

HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE E DE ACESSO À JUSTIÇA: O CASO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS

COLLECTIVE HABEAS CORPUS AS AN INSTRUMENT OF EQUAL ACCESS TO JUSTICE SYSTEM: THE CASE OF PRIVILEGED DRUG TRAFFICKING

Thiago da Cunha Brito¹

Resumo: Inicialmente, contextualizou-se a situação do sistema carcerário nacional, apresentando-se a sua evolução ao longo das últimas 3 (três) décadas. Comparou-se o índice de crescimento da população carcerária geral com o de indivíduos em situação de constrangimento de liberdade por tráfico de drogas. Buscou-se entender o motivo do aumento relativo de presos por tráfico de drogas nos presídios nacionais e a influência da Lei de Crimes Hediondos nesse aumento. Ademais, procurou-se compreender os requisitos para a classificação de uma conduta como tráfico privilegiado de entorpecentes e drogas afins. Fez-se um apanhado sobre as principais teses dos tribunais superiores no tocante à necessidade de fundamentação idônea para a imposição de regime mais severo de cumprimento de pena e a vedação de utilização de fundamentações abstratas. Finalmente, ressaltou-se a importância da utilização do *habeas corpus* coletivo como instrumento de igualdade e de acesso à justiça.

Palavras-chave: habeas corpus coletivo; acesso à justiça; igualdade material.

Abstract: Initially, the situation of the national prison system was contextualized, presenting its evolution over the last 3 (three) decades. The growth rate of the general prison population was compared to individuals in a situation of constraint of freedom due to drug trafficking. We sought to understand the reason for the relative increase in prisoners for drug trafficking in national prisons and the influence of the Heinous Crimes Law in this increase. In addition, we sought to understand the requirements for the classification of the conduct as privileged trafficking in narcotics and related drugs. An overview of the main theses of the higher courts was made regarding the need for adequate reasoning for the imposition of a stricter regime for serving time and forbidding the use of abstract justifications. Finally, the importance of using the collective habeas corpus as an instrument of equal access to justice was stressed.

Keywords: collective habeas corpus; access to justice; material equality.

¹ Graduando em direito pelo Instituto Brasiliense de direito público. Pós graduando em direito penal econômico pelo Instituto de Direito Público. Graduado em engenharia informática pelo Instituto Superior de engenharia do Porto, Portugal. Pós-graduado em marketing e gestão estratégica pela Universidade do Minho em Braga, Portugal.

Sumário: Introdução. 1. Dos crimes hediondos e do tráfico de drogas. 2. Do tráfico privilegiado. 3. A jurisprudência dos tribunais superiores no tocante às justificativas para prisão e para o cumprimento de pena. 3.1. Imposição de regime mais severo de cumprimento de pena e as fundamentações abstratas. 3.2. Medidas alternativas, prisão preventiva e princípio da proporcionalidade. 3.3. Conclusão parcial. 4.1. Precedentes judiciais no processo penal. 4.2. Conclusões do estudo “Prisão a qualquer custo” do Instituto Conectas. 4.3. A inobservância da jurisprudência dos tribunais superiores pelo TJSP. 5. Habeas corpus coletivo como instrumento de igualdade e acesso à justiça. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A disposição do Estado brasileiro para combater o tráfico de drogas remonta ao período colonial. Segundo consta (SENADO FEDERAL²), as Ordenações Filipinas, de 1603, previam penas graves para aqueles que portassem, usassem ou vendessem substâncias tóxicas. Atualmente, o debate a respeito da forma mais adequada para lidar com as drogas tendem a utilizar argumentos relacionados à segurança ou saúde públicas (GARCIA et al. 2008).

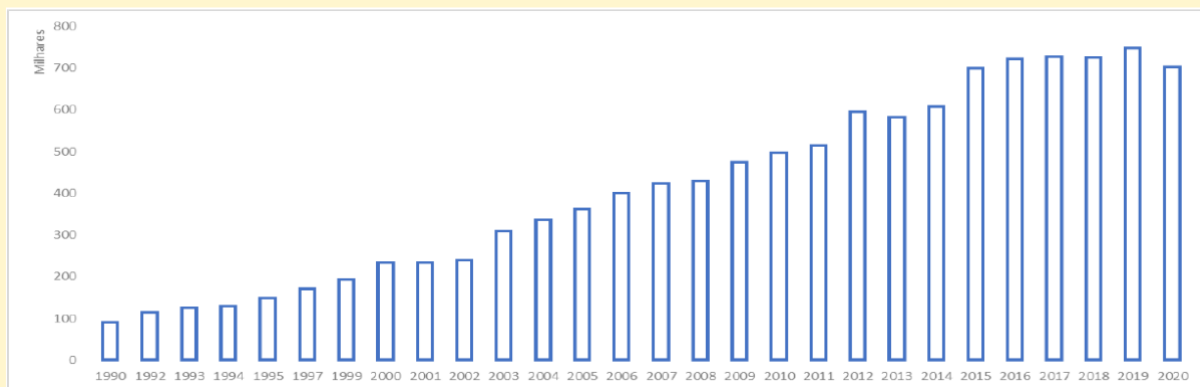
Apesar da existência de um debate acadêmico qualificado na busca de soluções sustentáveis para o problema das drogas (GARCIA et al, 2008), os discursos políticos de repressão ao consumo e ao tráfico encontram terreno fértil no seio da sociedade e fomentam uma sistemática que se retroalimenta, fundada na política de encarceramento massivo, influenciada pela política *war on drugs* disseminada a partir dos anos de 1970s pelo presidente norte americano Richard Nixon (*DRUG POLICY*), e que nutre a hoste das facções criminosas com novos integrantes diuturnamente.

A respeito da política de encarceramento em massa adotada no Brasil, é importante apresentar a evolução das pessoas privadas de liberdade nas últimas 3 (três) décadas. Como se observa (Figura 1), a população carcerária no Brasil passou de cerca de 90 (noventa) mil pessoas, em 1990, para mais de 700 mil pessoas, em 2020, crescimento que representa um aumento de cerca de 680% (seiscentos e oitenta) por cento na população carcerária nacional nos últimos 30 (trinta) anos.

De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020), atualmente a população carcerária brasileira, incluindo todos os regimes prisionais, ultrapassa os 702.000 (setecentos e dois mil) presos. Desse universo, cerca de 33% (trinta e três) por cento dos presos respondem por algum crime tipificado na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Desta

forma, pode-se concluir que 33 (trinta e três) em cada 100 (cem) pessoas privadas de liberdade no Brasil, estão presas por algum crime relacionado à Lei de Drogas.

