EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOSÉ NABUCO GALVÃO DE BARROS FILHO, brasileiro, divorciado, advogado, inscrito na OAB, Secção de São Paulo, sob o nº 147.285, com endereço na cidade de São Paulo, na Rua ....., nº ....., vem, respeitosamente, com fundamento no art. 5º, LXVIII, e art. 647 do Código de Processo Penal, perante Vossa Excelência, impetrar ordem de

HABEAS CORPUS,
com pedido liminar,

em favor de **W.S.A., brasileiro, solteiro,** estudante, RG n° 43.708.819-SSP-SP, residente e domiciliado na cidade de São Paulo, Rua Madalena de Madureira, n. 276 – Bairro Sítio do Morro, atualmente preso no Centro de Detenção Provisória de Hortolândia (nº 812.544), que se encontra sofrendo constrangimento ilegal, por parte do MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal de Campinas, **caracterizado pela não concessão da liberdade provisória após sua prisão em flagrante por porte de droga (proc. 3008547-73-2013.8.26.0114 — 701/2013)** pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

1. OS FATOS

O réu **W.S.A.** foi preso em flagrante no dia 20 de abril de 2013, no bairro Botafogo, na cidade de Campinas, trazendo consigo 11 "pedras" de crack. Segundo a denúncia, policiais militares o avistaram e, em razão de seu nervosismo, teriam efetuado a busca pessoal, quando teriam encontrado 4 "pedras de crack" em seu bolso e mais 7 "pedras" no chão, que teriam sido jogadas por ele no momento da abordagem.

Segundo a denúncia, a quantidade da droga, a forma de acondicionamento e a apreensão de dinheiro (R$ 10,00) seriam os indícios da existência de tráfico de drogas **(doc. 01)**.

Apesar do bem fundamentado pedido de liberdade provisória feito pelo ilustre defensor público **(doc. 02)**, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva, sob o fundamento da necessidade de garantia da ordem pública, pois "sua imediata liberação redundaria em estímulo a perseverar em suas condutas delituosas." **(doc. 03)**

Com o ingresso do ora impetrante, como defensor do paciente, nos autos, foi requerida novamente a liberdade provisória **(doc. 04)**, agora com a comprovação documental **(prontuário de tratamento de dependência - doc. 05)** de que o paciente é dependente químico, pois consome droga desde criança, pois fumou maconha aos 12 anos, cocaína aos 13 e crack aos 14 anos. Tal dependência é comprovada por documentos juntados no momento do pedido de liberdade provisória, consistentes em 58 folhas do prontuário de seu tratamento contra dependência de drogas, pelo qual passou no período de **20 de dezembro de 2011** a **janeiro de 2013,** na instituição **CAPS II Infanto Juvenil** (Casa Verde/Cachoeirinha/Limão), da Prefeitura Municipal de São Paulo.

Com base em tais documentos, a defesa sustentou estar ausente o *fumus commissi delicti*, pressuposto para a decretação da prisão preventiva, porque o Código de Processo Penal estabelece que a prisão preventiva só pode ser decretada se houver "prova da existência de crime" (art. 312). Existindo sérias evidências da presença da excludente de culpabilidade, não existe a certeza da existência de crime, razão pela qual não há o pressuposto da prisão preventiva.

Apesar disso, o MM. Juiz não concedeu a liberdade provisória sob o seguinte fundamento:

> **III-Pois bem, no caso dos autos, dadas as circunstâncias até agora contidas no auto de prisão em flagrante, as quais indicam que o autuado, efetivamente, traficava entorpecente, a hipótese é de manutenção de sua custódia preventiva.**
>
> **IV-O tráfico de entorpecentes é crime equiparado a hediondo. Trata-se, na verdade, do delito que mais cresce em termos mundiais, com consequências por todos conhecidas e que envolve, diretamente, a prática de outros delitos.**
>
> **V-Nessa linha de raciocínio, a liberdade provisória no caso em questão apenas premiaria a conduta do réu, estimulando, ainda, outras pessoas à prática de condutas semelhantes. Recorde-se, ainda, nessa linha de raciocínio, que o sempre lembrado Marques de Beccaria sustentava em sua célebre obra "Dos delitos e das penas" que apenas a certeza da punição é capaz de frear os impulsos que conduzem à autoria de delitos.**

Como se verá a seguir, a concessão da ordem de *habeas corpus,* com a concessão da liberdade provisória, para que o acusado aguarde o julgamento em liberdade, é de rigor.

2. CABIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA PARA O CRIME DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006

Brevemente, convém destacar que a atual posição jurisprudencial é no sentido do cabimento da liberdade provisória de acusado por tráfico de drogas.

Com efeito, a posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não é constitucional a vedação presente no art. 44 da lei de drogas: (MC/HC 96715-9 — São Paulo — j. 19.12.2008, rel. Min. Celso de Mello e HC 93056 — Pernambuco — j. 16.12.2008 – rel. Min. Celso de Mello)

Dessa forma, a prisão preventiva — como exceção que é — não pode ser decretada automaticamente, sem que se demonstrem no caso concreto circunstâncias extraordinárias que justifiquem a medida extrema.

3. DA DEPENDÊNCIA DE DROGAS

Os documentos ora juntados, consistentes em 58 folhas do prontuário de seu tratamento contra dependência de drogas, pelo qual passou no período de **20 de dezembro de 2011** a **janeiro de 2013,** na instituição **CAPS II Infanto Juvenil** (Casa Verde/Cachoeirinha/Limão), da Prefeitura Municipal de São Paulo.

Segundo seu histórico, **W.S.A.** começou criança no consumo de drogas, fumando cigarro aos 9 e maconha aos 12 anos. Já com 13 anos, começou a consumir cocaína, passando a fumar crack aos 14.

Verifica-se na ficha de evolução ambulatorial datada de **20 de dezembro de 2011,** que **W.S.A.** foi encaminhado àquela instituição "pelo Conselho Tutelar", por "fazer uso de substâncias psicoativas". O referido documento informa que ele havia passado por **duas internações,** a primeira por 2 meses e a segunda com 4 meses de duração.

O tratamento na referida entidade durou até **19 de dezembro de 2012,** quando deixou sua casa e foi avistado pela madrasta na ponte da Freguesia do Ó, fazendo uso de drogas.

No dia **2 de janeiro de 213¸** o pai entrou em contato com a instituição e informou que seu filho havia saído de casa no dia 27 de dezembro de 2012 e que estaria morando na rua.

Em **14 de janeiro de 2013**, I.S.A., pai do réu, entrou em contato com a psicóloga do CAPS e informou *"que W.S.A. foi levado ontem para internação na Comunidade Terapêutica "Chácara Branca" na cidade de Rio das Pedras. Relata que ficará lá em processo de "reciclagem", onde preparam pessoas para o tratamento que será realizado em comunidade na cidade de Piracicaba."*

4. AUSÊNCIA DO PRESSUPOSTO DO *FUMUS COMMISSI DELICTI, EM RAZÃO DE EVIDÊNCIAS SÉRIAS DA PRESENÇA DA EXCLUDENTE DE* CULPABILIDADE PREVISTA NO ART. 45 DA LEI 11.343/2006

Nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal, são pressupostos da prisão preventiva, a "prova da existência do crime e indício suficiente de autoria." Como se sabe, crime é a conduta típica, ilícita e culpável, razão pela qual se houver demonstração de que está configurada uma excludente de culpabilidade, inexiste o pressuposto da prisão preventiva.

Nesse sentido, AURY LOPES JR. sustenta que é necessária "prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável." Por isso, "no momento da análise sobre o pedido de prisão preventiva, o juiz deve considerar que o crime é a ação a que se juntam os atributos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade."[1]

[1] LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas:** Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 74.

Leciona GUSTAVAO BADARÓ que o *fumus comissi delicti* pressupõe "além da inocorrência de **excludentes de ilicitude**, a não verificação de **excludentes de culpabilidade**".[2]

Diz, ainda, o citado autor.

> **"Evidente que, nesse contexto, se, no curso da investigação ou do processo, estiver provada ou mesmo houver fundada dúvida não apenas sobre a existência do crime, mas também sobre as excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, haverá uma injustificada limitação da liberdade pessoal do acusado se lhe for imposta ou mantida uma medida cautelar, em especial, a prisão preventiva."[3]**

Em arremate, afirma "**se o juiz verificar, pela prova dos autos, que o agente praticou o fato em condições que exclua a culpabilidade, não poderá decretar a prisão preventiva**".[4]

O art. 45, da Lei 11.343/2006, prevê a excludente de culpabilidade, se "em razão de dependência (...) era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento."

