



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RE nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 596603 - SP (2020/0170612-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : JOAO FAUSTINO NETO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - SP332595
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. *HABEAS CORPUS* COLETIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ADMITIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão deste Superior Tribunal de Justiça, 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. CONECTÁRIOS LÓGICOS EM RAZÃO DESSE RECONHECIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA. FORÇA NORMATIVA. ESTUDO DO INSTITUTO CONECTAS E DADOS ESTATÍSTICOS QUE CONFIRMAM O DESCUMPRIMENTO REITERADO PELO TRIBUNAL IMPUGNADO. DESRESPEITO AO SISTEMA DE PRECEDENTES. SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIDADE. ISONOMIA DO JURISDICIONADO. BUSCA À RACIONALIDADE PUNITIVA. PREDICATIVO ÍNSITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. SUBSTITUIÇÃO DA

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR
RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL.
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.
PROPORCIONALIDADE.

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

2. A moldura fática trazida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – **mais de mil presos, que, a despeito da reconhecida prática de crime de tráfico privilegiado, cumprem pena de um ano e oito meses, em regime fechado**, com respaldo exclusivo no ultrapassado entendimento de que a conduta caracteriza crime assemelhado a hediondo – permite **solução coletiva**, por reproduzirem a **mesma situação fático-jurídica**. Precedente (HC n. 575.495/MG, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T, julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020).

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

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

criminosa).

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

6. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, é clara e reiterada a dicção de enunciados sumulares dos Tribunais Superiores, segundo os quais "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Sum. 718 do STF), "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Sum. 719 do STF) e "É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito" (Sum. 440 do STJ).

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

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

9. Deveras, não condiz com a racionalidade punitiva, ínsita a um Estado Democrático de Direito, que a todo e qualquer autor de tráfico de drogas se imponha o

cumprimento de sua pena em estabelecimento penal, em regime fechado, e sem direito a qualquer alternativa punitiva, mesmo se todas as circunstâncias judiciais e legais sejam reconhecidas a seu favor (quantidade pequena de droga, primariedade e bons antecedentes do agente, além de não demonstração de seu envolvimento em atividade ou organização criminosa).

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

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

12. *A documentação, trazida em aditamento à impetração, alude a **1100 homens e mulheres que cumprem pena em regime fechado no sistema penitenciário** do Estado de São Paulo, e sem lhes haver sido autorizada a **conversão da privativa de liberdade em restritiva de direitos**, a despeito de terem sido condenados à sanção mínima do tráfico privilegiado (1 ano e 8 meses de reclusão), ou, quando muito, a uma pena menor que 4 anos de reclusão. A menos que cumpram pena por outro motivo, são pessoas que se encontram indevidamente recolhidas ao precário sistema penitenciário, onerando ainda mais a sociedade, que poderia se beneficiar com serviços comunitários, houvessem as respectivas sanções reclusivas sido 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**, comprometido, pois, com o **direito** (custos iuris) e com a **verdade (obbligatio veritatis)**, na dicção de LUIGI P. COMOGLIO e VLADIMIRO ZAGREBELSKY, Modelo accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, ano 36, fasc. 2 – aprile-giugno/1993, p. 484).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

21. Habeas Corpus concedido, para:

21.1. Em relação ao paciente individualizado na

impetração, fixar o regime aberto como modo inicial de cumprimento da pena.

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

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

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

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

Os embargos de declaração opostos na sequência foram acolhidos, sem efeitos infringentes, e os pedidos de extensão formulados em seguida não conhecidos, nos seguintes termos (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 rejugamento 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.

Sustenta o recorrente a repercussão geral da matéria tratada, aduzindo que o aresto impugnado violaria os arts. 5º, incisos LXVIII, LIV, LV, LIII e XLVI, e 105, inciso I, alínea "c", ambos da Constituição Federal.

Alega que a concessão genérica e indeterminada de ordem de habeas corpus contrariaria o art. 5º, inciso LXVIII, da Lei Maior, pois "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).

Afirma que, "malgrado exista corrente que preconiza a possibilidade de concessão de habeas corpus em favor de número indeterminado de pacientes (STF, 2ª Turma: HC 143.641; HC 143.988; HC 172.136; e HC 165.704), certo é que, para 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).

Argumenta que, "na medida em que, na ação de habeas corpus, a possibilidade de o impetrado opor-se ao pedido veiculado na impetração por meio das informações equivale à resposta do demandado, resta evidente que a concessão de ordem que abarca casos futuros e indeterminados importa na abolição do direito de resposta dos juízes 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).

