



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 457.907 - SP (2018/0166313-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FILIPE DIAS RODRIGUES - RJ0148228
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO VICTOR DE SOUZA GAZETA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **EXECUÇÃO PENAL**. TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA. LAPSO PARA CRIME COMUM. FLAGRANTE ILEGALIDADE NA CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** substitutivo de 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, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - O STF, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **HC 118533**, 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 Superior, ao julgar a **Petição n. 11.796/DF**, adotou o posicionamento da excelsa Suprema Corte e firmou a tese segundo a qual *"o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça"*.

IV - No caso, está configurado o constrangimento ilegal, uma vez que o eg. Tribunal **a quo** cassou o benefício da progressão de regime deferido ao paciente, não obstante tenha sido condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins, e restabelecer a r. decisão que concedeu progressão de regime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 23 de agosto de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 457.907 - SP (2018/0166313-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FILIPE DIAS RODRIGUES - RJ0148228
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO VICTOR DE SOUZA GAZETA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JOÃO VICTOR DE SOUZA GAZETA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Consta nos autos que o d. Juízo da Execuções Penais deferiu ao paciente a progressão para o regime aberto (fls. 38-39).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de agravo em execução, o qual foi provido pelo eg. Tribunal de origem, para cassar a progressão de regime, ao reconhecer a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, consoante se pode aferir do v. acórdão de fls. 80-89, assim resumido por sua ementa:

"Execução Penal - Progressão de regime - Tráfico privilegiado - Afastamento do caráter hediondo do delito - Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 118.533/MS - Ausência de vinculação - Requisito objetivo - Lapso temporal diferenciado - Recurso provido em parte."

Nas razões deste **writ**, sustenta a impetrante, em síntese que *"em recente decisão, proferida no HC 118.533, o STF entendeu que o tráfico privilegiado não se enquadra na figura hedionda, tampouco equiparada."* (fl. 4)

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que seja cassada a decisão vergastada.

O pedido liminar foi deferido (fls. 104-106).

Informações às fls. 112-151.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, às fls. 157-163, manifestou-se pelo não conhecimento do **habeas corpus** mas pela concessão de ordem, de ofício, consoante parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NO ROL DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. BENEFÍCIOS EXECUCIONAIS. LAPSO PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. 2/3 (DOIS TERÇOS). CONDIÇÃO OBJETIVA QUE INDEPENDE DA NÃO HEDIONDEZ DO DELITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE DROGAS. PRECEDENTES. PROGRESSÃO DE REGIME. BENESSE QUE, EM RELAÇÃO AO CRIME EM TELA, OBEDECE AOS PRESSUPOSTOS DO ART. 112 DA LEP. PARECER PELA EXTINÇÃO DO WRIT SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO, COM CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, DE OFÍCIO."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 457.907 - SP (2018/0166313-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FILIPE DIAS RODRIGUES - RJ0148228
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO VICTOR DE SOUZA GAZETA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA. LAPSO PARA CRIME COMUM. FLAGRANTE ILEGALIDADE NA CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** substitutivo de 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, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - O STF, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **HC 118533**, 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 Superior, ao julgar a **Petição n. 11.796/DF**, adotou o posicionamento da excelsa Suprema Corte e firmou a tese segundo a qual "*o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo*,"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça".

IV - No caso, está configurado o constrangimento ilegal, uma vez que o eg. Tribunal **a quo** cassou o benefício da progressão de regime deferido ao paciente, não obstante tenha sido condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins, e restabelecer a r. decisão que concedeu progressão de regime.

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

O eg. Supremo Tribunal Federal, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **HC 118533**, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, Relª. Minª. **Cármem Lúcia**, DJe de 19/9/2016, grifei).*

A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar a **Petição n. 11.796/DF**, em sessão realizada no dia 23/11/2016, adotou o posicionamento da excelsa Suprema Corte e firmou a tese segundo a qual *"o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça"*, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "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." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça" (Pet n. 11.796/DF, **Terceira Seção**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/11/2016).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).*

Assim, constata-se o alegado constrangimento ilegal na r. decisão ora impugnada, uma vez que o eg. Tribunal **a quo** cassou o benefício da progressão de regime deferido ao paciente, não obstante tenha sido condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo a ordem de ofício**, para, confirmando a liminar, afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins, e restabelecer a r. decisão do Juiz da Execução, concessiva de progressão de regime.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0166313-2

HC 457.907 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030798620178260132 00031692820178260154 0024738920178260154 20180000422286
24738920178260154 30798620178260132 31692820178260154

EM MESA

JULGADO: 23/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FILIPE DIAS RODRIGUES - RJ0148228
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO VICTOR DE SOUZA GAZETA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

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.