No caso concreto, verifica-se pelos documentos ora juntados, que o réu **W.S.A.** é dependente de drogas, pois fumou maconha aos 12 anos e é usuário de crack desde os 14 anos. Neste momento processual, em que se faz uma análise perfunctória dos elementos probatórios, o que se juntou aos autos é suficiente para criar dúvidas sobre a existência do crime, já que sem culpabilidade, segundo a melhor doutrina, não se configura delito.

É de se ressaltar que não se trata de pretender a análise aprofundada de provas, mas apenas de se reconhecer, ante os documentos juntados, que não há a certeza da existência de crime, já que é bastante provável que será reconhecida a excludente de culpabilidade, descaracterizando o crime.

---

[2] BADARO, Gustavo. Processo Penal. Campus, p. 739.
[3] BADARO, Gustavo. Processo Penal. Campus, p. 740.
[4] BADARO, Gustavo. Processo Penal. Campus, p. 741.

5. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA SOBRE A CAUTELARIDADE PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

a. Fundamentação inidônea, consistente no uso de expressões vagas e imprecisas, sem esteio em circunstâncias concretas.

Não bastasse a ausência do pressuposto da prisão preventiva, forçoso é o reconhecimento de que **não houve fundamentação idônea** que demonstrasse a cautelaridade, imprescindível à decretação da medida extrema. É certo que a gravidade abstrata do crime não justifica a decretação da prisão preventiva, consoante sedimentado na doutrina e jurisprudência.

A rigor, não há no caso concreto nenhuma circunstância ensejadora da decretação da prisão preventiva. A alegação genérica de que poderá, se solto, voltar a praticar tráfico de drogas é insuficiente, pois em qualquer crime seria possível a afirmativa de que o suposto autor poderia voltar a delinquir, o que ocasionaria a prisão preventiva de todo e qualquer acusado.

A decretação de prisão preventiva, como medida excepcional que é, exige a demonstração concreta de elementos de cautelaridade e não comporta presunções, baseadas na gravidade abstrata do delito.

Na fundamentação usada pelo MM. Juiz, não há qualquer menção a dado concreto, que justificasse a prisão preventiva. Ao contrário, como se vê a seguir, apenas há afirmativas genéricas, imprecisas, vagas... Nada que demonstre na situação concreta a necessidade da medida cautelar.

> **"III-Pois bem, no caso dos autos, dadas as circunstâncias até agora contidas no auto de prisão em flagrante, as quais indicam que o autuado, efetivamente, traficava entorpecente, a hipótese é de manutenção de sua custódia preventiva.**
>
> **IV-O tráfico de entorpecentes é crime equiparado a hediondo. Trata-se, na verdade, do delito que mais cresce em termos mundiais, com consequências por todos conhecidas e que envolve, diretamente, a prática de outros delitos."**

Trata-se, *data venia*, daquele tipo de fundamentação que se aplica a qualquer crime semelhante, pois é totalmente genérico, abstrato, sem qualquer menção a um dado da realidade dos autos. No item III, limita-se a dizer que há indícios de que o paciente "traficava entorpecente" e a "hipótese é de manutenção da custódia preventiva". Por certo, tal fundamento não é válido, pois abstrato.

Já no item IV, o MM. Juiz faz considerações abstratas sobre a gravidade do crime de tráfico, que é equiparado a hediondo e que é o delito que mais cresce mundialmente, além de ser ligado a outros delitos. Só fundamentação genérica, vaga, imprecisa, sem qualquer demonstração de que no caso concreto há a necessidade da prisão como forma de garantir a ordem pública.

Tanto é verdade que tais fundamentos poderiam ser repetidos em qualquer processo por tráfico de drogas, o que revela o seu grau de abstração.

Nesse sentido, a jurisprudência é muito clara:

> ***Prisão cautelar. Prisão preventiva. Decretação que exige concreta motivação, com base em fatos que efetivamente justifiquem sua excepcionalidade. CPP, art. 312. Ordem concedida. Criminal. Recurso em* habeas corpus. *Tráfico de entorpecentes. (...)*** (STJ — 5ª T — RHC 9.762-SP — Rel. GILSON DIPP — j. 07.12.2000)[5]

[5] **FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (coord.)** ***Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*****. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.** 491.