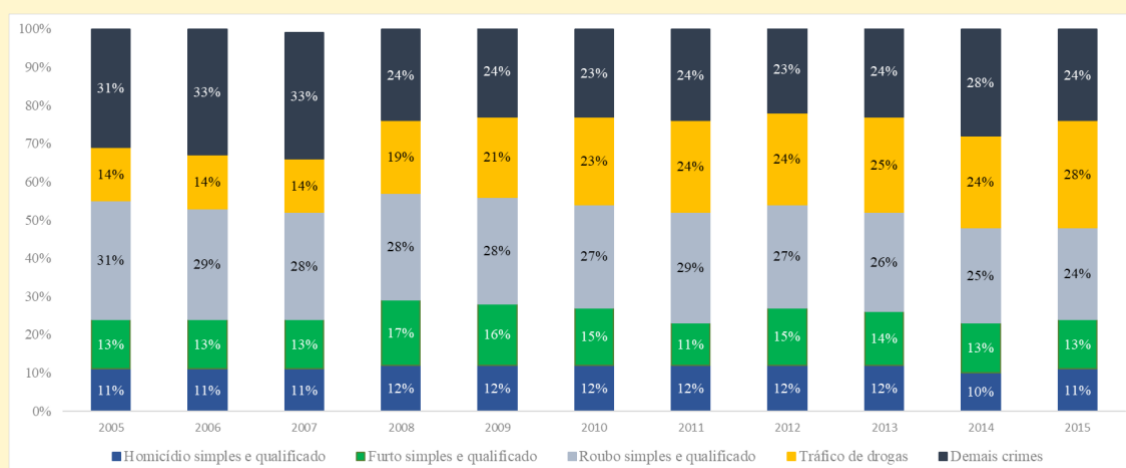
Figura 1 - Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2020



Fonte: elaboração própria com base nas informações do SISDEPEN (DEPEN, 2020)

Analisando-se as informações disponíveis no sítio eletrônico do Departamento Penitenciário Nacional, observa-se que o número de pessoas presas por tráfico de drogas passou de 172.241 (sento e setenta e duas mil, duzentos e quarenta e um), em 2015, para 232.341 (duzentos e trinta e duas mil, trezentos e quarenta e um), em 2020, marcando um aumento de cerca de 34,9% (trinta e quatro e nove décimos) por cento, em apenas 5 (cinco) anos, fato que sugere uma seletividade do sistema de justiça e segurança pública.

Figura 2 - Evolução do percentual de pessoas privadas de liberdade por tipo penal



Fonte: elaboração própria com base nas informações do INFOPEN (INFOPEN, 2015)

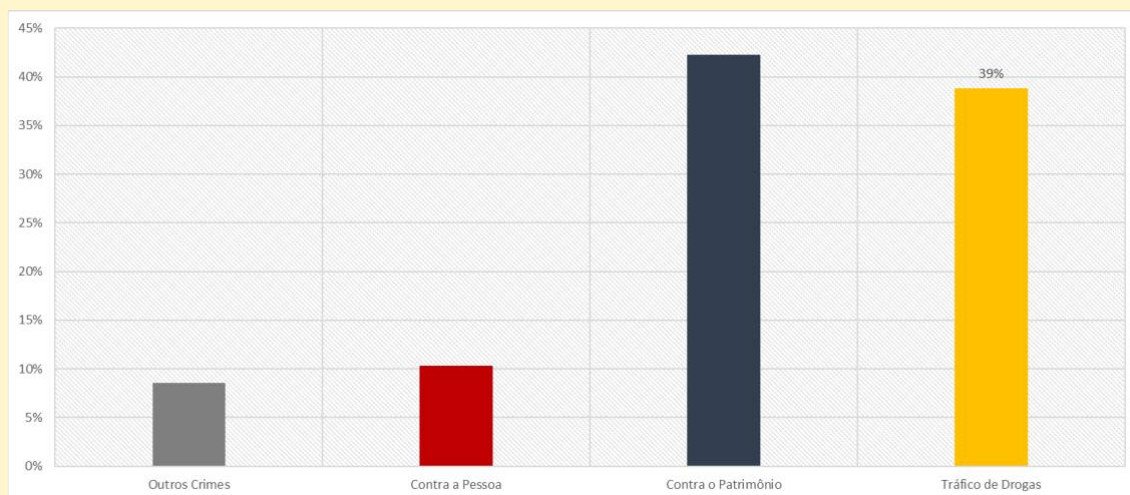
Alargando-se o horizonte da análise, como podemos observar pela ilustração acima (Figura 2), essa seletividade do sistema de segurança pública e do judiciário sobre os crimes relacionados ao tráfico de drogas fica patente. Em 2005, o percentual de pessoas privadas de liberdade por tráfico de drogas correspondia a cerca de 14% (quatorze) por cento do universo de detentos. Em apenas uma década, no ano de 2015 esse percentual passou para 28% (vinte e

oito) por cento, representando um aumento de 100% (cem) por cento em relação ao período anterior.

Importante lançar luz sobre a evolução do sistema carcerário e a dos presos por crimes relacionados ao tráfico de drogas. Comparando-se o crescimento da população carcerária total com o crescimento dos presos por tráfico de drogas, nota-se uma evidente dessemelhança. De acordo com os dados do DEPEN, enquanto o crescimento da população carcerária nacional se mostrou praticamente estável entre o período de 2015 a 2020, com crescimento de apenas 0,49%, o número de presos por tráfico de drogas apresentou uma evolução de mais de 34% (trinta e quatro) por cento. De acordo com o Instituto Conectas (CONNECTAS, 2019, p. 5), entre 2006 e 2016, a população carcerária ligada ao comércio de drogas saltou de 42 mil para 200 mil pessoas, um aumento de 302% (trezentos e dois) por cento. Por outro lado, segundo o referido estudo, o aumento da população carcerária como um todo, no mesmo período, foi de 81% (oitenta e um) por cento.

Esse quadro de seletividade se mostra ainda mais evidente ao se recortar os dados da análise, limitando-os ao estado de São Paulo. Enquanto no sistema carcerário nacional o número de indivíduos em situação de constrangimento de liberdade por tráfico de drogas representa cerca de 28% (vinte e oito) por cento do total de pessoas encarceradas, no estado de São Paulo esse número chega próximo aos 40% (quarenta) por cento.

Figura 3 - Quantidade de incidências por tipo penal no estado de São Paulo



Fonte: elaboração própria com base nas informações do SISDEPEN (DEPEN, 2020)

Diversas podem ser as variáveis capazes de explicar os números do estado de São Paulo em relação aos presos por tráfico de drogas, quando comparados com os nacionais. Contudo, recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) apontam que reiteradas decisões do

Tribunal de Justiça Bandeirante ignoram, por completo, a jurisprudência das cortes superiores nacionais, nomeadamente no que tange aos seguintes aspectos: i) decretação de prisão a partir da gravidade em abstrato do crime; ii) alusão à gravidade do delito e comoção social para justificar a necessidade de prisão; iii) imposição de regime de cumprimento de pena mais severo do que a pena aplicada sem a devida motivação; e iv) hediondez do crime de tráfico de drogas em sua vertente privilegiada.

