heroico, entre elas: a existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis; o fortalecimento da abordagem coletiva, em atendimento a maior isonomia às partes em litígio e em prestígio à celeridade processual, mitiga as dificuldades estruturais do acesso das coletividades ao Poder Judiciário.

2. A moldura fática trazida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – mais de mil presos, que, a despeito da reconhecida prática de crime de tráfico privilegiado, cumprem pena de um ano e oito meses, em regime fechado, com respaldo exclusivo no ultrapassado

entendimento de que a conduta caracteriza crime assemelhado a hediondo – **permite solução coletiva**, por reproduzirem a **mesma situação fático-jurídica**. Precedente (HC n. 575.495/MG, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T, julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020).

3. Há anos são perceptíveis, em um segmento da jurisdição criminal, os reflexos de uma postura judicial que, sob o afirmado escudo da garantia da independência e da liberdade de julgar, reproduz **política estatal** que se poderia, não sem exagero, qualificar como **desumana, desigual, seletiva e preconceituosa**. Tal orientação, que se forjou ao longo das últimas décadas, parte da premissa equivocada de que não há outro caminho, para o autor de qualquer das modalidades do crime de tráfico – nomeadamente daquele considerado pelo legislador como de menor gravidade –, que não o seu encarceramento.

4. Segundo a interpretação, consolidada e antiga do Supremo Tribunal Federal (HC n. 111.840, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 17/12/2013), conforme à Constituição da República, não é considerado hediondo o delito de tráfico de drogas, na modalidade prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 (caracterizada pela quantidade de drogas apreendida não elevada e por ser o agente primário, sem antecedentes penais e sem envolvimento com atividade ou organização criminosa).

5. Em decorrência dessa interpretação, que sobreleva os princípios da presunção de inocência e da individualização da pena, a natureza não hedionda do crime em exame desautoriza prisão preventiva sem a análise concreta dos requisitos do art. 312 do CPP (HC n. 104.339, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 06/12/2012), afasta a proibição, prevista art. 44 da Lei 11.343/2006, de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos (HC n. 97.256, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 15/12/2010), e impõe, portanto, tratamento penal com "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa" (HC n. 118.533, Tribunal Pleno, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 19/9/2016).

6. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, é clara e reiterada a dicção de enunciados sumulares dos Tribunais Superiores, segundo os quais "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" (Sum. 718 do STF), "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Sum. 719 do STF) e "É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que

o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito" (Sum. 440 do STJ).

7. Esses julgados, por força do art. 927, III e V, do Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal em razão da norma de abertura positivada no art. 3º do CPP, devem ser observados por juízes e tribunais do país, em nome da **segurança jurídica, da estabilidade das decisões do Poder Judiciário, da coerência sistêmica e da igualdade de tratamento dos jurisdicionados, que não podem ficar à mercê de interpretações divergentes, sobre questões de cunho eminentemente jurídico**, das que lhes conferiram os órgãos de cúpula do Poder Judiciário, incumbidos, por comando constitucional, da função de uniformizar a interpretação e a aplicação da Constituição da República e das leis federais (arts. 102, III e 105, III).

8. A partir da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, que conferiu nova redação ao art. 112, § 5º, da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984), "Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006".

9. Deveras, não condiz com a racionalidade punitiva, ínsita a um Estado Democrático de Direito, que a todo e qualquer autor de tráfico de drogas se imponha o cumprimento de sua 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 pequena de droga, primariedade e bons antecedentes do agente, além de não demonstração de seu envolvimento em atividade ou organização criminosa).

10. E não há de ser esse o proceder de agentes do Estado a quem se confia o exercício da nobre função de dizer o Direito, algo que, no âmbito da jurisdição criminal – que expressa o poder punitivo estatal – reclama dose ainda maior de serenidade e ausência de preconceitos.

11. A individualização da sanção penal (alçada a direito fundamental, inscrito no art. 5º, XLVI da Constituição da República) não se limita à quantidade da pena; o seu regime e a modalidade da reprimenda imposta também compõem essa ideia, que carrega em si a **proporcionalidade** da pena. Se o Código Penal determina que, fixada a sanção em patamar inferior a 4 anos de reclusão, **o regime inicial de pena há de ser o aberto** quando as circunstâncias forem todas favoráveis ao agente (art. 33, § 2º c/c 59, do CPB), permitindo também **substituir a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos** (art. 44 do CPB), não há razão para impor-se a condenados pela modalidade mais tênue do crime de tráfico de entorpecentes o mesmo regime de pena que, *ex vi lege*, se costuma impingir somente a quem é condenado por outros crimes, ou mesmo por tráfico, a mais de 8 anos

de pena, ou a reincidentes ou portadores de circunstâncias desfavoráveis.

12. A documentação, trazida em aditamento à impetração, alude a **1100 homens e mulheres que cumprem pena em regime fechado no sistema penitenciário** do Estado de São Paulo, e sem lhes haver sido autorizada a **conversão da privativa de liberdade em restritiva de direitos**, a despeito de terem sido condenados à sanção mínima do tráfico privilegiado (1 ano e 8 meses de reclusão), ou, quando muito, a uma pena menor que 4 anos de reclusão. A menos que cumpram pena por outro motivo, são pessoas que se encontram indevidamente recolhidas ao precário sistema penitenciário, onerando ainda mais a sociedade, que poderia se beneficiar com serviços comunitários, houvessem as respectivas sanções reclusivas sido convoladas em restritivas de direito.

13. Se a lei é, na visão de julgadores, benevolente com algum tipo de crime, compete ao Congresso Nacional, legitimado pelo voto popular, modificá-la (sempre sujeito, evidentemente, ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal). Não cabe ao Poder Judiciário, o uso de discursos metajurídicos de matiz ideológico ou moral, para incrementar o rigor do sistema punitivo e para contornar, com argumentos aparentemente jurídicos, os limites impostos pela lei penal e pela jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, os quais, como visto, pela Constituição da República têm a especial competência para **interpretar e uniformizar a lei federal e a Constituição em última instância**, ante idênticas situações fáticas.

14. Estudo feito pelo **Instituto Conectas** (relatório disponível no sítio do instituto na web) conclui que “ainda que a decisão do STF no HC 118.533 tenha sido o reconhecimento do tráfico privilegiado como um crime comum, afastando-se a hediondez dos casos em que há aplicação da causa de diminuição do parágrafo 4º do art. 33, com a presente pesquisa verifica-se que juízes de primeira instância, em São Paulo, continuam aplicando tratamento desproporcional ao delito, em comparação com outros delitos sem violência de igual pena.” Alguns julgados – prossegue o relatório – **“são expressos em sua afronta à jurisprudência dominante das cortes superiores, tecendo palavras fortes contra a evolução interpretativa e constituindo, dentro da sua esfera de poder, um espaço blindado contra o tratamento proporcional aos condenados por tráfico de drogas, em qualquer grau.”**

15. Pelos dados do Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores - Brasília/DF, a Defensoria Pública de São Paulo em 2019, **dos 11.181 habeas corpus impetrados no STJ, a ordem foi concedida em 6.869 feitos, 61,43% das impetrações.** Mais ainda, aquela Defensoria evidenciou que, **no período da pandemia**, conforme Levantamento do

Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo, em casos de **reconhecido tráfico de menor monta** (pouca quantidade de drogas, réus com bons antecedentes e sem provas de anterior atividade ilícita e de integração a organização criminosa), de **64 casos em que Câmaras Criminais do TJSP mantiveram a condenação de acusados por tráfico privilegiado, 53 foram reformadas pelo STJ**, ou seja, cerca de **82,80% dos pacientes obtiveram decisão concessiva**.

16. Esses dados são a tradução, inequívoca e indesmentível de que o **volume de trabalho das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça**, ocupadas em mais de **50% por habeas corpus oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo** (dos 68.778 habeas Corpus distribuídos no STJ em 2019, 35.534 vieram daquele Tribunal), **em boa parte se resume a simplesmente reverter decisões que, contrárias às súmulas e à jurisprudência das Cortes Superiores**, continuam a grassar, crescentemente, em algumas das 16 Câmaras Criminas daquele Tribunal.

