

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.344.374 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
RECTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S)	: JOAO FAUSTINO NETO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	: INSTITUTO ANJOS DA LIBERDADE
ADV.(A/S)	: DANIELLA DE FREITAS ROSA FERREIRA
INTDO.(A/S)	: MATHEUS ASSIS ROCHA
ADV.(A/S)	: ALEX LUCIO ALVES DE FARIA
INTDO.(A/S)	: ALLAN DIAS NASCIMENTO
ADV.(A/S)	: PAULO SERGIO PISARA VICTORIANO
INTDO.(A/S)	: BENEDITO GARCIA
ADV.(A/S)	: MARIA RITA DE JESUS ALVES GARCIA
INTDO.(A/S)	: THAIS DE SOUSA BARROS
ADV.(A/S)	: WAGNER LINARES JUNIOR
INTDO.(A/S)	: CLAUDIRENE APARECIDA CIRINO
ADV.(A/S)	: HUGO AMORIM CORTES
INTDO.(A/S)	: RODRIGO SALES RODRIGUES
ADV.(A/S)	: KAROLINE WOLF ZANARDO

DECISÃO

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) em face de acórdão proferido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, à unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus* para fixar o regime aberto como modo inicial de cumprimento da pena do paciente, JOÃO FAUSTINO NETO, ora recorrido, condenado pelo juízo de piso pela prática do crime de tráfico de drogas privilegiado. O julgamento, que ocorreu na sessão de 8/9/2020, foi assim ementado (e-STJ, fls. 506/513):

“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. CONSECTÁRIOS 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 convalidadas 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** (*obbligò di verità*, 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 **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 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.”

Contra esse acórdão, foram opostos Embargos de Declaração, tanto pelo MP/SP (e-STJ, fls. 558/572), como pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo - DPE/SP (e-STJ, fls. 576/580).

Além disso, foram protocolados diversos pedidos de extensão, formulados em favor de Allan Dias do Nascimento (*eDocs.* 25/26), Benedito Garcia (*eDoc.* 28), Thais de Sousa Barros (*eDoc.* 31), Matheus de Assis Rocha (*eDoc.* 47), Claudirene Aparecida Cirino (*eDocs.* 48/63), Rodrigo Sales Rodrigues (*eDoc.* 64), bem como a manifestação do Instituto Anjos da Liberdade (*eDocs.* 42/44), através da qual a associação pleiteia a extensão dos efeitos do acórdão ora recorrido a todos os condenados do Estado de Minas Gerais pela prática do delito de tráfico privilegiado que estejam recolhidos no regime fechado, bem como a todos aqueles que vierem a ser condenados na modalidade privilegiada.

Através de julgamento realizado em 11/5/2021, por unanimidade, os aclaratórios da DPE/SP foram parcialmente acolhidos, sem que lhes fossem concedidos efeitos infringentes, ao passo que os do MP/SP foram rejeitados. Na mesma oportunidade, os pedidos de extensão não foram conhecidos. Tudo foi resumido pela ementa que segue (e-STJ, fls. 1.637/1.639):

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS INDIVIDUAL E COLETIVO. RÉU CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO À PENA DE 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DIRETRIZES REGISTRADAS PELA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC N. 143.641

(PLENO). PEDIDOS INDIVIDUAIS DE EXTENSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

1. Consoante o disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, a oposição de embargos de declaração enseja, em síntese, o aprimoramento da prestação jurisdicional, por meio da retificação do julgado que se apresenta omissivo, ambíguo, contraditório ou com erro material. São inadmissíveis, portanto, quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivam, em essência, o rejuízo do caso.

2. O *decisum* embargado afirmou, maneira clara e devidamente fundamentada, ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico privilegiado – tráfico de pequena monta, agente primário, sem antecedentes penais, sem prova de vínculo com organização criminosa e de exercício de atividade criminosa – que tiverem pena não superior a 4 anos, desde que devidamente preenchidos os demais requisitos previstos no art. 44 do CP. Essa possibilidade não constou do capítulo intitulado ‘X. Dispositivo’, porque esse último capítulo se destinou, tão somente, aos casos especificamente abarcados por este habeas corpus coletivo.