Nesse sentido, em face de inúmeros constrangimentos de liberdade, prolatados pelo Tribunal de Justiça Paulista, antagônicos à jurisprudência pacífica dos tribunais de cúpula do Poder Judiciário nacional, a Corte da Cidadania foi instada a se manifestar e impôs uma medida coletiva para assegurar e proteger a liberdade e garantias constitucionais, tais como o devido processo legal, o acesso à justiça e a igualdade material entre indivíduos possuidores de abastados ou diminutos recursos.

1. DOS CRIMES HEDIONDOS E DO TRÁFICO DE DROGAS

Interessante a reflexão de Maria Rita Rodrigues (RODRIGUES, 2014) quando afirma que a segurança pública induzida por meio da via legislativa produz, somente, uma aparente sensação de segurança. Segundo aquela autora, quando uma iniciativa legislativa é direcionada para combater determinado crime, seja para tipificá-lo de maneira originária ou para exasperar sua pena ou regime, somente o sentimento de impunidade e de insegurança que oprime a sociedade de maneira geral é que são, de certa forma, amenizados. A realidade fática subjacente, por outro lado, queda inalterada.

No ano de 1990, influenciado por um aumento desenfreado dos casos de sequestro, o legislador ordinário editou uma lei com intuito de coibir aquelas e outras atividades que, segundo a exposição de motivos acessível no portal da Câmara dos Deputados (CÂMARA, 1990), poderiam ser consideradas as *mais nefastas* e nocivas à sociedade. Em 25 de julho daquele ano, foi sancionada a Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072/1990, que dispôs sobre diversos crimes considerados apavorantes, com fundamento de validade no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que tomamos a liberdade de transcrever, *in verbis*:

Art. 5º [...] XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (grifos nossos)

Como se observa pela leitura da referida exposição de motivos, os objetivos primordiais do legislador com a edição da Lei de Crimes Hediondos eram os seguintes: i) limitar drasticamente qualquer abrandamento da pena, que deveria ser cumprida em regime fechado, sem possibilidade de livramento condicional e sem remissão da pena pelo trabalho; ii) impedir a decretação de liberdade provisória; iii) tornar imprescritível a punibilidade do delito; e iv) aumentar a pena dos crimes selecionados, com o claro objetivo de *desestimular os eventuais criminosos*.

Nas palavras de Schuster (SCHUSTER, 2019, p. 17), a Lei de Crimes Hediondos “*veio reforçar a equiparação para o crime de tráfico de drogas feita pela Constituição Federal*”. Deveras, vários foram os crimes considerados como hediondos pelo referido diploma legal. Por força constitucional, outros crimes passaram a sofrer as mesmas consequências penais reservadas aos crimes definidos como hediondos pela Lei 8.072/1990. Nesse sentido, o crime de tráfico de drogas, que já era considerado hediondo pela Constituição Federal, passou a ser considerado um crime equiparado aos crimes hediondos pela própria Lei de Crimes Hediondos.

A Lei 8.072/1990 previu que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo não poderiam ser objeto de anistia, graça e indulto, além impor que o cumprimento da pena deveria ocorrer, inicialmente, em regime fechado. Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF), como resultado do julgamento do HC 111.840/ES, de relatoria do MINISTRO DIAS TOFFOLI, declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena, ementado da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA (CP, ART. 33, § 3º, C/C O ART. 59). POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, NO CASO EM EXAME, DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.
3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.
4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.
5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (grifos nossos)

Existe ainda uma indicação jurisprudencial emanada pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 103-A da Constituição Federal de 1988 (Sumula Vinculante 26), que determina que o juízo, para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo – ou equiparado, como é o caso do tráfico de drogas –, deverá observar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Importante destacar que o art. 2º, *caput*, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) estabelece que o crime de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de *sursis*, graça, indulto, anistia e *liberdade provisória*. Estabelece, também, que o livramento condicional para o crime de tráfico de drogas somente poderá ocorrer após o cumprimento de dois terços da pena, sendo vedada sua concessão ao reincidente específico.

Apesar da vedação legal para concessão de liberdade provisória ao preso por tráfico de drogas, o STF, em julgamento do HC 104.339/SP, de relatoria do MINISTRO GILMAR MENDES, declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da expressão *liberdade provisória*, constante do *caput* do art. 44 da Lei de Drogas.

Em sintonia com a Lei de Drogas, o art. 83, V, do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940) determina que o juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado por crime de tráfico de drogas, após cumpridos mais de dois terços da pena, *caso o apenado não seja reincidente específico em crimes dessa natureza*. Por sua vez, o art. 323 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941) estabelece que nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins não deverá ser concedida fiança.

Portanto, observa-se que, como regra geral, a política criminal relacionada ao tráfico de drogas é uma política repressiva e fundamentada no encarceramento, caracterizada pela impossibilidade de fiança, *sursis*, graça, indulto e anistia e pelo cumprimento de pena mais alargado para o alcance do direito à liberdade provisória. Tais características, associadas à política de guerra às drogas, podem explicar o crescimento de pessoas privadas de liberdade por tráfico de drogas nos presídios nacionais.

2. DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Apesar das graves consequências impostas ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins pela legislação federal, a Lei de Drogas trouxe uma importante diferenciação entre o tráfico de drogas comum e o tráfico de entorpecentes em sua modalidade privilegiada, observada quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa, nos termos do art. 33, §4º.

Em face do tratamento penal mais brando dirigido ao tráfico privilegiado, discute-se se as características do tráfico de drogas equiparado a crime hediondo (impossibilidade de fiança, *sursis*, graça, indulto e anistia e pelo cumprimento de pena mais alargado para o alcance da liberdade provisória) seriam aplicáveis ao delito privilegiado.

Registra-se que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria. No julgamento do HC 118.533/MS, de relatoria da MINISTRA CÁRMEM LÚCIA, o plenário da Corte Superior, *de forma unânime*, considerou que o crime de tráfico de drogas em sua modalidade privilegiada não deveria ser considerado como crime equiparável aos crimes hediondos, em razão das particularidades elencadas no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, cuja decisão fora ementada da seguinte maneira:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO:

INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.
2. 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.
3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.
4. Ordem concedida. (grifos nossos)

Segundo entendimento manifestado no voto da MINISTRA CÁRMEM LÚCIA, a relatora afirma que o reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado – art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 – possibilitaria o livramento condicional e a progressão de regime nos termos do regime geral estabelecido pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1994). Importa trazer ao conhecimento um breve trecho do voto da MINISTRA CÁRMEM LÚCIA no referido *habeas corpus*, por completa pertinência temática:

A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente. [HC 118.533/MS – 26/6/2016 – Ministra Cármem Lúcia]

Em sintonia com a jurisprudência trazida acima, Crislaine Schuster (SCHUSTER, 2019, p. 18) afirma que a eventualidade e não reincidência são critérios relevantes para o afastamento da hediondez para o delito de tráfico de drogas em sua forma privilegiada.