17. Essa insistente desconsideração de alguns órgãos judicantes às diretrizes normativas derivadas das Cortes de Vértice produz um **desgaste permanente da função jurisdicional**, com **anulação e/ou repetição de atos**, e implica inevitável **lesão financeira** ao erário, bem como gera **insegurança** jurídica e clara **ausência de isonomia** na aplicação da lei aos jurisdicionados.

18. Em suma, diante da mesma situação factual – tráfico de pequena monta, agente primário, sem antecedentes penais, sem prova de vínculo com organização criminosa e de exercício de atividade criminosa (que não seja, é claro, a específica mercancia ilícita eventual que lhe rendeu a condenação) –, há de reconhecer-se que:

18.1. A Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), em seu art. 112, § 5º (com a redação que lhe conferiu a Lei n. 13.964/2019) é expressa em dizer que “§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006”;

18.2. O Ministério Público, a par da função exclusiva de exercitar a ação penal pública, **é também constitucionalmente incumbido da "defesa da ordem jurídica**, do regime democrático e dos **interesses sociais e individuais indisponíveis**" (art. 127, caput, da C.R.), e deve agir de acordo com **critérios de objetividade**, compromissado, pois, com o **direito** (*custos iuris*) e com a **verdade** (*obbligatio di veritá*, na dicção de LUIGI P. COMOGLIO e VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *Modelo accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Giuffrè, ano 36, fasc. 2 – aprile-giugno/1993, p. 484). Logo, a acusação formulada pelo Ministério Público há de

consubstanciar uma imputação responsabilmente derivada da realidade fático-jurídica evidenciada pelo simples exame do inquérito policial, muitas vezes já indicativa de que não se cuida de hipótese de subsunção da conduta do agente ao crime de tráfico de drogas positivado no *caput* do art. 33 da LAD.

18.3. A jurisprudência dos Tribunais Superiores – quer por meio de *úmulas* (**verbetes n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ**), quer por meio de julgamentos proferidos pela composição Plena do Supremo Tribunal Federal, seguidos por inúmeros outros julgamentos da mesma Corte e do STJ – é uníssona e consolidada no sentido de que:

18.3.1. Não se pode impor regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito e sem a idônea motivação, que não pode decorrer da mera opinião do julgador;

18.3.2. O condenado por crime de tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a pena inferior a 4 anos de reclusão, faz jus a cumprir a reprimenda em regime inicial aberto ou, excepcionalmente, em semiaberto, desde que por motivação idônea, não decorrente da mera natureza do crime, de sua gravidade abstrata ou da opinião pessoal do julgador;

18.3.3. O condenado por crime de tráfico privilegiado, nas condições e nas ressalvas da alínea anterior, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

18.3.4. O autor do crime previsto no art. 33, § 4º da LAD não pode permanecer preso preventivamente, após a sentença (ou mesmo antes, se a segregação cautelar não estiver apoiada em quadro diverso), porque:

a) O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – e copiosa jurisprudência das Cortes Superiores – afastou a vedação à liberdade provisória referida no art. 44 da LAD;

b) Não é cabível prisão preventiva por crime punido com pena privativa máxima igual ou inferior a 4 anos (art. 313, I do Código de Processo Penal);

c) O tempo que o condenado eventualmente tenha permanecido preso deverá ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (art. 387, § 2º do CPP), o que, a depender do tempo da custódia e do *quantum* da pena arbitrada, **implicará imediata soltura do sentenciado**, mesmo se fixado o regime inicial intermediário, ou seja, o semiaberto (dado que, como visto, não se mostra possível a infligção de regime fechado ao autor de tráfico privilegiado).

19. Essas são, portanto, as diretrizes que devem ser observadas – e normalmente o são, pela maioria de juízes e tribunais de todo o país –, por decorrerem de precedentes qualificados das Cortes Superiores

(súmulas de jurisprudência, julgamentos pelo Tribunal Pleno do STF, recursos especiais julgados sob o rito dos recursos repetitivos do STJ, e extraordinários em repercussão geral, pelo STF), sobre **questões jurídicas assentadas a partir da mesma situação fática**, sempre ressalvada, naturalmente, a eventual indicação de peculiaridades do caso examinado, a permitir, mediante idônea e responsável motivação, distinguir a hipótese em julgamento da que fora decidida nos referidos precedentes.

20. Na espécie, a gravidade excepcional do delito não se sustenta, visto que o crime foi praticado em circunstâncias inerentes à caracterização da própria figura delitiva em apreço e, embora apreendidas cocaína e crack, a quantidade da droga, ao contrário do afirmado, não foi relevante (**5,6 g no total**).

21. Habeas Corpus concedido, para:

21.1. Em relação ao paciente individualizado na impetração, **fixar o regime aberto** como modo inicial de cumprimento da pena.

21.2. Em relação aos presos que, conforme informação da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, se encontrem na mesma situação (condenados, por delito de tráfico privilegiado, **a 1 ano e 8 meses, em regime fechado**), **fixar o regime aberto**.

21.3. Em relação aos presos condenados, pelo delito de tráfico privilegiado, a penas **menores do que 4 anos de reclusão** – salvo os casos do item anterior – **determinar** que os respectivos juízes das Varas de Execução Penal competentes e responsáveis pela execução das sanções dos internos **reavaliem, com a 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 tenham permanecido presos cautelarmente.

21.4. Aos condenados que atualmente cumprem pena por crime de tráfico privilegiado, em que se reconhecem todas as circunstâncias como favoráveis, e aos que vierem a ser sancionados por tal ilicitude (mesmas circunstâncias fáticas), determinar que não se imponha – devendo haver pronta correção aos já sentenciados – o regime inicial fechado de cumprimento da pena.

Determinação para que se dê **cumprimento desta ordem de Habeas Corpus**, inclusive para que se providencie, junto aos respectivos juízes, a imediata expedição de **alvarás de soltura** aos presos que, beneficiados pelas medidas ora determinadas, não estejam presos por outros motivos.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Cabimento do habeas corpus coletivo

No julgamento do **HC n. 143.641/SP**, o plenário do Supremo Tribunal Federal rompeu com a resistência registrada nos seus precedentes, quanto à inadmissibilidade do uso do writ constitucional de maneira coletiva.

Na oportunidade, entendeu a Suprema Corte que a necessidade de salvaguardar um dos direitos fundamentais mais preciosos do ser humano, a liberdade, eventualmente exige instrumento processual à altura da lesão, que, na hipótese ali decidida, dizia respeito ao direito das grávidas e das mães de crianças menores de 12 anos de idade, acusadas pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes. O relator do writ, Ministro Ricardo Lewandowski, registrou então diretrizes a respaldar o maior espectro do remédio heroico, entre as quais destaco:

- o recorrente caráter coletivo da ofensa aos direitos nos dias atuais (sociedade massificada e cada vez mais burocrática);
- a viabilidade da solução com o fim de garantir o acesso dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico;
- a ampla utilização da ADPF e do mandado de injunção coletivo permitida pelo Supremo Tribunal Federal, este último desde 1994, antes mesmo da expressão previsão legal;
- o fortalecimento da abordagem coletiva, em atendimento a maior isonomia às partes em litígio e em prestígio à celeridade processual, mitiga as dificuldades estruturais do acesso das coletividades mais vulneráveis ao Poder Judiciário e
- as dissonâncias das interpretações em relação ao art. 318, IV e V, do CPP, pelos Tribunais estaduais, somado ao reconhecimento, pelo Supremo, de que o sistema prisional brasileiro encontra-se em um estado de coisas inconstitucional (ADPF n. 347 MC/DF).

No rol desses fundamentos, o Ministro Ricardo Lewandowski fez constar a existência de dois precedentes oriundos deste Superior Tribunal, em que se admitiu o uso coletivo do *writ* constitucional, a saber: **HC n. 207.270/SP** (Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª T., DJe 23/2/2012) e **HC n. 142.513/ES** (Rel. Ministro Nilson Naves, 6ª T., DJe 10/5/2010). Neste último, de ofício, e de forma indiscriminada, dada a magnitude da flagrante ilegalidade (cumprimento de prisão cautelar em contêiner), a Sexta Turma estendeu a ordem "a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições".