3. O pedido de habeas corpus coletivo formulado pela Defensoria Pública disse respeito, apenas, ao regime inicial de cumprimento de pena estabelecido àqueles condenados por tráfico privilegiado no Estado de São Paulo. Em nenhum momento, houve pedido de habeas corpus coletivo no sentido de se determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade imposta a esses indivíduos por penas restritivas de direitos.

4. O art. 33, § 2º, ‘c’, do CP prevê que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto". No caso, a ementa se referiu somente às penas inferiores a 4 anos de reclusão, de maneira que se mostra cabível a integração da ementa para acrescentar, nos itens 11; 18.3.2 e 21.3, a expressão

‘igual / iguais’.

5. 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. Precedentes também desta Corte.

6. Ainda que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP tenham sido avaliadas de forma favorável ao réu, é possível que o Magistrado, com base em motivação idônea e específica da hipótese analisada, invoque alguma particularidade do caso – como as circunstâncias em que perpetrado o delito, a forma de acondicionamento da droga, a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas etc. – para justificar a fixação do regime inicial semiaberto, e não do aberto, a réu condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão.

7. O peticionamento, diretamente nesta Corte Superior de Justiça, de pedidos de extensão individuais não é a via adequada para apreciar e decidir acerca de casos concretos. A análise individual de casos específicos deve ser feita, a priori, pelos respectivos juízes das Varas de Execução Penal competentes e responsáveis pela execução das sanções dos internos, aos quais caberá apreciar se os presos se enquadram ou não no espectro traçado no acórdão de concessão da ordem coletiva.

8. Por ocasião do julgamento do HC n. 143.641/SP, o Supremo Tribunal Federal assentou que a legitimidade ativa

para ingressar com a ação de habeas corpus coletivo 'deve ser reservada aos atores listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo'.

9. Considerando que a matéria tratada neste habeas corpus melhor se amolda ao previsto no inciso IV do art. 12 da Lei n. 13.300/2016 – quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal –, não há como se conhecer do pedido formulado pelo Instituto Anjos da Liberdade aos condenados por tráfico privilegiado do Estado de Minas Gerais, por falta de legitimidade ativa do requerente.

10. Embargos de declaração opostos pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo acolhidos em parte, sem, no entanto, conferir efeitos infringentes ao julgado, nos termos do voto do relator. Embargos de declaração opostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo rejeitados. Pedidos de extensão não conhecidos.”

No apelo extremo, interposto com amparo no art. 102, III, alínea “a”, da Constituição Federal, o recorrente defende a existência da repercussão geral do tema, sustentando que o acórdão violou os arts. 5º, XLVI, LIII, LIV, LV, LXVIII, e 105, I, “c”, ambos da CF/88 (e-STJ, fls. 1.667/1.683).

Argumenta pela incompatibilidade da previsão de cabimento do remédio constitucional de *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da CF/88) com a expedição de ordem genérica e indeterminada, nos termos do acórdão recorrido. Quanto ao ponto, alega que “*Como se vê do texto constitucional, a garantia do habeas corpus, como instrumento de tutela do direito de liberdade, pressupõe a existência de lesão ou ameaça à liberdade de locomoção, não se prestando o remédio a amparar receio infundado de coação futura e incerta, relativa a sujeitos ativos e passivos indeterminados, e fixando medidas para aplicação em tese, em hipóteses abstratas*” (e-STJ, fl. 1.675).

Acrescenta que, muito embora exista uma corrente que defenda a possibilidade de concessão de *habeas corpus* coletivo, em favor de um

RE 1344374 / SP

número indeterminado de pacientes, *“certo é que a ordem socorra alguém, há de existir fundada e concreta ameaça por parte de autoridade determinada, não se concebendo a validade de salvo conduto genérico e ilimitado, destinado a vincular decisões futuras de todos os juízes e tribunais do país ou de todo um Estado da Federação, sem que haja indicação dos motivos em que se funda o temor de violação à liberdade de ir e vir”* (e-STJ, fl. 1.675).