> **"Vale lembrar a lição do mestre da Faculdade Nacional de Direito Hélio Tornaghi em *Manual de processo penal:* 'Na hipótese de prisão discricionária, o juiz deve mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para a garantia da ordem pública ou para assegurar a aplicação da lei penal substantiva. Não basta, de maneira alguma, não é fundamentação, frauda a finalidade da lei e ilude as garantias de liberdade o fato de o juiz dizer apenas: 'Considerando-se que a prisão preventiva é necessária para garantir a ordem pública (...)' ou então 'a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal (...)'. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência do arbítrio e da opressão.' A prisão preventiva é excepcional. Até certo ponto, contraria, em face da perda da liberdade, o princípio segundo o qual ninguém é considerado culpado antes da preclusão maior do decreto condenatório. A falta de base maior para implementá-la acaba, como ressaltado na inicial, por implicar execução de futura pena e, portanto, inversão da ordem natural das coisas."** (STF — 1ª T. — HC 79.271-5 — Rel. Min. MARCO AURÉLIO — j. 07.05.1999 — DJU 18.05.1999, p. 2)[6]

> **"Para a imposição da custódia cautelar, medida extrema e odiosa, por impor recolhimento à prisão antes de se aferir a responsabilidade penal, necessário se faz que a decisão que a decreta esteja fundamentada em fatos concretos e graves, a justificar e a demonstrar sua necessidade. Não basta e nem a justifica genérica referência ao texto legal (...), nem mesmo no fato da eventual gravidade do delito, mormente quando baseada apenas em conjecturas e presunções sem que nada de palpável e concreto reste demonstrado."** (TJSP — 1ª C. — HC 452.209.3/7-00 — Rel. PÉRICLES PIZA – j. 08.03.2004 — DJE 16.04.2004)

A doutrina também disserta sobre a imprescindibilidade de fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva.

É o que sustentam, NESTOR TÁVORA e ROSMAR ALENCAR:

> **"O magistrado está obrigado a indicar no mandado os fatos que se subsumem à hipótese autorizadora da decretação da medida. Decisões vazias, com a simples reprodução do texto da lei, ou que impliquem em meras conjecturas, sem destacar a real necessidade**

[6] **FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (coord.) *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.** 492.

> **da medida pelo perigo da liberdade, não atendem à exigência constitucional, levando ao reconhecimento da ilegalidade da prisão."[7]**

GUILHERME NUCCI também é claro nesse sentido:

> **"A mera repetição dos termos legais, entretanto, é inadmissível (...) sem especificar em quais fatos se baseia para extrair tal conclusão."[8]**

Em magnífica obra específica sobre a motivação das decisões penais, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO assevera:

> **"... é preciso valorar os fatos segundo aqueles parâmetros estabelecidos pelo legislador, indicando quais as circunstâncias concretas que fazem entender que no caso é certa, ou no mínimo verossímil, uma das situações de perigo tipificadas pelo mencionado art. 312." [9]**

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ressalta:

> **"A presunção de que o indiciado ou réu, em liberdade, oferece sério risco à sociedade e pode escapar de eventual pena é presunção do Magistrado, ao qual não pode superar a presunção de inocência..."[10]**

Em suma, tanto é pacífico na jurisprudência como na doutrina que o juiz para decretar a prisão preventiva, deve se basear em fundamentos concretos e não abstratos, o que não ocorreu no presente caso.

b. Fundamentação inidônea, baseada na necessidade de "certeza de punição", em clara confusão entre pena e medida cautelar.

---

[7] TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 7ª ed. Salvador: Juspodvum, 2012, **p. 589.**
[8] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 605.
[9] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 225.
[10] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. Vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 826.