Mais recentemente, também, em meio à crise de saúde em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19), a **Sexta Turma**, uma vez mais, em prestígio ao reconhecimento desta Corte como Tribunal da Cidadania, admitiu o uso do habeas corpus coletivo, consoante registra, no ponto em que interessa, o resumo do **HC n. 575.495/MG**:

[...]

1. No que diz respeito ao cabimento do habeas corpus coletivo, diante dos novos conflitos interpessoais resultantes da sociedade contemporânea - "sociedade de massa" -, imprescindível um novo arcabouço jurídico processual que abarque a tutela de direitos coletivos, também no âmbito penal.

2. A reunião, em um único processo, de questões que poderiam estar diluídas em centenas de habeas corpus importa em economia de tempo, de esforço e de recursos, atendendo, assim, ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional desta Corte Superior mais célere e mais eficiente. (HC n. 575.495/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020)

A moldura trazida pela combativa Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no aditamento de fls. 91-157, em relação à situação atual, que perdura já há algum tempo - mais de mil presos, que, a despeito da reconhecida prática de crime de tráfico privilegiado, cumprem pena inferior a 4 anos de reclusão, no regime fechado, com respaldo exclusivo no ultrapassado entendimento de que a conduta caracteriza crime assemelhado a hediondo - identifica-se, em todas as suas nuances, com o pronunciamento da Suprema Corte no histórico julgado acima aludido.

II. Contextualização

Há anos são perceptíveis, em um segmento da jurisdição criminal, os reflexos de uma postura judicial que, sob o afirmado escudo da garantia da independência e da liberdade de julgar, reproduz **política estatal** que se poderia, não sem exagero, qualificar como **desumana, desigual, seletiva e preconceituosa**. Tal orientação, que se forjou ao longo das últimas décadas, parte da premissa equivocada de que não há outro caminho, para o autor de qualquer das modalidades do crime de tráfico – nomeadamente daquele considerado pelo legislador como de menor gravidade –, que não o seu encarceramento.

Em julgamento anterior (Sessão Ordinária da Sexta Turma, de 4/8/2020), ao emitir voto no Habeas Corpus nº 500.080-SP, relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, referi-me, **apenas para exemplificar**, a três casos – HC 579.936, HC 573.724 e RESP 1.837.798 – decididos por mim, monocraticamente, mas que se reproduzem às centenas a cada mês, nos

escaninhos deste Tribunal Superior, todos eles marcados por **circunstâncias idênticas**, a saber:

- I. os três processos referiam-se a apreensão de **pequena quantidade de droga**, os acusados eram primários e portadores de bons antecedentes e não havia **prova de envolvimento** dos réus com **atividade** ou **organização criminosa**;
- II. os réus **permaneceram presos preventivamente**, foram **condenados à pena mínima, em regime inicial fechado**, e **negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**;
- III. os três casos eram oriundos do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que manteve a **condenação dos sentenciados, inclusive quanto ao regime de pena (fechado) e à não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**;
- IV. nos três casos o **STJ concedeu ordem de habeas corpus ou deu provimento ao REsp**, para permitir aos sentenciados **cumprirem a pena em regime inicial aberto e a substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**; e assim o fez porque, na esteira da jurisprudência pacificada, tanto do STJ quanto do STF, a hipótese é juridicamente classificada como tráfico privilegiado de drogas, que não possui caráter assemelhado a crime hediondo.

Mencionei, então – como temos feito, à exaustão, nos incontáveis habeas corpus que nos chegam com a mesma origem e o mesmo quadro fático – os julgados da **Suprema Corte** que tornaram indubitosa a interpretação dos textos normativos de que tratam tanto o presente *writ* como esses três exemplos que, entre tantos outros possíveis, escancaram o que acontece no Estado de São Paulo.

Esses julgados referidos são o **HC n. 104.339**, Tribunal **Pleno**, DJe 06/12/2012 (que não autoriza prisão preventiva sem a análise concreta dos requisitos do art. 312 do CPP); **HC n. 111.840**, Tribunal **Pleno**, DJe 17/12/2013 (que afasta a natureza hedionda à figura do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º da LAD); o **HC n. 97256**, Tribunal **Pleno**, DJe 15/12/2010 (que declarou inconstitucional a proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, conforme redação do art. 44 da Lei 11.343/2006); e o **HC n. 118.533**, Tribunal **Pleno**, DJe 19/9/2016 (que impõe tratamento penal menos gravoso a autores do delito de tráfico privilegiado, afastando a caracterização de crime hediondo).

Também fiz alusão à costumeira desconsideração, pela Corte Bandeirante, dos enunciados das Súmulas nº 718 e 719 da Suprema Corte, e da

Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, que espelham, mais ou menos, a mesma orientação jurisprudencial, a ver:

Súmula n. 718 do STF: 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 n. 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Súmula n. 440 do STJ: É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito.

Foi mostrado, também, que, pelos dados do Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores – Brasília/DF, a Defensoria Pública de São Paulo em 2019, **dos 11.181 habeas corpus impetrados no STJ, a ordem foi concedida em 6.869 feitos, 61,43% das impetrações**. Mais ainda, aquela Defensoria evidenciou que, **no período da pandemia**, conforme Levantamento do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo, em casos de **reconhecido tráfico de menor monta** (pouca quantidade de drogas, réus com bons antecedentes e sem provas de anterior atividade ilícita e de integração a organização criminosa), de **64 casos em que Câmaras Criminais do TJSP mantiveram a condenação de acusados por tráfico privilegiado, 53 foram reformados pelo STJ**, ou seja, cerca de **82,80% dos pacientes obtiveram decisão concessiva**. (Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/durante-a-pandemia-stj-reformou-65-das-decisoes-do-tribunal-de-justica-de-sp-sobre-trafico-privilegiado-aponta-defensoria/>. Acesso em: 26 jul. 2020).

Também, aludi a estudo ainda a ser publicado (*Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos*), texto no prelo, a ser publicado pela Revista Brasileira de Ciências Criminais), de autoria coletiva (Vinicius Gomes de Vasconcellos, Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina, Caio Salles e Áquila Magalhães Duarte), o qual, mediante análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui que, em 2019, **mais da metade (58%)** das concessões referem-se a habeas corpus oriundos do Estado de São Paulo, ratificando “**cenário já descrito em pesquisas empíricas sobre a desatenção do Tribunal bandeirante em relação à jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores.**”

Esses dados são a tradução, inequívoca e indesmentível de que o **volume de trabalho das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça**, ocupadas em mais de **50% por habeas corpus oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo** (dos 68.778 habeas corpus distribuídos no STJ em 2019, 35.534

vieram daquele Tribunal), **em boa parte se resume a simplesmente reverter decisões que, contrárias às súmulas e à jurisprudência das Cortes Superiores**, continuam a grassar, crescentemente, em algumas das 16 Câmaras Criminas daquele Tribunal.

O resultado é esse **desgaste permanente, com anulação e/ou repetição de atos**, que traz inevitável **lesão financeira** ao erário, bem como **insegurança** jurídica e clara **ausência de isonomia** na aplicação da lei aos jurisdicionados.

A constatação, vale dizer, não é exclusiva deste julgador ou da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Além de visitas institucionais feitas por diversos membros da Terceira Seção, bem como do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se buscou um diálogo para solucionar a questão ora apontada, diversos profissionais do Direito (advogados e acadêmicos) já demonstraram ou criticaram essa postura contra-sistêmica de parte da magistratura de São Paulo.

Como exemplos, citem-se a pesquisa coordenada por Thiago Bottino, da **FGV-RIO** (que já apontava um índice - à época da pesquisa (2008-2012) - de **31,9% de concessão dos habeas corpus oriundos do TJSP no STJ** (Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/apresentacao_hc_ibccrim_-_29-agosto-2014.pdf), e **artigos e opiniões publicadas a esse respeito** (STRECK, Lênio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/lenio-streck-ministro-schietti-poe-dedo-ferida>), **Estadão** (Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,o-tjsp-e-os-tribunais-superiores,70003377012>) e **Conjur** (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-02/opinioao-habeas-corpus-sintomas-doencas>).