A jurisprudência da Corte da Cidadania também se encontra em sintonia fina com o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a menor ofensividade do crime de tráfico de drogas privilegiado. Em julgamento de recurso repetitivo (Pet 11.796/DF), de relatoria da MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, a Terceira Seção, por unanimidade, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada não é crime equiparado a hediondo.

Destarte, como se pode notar pela jurisprudência das Cortes de Vértice do país, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins em sua modalidade privilegiada, nos moldes do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, não pode ser entendido como um crime hediondo. Assim, não se pode impor aos sentenciados por esse tipo penal as proibições relativas à possibilidade de fiança,

sursis, graça, indulto e anistia e as exasperações temporais para o alcance da liberdade provisória.

3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO TOCANTE ÀS JUSTIFICATIVAS PARA PRISÃO E PARA O CUMPRIMENTO DE PENA

Como visto anteriormente, tanto as penas aplicáveis quanto o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por outra espécie deve ser justificada pelo juiz, considerando-se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Por seu turno, conforme o art. 282, §6º, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Ressalta-se que o não cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra medida cautelar deverá ser justificada de forma fundamentada, considerando-se sempre os elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Nesse sentido, além do art. 282, §6º, do Código de Processo Penal, considerar a prisão preventiva um instrumento de *ultima ratio*, deverá haver um juízo de proporcionalidade no caso concreto de forma a garantir que não haja excesso no decreto prisional; deve-se demonstrar a inadequação das medidas cautelares diversas da prisão definidas no art. 319 do Código de Processo Penal. Ademais, como será visto em maiores detalhes a seguir, a jurisprudência das cortes superiores nacionais veda tanto o estabelecimento de pena privativa de liberdade como a imposição de regime prisional mais gravoso fundamentadas, exclusivamente, na gravidade em abstrato ou na hipotética comoção social do delito.

3.1. Imposição de regime mais severo de cumprimento de pena e as fundamentações abstratas

Apesar de ser possível a imposição de regime de cumprimento mais severo do que aquele indicado legalmente pelo *quantum* da pena aplicada, a jurisprudência do STF e do STJ é uníssona no sentido de se exigir motivação idônea para a aplicação do agravamento. Nesse sentido, encontram-se as súmulas abaixo:

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

Súmula 440 – STJ. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Observe-se que, em sede de julgamento de *habeas corpus* de relatoria do MINISTRO TEORI ZAVASCKI (HC 117.813/SP), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento de que a invocação abstrata das causas de aumento de pena não pode ser considerada, por si só, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, nos seguintes termos.

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PACIENTE CONDENADO À PENA INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA INVOCAÇÃO ABSTRATA DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA DOS INCISOS I, II E III DO § 2º DO ART. 157 DO CP. INVIABILIDADE. SÚMULA 718/STF. ORDEM CONDEDIDA.

1. A fixação da pena-base (art. 59) no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, e a imposição do regime mais gravoso do que aquele abstratamente imposto no art. 33 do Código Penal revela inequívoca situação de descompasso com a legislação penal. A invocação abstrata das causas de aumento de pena não podem ser consideradas, por si só, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, por não se qualificarem como circunstâncias judiciais do art. 59. Inteligência do enunciado 718 da Súmula do STF. Precedentes.

2. Ordem concedida para que o juízo competente aplique ao paciente o regime semiaberto de cumprimento de pena. (grifos nossos)

No mesmo sentido a decisão da Segunda Turma do STF no julgamento do HC 123.432/SP, de relatoria do MINISTRO GILMAR MENDES.

Observe-se que a gravidade abstrata do delito ou a eventual hediondez do crime não são fundamentações idôneas para a imposição de um regime prisional mais gravoso, à margem dos critérios objetivos estabelecidos pelo art. 33, §2º, do Código Penal.

Finalmente, no julgamento do HC 83.605/SP, de relatoria da MINISTRA ELLEN GRACIE, a Segunda Turma, no ano de 2004, refutou a higidez de argumento relacionado à

grande comoção social, de forma abstrata, para fundamentar regime mais gravoso do que aquele definido pelo art. 33, §2º, do Código Penal, nos termos transcritos a seguir:

HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N 718 DO STF. SÚMULA 719 DO STF.

Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 8 (oito) anos, não sendo caso de reincidência, e reconhecidos, tanto pela sentença como pelo acórdão do Tribunal estadual, os bons antecedentes e a primariedade do réu, não há falar em adoção do regime inicial fechado para o cumprimento da pena sob o argumento de que a referida modalidade de crime vem causando grande comoção social, restando, assim, evidente a ofensa no art. 33, §2º, "b" e §3 c/c art. 59 do Código Penal. Incidência das Súmulas 718 e 719 do STF.

Como se verifica, para a imposição de um regime mais gravoso do que aquele definido pela regra estabelecida pelo art. 33 do Código Penal, faz-se necessária a fundamentação com os fatos inerentes ao caso em concreto. Nesse sentido, conforme a jurisprudência acima citada, a invocação abstrata de causas de aumento de pena não pode ser considerada, por si só, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional (HC 117.813/SP, relatoria MINISTRO TEORI ZAVASKI).

3.2. Medidas alternativas, prisão preventiva e princípio da proporcionalidade

Recentemente, com a promulgação da Lei 13.964/2019 a subsidiariedade da cautelar de prisão preventiva ficou patente. Manifestou-se o legislador pela garantia processual de que a prisão preventiva somente seria determinada quando da impossibilidade de sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão, destacando, ainda, a necessidade de fundamentação idônea afastar o cabimento de medidas alternativas à prisão, nos termos do art. 282, §6º, que tomamos a liberdade de transcrever:

Art. 282. §6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.
(grifos nossos)

Como se observa, o art. 282, §6º, do Código de Processo Penal, destacou que a prisão preventiva somente poderá ser determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Ressalta-se que o não cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra medida cautelar deverá ser justificada de forma fundamentada, considerando-se sempre os elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Conforme abordado anteriormente, é importante lembrar que tanto as penas aplicáveis quanto o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por outra espécie de pena deve ser justificada pelo juiz, considerando-se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, nos termos do art. 59 do CP.

Neste momento, cumpre trazer ao conhecimento a lição do doutrinador Gustavo Henrique Badaró (BADARÓ, 2020, p. 1185) sobre a necessidade de justificação, por parte do juiz, da inaplicabilidade ou da inadequação da adoção de medidas alternativas em substituição ao decreto de prisão preventiva:

Ao mais, tendo em vista que, de um lado, a existência de um rol de medidas cautelares alternativas à prisão (CPP, arts 319 e 320) e, de outro, o caráter excepcional da prisão preventiva, que somente será adequada “*quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*” (CPP, art. 282, §6º), **deverá o juiz justificar porque nenhuma das medidas alternativas a prisão é no caso concreto adequada para a necessidade cautelar** que se apresenta. Tal exigência foi reforçada pela nova redação do referido §6º, ao qual a lei 13.964 de 2019 acrescentou que “o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto de forma individualizada ponto”. (grifos originais)

No tocante à decretação de prisão preventiva, o Código de Processo Penal é de uma claridade notória ao estabelecer que a prisão preventiva somente poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, e somente na hipótese da existência do crime e indício suficiente de autoria, além do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CP, art. 312, *caput*).