Anota que no âmbito desta SUPREMA CORTE prevalece o entendimento pela impossibilidade de conhecimento de *habeas corpus* quando verificado a existência de indeterminação subjetiva, motivo pelo qual o acórdão recorrido não deve subsistir, pois se dirigiu expressamente a hipóteses futuras e incertas, sem identificar uma possível autoridade coatora.

Reclama que houve desobediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, na medida em que essas garantias não permitem a supressão da possibilidade de as autoridades apontadas como coatoras prestarem as devidas informações como forma de defesa à legalidade do ato reputado como coator.

Nesse contexto, aduz que, equivalendo-se as informações escritas prestadas pela autoridade coatora como sendo a resposta do demandado, *“resta evidente que a concessão de ordem que abarca casos futuros e indeterminados importa na abolição do direito de resposta dos juízos e tribunais que viriam a titularizar o polo passivo dessas relações jurídicas, impedindo-os, inclusive, de justificar os fundamentos concretos adotados em cada caso”* (e-STJ, fl. 1.677). Dessa forma, seria impossível a manutenção do acórdão recorrido na parte em que estendeu a ordem em benefício de acusados em geral, devendo restringir os seus efeitos apenas ao paciente devidamente formalizado nos autos.

Quanto à indicada violação aos arts. 5º, LIII, e 105, I, “c”, ambos da CF/88, entende pela necessidade desta SUPREMA CORTE equacionar questões atinentes à competência para o julgamento da causa. Isso porque a previsão da competência conferida ao STJ não abrange a possibilidade de análise de possíveis ilegalidades atribuídas a juízos de primeiro grau. Assim sendo, *“A ordem genérica e indeterminada concedida pela via do habeas*

RE 1344374 / SP

corpus no presente caso, todavia, abarca também casos em que não houve ou em que não haverá pronunciamento prévio de tribunais de segundo grau, de modo a evidenciar que, nessas hipóteses, haverá supressão de instância jurisdicional e indevido alargamento da competência constitucionalmente cometida a esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em nítido maltrato ao princípio constitucional do juiz natural (artigo 5º, LIII)” (e-STJ, fl. 1.678).

Afirma, ainda, que a relevância do tema e o alcance das determinações que foram impostas pressupõem, até mesmo por segurança jurídica, a necessidade de serem apreciadas e tomadas por órgão judiciário superior e não por órgão fracionário como foi o caso, inclusive porque, do mesmo modo que foi salientado durante o julgamento pela eminente Min. LAURITA VAZ, existem, versando sobre o mesmo tema, diversos outros *habeas corpus* distribuídos aos Ministros integrantes da Quinta Turma.

Sustenta, em seu último tópico, que a fixação de regras gerais para situações futuras e indeterminadas tolhe a discricionariedade do julgador em cada caso concreto, além de causar enorme embaraço ao livre exercício da função jurisdicional pelos membros da magistratura, de modo que o princípio constitucional da individualização da pena também restou violado pelo aresto recorrido. Ao assim agir, determinando a alteração para o regime aberto de todas as condenações à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses pela prática do crime de tráfico de drogas privilegiado no Estado paulista, o Tribunal da Cidadania não se atentou *“para a real possibilidade de que, apesar do quantum de pena aplicado, pode haver, em determinados casos concretos, a incidência de circunstâncias judiciais negativas a justificar a aplicação de regime de pena mais rigoroso, nos precisos moldes dos artigos 33, parágrafo terceiro, e 59, inciso III, ambos do Código Penal” (e-STJ, fl. 1.680).*

Por fim, pede que o recurso seja conhecido e provido para *“cassar, em parte, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, especificamente no tocante às determinações de caráter coletivo constantes dos itens 21.2, 21.3 e 21.4 da ementa da decisão já transcrita (determinação a juízes das varas de execução para que procedam à mudança de regime de pena para o aberto a todos os presos*

RE 1344374 / SP

condenados por tráfico privilegiado à pena de um ano e oito meses de reclusão; determinação a juízes das varas de execução que reavaliem a situação e verifiquem a possibilidade de mudança de regime pela detração penal aos condenados por tráfico privilegiado a penas iguais ou menores do que quatro anos de reclusão; determinação a todos os juízes criminais e de varas de execução que não seja imposto ou seja corrigida eventual imposição de regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes de tráfico privilegiado)” (e-STJ, fl. 1.682).

