

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

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS INDIVIDUAL E COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DIRETRIZES REGISTRADAS PELA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC N. 143.641 (PLENO). PRECEDENTES DESTES 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 criminosas).

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 criminosas" (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 de 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 fáctico-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 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:

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 inflicção 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 juízos, a imediata expedição de **alvarás de soltura** aos presos que, beneficiados pelas medidas ora determinadas, não estejam presos por outros motivos.