Mais adiante, o MM. Juiz acrescenta um inusitado "fundamento", baseado no livro de Beccaria, em clara confusão entre medida cautelar e pena:

> **"V-Nessa linha de raciocínio, a liberdade provisória no caso em questão apenas premiaria a conduta do réu, estimulando, ainda, outras pessoas à prática de condutas semelhantes. Recorde-se, ainda, nessa linha de raciocínio, que o sempre lembrado Marques de Beccaria sustentava em sua célebre obra "Dos delitos e das penas" que apenas a certeza da punição é capaz de frear os impulsos que conduzem à autoria de delitos."**

Data venia, é injustificável que uma decisão sobre a prisão preventiva — moderna e unanimemente considerada pela doutrina e jurisprudência como uma **medida cautelar** — esteja baseada expressamente em "certeza da punição". Tal fundamento revela que a decisão da prisão preventiva não tem qualquer fundamento válido, exatamente porque é considerada pelo juiz, em clara afronta à Constituição da República, como medida de antecipação de pena ("punição").

A considerar que a certeza da punição seria fundamento para a decretação da prisão preventiva, todo e qualquer acusado de crime deveria ser preventivamente preso, para que se estabelecesse a "certeza da punição".

Perfeitamente aplicável a essa situação o magistério de Roberto Delmanto Junior:

> **"... a prisão provisória afasta-se, por completo, de sua natureza instrumental, transformando-se em *meio de prevenção especial e geral* e, portanto, em *punição antecipada*, uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como a consequente desestimulação de outras pessoas ao**

cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal."

Como se vê, tratando-se de fundamentação inadequada à decretação da prisão preventiva, é de rigor a concessão da liberdade provisória.

6. DESPROPORCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA POR SER PROVÁVEL A SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA, BEM COMO A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO

O Paciente não tem qualquer antecedente criminal e está sendo acusado de trazer consigo pequena quantidade de droga.

Na hipótese remota de vir o paciente a ser condenado por trático de drogas, não haverá como deixar de aplicar a causa de diminuição da pena prevista na lei (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006).

Com efeito, diz a lei que a pena será diminuída de 1/6 a 2/3, se o réu for "primário, de bons antecedentes", não se dedicar "às atividades criminosas" e não for integrante de "organização criminosa".

Nada há nos autos que afaste do caso concreto a aplicação da diminuição da pena, pois o paciente jamais foi réu em ação penal, não se dedica à atividade criminosa e, tampouco, integra organização criminosa. Se crime de tráfico cometeu, *ad argumentandum,* foi em razão de sua dependência química, o que se evidencia pelas circunstâncias do fato que lhe é imputado.

A quantidade da droga é pequena — 11 pedras de crack, segundo a denúncia — e nada há nos autos que revele ser cabível pena acima do mínimo legal.

Desse modo, se condenado for, é possível se afirmar que sua pena-base seria fixado no mínimo legal e seria aplicável a redução de pena no máximo previsto (2/3), resultando em uma pena de **um ano e oito meses**.

Ainda que sua pena não seja exatamente essa, forçoso é reconhecer que será muito próxima, o que permitirá a fixação do **regime aberto** para início de cumprimento da pena, bem como terá direito à substituição da pena privativa de liberdade por **pena restritiva de direitos**.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no sentido de que tráfico de drogas não é incompatível com a fixação do regime aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva.

Inicialmente, deve ser destacada a decisão do plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos, decidiu pela inconstitucionalidade da proibição do regime inicial aberto e da pena restritiva de direitos:

> **HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável**

sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (STF — PLENO — HC 97.256/RS — Rel. Min. Ayres Britto)

Na esteira da decisão do pleno, diversos outros precedentes foram julgados pelo Pretório Excelso, dentre os quais os seguintes:

Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida. (STF — 112195 — Rel. Min. Gilmar Mendes)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

III – A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 tem sido afastada por esta Turma quando presentes os requisitos do art. 33, II, c, do Código Penal, para impor ao paciente o regime inicial aberto. IV – Ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, mediante avaliação do caso concreto, a possibilidade da concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal. V – Ordem parcialmente concedida, para fixar o regime aberto como o regime inicial de cumprimento da pena, bem como para determinar que o juízo das execuções criminais avalie se o paciente reúne os requisitos necessários, previstos no art. 44 do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (STF — HC 111247 — Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI)

No mesmo sentido, revelando ser jurisprudência sedimentada, dentre outros: HC 105779 e 106153 — Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 100590 — Rel. Min. Eros Grau.

