



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 479.297 - SP (2018/0304886-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **JAIRO TEIXEIRA**
ADVOGADO : **JAIRO TEIXEIRA - SP278501**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ELDER LUIS SILVA**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO E TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O **STF**, em decisão oriunda do **Tribunal Pleno**, no **HC n. 118.533**, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

III - A **Terceira Seção** desta Corte, por decisão unânime, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada, não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.329.088/RS - Tema 600, com o consequente cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

IV - No que concerne ao conceito de reincidência específica, o crime anterior gerador da reincidência não necessariamente precisa estar previsto no mesmo tipo penal do que o praticado posteriormente, pois basta a reincidência específica em crimes dessa natureza. Por outro lado, não se reconhecerá a reincidência específica em crimes que, conquanto figurem em mesmo tipo penal, possuam natureza distinta, de que é exemplo o tráfico privilegiado em face do tráfico comum. Precedentes.

V - Assim, constata-se o alegado constrangimento ilegal no v. acórdão impugnado, uma vez que cassou o benefício do livramento condicional com base exclusivamente no reconhecimento de reincidência específica entre o tráfico comum e o tráfico privilegiado, em desconformidade, pois, com o entendimento do col. STF e desta Corte Superior.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a natureza comum do crime de tráfico privilegiado, restabelecer a r.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão do d. Juízo da Execução Penal, que concedeu o livramento condicional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 479.297 - SP (2018/0304886-3)

IMPETRANTE : JAIRO TEIXEIRA
ADVOGADO : JAIRO TEIXEIRA - SP278501
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELDER LUIS SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **ELDER LUIS SILVA**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o d. Juízo das Execuções concedeu ao paciente o benefício do livramento condicional, relativamente à pena que cumpria em razão da prática do crime de tráfico (fl. 75).

Irresignado, o Ministério Público interpôs agravo em execução, para o qual o eg. Tribunal de origem deu provimento a fim de cassar o benefício, sob o argumento de que a condenação anterior, pelo delito de tráfico privilegiado, configuraria a reincidência específica, apta a impedir a concessão do livramento condicional, nos termos do v. acórdão às fls. 148-152, assim ementado:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. DEFERIMENTO NA ORIGEM. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. SENTENCIADO REINCIDENTE ESPECÍFICO EM CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. ÓBICE LEGAL À OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. CASSAÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. NECESSIDADE.

1. A aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não retira o caráter hediondo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por constituir mera causa especial de diminuição de pena, que não altera a tipicidade e a natureza do delito. Precedentes.

2. No caso dos autos, o sentenciado foi condenado inicialmente por tráfico privilegiado e, depois de cumprida a sua pena, praticou o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo condenado definitivamente pelo novo crime e considerado reincidente específico no Juízo de conhecimento.

3. A reincidência específica em crime hediondo ou equiparado constitui óbice à concessão do benefício de livramento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condicional, nos termos do art. 44, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/06, ainda que a primeira condenação criminal advenha da prática do chamado tráfico privilegiado. Precedentes.

4. Agravo ministerial provido para cassar a decisão recorrida, devendo o sentenciado retornar à situação prisional anterior ao r. decisum."

Daí a presente impetração, na qual a Defesa sustenta que a decisão vergastada afronta o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do **habeas corpus** n. 118.533/MS afastou o caráter hediondo do delito de tráfico privilegiado. Dessa forma, argumenta que referida condenação não poderia configurar como reincidência específica em crime hediondo.

Requer a concessão da ordem para que seja concedido, inclusive LIMINARMENTE, o livramento condicional em favor do paciente. Ao final, seja julgado totalmente procedente o pedido de concessão da ordem para fins de obstar a continuidade do constrangimento ilegal por que passa o Paciente diante da ausência da razoabilidade na aplicação da decisão atacada nesta fase de cumprimento de pena, pelos motivos aqui expostos.

Pedido liminar parcialmente deferido às fls. 104-105.

Informações prestadas às fls. 114-128 e 132-152.

O Ministério Público Federal oficiou pelo não conhecimento do **habeas corpus**, em parecer de fls. 154-157, com a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL INADEQUAÇÃO. REINCIDÊNCIA EM TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, APÓS CONDENAÇÃO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO. NATUREZA COMUM DO PRIMEIRO DELITO QUE NÃO REPERCUTE NA INTERPRETAÇÃO DO ÓBICE LEGAL AO LIVRAMENTO CONDICIONAL, CONTIDO NO ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.343/06. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 479.297 - SP (2018/0304886-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JAIRO TEIXEIRA
ADVOGADO : JAIRO TEIXEIRA - SP278501
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELDER LUIS SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO E TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O **STF**, em decisão oriunda do **Tribunal Pleno**, no **HC n. 118.533**, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

III - A **Terceira Seção** desta Corte, por decisão unânime, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada, não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.329.088/RS - Tema 600, com o consequente cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

IV - No que concerne ao conceito de reincidência específica, o crime anterior gerador da reincidência não necessariamente precisa estar previsto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no mesmo tipo penal do que o praticado posteriormente, pois basta a reincidência específica em crimes dessa natureza. Por outro lado, não se reconhecerá a reincidência específica em crimes que, conquanto figurem em mesmo tipo penal, possuam natureza distinta, de que é exemplo o tráfico privilegiado em face do tráfico comum. Precedentes.