Adianta-se que a jurisprudência dos tribunais superiores caminha firme com a necessidade de se definir os contornos fáticos e jurídicos que alicerçam a imposição da prisão preventiva. Nesse sentido, a jurisprudência do STF ressalta alguns pilares para a decretação da prisão preventiva, a saber: i) excepcionalidade da medida; ii) justificada por elementos idôneos e concretos; e iii) sendo vedada a adoção de conjecturas e suposições.

Destaca-se a existência de extensa base de precedentes nesse sentido, cuja transcrição teria apenas a infeliz consequência de tornar deveras extensa e tediosa a argumentação. Assim, em honra à objetividade, convém evidenciar um precedente relevante e contemporâneo que bem sintetiza a compreensão vigente no Supremo Tribunal Federal, nomeadamente, o

juízo do HC 127.186, relativo à prisão preventiva imposta no âmbito da Operação Lava-Jato.

No bojo do voto do saudoso MINISTRO TEORI ZAVASCKI, relator do HC 127.186/PR, encontram-se, de forma didática e elucidativa, as premissas necessárias para a imposição da cautelar de prisão preventiva, conforme se observa no fragmento do voto transcrito a seguir:

Algumas premissas são fundamentais para um juízo seguro a respeito das questões suscitadas no presente pedido de *habeas corpus*. A **primeira delas** é a de que, conforme reconhecido expressamente pela decisão que decretou a prisão preventiva, essa medida cautelar é a mais grave no processo penal, que desafia o direito fundamental da presunção de inocência, **razão pela qual somente “deve ser decretada quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade”** (HC 80282, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ de 02-02-2001). Ou seja, a medida somente se legitima em situações em que ela for o **único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa a proteger**, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal. Fora dessas hipóteses excepcionais, a prisão preventiva representa simplesmente uma antecipação da pena, o que tem merecido censura pela jurisprudência desta Suprema Corte, sobretudo porque antecipa a pena para acusado que sequer exerceu o seu direito constitucional de se defender (HC 122072, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 26/09/2014; HC 105556 Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 29/08/2013).

A **segunda premissa** importante é a de que, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pressupõe, sim, prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; **todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo**. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal. O devido processo penal, convém realçar, obedece a fórmulas que propiciam tempos próprios para cada decisão. O da prisão preventiva não é o momento de formular juízos condenatórios. Decretar ou não decretar a prisão preventiva não deve antecipar juízo de culpa ou de inocência, nem, portanto, pode ser visto nem como antecipação da reprimenda nem como gesto de impunidade. Juízo a tal respeito será formulado em outro momento, o da sentença final, após oportunizar aos acusados o direito ao contraditório e à ampla defesa. É a sentença final, portanto, e não a decisão da preventiva, o momento adequado para se for o caso sopesar a gravidade do delito e aplicar as penas correspondentes.

Mas há ainda uma **terceira premissa**: em qualquer dessas situações, além da demonstração concreta e objetiva das circunstâncias de fato indicativas de estar em risco a preservação dos valores jurídicos protegidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal, **é indispensável ficar evidenciado que o encarceramento do acusado é o único modo eficaz para afastar esse risco**. Dito de outro modo: **cumprir demonstrar que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 da lei processual penal tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins**. É o que estabelece, de modo expresso, o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal: **“a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”**. (grifos nossos)

Tendo em vista a gravidade da medida, repisa-se que, sob a lente das premissas destacadas no voto do MINISTRO TEORI ZAVASCKI, qualquer decisão cautelar que decretar a prisão preventiva deve demonstrar o concreto e efetivo prejuízo à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à segurança da aplicação da lei penal. Ademais, em decorrência do princípio da proporcionalidade, na espécie vedação ao excesso, é indispensável que o juiz, ou autoridade coatora, evidencie que nenhuma outra medida alternativa pode ser aplicada no caso concreto, em sintonia com o supracitado §6º, do art. 282 do Código de Processo Penal.

3.3. Conclusão parcial

Em resumo, considerando-se a jurisprudência das cortes superiores do país, a figura do privilégio no tráfico de drogas não se coaduna com a natureza hedionda do crime em sua forma ordinária. Disso decorrem consequências mais benéficas para os acusados, quando esses indivíduos forem primários, apresentarem bons antecedentes, não se dedicarem a atividades criminosas, tampouco integrarem organização criminosa.

A imposição de prisão preventiva, bem como de regime mais severo de cumprimento de pena, demanda uma fundamentação idônea, sendo ilegal a fundamentação abstrata, baseada em meros receios ou em expressões de baixa densidade semântica, como é o caso de *clamor social*. Nessa linha, para os casos de tráfico privilegiado, não se deveriam impedir a aplicação de fiança, sursis, graça, indulto ou anistia.

Além disso, a decretação de prisão preventiva deve estar lastreada na fundamentação idônea, baseada nas peculiaridades do caso em concreto, demonstrando-se o efetivo prejuízo à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à

segurança da aplicação da lei penal, evidenciando a inadequação da aplicação de medidas alternativas à prisão.

4. A REALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Considerando-se a moldura jurídico-jurisprudencial desenvolvida até o momento, analisaremos em que medida o Tribunal de Justiça de São Paulo cumpre a jurisprudência dos Tribunais de Vértice do Poder Judiciário, em relação aos crimes de tráfico privilegiado de drogas.

Para tanto, inicialmente, trataremos uma breve reflexão sobre o peso dos precedentes no processo penal e, em seguida, apresentaremos algumas conclusões do estudo desenvolvido pelo INSTITUTO CONECTAS (CONNECTAS, 2019), denominado “**Prisão a qualquer custo**”, com intuito de compreender a linha decisória do TJSP aos crimes relacionados ao tráfico privilegiado, notadamente ao que toca às fundamentações para a prisão preventiva, incluindo a sua não hediondez, bem como em relação à análise de medidas alternativas em substituição à prisão provisória.

4.1. Precedentes judiciais no processo penal

Importante destacar, nesse ponto, que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no recente julgado do HC 596.603/SP, de relatoria do MINISTRO ROGÉRIO SCHIETII, comunicou o entendimento de que os julgados dos Tribunais Superiores, por força do art. 927, III e V do Código de Processo Civil, e “*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*”.

DANYELLE DA SILVA GALVÃO (GALVÃO, 2019, p. 25), em manifestação defendida em tese de doutorado em processo penal da Universidade de São Paulo (USP), afirma que a observância dos precedentes no processo penal é causa para uma atuação judicial pautada pela busca da uniformização das decisões judiciais em diferentes níveis jurisdicionais, culminando em um tratamento mais igualitário do Estado para com os seus subordinados.