Contrarrazões do recorrido pela inadmissão do apelo e, no mérito, pela sua negativa de provimento (e-STJ, fls. 1.693/1.716). Na oportunidade, pontuou **(a)** a ilegitimidade recursal do Ministério Público Estadual em sede de *habeas corpus*, pois, quando este é impetrado pela defesa, o *Parquet* não figura como parte; **(b)** a inexistência da repercussão geral da matéria debatida, em especial diante da aplicabilidade dos Temas 660/STF e 182/STF; **(c)** a incidência do óbice da Súmula 284/STF, pois o recorrente não logrou êxito em demonstrar “*em que sentido a concessão de uma ordem de habeas corpus pode violar o artigo constitucional que justamente garante o habeas corpus*” (e-STJ, fl. 1.700); **(d)** a incidência do óbice da Súmula 282/STF, ante a ausência do necessário prequestionamento, já que “*o acórdão ora atacado referiu-se aos artigos da Constituição Federal ditos infringidos pela petição do recurso extraordinário, e nem analisou ou enfrentou as supostas violações apontadas*” (e-STJ, fl. 1.701); **(e)** a existência de violação meramente reflexa à Constituição, pois o acórdão teria decidido com base na legislação infraconstitucional, apenas conferido interpretação razoável à lei; e **(f)** a incidência da Súmula 279/STF, diante da necessária reanálise fático-probatória, na medida em que a discussão se resume “*sobre a aplicação do regime aberto aos condenados a pena mínima de 1 ano e 8 meses por crime de tráfico de entorpecentes privilegiado depende, para o seu conhecimento, da análise sobre a situação fática e probatória do paciente em questão, no sentido dele ter ou não as condições objetivas e subjetivas para obter o regime aberto*” (e-STJ, fl. 1.702).

No mérito, pontuou o acerto do entendimento adotado pelo acórdão recorrido, pois inexistente qualquer ofensa à CONSTITUIÇÃO, pois, ao contrário, “*o que fez o v. Acórdão do C. STJ foi analisar o habeas corpus nos*

RE 1344374 / SP

seus aspectos formal e material, e decidir conforme a legislação vigente” (e-STJ, fl. 1.703). Indicou, ainda, que “já pacificou o E. STF entendimento no sentido de que é possível a extensão para casos semelhantes e o alcance coletivo da ordem de habeas corpus, em mais de uma oportunidade: STF, 2ª Turma: HC 143.641; HC 143.988; HC 172.136; e HC 165.704, conforme reconhecido pelo recorrente” (e-STJ, fl. 1.714).

O Tribunal *a quo* admitiu o apelo por entender que, da leitura do acórdão recorrido, “há, em princípio, divergência com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema” e que no âmbito do próprio STF não há consenso sobre a possibilidade de concessão de *habeas corpus* coletivo (e-STJ, fls. 1.719/1.731).

Para uma melhor compreensão do caso, registro que se trata, na origem, de denúncia oferecida pelo MP/SP contra JOÃO FAUSTINO NETO, ora recorrido, perante o Juízo da Vara Única do Foro de Artur Nogueira, imputando-lhe a prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Após a instrução, foi proferida, em 22/9/2019, sentença julgando procedente a ação penal para o fim de condená-lo à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial **fechado**, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Na oportunidade o juízo de piso entendeu pela incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (tráfico privilegiado), fixando-a em seu patamar máximo (e-STJ, fls. 20/22).