Neste último texto – *Habeas Corpus: sintomas e doenças* – seus autores (renomados e respeitados advogados) asseriram:

Mas, justamente por ter experiência em questões sensíveis, e por possuir um corpo de desembargadores com conteúdo de cultura jurídica, é importante que a corte bandeirante se debruce sobre os números apresentados pelos ministros do STJ. A insistência em teses contrárias àquelas pacificadas na Corte Superior, em especial quando se trata de negar direitos, notadamente o de liberdade, tem por consequência a impetração dos milhares de Habeas Corpus que sufocam as instâncias superiores, uma vez que é dever do advogado e do defensor público impugnar tais decisões.

III. Estudo do Instituto CONECTAS e a política do enfrentamento às drogas

Prossigo agora, para, ainda com base em dados, trazer à colação importante estudo feito pelo **Instituto Conectas**, “Conectas Direitos Humanos - Prisão a qualquer custo: como o Sistema de Justiça descumpe decisão do STF sobre penas para pequenos traficantes – 2019”, com acesso disponível no sítio do instituto na web.

Permito-me, pela seriedade do estudo e pela minudência de suas conclusões, transcrever excertos do relatório, em cujo início se destaca que, em 2017, o Conselho Nacional de Justiça mostrou que **30% dos 654.372 presos do país respondem pelo crime de tráfico de entorpecentes, com o detalhe de que, em relação ao público feminino, já em 2018, havia 42.355 mulheres presas, 62% das quais em razão do tráfico de drogas.**

Mas, antes mesmo de analisar esse relatório, importa sublinhar que **o número de pessoas presas sob a acusação de tráfico de drogas tem aumentado exponencialmente** no Brasil, sinalizando o fracasso das políticas públicas e, sejamos francos, também judiciais, de encarceramento em massa desse segmento da criminalidade de rua. De acordo com os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), enquanto o universo de pessoas encarceradas por tráfico de drogas (47.472) **representava, em 2006, 12,4%** do total (383.480), em 2014 **esse percentual praticamente dobrou, passando para 23,70%** (147.475 de um total de 622.202 presos). E o mais preocupante é que a quase totalidade desses detentos era – e seguramente ainda o é – formada por pessoas pobres, sem escolaridade alguma, moradoras das periferias dos grandes centros urbanos e majoritariamente negras, o que sugere uma **seletividade do sistema** de segurança pública e de justiça criminal em relação a usuários e comerciantes de drogas.

Em relação ao Estado de São Paulo, com dados da sua Secretaria de Administração Penitenciária, **o número de presos por tráfico de drogas aumentou 508% entre 2005 e 2017.** Trata-se de aumento bem acima do crescimento da população prisional paulista para o mesmo período, que foi de 64%. No quadro nacional, ao menos 200 mil pessoas estão presas por delitos de tráfico de drogas, cerca **de 30% dos presos.**

Não se pode deixar, ainda, de levar em conta a existência de um **crecente domínio, em territórios urbanos e nos ambientes carcerários, de facções criminosas**, que recrutam os jovens recém-ingressos no sistema penitenciário, integrando-os a uma irmandade (uma espécie de Maçonaria, como sustenta o sociólogo Gabriel Feltran, autor de *Irmãos – Uma História do PCC*, Companhia das Letras, 2018) a cujas ordens passam a obedecer. O resultado é o crescimento, a profissionalização e a capilarização do tráfico de drogas, dentro e fora dos presídios nacionais.

De fato, **a exposição dos usuários e dos pequenos traficantes ao sistema prisional, a impingir-lhes o convívio com criminosos experientes e violentos**, e oferecê-los como mão-de-obra barata e de livre acesso às facções

criminosas que dominam o ambiente carcerário, **não se mostra a alternativa mais inteligente ou racional. E não é tampouco eficaz, pois é notório o crescimento da traficância de drogas nos centros urbanos nacionais**, nos quais o **pequeno operário do tráfico** é facilmente substituído, quando preso, na linha de produção, distribuição e comercialização das drogas, com o **recrutamento de mais jovens da periferia**, que, ante a ausência de oportunidades e de perspectivas, encantam-se com promessas de ganhos fáceis que a mercancia ilícita de drogas parece proporcionar.

Releva ainda salientar que, a par dos efeitos deletérios causados pelo uso abusivo ou problemático das drogas, **o tratamento institucionalizado pelo sistema de justiça criminal produz identidade negativa do usuário e do pequeno traficante com o mundo do crime**, causando-lhes, amiúde, a exclusão social e familiar, a perda de saúde, a redução de habilidades e potencialidades individuais e o distanciamento do mercado formal de trabalho.

Daí por que se nota uma tendência entre os definidores de políticas públicas dos países ocidentais, de alterar os rumos dessas diretrizes, visto que o modelo preconizado pelas Convenções da ONU, de 1961, 1971 e 1988, sob a liderança ideológica dos sucessivos governos norte-americanos, nomeadamente a partir da Presidência de Richard Nixon (e sua *war on drugs*), não logrou bons resultados. E é sintomático e curioso perceber que **é precisamente nos EUA que está ocorrendo a mais sensível mudança de rumos na política de enfrentamento das drogas**, ao menos em relação à *cannabis*, com a maioria dos estados permitindo o uso medicinal e/ou recreativo dessa droga.

O que, portanto, constituía um claro objetivo dos tratados internacionais e dos governos em geral – "*a world free of drugs*" – resultou na percepção de que **mais factível é humanizar as políticas relacionadas ao uso de drogas**, sob a premissa de que a preservação da saúde das pessoas envolvidas nesse universo é o que mais importa (em conformidade com a principal conclusão da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2016 (*UNGASS 2016 on the World Drug Problem: focus on people, public health and human rights*)).

Voltando, então, à pesquisa do Instituto **CONNECTAS**, seu objetivo foi o de

“compreender se os juízes que atuam nas audiências de custódia e nas varas de conhecimento levam em consideração a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, nos casos daquelas pessoas que preenchem os requisitos legais, e se desembargadores que firmam o entendimento do Tribunal sobre a execução penal reconhecem a não hediondez na modalidade tráfico privilegiado ao avaliar pedidos de indulto e de progressão de regime para sentenciados nesta modalidade delitiva, concedendo, assim, direitos decorrentes da alteração interpretativa promovida pelo STF. A pesquisa analisou dados coletados a partir de três eixos de

investigação: a) em audiência de custódias nos municípios de São Paulo, Belo Horizonte e Salvador no ano de 2018 em parceria com o IDDD; b) em sentenças de 1ª instância relativas às acusações por tráfico de drogas no município de São Paulo; e c) petições de agravo à execução do Tribunal de Justiça de São Paulo.”

A pesquisa reforça o fato de que **o Estado de São Paulo é responsável por cerca de 50% das prisões por tráfico no país. Em 86% dos casos** verificados, o destino das pessoas acusadas de crimes sobre delitos da Lei n. 11.343/2006 foi a **prisão provisória** e, de 151 processos analisados em janeiro de 2019, 120 foram sentenciados, e **90% dos condenados permaneceram presos durante todo o processo.**

Em 100% dos casos houve apreensão de drogas no momento da prisão em flagrante do acusado: foram 129 casos com maconha apreendida, 75 com crack e 117 com cocaína e “em apenas 13 casos, do total de 151, houve a apreensão de arma de fogo, o que aponta que este é um crime que, via de regra, não envolve violência armada”. A média do valor de notas apreendidas com os autuados foi de R\$ 383,00, mas em 21 casos não houve sequer a apreensão de dinheiro no momento do flagrante, “**o que demonstra a inserção tímida dessas pessoas na pirâmide do mercado de drogas:** são pequenos comerciantes de drogas que movimentam valores irrisórios diante do volume de movimentações complexas do mercado de drogas.”