V - Assim, constata-se o alegado constrangimento ilegal no v. acórdão impugnado, uma vez que cassou o benefício do livramento condicional com base exclusivamente no reconhecimento de reincidência específica entre o tráfico comum e o tráfico privilegiado, em desconformidade, pois, com o entendimento do col. STF e desta Corte Superior.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a natureza comum do crime de tráfico privilegiado, restabelecer a r. decisão do d. Juízo da Execução Penal, que concedeu o livramento condicional.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Para o deslinde da controvérsia, destaco os seguintes trechos do v. acórdão combatido (fls. 148-152):

*"Com efeito, o agravado foi condenado inicialmente à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão pela prática do chamado **tráfico privilegiado** (Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º), reprimenda esta que foi declarada extinta em 04.05.2012, ante o seu integral cumprimento (execução 1 fls. 19v/20).*

Após, o agravado cometeu o delito de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei ns 11.343/06, art. 33, caput), sendo condenado definitivamente pelo novo crime e considerado reincidente específico no Juízo de conhecimento, aplicando-se-lhe a pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão (execução 2 fls. 20).

E, como cediço, a reincidência específica em crime hediondo ou equiparado constitui óbice à concessão do benefício de livramento condicional (Lei nº 11.343/06, art. 44, parágrafo único; CP, art. 83, V), ainda que a primeira condenação advenha da prática do chamado tráfico privilegiado, mesmo porque a aplicação da minorante em questão (Lei na 11.343/06, art. 33, § 4º) não altera a tipicidade delitiva, constituindo mera causa especial de diminuição de pena, sem o condão de modificar a natureza do delito, que permanece equiparado a hediondo.

[...]

Por tais razões, constatado o impedimento legal à concessão do livramento condicional (Lei nº 11.343/06, art. 44, parágrafo a reincidência específica do agravado em crime de natureza hedionda ou a ele equiparado, mostra-se de rigor a cassação da respeitável decisão recorrida.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO MINISTERIAL, para cassar a respeitável decisão de primeiro grau, devendo o agravado retornar à situação prisional anterior ao r. decisum" (grifei).

Como cediço, o col. Supremo Tribunal Federal, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no julgamento do **habeas corpus** n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico de drogas em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Trago à colação a ementa do mencionado julgado, **verbis**:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. **Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.**

4. Ordem concedida" (HC n. 118.533/MS, **Tribunal Pleno**, Rel.^a Min.^a **Cármem Lúcia**, DJe de 19/9/2016, grifei).

Nesta Corte, a **Terceira Seção**, por decisão unânime, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada, não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.329.088/RS - Tema 600, com o consequente cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido também estão os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO N. 7.873/2012. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. NATUREZA DE CRIME COMUM. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. RECENTE ENTENDIMENTO DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Acompanhando o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 118.533/MS, a 5ª e a 6ª Turmas deste Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior, passou a adotar orientação no sentido de que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda".

3. Dessarte, com fulcro nesse novo paradigma, não mais subsiste o óbice à concessão do indulto ou da comutação aos condenados por tráfico privilegiado.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais que concedeu indulto à paciente, com supedâneo no Decreto n. 7.873/2012" (HC n. 371.186/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3/3/2017).

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. (1) CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO Nº 8.615/2015. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. POSSIBILIDADE. (2) ART. 9º, II, DO DECRETO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE MENÇÃO EXPRESSA. (3) HEDIONDEZ. NÃO CONFIGURAÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC Nº 118.533/MS. MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DA QUINTA E SEXTA TURMAS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 512/STJ. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O art. 9º, II, do Decreto nº 8.615/2015 veda a concessão de indulto e ou comutação às condutas previstas no art. 33, caput, e § 1º, bem como nos arts. 34 a 37 da Lei de Drogas, não fazendo nenhuma menção expressa à figura prevista no § 4º do art. 33. Portanto, o decreto não incluiu no rol proibitivo a conduta do tráfico privilegiado. Os requisitos compreendidos naquele diploma para a concessão dos benefícios foram elencados pelo Presidente da República, em conformidade com o art. 84, XII, da Constituição Federal. Incabível ao Poder Judiciário entender de forma contrária, sob pena de letal afronta aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.

2. Este Superior Tribunal de Justiça consolidou, há tempos, entendimento no sentido de que "a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime" - Recurso Especial Representativo da controvérsia (Art. 543-C do Código de Processo Penal) - REsp nº 1.329.088/RS. Enunciado sumular nº 512/STJ.

3. Entretanto, em novo entendimento, recente decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do HC nº 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, assentou que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Mudança de posicionamento quanto ao tema por parte da Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, que culminou na revisão do entendimento anteriormente consolidado, pela Terceira Seção, e no cancelamento do enunciado nº 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das execuções reaprecie o pleito do paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativo à concessão de indulto, com supedâneo no Decreto nº 8.615/2015, desconsiderando os óbices anteriormente apontados" (HC n. 376.489/SC, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 16/12/2016).