Irresignado, o ora recorrido interpôs apelação através da qual, segundo o relatório apresentado pelo eminente Relator, pugnou por sua absolvição diante da insuficiência probatória e, subsidiariamente, pela desclassificação da sua conduta para o crime de posse de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei 11.343/06; caso mantida a condenação, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A apelação defensiva teve seu provimento negado, à unanimidade, pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), em sessão realizada em 13/2/2020 (e-STJ, fls. 20/40), nos termos do voto do relator, que foi assim ementado:

“MATERIALIDADE – auto de apreensão e laudo toxicológico que restou positivo para a presença do elemento ativo – comprovação que os materiais apreendidos são droga (cocaína e crack).

AUTORIA – confissão do acusado – depoimentos de policiais militares que indicam a apreensão de droga – validade – depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado – inocorrência no caso em tela.

TRÁFICO – destinação a terceiros – indícios de quantidade incompatível com a figura de usuário; forma de acondicionamento próprio para venda; local conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes; denúncias anônimas; confissão.

PENAS – primeira fase – pena base no mínimo legal – manutenção, ausente recurso ministerial – segunda fase – confissão espontânea – Súmula 231 – manutenção – terceira fase – ausentes causas de aumento aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4 da Lei de Drogas em 2/3 – manutenção – negado provimento.

REGIME – circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu – quantidade e natureza das drogas apreendidas como indicativo de que não era um iniciante no crime – indicando que regime menos gravoso não atende à finalidade preventiva específica – Beccaria – regime fechado – negado provimento ao recurso, com determinação”

Contra esse acórdão, foi impetrado, no STJ, na data de 13/7/2020, *habeas corpus* com pedido liminar, objetivando, em síntese, a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, de acordo com os parâmetros do art. 33 do Código Penal, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez observado o *quantum* da pena efetivamente fixado.

O pedido liminar foi deferido pela Presidência do STJ, em decisão exarada em 20/7/2020, possibilitando, assim, que o paciente aguardasse,

RE 1344374 / SP

em regime aberto, o julgamento definitivo do *habeas corpus*, acaso não estivesse cumprindo pena por outro processo em regime diverso ou existisse mandado de prisão cautelar em seu desfavor (e-STJ, fls. 43/44).

As informações para a instrução do processo foram devidamente apresentadas (eDocs. 7/9), bem como o parecer do MPF, que foi no sentido da concessão parcial do *writ*, para fixar o regime inicial semiaberto (e-STJ, fls. 81/83).

Em 4/9/2020, o ora recorrido apresentou aditamento à petição inicial do *habeas corpus* requerendo, ao final, “*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*” (e-STJ, fls. 91/146). Juntou documentos (e-STJ, fls. 148/156).

Do julgamento dessa ordem, autuada no STJ como HC 596.603/SP, originou-se o acórdão impugnado pela via do presente Recurso Extraordinário, **ora em análise** (e-STJ, fls. 1.667/1.683).

Após ser remetido a esta CORTE pelo Tribunal Superior em 30/8/2021 (e-STJ, fl. 1.737), o recurso foi para mim distribuído em 20/9/2021 (eDoc. 102).

É o relatório. DECIDO.

O presente recurso preenche os pressupostos de conhecimento definidos na legislação processual.

Em primeiro lugar, suscita questão constitucional expressamente abordada pelo STJ. Está configurado, portanto, o requisito do prequestionamento.

De outro lado, tem-se que os Recursos Extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e

RE 1344374 / SP

motivada da repercussão geral que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.

Foi cumprida, no caso, obrigação do recorrente de apresentar, formal e motivadamente, a repercussão geral, demonstrando a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional, legal e regimental (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 e art. 327, § 1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

Com efeito, **(a)** o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário político, social e jurídico e **(b)** a matéria não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide.

Tanto é assim que este TRIBUNAL já se debruçou sobre o tema em inúmeras oportunidades, o que reforça não só a existência da repercussão geral da matéria, mas, conseqüentemente, a desnecessidade de eventual análise deste caso pelo Plenário da CORTE.