IV. Desconsideração rotineira ao entendimento do Supremo: Flagrante ilegalidade das prisões provisórias e dos indeferimentos dos pedidos de indulto

Dado importante, destacado na pesquisa do CONECTAS, é que, dos **120 casos já sentenciados** à época da coleta de informações, **em 53% houve o reconhecimento do privilégio.** Ou seja, houve na fase final do processo o reconhecimento e a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4, da LAD. **Da análise dos 64 casos em que se reconheceu, ao final, o privilégio legal, em 59 deles o acusado permaneceu detido até a sentença, e na maior parte dos casos (40), o regime imposto foi o fechado.** Entre os que receberam na sentença o regime fechado, a **expressiva maioria (38 de 40 pessoas) não pôde recorrer em liberdade.**

Outro aspecto de suma importância a sublinhar é que os 43 casos de pessoas em relação às quais foi aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da LAD “**ilustram como uma boa parte dos sentenciados preenchia requisitos legais que deveriam ter sido observados desde a fase inicial do processo, nas audiências de custódia.** Isso porque os critérios subjetivos subsistiram e foram reconhecidos na sentença. E, se nesses 43 casos os quais se reconheceu a ocorrência da causa de diminuição de sanção, a qual

ficou abaixo dos 4 anos de reclusão, pode-se inferir que, salvo por algum motivo efetivamente válido e expressamente declinado – que não a própria natureza ou gravidade abstrata do crime, ou opiniões metajurídicas (repulsa social, efeitos nocivos das drogas etc), não admitidos como idôneos pelo STF e pelo STJ – **essas pessoas deveriam ter recebido penas em regimes menos gravosos (aberto ou, excepcionalmente, semiaberto), o que não ocorreu na maior parte dos casos.**

Dessa forma, conclui o estudo,

“ainda que a decisão do STF no HC 118.533 tenha sido o reconhecimento do tráfico privilegiado como um crime comum, afastando-se a hediondez dos casos em que há aplicação da causa de diminuição do parágrafo 4º do art. 33, com a presente pesquisa verifica-se que juízes de primeira instância, em São Paulo, continuam aplicando tratamento desproporcional ao delito, em comparação com outros delitos sem violência de igual pena.” A ilação que se extrai da pesquisa, quanto a esse aspecto, é de que **“a gravidade abstrata do delito pesa ainda no imaginário do sistema de justiça, mesmo quando todas as dimensões legais negativas direcionadas à pessoa envolvida no transporte de drogas – concretas ou simbólicas – já foram desconstruídas pela jurisprudência, sendo a hediondez a última delas”**.

A par da já consolidada e antiga jurisprudência no sentido de afastar a natureza hedionda (por equiparação) do delito cognominado *tráfico privilegiado*, também é, a partir da vigência da Lei n. 13.964/2019 (24 de janeiro de 2020), uma **determinação legal**, haja vista a nova redação dada ao art. 112, § 5º, da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que assim passa a dispor: **“§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006”**.

A pesquisa do CONECTAS também destaca julgamentos de Agravos em Execução sobre pedidos de indulto e progressão de regime para condenados por tráfico privilegiado. Com base na análise desses recursos, julgados em segunda instância do TJSP, no mês de agosto de 2018, pelas 16 Câmaras Criminais do Tribunal Paulista, constatou-se que, **dos 96 agravos de execução penal apreciados por desembargadores, em 44 o requerente era o apenado e em 52 o requerente era o Ministério Público.**

E aí releva sublinhar outro dado preocupante, assinalado na pesquisa, *in verbis*:

A prevalência de pedidos pelo Ministério Público, **sempre no sentido de dificultar a saída de pessoas do cárcere**, pautados na hediondez do delito em questão, demonstra que **a posição institucional do parquet é, em algumas situações, pela desconsideração da jurisprudência das cortes superiores,**

mesmo que os juízes locais comecem a aplicar as teses no cotidiano. Em linhas gerais, **nos 96 casos julgados no mês de agosto de 2018, em 70 houve uma opção clara pela hediondez do tráfico privilegiado, a despeito do posicionamento do STF e do STJ.**

Certo é que a análise feita pelo CONECTAS demonstrou que, **das 16 Câmaras criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, apenas 4 parecem seguir, no particular, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de maneira costumeira.** Em outras 5 Câmaras, embora a jurisprudência seja desconsiderada na maioria dos casos analisados, apareceram algumas divergências, e **em 7 câmaras criminais, não houve registro de acórdão, sobre essa temática (tráfico privilegiado), com a aplicação da atual jurisprudência das cortes superiores.**

A explicação mais recorrente para a continuidade do entendimento pela hediondez é a ausência de força vinculante nos casos analisados pelo STF e pelo STJ. A vasta maioria dos julgados que foram por este caminho reconhece a existência da jurisprudência dominante das Cortes Superiores, mas em relação a ela não se sensibiliza, deixando muito claras **interpretações pessoais sobre a gravidade abstrata do delito (muito embora se trate de delito com pena mínima de apenas 1 ano e 8 meses)**, a resultar, por conseguinte, em tratamento idêntico ao dispensado a autores de tráfico de entorpecentes de grande vulto, não alcançados pela minorante do art.33, § 4º da Lei n. 11.343/2006.

Alguns julgados – prossegue o relatório – **“são expressos em sua afronta à jurisprudência dominante das cortes superiores, tecendo palavras fortes contra a evolução interpretativa e constituindo, dentro da sua esfera de poder, um espaço blindado contra o tratamento proporcional aos condenados por tráfico de drogas, em qualquer grau.”**

A conclusão é inevitável: **“É inconcebível, sobretudo na sistemática do novo Código de Processo Civil, manter pessoas presas de maneira sabidamente rechaçada pelas cortes superiores.** Se há conhecimento explícito de que o caso encontraria desfecho contrário (e mais benéfico) em grau de recurso – por se tratar, todos os casos, de mera interpretação legal –, **a questão é meramente de acesso à justiça; quem possui recursos materiais suficientes pode usufruir de tratamento adequado; quem não possui, é mantido no cárcere de maneira sabidamente ilegal.**

V. Exemplos de casos julgados pelo E. TJSP e a trágica realidade [ou situação atual] dos condenados pelo crime de tráfico privilegiado que cumprem pena no regime fechado ou no semiaberto

O propósito da pesquisa – e, também, o objetivo deste voto, como já externado em pronunciamentos anteriores que fiz, em âmbito jurisdicional e em âmbito acadêmico – **não é generalizar**, mas apontar uma prevalência muito grande desse **pensamento negacionista da validade e da utilidade do sistema de precedentes** no âmbito de um setor da Justiça Criminal brasileira. Por isso, o relatório destaca – como, aliás, o **fez também o Ministro Sebastião Reis Júnior**, ao julgar o HC nº 500.080 (acompanhado à unanimidade pelos demais ministros do colegiado, **Laurita Vaz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha**) – que há desembargadores (e, por certo, a maior parte dos juízes estaduais), que, mesmo divergindo do entendimento dos tribunais superiores, com possível registro de ressalva de sua opinião pessoal, responsabilmente seguem a orientação já consolidada, **em nome da segurança jurídica e da isonomia de tratamento entre os jurisdicionados**.

Um dos exemplos vem da **Nona Câmara Criminal**:

Diante de tal quadro, esta Câmara Criminal, revendo posicionamento anterior, optou por também se alinhar à recente orientação adotada nas Cortes Superiores, de modo a assinalar o contorno “menos gravoso” do tráfico na forma “privilegiada”, solução sensata à luz do desenfreado crescimento de demandas repetitivas, a par de abonada a providência pelo disposto no artigo 926, “caput”, do novo Código de Processo Civil, aplicado à sistemática processual penal de modo suplementar, consoante artigo 3º da Lei Adjetiva Penal (aqui mais uma vez ressalvada a orientação diversa do Relator no tocante à imprescindibilidade do tratamento mais rigoroso imposto ao traficante de uma forma geral ou sem exceção). Destarte, em atenção ao anseio pela segurança jurídica decorrente da aparente uniformização da jurisprudência, mantém-se a fração observada em primeiro grau a mesma aplicada aos crimes “comuns” (de um sexto) - para o cômputo do interstício relativo à progressão de regime prisional da 1ª execução, a despeito da condenação decorrer do tráfico de entorpecente. (Nona Câmara Criminal, Agravo em execução nº 7000451-94.2018.8.26.0576. Relator Desembargador Farto Salles. Julgado em 30 de agosto de 2018).