Considera que, "no caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça não possibilitou aos órgãos jurisdicionais a quem se atribui a coação ilegal a possibilidade de apresentação de documentos e argumentos que pudessem influir no julgamento da demanda coletiva, cerceando, por completo, qualquer possibilidade de exercício do contraditório" (e-STJ fl. 1.678).

*Ressalta que, "de acordo com o disposto no **artigo 105, I, "c", da Constituição Federal**, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar pedidos de habeas corpus quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, sem que tal competência abranja a possibilidade de análise de eventuais ilegalidades atribuídas a juízes de primeiro grau", advertindo que "a ordem genérica e indeterminada concedida pela via do habeas 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).*

Frisa que "decisão dessa natureza, com tamanho alcance, atingindo todos os processos relativos a condenados por delitos de tráfico privilegiado a penas nos limites nela definidos, haveria de ser adotada somente por órgão judiciário superior, que possa refletir, de fato, a interpretação majoritária do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, não se justificando seja a decisão adotada por órgão fracionário (Sexta Turma), como ocorreu" (e-STJ fl. 1.678).

Observa que, "se um órgão fracionário pode tomar decisão dessa natureza, profundidade e repercussão, acaba-se por autorizar, ainda que por via reflexa ou indireta, que os tribunais inferiores (estaduais ou federais) igualmente venham a adotar posições semelhantes, o que poderia causar verdadeiro tumulto no andamento dos processos em referidos sodalícios, com consequências danosas à própria formação da jurisprudência e danos irreparáveis à consecução da Justiça penal" (e-STJ fls. 1.678/1.679).

*Salienta que "o artigo 12, X, do Regime Interno do Superior Tribunal de Justiça estabelece que "compete às Seções processar e julgar o recurso especial repetitivo", de modo que, em razão da similitude da situação decorrente do alcance do habeas corpus coletivo, inevitável a conclusão de que apenas a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça poderia ter proferido decisão com tamanha amplitude", acrescentando que se deve "atentar para a circunstância destacada no voto da Exma. Ministra Laurita Vaz, de que "há vários outros habeas corpus distribuídos a outros Ministros da Quinta Turma, sobre a mesma questão", o que evidencia que a Sexta Turma sobrepujou inclusive a competência da Quinta Turma em relação a tais feitos, ofendendo, assim, o princípio constitucional do juiz natural (**artigo 5º, LIII**)" (e-STJ fl.*

1.679).

Pondera que "a decisão recorrida, ao fixar regras de modo amplo e genérico dirigidas a todos os Juizes de Varas Criminais e de Execução Penal do Estado de São Paulo nas hipóteses de condenação por tráfico privilegiado, impede a possibilidade de cada julgador apreciar livremente as circunstâncias do caso concreto à luz da legislação penal, restringindo indevidamente a função dos magistrados na individualização da pena em cada caso, na hipótese de condenação por tais infrações penais" (e-STJ fl. 1.679).

Requer, ao final, a admissão do recurso e sua remessa ao Supremo Tribunal Federal.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 1.693/1.717.

É o relatório.

Da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que há, em princípio, divergência com o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Com efeito, na própria Suprema Corte há divergência sobre a possibilidade de concessão de *habeas corpus* coletivo, havendo recentes julgados nos quais se atestou o seu descabimento.

Confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CABIMENTO. A decisão mediante a qual inadmitido *habeas corpus* equipara-se a pronunciamento denegatório, sendo impugnável mediante recurso ordinário. **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PREJUÍZO – INEXISTÊNCIA.** A superveniência do julgamento de impetração formalizada no Tribunal de Justiça, inadmitida, não prejudica *habeas corpus*. **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – MATÉRIA DE FUNDO – RECLAMAÇÃO – REITERAÇÃO – VIABILIDADE.** O fato de tratar-se de reiteração de matéria versada em reclamação não impede a apreciação do pedido. **HABEAS CORPUS COLETIVO – INADEQUAÇÃO.** O *habeas corpus* é ação constitucional voltada a preservar a liberdade individual de ir e vir – inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição Federal –, e não coletiva.

(RHC 190379, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 04/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2021 PUBLIC 24-02-2021)

No mesmo sentido:

EMENTA 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 187477 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 04/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 09-11-2020 PUBLIC 10-11-2020)

Ante o exposto, nos termos do art. 1.030, inciso V, do Código de Processo Civil, admite-se o recurso extraordinário.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 16 de agosto de 2021.

MINISTRO JORGE MUSSI
Vice-Presidente