Em antiga decisão monocrática, publicada em 10/10/2001, a eminente Min. ELLEN GRACIE, em sede de processo de *habeas corpus* impetrado em caráter preventivo em favor dos Favelados do Município do Rio de Janeiro, anotou que “o art. 654, § 1º, a do CPP estabelece como requisito da petição inicial do writ a indicação do nome da pessoa que está ameaçada de sofrer a violência ou a coação, a fim de viabilizar não só a apreciação do constrangimento, mas também para fins de expedição de salvo-conduto em seu favor” (HC nº 81.348/RJ). E, uma vez observado que esse requisito não foi atendido, a Ministra negou seguimento ao pedido, considerando prejudicado o pedido de medida liminar.

Com referência exatamente nesse entendimento, foram proferidas, dentre outras, as seguintes decisões monocráticas: HC 122.921/DF (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 1º/8/2014); e HC 135.169/BA (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 24/8/2016).

Nessa mesma direção, ou seja, pela inadmissibilidade do *habeas*

corpus coletivo em favor de pessoas indeterminadas, esta CORTE também se manifestou mais recentemente, conforme se observa de julgados de ambas as Turmas:

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* COLETIVO. SUSPENSÃO DOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO CONTRA ADOLESCENTES E JOVENS SENTENCIADOS A MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. HOMOGENEIDADE NÃO CARACTERIZADA. PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. RECOMENDAÇÃO 62/2020 DO CNJ.

1. O *habeas corpus* coletivo é um importante mecanismo de proteção de direitos fundamentais. Contudo, há de se observar parâmetros quanto à sua cognoscibilidade, sob o risco de desvirtuar o seu alcance.

2. O manejo do *habeas corpus* para obter providências ditas coletivas, mas que na verdade traduzem pretensões genéricas, não individualizadas, marcadas pela indeterminação dos beneficiários e pela incerteza quanto ao alcance da providência e, ainda, sem a devida comprovação de homogeneidade entre as situações processuais dos beneficiários, tem encontrado ressalvas quanto à viabilidade nesta Suprema Corte. Precedentes.

3. A Recomendação 62 do CNJ não prescinde, para fins de reavaliação de prisões ou intervenções socioeducativas em consequência do novo Coronavírus, da análise de situações concretas, individualizadas, quanto aos riscos sociais e epidêmicos em jogo.

4. Agravo regimental conhecido e não provido.”

(HC 187.477 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, **Primeira Turma**, DJe de 10/11/2020)

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* COLETIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PLEITO GENÉRICO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR EM ABSTRATO. SITUAÇÃO DE PANDEMIA DE COVID-19.

ALEGADA SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. IMPRESCINDIBILIDADE DO EXAME INDIVIDUAL DA SITUAÇÃO DE CADA PACIENTE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, exhaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que as pacientes não estão arroladas em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

2. O pedido de soltura com fundamento na atual pandemia de COVID-19, que acomete diversos países e também o Brasil, não comporta conhecimento originário pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decidido, pelo Plenário desta Corte, no recente julgamento da ADPF 347-TPI-MC-Ref (Rel. Min. Marco Aurélio), oportunidade em que foi negado referendo à decisão do ministro Relator, mantendo na esfera de competência dos juízes de execução a análise da situação individual de cada preso.

3. *In casu*, conquanto incognoscível a ação, a ordem foi concedida de ofício, '*para determinar às autoridades coatoras indicadas a observância da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, especialmente quanto às medidas de cuidado e prevenção da infecção pelo coronavírus das detentas gestantes, puérperas e lactantes*'.

4. O *habeas corpus* é incompatível com a pretensão formulada de forma genérica, sendo inviável a concessão da ordem, ainda que de ofício, quando imprescindível o exame de cada caso concreto. Precedentes: HC 176.045-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019; e HC

RE 1344374 / SP

154.322-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 22/2/2019.

5. O *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos.

6. A via eleita é impassível de ser utilizada como sucedâneo de ações típicas de controle concentrado de constitucionalidade. Precedente: HC 148.459-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 26/3/2019.