No mesmo sentido, esta decisão da **Décima Câmara Criminal**:

Porém, não é possível, na área penal, a extensão de restrições não expressas, tanto mais em contrariedade a permissivos claros do próprio Decreto. De toda a sorte, para esta Corte vige o art. 97 da Constituição Federal (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato

normativo do Poder Público”). Isso, neste Estado, ainda não ocorreu; e como não vejo inconstitucionalidade flagrante no Decreto (não me animando, portanto, a remeter os autos ao Egrégio Órgão Especial), o recurso tem de ser provido. Anoto que a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal que decidiu pelo caráter não hediondo do tráfico privilegiado não tem, é certo, caráter vinculante; porém, foi tomada em plenário, e em caso gravíssimo (sete quilos de cocaína, ou algo assim). A segurança jurídica é fundamental em qualquer democracia, e um dos aspectos mais valorizados por velhos conservadores, como eu; assim, evitar o tiroteio jurisprudencial hoje imperante em nosso País parece-me da maior importância muito mais fundamental que manter na cadeia (ou em “serviços comunitários”) pequenos traficantes. (Décima Câmara Criminal, Agravo em execução nº 0002944-52.2018.8.26.0322. Relator Desembargador Francisco Bruno. Julgado em 30 de agosto de 2018)

Feita essa ressalva, reporto-me às conclusões extraídas desse importante estudo do Instituto CONECTAS, que corroboram o que se depreende da simples análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Com base em convicções pessoais sobre a gravidade abstrata do delito, **a individualização da pena é sistematicamente afastada pela alta cúpula do judiciário paulista**, reformando inclusive as posições de alguns juízes locais, que percebem melhor as necessidades do sistema penitenciário. Ao mesmo tempo, as fundamentações empregadas demonstram que, a despeito do posicionamento pessoal dos julgadores, caso a primeira Súmula Vinculante sobre temas de drogas seja aprovada, a evolução jurisprudencial poderá alcançar significativamente a população prisional brasileira.

Tudo isso para corroborar uma **trágica realidade** que o presente habeas corpus informa, **comprovada documentalmente** pela Defensoria Pública de São Paulo – a partir de dados da **Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (transmitidos em 27 de março de 2020 à Defensoria Pública de SP)** – no sentido de que **cumpriam pena, em regime fechado**, nos estabelecimentos penais paulistas, **1.018 homens e 82 mulheres, condenados à pena mínima de 1 ano e 8 meses de reclusão**, mas que, simplesmente por serem carimbados pelo *nomen juris* do tipo penal que justificou a condenação, viram-se **privados de benefícios ou direitos** que a lei lhes confere (regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos). Veja-se a tabela abaixo (fl. 149):

12) CONDENADOS (DEFINIDOS E INDEFINIDOS) ART. 33 PENA IGUAL ou INFERIOR A 1 ano e 8 meses									
Coordenadorias	MASCULINO				FEMININO				TOTAL
	FECHADO	SEMIABERTO	Medida de Segurança	TOTAL	FECHADO	SEMIABERTO	Medida de Segurança	TOTAL	
COREVALI	81	17	0	98	2	1	0	3	101
Coremetro	67	33	0	100	62	68	0	130	230
Oeste	293	76	0	369	6	2	0	8	377
Noroeste	419	79	0	498	5	6	0	11	509
Central	158	53	0	211	7	3	0	10	221
CS	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL	1018	258	0	1276	82	80	0	162	1.438

Essa informação, trazida em aditamento à impetração, reporta-se a **homens e mulheres** que, mesmo com o exposto reconhecimento de que não possuem antecedentes penais, e mesmo sem evidências de que integram organização criminosa ou que exercem atividade delitiva, **permaneceram presos durante o processo, foram condenados à pena mínima prevista para o crime de tráfico privilegiado, de 1 ano e 8 meses – ou, quando muito, a uma pena menor que 4 anos de reclusão –, tiveram negado o direito de recorrer em liberdade, tendo a apelação confirmado a sentença condenatória, com não apenas a manutenção do regime inicial fechado como também a não conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.**

São **1.100** jovens (1018 homens e 82 mulheres, a maioria, certamente, jovens) **encarcerados** há meses por crime que, como exaustivamente demonstrado até aqui, não poderiam levá-los a permanecer presos, mormente **após as respectivas sentenças que lhes reconheceram a reprovabilidade mínima** em relação ao crime de tráfico de drogas. Crime grave, sim; merecedor de pena, sim; mas nos limites da estrita legalidade.

Somem-se a eles outros **258 homens e 80 mulheres** que receberam o regime **semiaberto** e que, a depender da análise individual a ser feita, **poderiam já iniciar a pena no regime aberto**, se permaneceram presos durante o processo e não obtiveram a detração penal no decreto condenatório.

A menos que cumprem pena por outro motivo, são pessoas que se encontram indevidamente recolhidas ao precário sistema penitenciário, onerando ainda mais a sociedade, que poderia se beneficiar com serviços comunitários, houvessem as respectivas penas sido convoladas em restritivas de direito.

Já é antigo – posto que atual – o pensamento de Montesquieu, segundo quem “Todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico.” Tal pensamento ainda busca sua afirmação, tal qual o que expressou Cesaria Beccaria, em seu livro seminal (*Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo:RT, 1997, p.87), no qual pregou que “um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade [...]”. Sobre as penas, o célebre Marquês anotou que “não devem as penas ser

somente **proporcionais entre si e aos delitos**, em intensidade, apenas, **mas também no modo de aplicação**” (op. cit., p. 100).

VI. Racionalidade punitiva: predicativo ínsito a um Estado Democrático de Direito

O que se pratica, em setores da jurisdição criminal paulista, se distancia desses postulados, **ao menos no que diz respeito aos processos por crime de tráfico de entorpecente na sua forma privilegiada**, em que a proporcionalidade legislativa – punir com a **quantidade** de pena correspondente à gravidade da conduta, mas também na sua **espécie** e em seu **regime** de cumprimento – é desfeita judicialmente.

Isso porque, mais uma vez se diga, não obstante aplicada a minorante do § 4º do art. 33 da LAD, justamente porque se trata de crime de **tráfico privilegiado** – cuja resposta penal há de ser, por óbvio, quantitativamente bem menor do que a de outras modalidades de mercancia ilícita de drogas – impõe-se ao sentenciado o cumprimento da pena inferior a 4 anos, em regime fechado, e não se substitui a privação de liberdade por restritiva de direito, o que dá **a tal hipótese o mesmo rigor punitivo de um integrante de organização criminosa que comercializa grande quantidade de drogas**.

A individualização da sanção penal (alçada a direito fundamental, inscrito no art. 5º, XLVI da Constituição da República) não se limita à quantidade da pena; o seu regime e a modalidade da reprimenda imposta também compõem essa ideia, que carrega em si a **proporcionalidade** da reprimenda. Se o Código Penal determina que abaixo de 4 anos de reclusão **o regime inicial há de ser o aberto** (art. 33, § 2º, c – “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”, sendo oportuno lembrar que o vocábulo “poderá”, em Direito Penal, costuma ser interpretado como um direito do indivíduo) **e permite substituir a privativa de liberdade por restritiva de direitos** (art. 44 do CPB), por qual razão se impõe o mesmo regime de pena que, ex vi lege, se costuma impor somente a quem é condenado a mais de 8 anos de pena, ou a reincidentes ou portadores de circunstâncias desfavoráveis?

E, ao ler as decisões que nos chegam diuturnamente, encontramos justificativas de toda ordem para não arbitrar o regime aberto ao réu condenado por crime de tráfico, mesmo na sua forma privilegiada, como, v.g.: “não se pode tratar com tamanha benevolência aqueles que por cupidez ou outra razão de igual vileza resolvem ganhar a vida desgraçando a dos outros”; “crime de tráfico é um câncer da sociedade”; “diante das funestas consequências da disseminação das drogas, a resposta penal deve ser minimamente representativa”; “o lucro fácil e a desestabilização familiar e social deixam franqueada a insuficiência da substituição punitiva”; “a Lei 11.343/06 tem um inequívoco espírito de aumentar a repressão ao tráfico de drogas”; “o Judiciário precisa responder com rigor a essa

chaga social”; “a sociedade clama por respostas enérgicas a esse tipo de crime” etc etc etc.

