



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 511.850 - SP (2019/0147496-1)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ALANDESON DE JESUS VIDAL - SP168644
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID MOREIRA SOARES (PRESO)

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 **Col. STF**, em decisão oriunda do **Tribunal Pleno**, no **HC n. 118.533/MS**, 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. 11.343/2006.

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 nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, uma vez que mantiveram o reconhecimento da 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, cassando o v. acórdão ora reprochado, para determinar ao d. Juízo da Execução Penal que retifique o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cálculo das penas do paciente, a fim de considerar a condenação por tráfico privilegiado como crime comum e, por consequência, não reconhecer a reincidência específica.

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), 1º de outubro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 511.850 - SP (2019/0147496-1)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ALANDESON DE JESUS VIDAL - SP168644
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID MOREIRA SOARES (PRESO)

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):**

Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **DAVID MOREIRA SOARES**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no **Agravo em Execução n. 0001527-90.2019.8.26.0496**.

Depreende-se dos autos que o d. Juízo das Execuções homologou o cálculo de penas do paciente considerando que *"a condição de reincidente específico foi determinada pela r. sentença condenatória (...) e, tratando-se de guia provisória, eventual inconformismo deve ser objeto de análise em sede de apelação"* (fl. 43).

Irresignada, a Defesa interpôs agravo em execução perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso conforme v. acórdão de fls. 44-49.

No presente **writ**, a Defesa reitera as alegações vertidas na origem sustentando, em síntese, que, *"em recente julgamento, o STF, em Habeas Corpus de nº 118.533/MS, decidiu por afastar a hediondez do crime de tráfico de drogas, que tenha o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da lei de drogas. (...). O reflexo desta decisão em matéria de execução penal é a necessidade da alteração dos lapsos necessários para a Progressão de Regime e Livramento Condicional, uma vez que não mais se enquadraria na condição de crime equiparado a hediondo"* (fls. 4-8).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, por fim, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, *"considerando que o crime de tráfico privilegiado é crime comum, a fim de que se retifique o cálculo de penas para inserir a fração pertinente ao livramento condicional pelo mm. juízo de primeira instância"* (fl. 9).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 54-55.

Informações prestadas às fls. 61-105 e 107-121.

O Ministério Público Federal oficiou pela manutenção da decisão impugnada, em parecer de fls. 123-126.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 511.850 - SP (2019/0147496-1)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ALANDESON DE JESUS VIDAL - SP168644
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID MOREIRA SOARES (PRESO)

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 **Col. STF**, em decisão oriunda do **Tribunal Pleno**, no **HC n. 118.533/MS**, 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. 11.343/2006.

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.



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 nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, uma vez que mantiveram o reconhecimento da 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, cassando o v. acórdão ora reprochado, para determinar ao d. Juízo da Execução Penal que retifique o cálculo das penas do paciente, a fim de considerar a condenação por tráfico privilegiado como crime comum e, por consequência, não reconhecer a reincidência específica.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Para o deslinde da controvérsia, destaco os seguintes trechos do v. acórdão combatido (fls. 46-49):

"Insurge-se o Agravante contra r. decisão que indeferiu seu pedido de retificação do cálculo de penas, a fim de que fosse considerado que o crime de tráfico de drogas "privilegiado" tem natureza comum, a teor do quanto decidido nos autos de HC nº 118.533/MS, impetrado perante o Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, (...).

Nos termos do art. 83, V, do Código Penal, impossível a concessão do benefício de livramento condicional para reincidentes específicos em crimes de natureza hedionda, o que é reafirmado no Parágrafo único, segunda parte, do art. 44, da Lei nº 11.343/2006.

Ademais, vale consignar que embora as execuções tenham como causa artigos diferentes, é certo que ambas as condenações tratam de crime de tráfico de drogas, possuem a mesma natureza jurídica, não havendo razão de ordem lógica ou jurídica a autorizar o livramento condicional.

Não só isso, a previsão contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, enseja mero abrandamento na punição imposta ao agente, isto quando for primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividade criminosa, sendo certo que o crime por ele praticado continua equiparado a hediondo.

(...)

E, o Agravante por se tratar de reincidente específico em crime de natureza hedionda, não faz jus ao benefício do livramento condicional.

Logo, deve ser mantida a r. decisão agravada.

Ante todo o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao presente Agravo em Execução interposto por DAVID MOREIRA SOARES, qualificado nos autos, mantendo a r. decisão agravada por seus próprios fundamentos."

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. 11.343/2006. Trago à colação a ementa do mencionado julgado, **verbis**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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. Cármen 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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**, Rel^a. Min^a. **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. REINCIDENTE ESPECÍFICO. VEDAÇÃO. CRIME ANTERIOR GERADOR DA REINCIDÊNCIA. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 25/10/2017, grifei).*

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. REINCENTES 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 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**, Rel.^a. Min.^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2018, grifei).*

Assim, constata-se o alegado constrangimento ilegal nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, uma vez que mantiveram o reconhecimento da 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**. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, cassando o v. acórdão ora reprochado, para determinar ao d. Juízo da Execução Penal que retifique o cálculo das penas do paciente, a fim de considerar a condenação por tráfico privilegiado como crime comum e, por consequência, não reconhecer a reincidência específica.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0147496-1

HC 511.850 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004030420188260530 00008072620198260496 00015279020198260496
00214042520158260506 15004942020188260530 15279020198260496
20190000377905 214042520158260506 4030420188260530 8072620198260496

EM MESA

JULGADO: 01/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ALANDESON DE JESUS VIDAL - SP168644
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID MOREIRA SOARES (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.