7. A reiteração dos argumentos trazidos pelas agravantes na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 9/5/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/5/2016; RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 1º/7/2015.

8. Agravo regimental DESPROVIDO.”

(HC 186.185 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, **Primeira Turma**, DJe de 10/9/2020)

“Agravo regimental no *habeas corpus*. 2. Penal e Processual Penal. 3. *Habeas Corpus* coletivo em favor de todos os cidadãos que se encontram presos, ou que estejam na iminência de serem, para fins de execução provisória de pena decorrente de condenação confirmada em segundo grau. 4. Não há constrangimento ilegal na não inclusão em pauta das ADCs 43 e 44. 5. Justa causa nas prisões que são efetuadas. 6. Impossibilidade de concessão de ordem genérica. Necessidade de análise de cada caso concreto. 7. Agravo regimental desprovido.”

(HC 154.322 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, DJe de 22/2/2019)

No que diz respeito à suposta ilegitimidade recursal do Ministério Público Estadual em sede de *habeas corpus*, aventada pelo ora recorrido, tem-se que a tese não merece prosperar.

RE 1344374 / SP

O entendimento deste TRIBUNAL, há muito tempo, é consolidado no sentido da plena e ampla legitimidade do Ministério Público para recorrer extraordinariamente em sede de *Habeas Corpus*. Essa compreensão decorre, em especial, do julgamento do RE 206.482/SP, a partir do qual o PLENÁRIO DA CORTE concluiu da seguinte maneira:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO-LEI 911/69. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PARA RECORRER DA DECISÃO QUE CONCEDE HABEAS-CORPUS.

1. Habeas-corporus. Concessão. Ministério Público. Legitimidade para recorrer da decisão. Precedente. (grifo nosso)

2. O Decreto-lei 911/69 foi recebido pela nova ordem constitucional e a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel não afronta a Carta da República, sendo legítima a prisão civil daquele que descumpre, sem justificativa, ordem judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro, nas hipóteses autorizadas por lei. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 206.482, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/1998, DJ 05-09-2003 PP-00035 EMENT VOL-02122-04 PP-00661)

No mesmo sentido, RE 250.917/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: NELSON JOBIM, DJ de 14/9/2001, e RE 205.245-ED/SP Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 12/4/2002, ambos da SEGUNDA TURMA, e as seguintes decisões monocráticas: AI 747.083/CE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 11/9/2012; ARE 1.276.737/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 6/8/2020; e RE 1.209.720-ED/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 14/8/2019, ficando expressamente registrado, nesta última, que “o Ministério Público dispõe de plena legitimidade para recorrer extraordinariamente em sede de ‘habeas corpus’, quer atue como órgão agente, quer officie como órgão interveniente”.

RE 1344374 / SP

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade recursal do *Parquet*.

Estão, portanto, preenchidos todos os pressupostos legais e constitucionais de admissibilidade do presente recurso.

Em *Habeas Corpus* é necessária a indicação específica de cada constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir, pois não se pode ignorar, nos termos da legislação de regência (CPP, art. 654), que a petição inicial conterà o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.

A propósito, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, em comentário ao referido art. 654 do CPP, destaca que *“se forem muitos os pacientes, todos eles não de ser mencionados, não se tolerando generalizações. Ressalta, ainda, que a petição deve, pois, conter todos os requisitos de uma exposição suficientemente clara, com explanação e narração sobre violência, suas causas, sua ilegalidade”* (Código de processo penal brasileiro anotado. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 275).

Nessa linha de consideração, a jurisprudência predominante neste TRIBUNAL exige que na exordial do *writ* sejam apontados, entre outros requisitos, todas as autoridades coatoras e os respectivos pacientes: HC 119.753, Relator Min. LUIZ FUX, decisão monocrática, DJe de 3/3/2017; HC 133.267-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, DJe de 2/6/2016, trânsito em julgado em 21/3/2017; HC 143.704-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática, DJe de 2/6/2017, trânsito em julgado em 21/3/2017; HC 135.169, Rel. Min. GILMAR MENDES, decisão monocrática, DJe de 24/8/2016, trânsito em julgado em 9/9/2016; HC 81.348, Rel. Min. ELLEN GRACIE, decisão monocrática, DJ de 10/10/2001, trânsito em julgado em 15/10/2001.