Na esteira da decisão do STF, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça também é pacífica:

> **3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. 4. Afasta-se o fundamento referente à vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática dos delitos descritos na Lei n.º 11.343/2006, prevista no art. 44 do referido diploma legal, porquanto encontra-se na contramão da uníssona jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso, que entende ser inconstitucional o referido óbice legal.** (STJ — HC 201001691127 — Maria Thereza de Assis Moura)

> **HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/3. POSSIBILIDADE, IN CASU, DE APLICAÇÃO DO REDUTOR À RAZÃO DE 1/2 (METADE). REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VIABILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Paciente condenada à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, como incursa no art. 33, caput, c.c. §4, da Lei n.º 11.343/06, porque guardava em sua casa, com fins de mercância, aproximadamente 65 gramas de cocaína. 2. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da droga apreendida - 65 gramas de "cocaína" -, embora não justifique a aplicação do redutor em seu grau máximo (2/3), tampouco recomenda que a redução ocorra no mínimo legal (1/6), de modo que, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime, é razoável que a pena seja diminuída pela metade (1/2). 3. Deve-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. No caso dos autos, considerando o quantum da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime aberto. Súmula n.º 440/STJ. 4. No caso em exame, a Paciente faz jus à substituição da pena, tendo em vista que é primária, teve a pena-base fixada no mínimo legal, e a pena aplicada não superou 04 (quatro) anos de reclusão. 5. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação da Paciente, aplicar o redutor do art. 33, §4.º, da Lei n.º**

11.343/2006 à razão de 1/2 (metade), fixar o regime prisional aberto como regime inicial cumprimento da pena e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções. (STJ — 5ª Turma — HC 201201279661 — Rel. Min. Laurita Vaz)

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço - em que o regime fechado foi estabelecido apenas em razão de o delito de tráfico ser equiparado a crime hediondo, ocasionando ilegalidade manifesta. 3. Considerando que as instâncias ordinárias entenderam não ser a quantidade e a qualidade da droga apreendida aptas a agravarem a situação do paciente - 2 (dois) papelotes de maconha, 2 (dois) pinos de cocaína pesando 7,5g e 2 (dois) dois frascos de lança-perfume -, tanto que as circunstâncias judiciais foram tidas por favoráveis, ocasionando a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como em razão da aplicação da causa especial de diminuição - prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), deve ser estabelecido o regime aberto para desconto da sanção reclusiva. 4. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, quando a pena aplicada for inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, fica manifesto o constrangimento ilegal a que se encontra submetido o paciente, uma vez que o aludido benefício foi negado com base unicamente na gravidade em abstrato do delito. 5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício para, reformando o acórdão impugnado, estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, afastando o óbice legal previsto no art. 44 da Lei de Drogas, possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. ..(STJ — HC 201300901620 — Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze)

No mesmo sentido: HC 201200384391— Rel. Min. Laurita Vaz.

A manutenção da prisão preventiva criaria um fato insustentável. Enquanto estava sendo processado, o réu permaneceria preso em situação similar ao regime fechado, quando fosse condenado, seria fixado o regime aberto, com a substituição por pena restritiva de direitos.

Ante o exposto, verifica-se que a manutenção da prisão preventiva não se mostra adequada, pois se for condenado, o paciente fará jus, ao que tudo indica nos autos, tanto ao regime inicial aberto como à pena restritiva de direitos, razão pela qual a prisão preventiva é absolutamente inadequada, razão pela qual a concessão da ordem é medida de rigor.

7. CONCLUSÃO

Requer-se a concessão de ***LIMINAR*** em favor de **W.S.A.**, para o efeito de determinar a expedição de alvará de soltura, para que aguarde o julgamento em liberdade, já que incabível a prisão preventiva, nos termos acima expostos.

Ante todo o exposto, distribuído o feito a uma das Câmaras Criminais, colhidas as informações da autoridade coatora, requer-se a concessão definitiva da ordem de *habeas corpus*, por ser injustificável a decretação da prisão preventiva, para que seja decretada a **liberdade provisória**, nos termos do art. art. 5º, incisos LIV, LVII, LXV e LXVI, bem como art. 321, do Código de Processo Penal, como medida de **JUSTIÇA.**

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 01 de agosto de 2013.

José Nabuco Galvão de Barros Filho
OAB-SP 147.285