No que concerne ao conceito de reincidência específica, o crime anterior gerador da reincidência não necessariamente precisa estar previsto no mesmo tipo penal do que o praticado posteriormente, pois **basta a reincidência específica em crimes dessa natureza**.

Por outro lado, não se reconhecerá a reincidência específica em crimes que, conquanto figurem em mesmo tipo penal, possuam natureza distinta, de que é exemplo o tráfico privilegiado em face do tráfico comum. Ilustrativamente:

"PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NULIDADE. HOMOLOGAÇÃO CÁLCULOS. NOVA VISTA À DEFESA APÓS MANIFESTAÇÃO DO PARQUET. PRESCINDIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. REINCENTE ESPECÍFICO. VEDAÇÃO. CRIME ANTERIOR GERADOR DA REINCENTÊNCIA. PREVISÃO NO MESMO TIPO PENAL DO QUE O PRATICADO POSTERIORMENTE. PRESCINDIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

V - Para fins de reincidência específica, o crime anterior gerador da reincidência não precisa, necessariamente, estar previsto no mesmo tipo penal do que aquele praticado posteriormente, pois basta a reincidência específica em crimes dessa natureza, ou seja, aqueles dispostos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006. Ademais, não é necessário que o crime anterior, gerador da reincidência, tenha sido praticado na vigência da Lei n. 11.343/2006.

VI - In casu, após o paciente ter praticado o crime de tráfico de drogas em 4/2/2005, cuja condenação transitou em julgado em 27/11/2006, sofreu nova condenação pelos delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, tráfico e associação para o tráfico na vigência da nova Lei de Drogas (fato praticado em 23/10/2011 e trânsito em julgado certificado em 18/11/2013), sendo, portanto, reincidente específico.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 372.365/RJ, **Quinta Turma, de **minha relatoria**, DJe de 25/10/2017, grifei).**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, embora o paciente já ostentasse condenação anterior por tráfico privilegiado quando praticou o crime de tráfico de drogas (art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006), não se configurou a reincidência específica, uma vez que se tratam de condutas de naturezas distintas.

Cito, nesse sentido, os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO CAPUT E TRÁFICO PRIVILEGIADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REINCIDENTES ESPECÍFICOS. ARTS. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E 44 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTADA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ADOÇÃO DO POSICIONAMENTO DO PLENÁRIO DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Plenário da Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 118.533/MS, adotou novo posicionamento no sentido de que o tráfico de entorpecentes privilegiado não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

2. Interpretando-se as disposições contidas no § 4º do art. 33 e no art. 44, ambos da Lei de Drogas, constata-se a intenção do legislador em diferenciar o tratamento do traficante eventual, tanto concedendo-lhe a redução do privilégio, quanto permitindo-lhe a concessão da fiança, do sursis, da graça, do indulto, da anistia e da liberdade provisória, benefícios negados aos que se enquadram no caput e § 1º do art. 33 do mencionado diploma.

3. Imperioso afastar a reincidência específica em relação ao tráfico privilegiado e o tráfico previsto no caput do art. 33 da Lei de Drogas, nos termos do novo entendimento jurisprudencial, para fins da concessão do livramento condicional.

4. Habeas corpus concedido para afastar a reincidência específica e reconhecer a possibilidade de que seja concedido o livramento condicional ao paciente, restabelecendo a decisão do Juízo da Execução" (HC n. 436.103/DF, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 29/6/2018, grifei).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDICIONAL. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O sentenciado condenado, primeiramente, por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006) e, posteriormente, pelo crime previsto no caput do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, não é reincidente específico, nos termos da legislação especial; portanto, não é alcançado pela vedação legal, prevista no art. 44, parágrafo único, da referida Lei.

2. Não há como tratar o tráfico privilegiado como se seu espectro tivesse a relevância da tipificação do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, ou de outros delitos que o legislador elegeu para punir com maior severidade, ao vedar a concessão do livramento condicional.

3. Ordem concedida para restabelecer a decisão que concedeu ao ora paciente o livramento condicional" (HC n. 419.974/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2018, grifei).

Assim, constata-se o alegado constrangimento ilegal no v. acórdão impugnado, uma vez que cassou o benefício do livramento condicional com base exclusivamente no reconhecimento de reincidência específica entre o tráfico comum e o tráfico privilegiado, em desconformidade, pois, com o entendimento do col. STF e desta Corte Superior.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo a ordem, de ofício**, para, reconhecendo a natureza comum do crime de tráfico privilegiado, restabelecer a r. decisão do d. Juízo da Execução Penal, que concedeu o livramento condicional.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0304886-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 479.297 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00009765620138260291 20180000647625 821962 90002701220178260506
9765620138260291

EM MESA

JULGADO: 21/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JAIRO TEIXEIRA
ADVOGADO : JAIRO TEIXEIRA - SP278501
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELDER LUIS SILVA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.