Essas afirmações – ainda que possam representar uma trágica realidade, ante as funestas consequências sociais do crime de tráfico de entorpecente – não podem servir indicação de uma assumida parceria judicial no combate à criminalidade, sob pena de avocar o magistrado papel que não lhe compete.

Com muita felicidade, o **Ministro Nefi Cordeiro**, em voto célebre proferido neste Colegiado, ressaltou que “**Juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública, não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação [...]**” (HC n. 509.030/RJ, Rel. Ministro Antônio Saldanha, 6ª T., DJe 30/5/2019).

Se a lei é benevolente com algum tipo de crime, cabe ao Congresso Nacional, legitimado pelo voto popular, **modificar a lei** (sempre sujeita, evidentemente, ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal). **Essa tarefa não é do julgador**, de quem não se pode, assim, esperar o uso de retórica e de discursos metajurídicos de matiz ideológico ou moral em suas decisões, invocados para contornar, aparentemente com argumentos jurídicos, os limites impostos pela lei penal e pela jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. Tribunais que, pela Constituição da República, têm a especial competência para **interpretar e uniformizar a lei federal e a Constituição em última instância**, ante idênticas situações fáticas, de modo a assegurar “unidade e estabilidade da ordem normativa, por meio dos precedentes judiciais, como método de tutela dos valores da segurança jurídica, igualdade e liberdade” (Sérgio Cruz ARENHART; Paula Pessoa PEREIRA. *Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?*. Revista de Processo Comparado, 2019 v. 5 n. 10 jul./dez).

Não é outro o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, ao defender que:

A segurança jurídica, postulada na tradição do civil law pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do common law, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio inspirador do stare decisis, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (treat like cases alike) (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99).

Não condiz com a racionalidade punitiva ínsita a um Estado Democrático de Direito que a qualquer autor de tráfico de drogas, e por tal

exclusiva circunstância episódica, se imponha, mesmo àqueles que tiveram todas as circunstâncias judiciais e legais reconhecidas a seu favor, o cumprimento de sua pena em estabelecimento penal, em regime fechado, e sem direito a qualquer alternativa despenalizadora, como expressamente determina a lei.

Semelhante proceder conta, certamente, com apoio em alguns setores mais radicais da população, máxime nesses tempos em que grassam sentimentos de ódio, de intolerância e de julgamentos sumários, que nos fazem lembrar do *leitmotiv* desses segmentos, referido por Wacquant (“*lock'em up and throw away the key*” - “tranque-os e jogue fora a chave”) (WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 75).

Mas não há de ser esse o **proceder de agentes do Estado a quem se confia o exercício da nobre função de dizer o Direito**, algo que, no âmbito da jurisdição criminal, que expressa o poder punitivo estatal, **reclama dose ainda maior de serenidade e ausência de preconceitos de quem julga**, ante o alerta de que “se o que se pretende é injetar violência por parte do Estado, o que se consegue é aumentar essa conflituosidade e seus períodos de duração” (BINDER, Alberto. *Derechos humanos y garantías procesales*. In *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 118).

VII. Do respeito aos precedentes qualificados

A propósito, aliás, de atributos da Magistratura, é fundamental assentar que, quando se postula a coerência sistêmica na aplicação dos precedentes qualificados, definidos pelas Cortes de Vértice, **não se busca, de modo algum, engessar a figura do juiz, e muito menos ferir sua independência e liberdade para julgar**. Bem observam Arenhart e Pereira que:

[C]onquanto o precedente seja uma regra de limitação do raciocínio jurídico, em razão do seu caráter normativo e da autoridade das decisões anteriores (em regra, oriundas de Cortes Superiores), isso não implica afirmar que o juiz de hierarquia inferior esteja sempre sem oportunidade de desenvolver o direito. Este desenvolvimento deve ser feito por meio de argumentos persuasivos, a partir da identificação do precedente, de modo a possibilitar ao juiz afirmar que o caso em análise possui características fáticas e jurídicas distintas relevantes a justificar que o contexto argumentativo não está abarcado pelo precedente” (ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa Pereira Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? *Revista de Processo Comparado*, 2019 v. 5 n. 10 jul./dez).

Cobrar respeito aos precedentes não implica dizer que são eles imutáveis. O Direito é sempre, como qualquer ciência, sujeito a evolução ou, ao menos, a novas interpretações. Afinal, “A mudança é conatural ao Direito, que vive na cultura e na historicidade” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78).

Sempre será, assim, possível submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, dar-lhe novos contornos, por meio de alguma peculiaridade que distinga a situação fática que lhe deu suporte (*distinguishing*), ou, então, por meio da sua superação, total (*overruling*), ou parcial (*overturning*), se a Corte que fixou o precedente demonstrar que se tornou obsoleto, injusto ou incorreto, ou que é inexecutável na prática.

Aliás, para quem, eventualmente, venha a acusar o Superior Tribunal de Justiça de decidir em desacordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, talvez se apegue ao fato de que há ainda posicionamentos distintos em relação aos vários órgãos fracionários dessas duas Cortes de Vértice, o que é normal. Porém, sempre que se identifica, no STJ, uma orientação firme e estável do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao que o Tribunal da Cidadania sustenta, apressamo-nos a ajustar nosso entendimento – se a questão, em última análise, tem natureza constitucional – ao do STF.

Exemplifico com duas situações bem conhecidas, uma delas, aliás, é a que subjaz ao que ora se debate neste *writ*: a natureza privilegiada do tráfico de entorpecentes positivado no art. 33, § 4º da LAD.

Com efeito, tinha o STJ estabelecido – inclusive por meio de súmula de jurisprudência – que se tratava de hipótese de crime assemelhado aos hediondos, com os respectivos rigores penais. Quando, porém, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por sua composição plena, que, na verdade, o crime em apreço não podia ser equiparado aos hediondos, a Terceira Seção anulou a Súmula 512, e reviu a tese do Tema 600 dos recursos repetitivos, alinhando-se ao STF.

Mais recentemente, também houve, por parte da Terceira Seção, revisão de sua jurisprudência, nomeadamente a que era objeto do Tema 157 dos recursos repetitivos, de modo a, seguindo a nova orientação do STF, passar a tomar como referência, na aplicação do princípio da insignificância para os crimes tributários federais e de descaminho, o teto de R\$ 20.000,00 do valor da sonegação fiscal, considerando os novos parâmetros fixados pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda.

Obviamente, divergências de entendimento existem e continuarão a existir – máxime em um tribunal com movimentação de centenas de milhares de processos anuais – mas não por uma deliberada intenção de não acatar a interpretação alcançada, de modo reiterado e pela composição plena da mais alta Corte do país, sobre determinada questão jurídica.

Creio se possa dizer, uma vez mais, que, **diante da mesma situação factual – tráfico de pequena monta, agente primário, sem antecedentes penais, sem prova de vínculo com organização criminosa e de exercício de atividade criminosa** (que não seja, é claro, a específica mercancia ilícita que lhe rendeu a condenação) – há de reconhecer-se que:

1. A Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), em seu art. 112, § 5º (com a redação que lhe conferiu a Lei nº 13.964/2019) é expressa em dizer que “§ 5º **Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**”;

2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores – quer por meio de **súmulas (verbetes n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ)**, quer por meio de julgamentos proferidos pela composição Plena do Supremo Tribunal Federal, seguidos por inúmeros outros julgamentos da mesma Corte e do STJ – é uníssona e consolidada no sentido de que:

2.a. **Não se pode impor regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta**, com base apenas na gravidade do delito e sem a idônea motivação, que não seja decorrente da mera opinião do julgador;

2.b. **O condenado por crime de tráfico privilegiado**, nos termos do art. 33. § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a pena inferior a 4 anos de reclusão, **faz jus** a cumprir a reprimenda em **regime inicial aberto** ou, **excepcionalmente**, em regime inicial **semiaberto**, desde que por motivação idônea, que não derive da mera natureza do crime, de sua gravidade abstrata ou da opinião pessoal do julgador (art. 33 c/c art. 59 do Código Penal e art. 42 da LAD);