Essa posição, que tem a seu favor a clara dicção do art. 654, § 1º, "a", do Código de Processo Penal, é sustentada - é bom repetir - por clássicos

do porte de BENTO DE FARIA (*Código de Processo Penal*, vol. 2, p. 381) e ESPÍNOLA FILHO (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, v. VII, p. 216), bem como por autores modernos, tais como GUILHERME NUCCI (*Código de Processo Penal Comentado*, 16a. ed., Gen/Forense, 2017, p. 1445, anotação 47 ao art. 654).

No caso em análise, conforme visto, o *Habeas Corpus* foi impetrado **em 13/7/2020 e unicamente em favor de JOÃO FAUSTINO NETO**, ora recorrido, oportunidade em que postulou a modificação do regime inicial de cumprimento de pena do fechado para o aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o *quantum* da pena efetivamente fixado pelo juízo sentenciante e posteriormente mantido pelo TJ/SP.

Apenas em 4/9/2020, o ora recorrido, **sem indicar de maneira pormenorizada o nome dos demais pacientes, assim como a forma e o alcance específicos do constrangimento ilegal que eles supostamente estariam sofrendo**, apresentou aditamento à petição inicial do *writ* requerendo a concessão da ordem para que se fixasse o 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” (e-STJ, fls. 91/146).

Por certo, no presente caso, **à toda evidência**, não houve a suficiente demonstração individualizada de eventual constrangimento ilegal passível de questionamento, o que deveria ser reconhecido como óbice suficiente para inviabilizar o conhecimento, no ponto, do *Habeas Corpus* em questão, quando de sua apreciação perante o STJ.

A natureza desse específico recurso constitucional não permite a sua utilização de forma abrangente e totalmente genérica, o que dirá que as decisões nele proferidas possuam alcance indiscriminado a todos os presos/condenados por um tipo penal.

É inegável a relevância da discussão que o ora recorrido propôs ao

RE 1344374 / SP

STJ; contudo, isso não permite, por si só, que seja viabilizada, de forma automática, a soltura ou a concessão de outros benefícios pelos Juízos criminais. Caberá ao julgador, como em todo ato restritivo de direitos, proceder ao exame da matéria à luz das particularidades de cada caso concreto.

Além do mais, as alegações veiculadas pelo ora recorrido não se qualificam como espécie de constrangimento ilegal que, mesmo de maneira remota, possa colocar em risco a liberdade de ir e vir. Trata-se de casos que foram devidamente julgados em obediência aos princípios constitucionais e cujos magistrados pautaram-se no modelo trifásico previsto no Código Penal e nas diretrizes fixadas no referido diploma legal para proceder à individualização das penas de cada réu.

Nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, conceder-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

Reitero, nesse contexto, que também é exigível a **específica** demonstração de constrangimento ilegal que implique **coação ou iminência direta** de coação à liberdade de ir e vir de **cada paciente**.

Em resumo, no caso em exame, é facilmente perceptível a total ausência da indicação individualizada e pormenorizada do específico constrangimento ilegal a que cada um dos pacientes (cujos nomes e qualificação sequer foram discriminados) estariam submetidos, motivo pelo qual não há que se falar na suposta ilegalidade genérica defendida pelo ora recorrido para defender a possibilidade do alcance coletivo nos autos do *Habeas Corpus*.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário para CASSAR o acórdão recorrido **unicamente** no que diz respeito à integralidade das determinações de caráter coletivo (itens 21.2, 21.3 e 21.4 de sua ementa), de seguinte teor:

21. Habeas Corpus concedido, para:

(...)

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.”

Publique-se.

Brasília, 1º de dezembro de 2021.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

Documento assinado digitalmente