De nossa parte, entendemos que a observância dos precedentes no processo judicial, além de introduzir maior segurança jurídica nas relações litigiosas, contribui para racionalizar o processo penal, além de trazer maior eficiência e celeridade ao processo. Não bastasse, o respeito dos órgãos julgadores inferiores às decisões proferidas pelos tribunais de cúpula do país, tende a permitir uma maior igualdade entre os sujeitos passivos da ação penal, uma vez que indivíduos que não teriam condição de chegar com suas demandas às cortes superiores poderiam ser beneficiados por decisões emanadas em outros processos.

4.2. Conclusões do estudo “Prisão a qualquer custo” do Instituto Conectas

De acordo com o estudo *Prisão a qualquer custo* (CONNECTAS, 2019, p. 3), o STF, no julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que o tráfico de entorpecentes privilegiado não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* do §1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Como consequência – no mesmo racional desenvolvido ao longo do presente trabalho –, o Instituto Conectas afirma que tal posicionamento “reforça a excepcionalidade da prisão provisória, permite uma progressão de regime de cumprimento de pena minimamente razoável e, inclusive, que pessoas nessa situação sejam beneficiadas pelo indulto presidencial” (CONNECTAS, 2019, p. 3).

Todavia, o estudo destaca (CONNECTAS, 2019, p. 26) que, na prática dos tribunais, a amostra analisada indica que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 118.533/MS, tem sido amplamente relaxado.

Na análise de processos criminais de acusados por tráfico de drogas, muitos magistrados de primeiro e segundo grau têm negligenciado os requisitos necessários para enquadrar os réus por tráfico privilegiado: ser primário, com bons antecedentes, sem qualquer vínculo com grupos criminosos. Tais requisitos poderiam implicar na diminuição da pena e em regimes de cumprimento de sentença diversos à prisão – em resumo, alternativas ao falido sistema prisional brasileiro.

Ainda segundo o referido estudo (CONNECTAS, 2019, p. 26), tanto o Ministério Público como o Judiciário Estadual impõem resistência deliberada em aplicar as decisões do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se de fundamentações abstratas que não entram no mérito e nas peculiaridades fáticas do caso concreto, para impor regime de cumprimento de pena mais gravoso, impedir a progressão de regime ou decretar prisão preventiva.

Diversas foram as recomendações do estudo para vários órgãos que integram o sistema de justiça. Para o Ministério Público, o estudo recomendou que o órgão acusatório deveria

solicitar medidas alternativas à prisão para indivíduos acusados por tráfico privilegiado, já na audiência de custódia (CONNECTAS, 2019, p. 27).

Para os Magistrados, o estudo recomendou que sejam deferidas as medidas alternativas à prisão e que os pedidos de liberdade provisória sejam concedidos “para indivíduos que preencham os requisitos do art. 33, §4”, da Lei de Drogas. Além disso, aponta que seria necessária a aplicação de “regimes menos graves aos condenados, observando-se a não hediondez do tráfico privilegiado” (CONNECTAS, 2019, p. 27).

Ainda recomendou à Defensoria Pública a necessidade de “efetuar pedidos de liberdade provisória e *habeas corpus* para aqueles acusados por tráfico que se enquadram nas características de tráfico privilegiado”, de forma a obrigar o Poder Judiciário a cumprir a lei e a jurisprudência das cortes superiores, garantindo o direito à liberdade, o acesso à justiça e o princípio da igualdade.

4.3. A inobservância da jurisprudência dos tribunais superiores pelo TJSP

No início desse trabalho, apresentamos que o índice (presos por tráfico de drogas / total de presos) de indivíduos em situação de constrangimento de liberdade por tráfico de drogas no estado de São Paulo é cerca de 39,2% (trinta e nove e dois décimos) por cento, fato que aponta para uma maior seletividade secundária do estado mais abastado do país em relação ao tráfico de drogas.

Segundo Nilo Batista e Raúl Zaffaroni (BATISTA e ZAFFARONI, 2017, p. 43), “a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre uma pessoa que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, investigam-na, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo”.

De acordo com os referidos doutrinadores (BATISTA e ZAFFARONI, 2017, p. 46), a seleção secundária é erguida sobre dois pilares. No primeiro, busca selecionar atos de mais fácil identificação. Para os autores, esses atos são classificados como fatos grosseiros: uma “obra tosca da criminalidade”. No segundo pilar, a criminalização secundária busca selecionar pessoas de maior vulnerabilidade, que não tenham condições de se defender contra as acusações do sistema de justiça, “por sua incapacidade de acesso [...] ao poder político e econômico ou à comunicação massiva”.

Nota-se, pois, que a criminalização secundária, em sua essência, além de violar o princípio da isonomia, também é fruto de um estereótipo criado com o objetivo de fixar uma “imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos” (BATISTA e ZAFFARONI, 2017, p. 46). Como o estereótipo de delinquente criado é o principal critério de seleção secundária, não é difícil concluir o porquê de a população carcerária apresentar características físicas e sociais semelhantes.

Nesse ponto, cumpre direcionar luz ao voto do MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI, relator do HC 596.603/SP, quando afirma que:

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. [HC 596.603/SP – 8/9/2020 – RELATOR MIN. ROGÉRIO SCHIETTI]

Em decorrência do julgamento do referido *habeas corpus*, o STJ apontou a necessidade de a decisão ter caráter coletivo “diante do que chamaram de insistência do Tribunal de Justiça de São Paulo em desrespeitar a jurisprudência das cortes superiores” (POMPEU e FREITAS, 2020), no tocante ao tráfico privilegiado de drogas.

Destaca-se que o estudo *Prisão a qualquer custo* (CONNECTAS, 2019) aponta diversos descompassos entre as decisões do TJSP e a jurisprudência dos tribunais superiores, no tocante ao tráfico privilegiado de drogas. Tais diferenças podem ser classificadas em quatro dimensões: i) hediondez do crime de tráfico privilegiado; ii) prisão preventiva determinada sem a análise da necessidade e da adequação da medida e ignorando a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à prisão; iii) fundamentação abstrata para decretação da prisão preventiva; e iv) fundamentação abstrata para o agravamento do regime inicial de cumprimento de pena.

Cita-se, a título de exemplo, decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Agravo Regimental no *Habeas Corpus* (AgRg no HC 515.775/SP), de relatoria do MINISTRO NEFI CORDEIRO, que considerou injustificada a imposição de regime inicialmente fechado a paciente primária, condenada à pena de 1 ano e 8 meses, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, da seguinte forma ementada:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS GRAVOSO.