2.c. **O condenado por crime de tráfico privilegiado**, nas condições e ressalvas da alínea anterior, faz jus à **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**, conforme os critérios do art. 33 do Código Penal (e ante o afastamento, por ser inconstitucional, da vedação do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, *ex vi* da Resolução nº 5 do Senado Federal, decorrente do julgamento do **HC 97.256**, pelo STF);

2.d. **O acusado de crime de tráfico privilegiado** – e tal acusação deveria, se responsável, não ser apenas uma conveniente opção de eventual desclassificação de uma conduta que, *ab initio*, já se antevê não corresponder ao tráfico positivado no caput do art. 33 da LAD – **não pode permanecer preso preventivamente**, após

a sentença (ou mesmo antes, se já caracterizada a ocorrência da minorante legal), porque:

2.d.1. **O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – e copiosa jurisprudência das Cortes Superiores – afastou a vedação à liberdade provisória referida no art. 44 da LAD;**

2.d.2. **Não é cabível prisão preventiva** por crime punido com pena privativa máxima **igual ou inferior a 4 anos** (art. 313, I do Código de Processo Penal;

2.d.3. **O tempo que eventualmente tenha permanecido preso deverá ser computado para fins de determinação do regime inicial** de pena privativa de liberdade (art. 387, § 2º do CPP), o que, a depender do tempo da custódia e do *quantum* da pena arbitrada, implicará imediata soltura do sentenciado, se fixado o regime inicial semiaberto (dado que, como visto, não se mostra possível a inflicção de regime fechado ao autor de tráfico privilegiado).

Essas são, portanto, as diretrizes que devem ser seguidas por juízes e tribunais de todo o país - e prevalentemente o são - por decorrerem de precedentes qualificados das Cortes Superiores (súmulas de jurisprudência, julgamentos pelo Tribunal Pleno do STF, recursos especiais julgados sob o rito dos recursos repetitivos do STJ, e extraordinários, em repercussão geral, pelo STF), sobre **questões jurídicas assentadas a partir da mesma situação fática**, sempre ressalvada, naturalmente, a eventual indicação de peculiaridades do caso examinado, a permitir, mediante idônea e responsável motivação, distinguir a hipótese em julgamento da que fora decidida nos referidos precedentes.

VIII. O papel do Ministério Público na defesa da ordem jurídica em situações de flagrante ilegalidade

Impõe mencionar, ainda, o importante **papel que deve desempenhar o Ministério Público** no regular desempenho de suas relevantes funções como órgão estatal responsável pela persecução penal em juízo, provocando a jurisdição para o exame da pretensão punitiva formulada em uma denúncia.

Nesse sentido, o Ministério Público, **a par da função exclusiva de exercitar a ação penal pública, é também constitucionalmente incumbido da "defesa da ordem jurídica**, do regime democrático e dos **interesses sociais e individuais indisponíveis**" (art. 127, caput, da C.R.), devendo sua atuação pautar-se por **critérios de objetividade, compromissado, pois, com o direito (*custos iuris*) e com a verdade (*obbligatio di veritá*, conforme LUIGI P. COMOGLIO e VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *Modelo accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*.**

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Giuffrè, ano 36, fasc. 2 – aprile-giugno/1993, p. 484).

Logo, a acusação formulada pelo Ministério Público há de consubstanciar uma imputação responsabilmente derivada da realidade fático-jurídica evidenciada pelo simples exame do inquérito policial, muitas vezes já indicativa de que não se cuida de hipótese de subsunção da conduta do agente ao crime de tráfico de drogas positivado no *caput* do art. 33 da LAD.

IX. O caso concreto

Na espécie, a Corte estadual assim fundamentou a manutenção do regime fechado ao paciente **João Faustino Neto**, verbis:

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade de entorpecentes. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack) também indica maior reprovabilidade, visto que tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. (fls. 38-39, destaquei)

Como visto, no caso em exame, embora a pena-base haja sido fixada no mínimo legal, o paciente seja primário, o *quantum* da reprimenda tenha se definido em patamar inferior a 4 anos, haja sido reconhecido o privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" –, **o regime inicial fixado foi o fechado, com base na afirmada gravidade do crime**, pautado na apreensão de drogas mais perniciosas aos usuários.

Contudo, a gravidade excepcional do delito não se sustenta, visto que o crime foi praticado em circunstâncias não desbordantes da caracterização da própria figura delitiva em apreço e, embora apreendidas cocaína e crack, a quantidade total da droga, ao contrário do que afirmado, não foi relevante – **2,7 g de cocaína e 2,9 g de crack**.

Portanto, a justificativa fincou-se, como visto, em fundamentos não idôneos para a imposição de regime inicial mais gravoso, consoante disposto nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

Assinalo, novamente, que, **além das circunstâncias serem todas favoráveis ao réu, ele é primário e não tem antecedentes penais**. Cabível, assim, o **regime aberto**.

No que tange à pretendida **substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos**, infere-se dos autos que o paciente ficou preso por tempo suficiente a evidenciar que a aplicação da benesse seria mais gravosa nesse momento – a sentença condenatória, proferida em 22/9/2019, vedou o recurso em liberdade (fl. 22) e a liminar deferida pela Presidência desta Corte estabeleceu provisoriamente o regime aberto em 20/6/2020 (fl. 44).

Assim, considero que deve a ordem ser concedida apenas para colocar o paciente no regime inicial aberto.

E, no que diz respeito a todos os presos que se encontrem em igual situação – conforme indicado no aditamento à inicial – o constrangimento ilegal deve gerar igual solução.

É estarrecedor pensar que centenas, ou talvez milhares, de pessoas possam estar presas em estabelecimentos penitenciários em razão dessa anomalia interpretativa. E a urgência da situação - consideravelmente agravada pela severíssima crise sanitária decorrente da pandemia do novo coronavírus, que já **matou 105 pessoas no sistema penitenciário brasileiro**, até a data de 4/9/2020 (segundo dados do DEPEN – Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>) exige a adoção de medidas de cunho mais amplo, de modo a minimizar esse quadro, conforme, aliás, sinaliza a **Recomendação n. 62, do Conselho Nacional de Justiça**.

Como oportunamente trazido à baila em texto referido neste voto, assinado por diversos profissionais do Direito,

Um dia de privação de liberdade jamais poderá ser substituído. O nobre advogado do paciente diz que só Deus pode reparar essa transitória perda da liberdade. Nem Deus, porém, pode fazê-lo. É a única coisa que Deus não pode fazer, tornar 'desacontecido' aquilo que já aconteceu. Deus nos pode ferir de amnésia, para que esqueçamos o fato, como pode crescer de um dia livre a vida do prejudicado, mas não pode suprimir no passado o dia de privação da liberdade (*Memoria Jurisprudencial*, Nelson Hungria, STF, p.336).

X. Dispositivo

À vista de todo o exposto, **concedo a ordem de habeas corpus, para:**

1. Em relação ao paciente JOÃO FAUSTINO NETO, fixar o regime aberto como modo inicial de cumprimento da pena.

2. Em relação aos presos que se encontrem em situação igual (condenados, por delito de tráfico privilegiado, a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime **fechado), conforme informação da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, **determinar** aos respectivos juízes das Varas de Execução Penal competentes e responsáveis pela execução das sanções dos internos que **procedam à mudança do regime de pena para o aberto.****

3. Em relação aos presos condenados, por delito de tráfico privilegiado, a penas menores que 4 anos de reclusão – salvo os casos do item anterior – determinar que os respectivos juízes das Varas de Execução Penal competentes e responsáveis pela execução das sanções dos internos **reavaliem, com a máxima urgência, a situação de cada um, de modo a verificar a possibilidade de mudança do regime inicial em face de eventual **detração penal** decorrente do período em que tenham permanecido presos cautelarmente.**

4. Aos condenados que atualmente cumprem pena e aos que vierem a ser sancionados por prática do crime de tráfico privilegiado, determinar que não se imponha – devendo haver pronta correção aos já sentenciados – o regime inicial fechado de cumprimento da pena.

O **cumprimento desta ordem de Habeas Corpus** – inclusive para que se providencie, perante os respectivos juízos, a imediata expedição de **alvarás de soltura** aos presos que, beneficiados pelas medidas ora determinadas, não estejam presos por outros motivos – caberá ao em. Desembargador Guilherme G. Strenger, Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.