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTE PRIMÁRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. WRIT CONCEDIDO PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

2. **Não se justifica a imposição de regime inicial fechado a paciente primária, condenada à pena reclusiva de 1 ano e 8 meses, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus a paciente ao regime aberto, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c 59, ambos do Código Penal, mesmo que tenha sido apreendida uma grande diversidade de drogas, a quantidade de 21,8g de maconha, 2,3g de crack e 34,8g de cocaína não se mostra relevante.**

3. Agravo regimental improvido. (grifos nossos)

Em outra oportunidade, a Quinta Turma do STJ, no julgamento do HC 482.223/SP, de relatoria do MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA, reviu o regime inicial de cumprimento de pena, reformando a decisão do tribunal *a quo* em face de referências genéricas acerca da gravidade do delito, conforme se pode notar pelo enxerto abaixo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REFERÊNCIAS GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PACIENTE PRIMÁRIO, COM ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 4. Hipótese em que o regime prisional foi recrudescido e a substituição da pena foi negada com base em referências genéricas acerca da gravidade do delito, além da quantidade dos entorpecentes apreendidos, que não é expressiva na hipótese dos autos (9,1g de cocaína e 33,3g de maconha).

5. **O quantum da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto e ter sua pena substituída por medidas restritivas de direitos, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.**

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas

restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. (grifos nossos)

Como se observa, nesse caso (HC 482.223/SP) o tribunal *a quo* impôs ao paciente o cumprimento inicial da pena em regime fechado, a paciente condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, incidente a minorante constante do §4 do mesmo artigo.

Apesar do reconhecimento, pelo juízo de primeiro grau, da possibilidade de enquadramento do crime no tráfico privilegiado – dada a primariedade, a não reincidência e a pouca quantidade de drogas apreendidas –, o magistrado sentenciante fixou o regime inicial fechado para cumprimento de pena, nos termos a seguir expostos:

O regime de cumprimento da pena é o fechado, **dada a diversidade de drogas e diante da gravidade da conduta a ensejar uma maior reprimenda, e ainda, porque se assim não fosse estabelecido gerar-se-ia a certeza de impunidade. Pelos mesmos motivos, não reúne requisitos subjetivos para a aplicação da substituição de que trata o artigo 44, do Código Penal.** Não poderá recorrer em liberdade, **porque presentes os requisitos da prisão preventiva**, em especial, garantia da aplicação da lei penal, ainda que provisoriamente. (Voto do MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA no HC 482.223/SP) (grifos nossos)

Nota-se que a utilização de fundamentação abstrata e vinculada à gravidade em tese do delito, segundo firme jurisprudência dos tribunais de vértice do país, não é fundamentação idônea para impor o agravamento do regime de cumprimento de pena, conforme amplamente discorrido no âmbito do presente trabalho.

Por seu turno, o Tribunal *a quo*, em sede de apreciação do recurso de apelação interposto pela defesa, manteve o regime inicialmente fechado e negou a substituição da pena, fundamentando sua decisão nos seguintes termos:

O regime inicial deve ser o fechado, **ante a hediondez do delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta e também evidenciada pela quantidade da droga apreendida,** com fundamento no §3º do artigo 33 do Código Penal, e entendo inviável substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (grifos nossos)

Não obstante à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 118.533/MS) ser firme no sentido de que o tráfico de entorpecentes privilegiado não se harmonizar com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* do §1º do art. 33 da Lei de Drogas, o argumento do Tribunal Paulista no julgamento da referida apelação foi no sentido de considerá-lo hediondo, impedindo, desta feita, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

Nesse sentido, considerando-se a primariedade do paciente, cuja pena não excedeu 4 (quatro) anos de reclusão e com circunstâncias judiciais favoráveis, inclusive a pouca quantidade de droga apreendida, o STJ entendeu que o paciente faria jus ao regime inicial aberto e à substituição da pena.

Diante de inúmeros casos dessa natureza, o STJ ao acatar o pedido de *habeas corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, garante uniformidade e segurança jurídica na aplicação da Lei de Drogas, atua de forma eficiente e com economia processual e assegura o acesso à justiça a centenas de indivíduos em situação de constrangimento de liberdade por tráfico privilegiado de drogas, ao mesmo tempo em que garante maior isonomia entre esse grupo de indivíduos.

5. HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE E ACESSO À JUSTIÇA

Diante de reiteradas decisões prolatadas pelo TJSP, na contramão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou um *habeas corpus* coletivo, pedindo a revisão do regime inicial de cumprimento de pena para todos os condenados por tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, com o objetivo de dar efetividade ao que as normas e os tribunais superiores garantem aos cidadãos.

No mérito, os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acordaram em conceder o *habeas corpus*, nos termos do voto do relator MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI, determinando: i) a fixação do regime aberto aos condenados por tráfico privilegiado, a 1 ano e 8 meses, inicialmente fixado em regime fechado; ii) reavaliação do regime de cumprimento de pena, para verificar a possibilidade de progressão, dos presos condenados por tráfico privilegiado a penas menores do que 4 (quatro) anos de reclusão; iii) que não se imponha o regime inicial fechado de cumprimento de pena a nenhum indivíduo que vier a ser condenado por tráfico privilegiado, quando todas as circunstâncias foram reconhecidamente favoráveis ao acusado.

Em seu voto, o MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI destaca a coerência das decisões do Poder Judiciário como um dos vetores de seu voto. Ademais, ressalta que a análise coletiva do pedido favorece a igualdade de tratamento dos jurisdicionados, uma vez que elimina interpretações divergentes, sobre questões eminentemente jurídicas.

A utilização do *habeas corpus* coletivo é recente na realidade forense nacional. De acordo com o magistério do MINISTRO GILMAR MENDES (MENDES e BRANCO, 2017, p. 431), “o *habeas corpus* destina-se a **proteger o indivíduo** contra qualquer medida restritiva do Poder Pública à sua liberdade de ir, vir e permanecer”.

Gustavo Henrique Badaró, aparentemente, já apresenta uma visão mais alargada sobre o conceito de paciente. Para o douto doutrinador, “o paciente tem de ser uma pessoa [...] cuja liberdade de locomoção esteja violada ou ameaçada”. Continua lecionando que “[t]ambém deve ser tratar de **pessoa ou pessoas individualizadas**, não se admitindo a medida em favor de pessoas indeterminadas” (BADARÓ, 2020, pp. 1087-1088). Nota-se por este posicionamento que, caso os potenciais beneficiários por um *habeas corpus*, sejam indivíduos determinados por características fático-jurídicas, pelo menos em tese, teríamos a possibilidade de implementação da medida.

A Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro – foi instada a se manifestar, por meio de consulta realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, sobre o cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem constitucional brasileira (SARMENTO et al, 2015).

Na referida consulta, Daniel Sarmiento aponta diversos benefícios decorrentes da tutela coletiva de direitos: i) redução do congestionamento de processos no Poder Judiciário; ii) maior eficiência e economia de tempo e recursos para a prestação jurisdicional; iii) maior isonomia no tratamento entre os jurisdicionados; iv) promoção de efetivo acesso à justiça, nomeadamente em relação aos mais necessitados (SARMENTO et al, 2015, pp. 5-6).

No tocante à maior isonomia no tratamento de interesses similares pertencentes a diferentes indivíduos, o doutrinador destaca que a “disparidade entre as respostas penais diante de situações similares se reveste de maior gravidade, contribuindo para o descrédito do sistema de justiça” (SARMENTO et al, 2015, p. 7).

Ademais, defende o racional de que “se a ofensa à liberdade for individual, a impetração do *habeas corpus* individual será suficiente” (SARMENTO et al, 2015, p. 21). Todavia, na presença de um ato ou evento danoso que afete o direito subjetivo de liberdade de muitos indivíduos, dando origem a idênticas violações de direito, a impetração de *habeas corpus* coletivo é a via processual mais eficiente.

Desta forma, pode-se afirmar que além de atuar como um instrumento de igualdade e acesso à justiça, o *habeas corpus* coletivo proporciona maior eficiência ao processo penal, nos casos de lesões a direitos de um conjunto determinável de indivíduos.

CONCLUSÃO

A evolução do número de indivíduos em situação de constrangimento de liberdade por tráfico de drogas apresenta um crescimento exponencial nos últimos anos. Aparentemente, as condições agravadas para obtenção da liberdade condicional e para a progressão de regime, decorrente da hediondez do crime de tráfico de drogas, contribui para o aumento do índice de presos por esse delito, quando comparado à evolução do número total de detentos nas cadeias brasileiras.

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona ao afirmar que o crime de tráfico privilegiado de entorpecentes – quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, tampouco integrar organização criminosa – não se coaduna com a hediondez do crime de tráfico de drogas em sua vertente ordinária.

Nesse sentido, as consequências decorrentes da equiparação do delito de tráfico privilegiado de entorpecentes aos crimes hediondos, notadamente quanto à impossibilidade de fiança e *sursis*, graça, indulto e anistia, não devem ser aplicadas.

Apesar da firme jurisprudência dos tribunais superiores no tocante à necessária fundamentação para decretação de prisão preventiva e para a imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que o estabelecido abstratamente pelo art. 33, §2º, do Código Penal, o TJSP, em inúmeras decisões, utiliza-se de fundamentações abstratas para a imposição de regime mais gravoso de cumprimento de pena para os delitos de tráfico privilegiado de drogas.

Além disso, o TJSP em diversos julgados se utiliza da argumentação de que o tráfico privilegiado seria um delito equiparável aos crimes hediondos, razão pela qual impõe, na contramão da jurisprudência das Cortes de Vértice, o regime inicial fechado para cumprimento de pena, desconsiderando a possibilidade de regime inicial aberto para o cumprimento de pena e de aplicação de medidas alternativas à prisão para penas inferiores a 4 (quatro) anos de reclusão.

Diante das decisões reiteradas do TJSP, o STJ, por unanimidade, em sede de julgamento do HC 596.603/SP, determinou as seguintes medidas: i) a fixação do regime aberto aos condenador por tráfico privilegiado, a 1 ano e 8 meses, inicialmente fixado em regime fechado; ii) reavaliação do regime de cumprimento de pena, para verificar a possibilidade de progressão, dos presos condenados por tráfico privilegiado a penas menores do que 4 (quatro) anos de

reclusão; iii) que não se imponha o regime inicial fechado de cumprimento de pena a nenhum indivíduo que vier a ser condenado por tráfico privilegiado, quando todas as circunstâncias foram reconhecidamente favoráveis ao acusado.

Pode-se afirmar que a referida decisão, em sede de *habeas corpus* coletivo, fez uso de um instrumento processual constitucional (*habeas corpus*) de maneira moderna e eficiente, endereçando a coação ilegal da liberdade de centenas de indivíduos presos por tráfico privilegiado de drogas. Além da nítida eficiência da decisão, o julgamento do referido HC proporciona uma maior isonomia entre os pacientes, uma maior segurança jurídica no desfecho de afrontas similares a direitos subjetivos, bem como um alargado acesso à justiça aos beneficiados pela decisão.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal – 8ª edição revista, atualizada e ampliada**. Editora Thomson Reuters – Revista dos Tribunais. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Código Penal – Decreto-Lei 2.848/1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Lei Anticrime – Lei 13.964/2019**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Lei de Crimes Hediondos – Lei 8.072/1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acessado em 31 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Lei de Drogas – Lei 11.343/2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Lei de Execução Penal – Lei 7.210/1984**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

- CÂMARA. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/>>. Acessado em 31 de outubro de 2020.
- CONECTAS, Instituto. **Prisão a qualquer custo**. 2019. Disponível em <<https://www.conectas.org/publicacoes/download/prisao-a-qualquer-custo-sumario-executivo>>. Acessado em 2 de novembro de 2020.
- DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2015. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- DPRJ. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro**. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- DRUG POLICY. **A brief history of the drug war**. Disponível em <<https://www.drugpolicy.org/issues/brief-history-drug-war>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- GALVÃO, Danyelle da Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. 2019. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13082020-232848/publico/6759007_Tese_Parcial.pdf>. Acessado em 2 de novembro de 2020.
- GARCIA, Maria Lúcia Teixeira. LEAL, Fabíola Xavier. ABREU, Cassiane Cominoti. **A política antidrogas brasileira: velhos dilemas**. Universidade Federal do Espírito Santo. Psicologia e Sociedade. pp. 267-276, 2008. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/psoc/v20n2/a14v20n2.pdf>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. Editora Saraiva. 2017
- POMPEU, Ana. FREITAS, Hyndara. **STJ concede habeas corpus coletivo para presos em SP por tráfico privilegiado**. Disponível em <<https://www.jota.info/justica/stj-habeas-corpus-coletivo-08092020>>. Acessado em 3 de novembro de 2020.
- RODRIGUES, Maria Rita. **O instituto dos crimes hediondos e seu desenvolvimento na legislação brasileira**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Argumenta – UENP. Jacarezinho. N 21. pp. 167 – 181. 2014. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/438>>. Acessado em 31 de outubro de 2020.
- SARMENTO, Daniel. BORGES, Ademar. GOMES, Camilla. **O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira**. Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Disponível em <<http://uerjdireitos.com.br/>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- SENADO FEDERAL. **História do combate às drogas no Brasil**. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 440 – estabelecimento de regime prisional mais gravoso com base apenas na gravidade em abstrato do delito.** Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. **HC 117.813/SP - Gravidade em abstrato e necessidade de motivação idônea.** Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/docID/5362069>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 123.432/SP - Gravidade em abstrato e necessidade de motivação idônea.** Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/docID/6955527>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgReg no HC 145.000/SP - A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.** Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/docID/14659486>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 94.468/SP - Alusão à gravidade do delito e comoção social: não configuração de fundamentação idônea.** Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/docID/584812>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.