



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.640 - SP (2017/0198662-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO LUCIO PEREIRA MACHADO - SP0231045
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAROLINE TIENE NISI DE ALCANTARA

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA DO DELITO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO NA FORMA APLICÁVEL AOS CRIMES COMUNS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perflhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - O Supremo Tribunal Federal, 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 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*".

IV - **In casu**, constata-se o alegado constrangimento ilegal no v. acórdão impugnado, uma vez que o eg. Tribunal **a quo** cassou a r. decisão de 1º grau e estabeleceu para o direito ao livramento condicional o cumprimento da fração de 2/3 (dois terços) prevista no art. 83, inciso V, do Código Penal, não obstante a ora paciente tenha sido condenada 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 de direito, e restabelecer a r. decisão do juiz da execução, concessiva do livramento condicional.

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), 19 de outubro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.640 - SP (2017/0198662-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO LUCIO PEREIRA MACHADO - SP0231045
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAROLINE TIENE NISI DE ALCANTARA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de CAROLINE TIENE NISI DE ALCANTARA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** nos autos do Agravo em Execução Penal n. 0000734-81.2017.8.26.0154.

Consta dos autos que o i. Juízo das Execuções da Comarca de São José do Rio Preto/SP concedeu à paciente o benefício do livramento condicional após reconhecer a natureza não hedionda do crime de tráfico privilegiado conforme decisão proferida em 18/4/2017 (fls. 16-17).

Irresignado, o Ministério Público interpôs agravo em execução ao qual a eg. Corte Estadual deu provimento para cassar o benefício, consoante acórdão assim ementado, **verbis**:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO - Livramento condicional - Deferimento - Art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 - Equiparado a hediondo - Mera causa de diminuição de pena - Interpretação inconcebível - Impossível se falar que o condenado por infração ao art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, realize tráfico ilícito de entorpecentes e que uma mera causa de diminuição de pena. que integra o próprio tipo. alaste tal entendimento - Recurso provido" (fl. 20).

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante alega, em síntese, que, em recente decisão proferida pelo Plenário da Corte Suprema (STF - HC 118.533/MS - Rel. Min. Carmen Lúcia), entendeu-se que a figura do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei n. 11.343/06, não se harmoniza com a qualificação de hediondez do tráfico de entorpecentes definido no **caput** e parágrafo 1º, do artigo 33, do mesmo Diploma.

Diante dos argumentos expostos, requer, ao final, a concessão da ordem para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que seja cassado o acórdão objurgado e restabelecida a decisão de primeiro grau para *"RESTITUIR-LHE O LIVRAMENTO CONDICIONAL E MANTER O CÁLCULO DE PENAS COMO DANTES HOMOLOGADO, OU SEJA, CONSIDERANDO AS FRAÇÕES COMO SENDO O DELITO PREVISTO NO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06 DE NATUREZA COMUM"* (fls. 9-10).

A liminar foi **deferida** *"para suspender os efeitos do v. acórdão impugnado e restabelecer a decisão de primeiro grau que concedeu à paciente o benefício do livramento condicional, mantidas das condições estipuladas, até ulterior julgamento do presente writ."* nos termos da decisão de fls. 36-38.

As informações foram prestadas às fls. 46-56.

O **Ministério Público Federal** manifestou-se às fls. 58-65 pela extinção do feito sem resolução do mérito, mas pela concessão da ordem de ofício, conforme parecer cuja ementa colaciono, a seguir:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANEJO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS "PRIVILEGIADO". HEDIONDEZ AFASTADA. PLENÁRIO DO STF (HC 118.533/MS) E 3ª SEÇÃO DO STJ (PET 11.796/DF). CANCELAMENTO DA SÚMULA 512/STJ. TRATAMENTO DE CRIME COMUM, INCLUSIVE NOS CÁLCULOS PARA FINS DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL, ENTRE OS QUAIS O LIVRAMENTO CONDICIONAL. IN APLICABILIDADE DO ART. 83, V, DO CÓDIGO PENAL. PARECER PELA EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, MAS COM A CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO" (fl. 58).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.640 - SP (2017/0198662-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO LUCIO PEREIRA MACHADO - SP0231045
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAROLINE TIENE NISI DE ALCANTARA

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA DO DELITO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO NA FORMA APLICÁVEL AOS CRIMES COMUNS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - O Supremo Tribunal Federal, 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 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*".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - **In casu**, constata-se o alegado constrangimento ilegal no v. acórdão impugnado, uma vez que o eg. Tribunal **a quo** cassou a r. decisão de 1º grau e estabeleceu para o direito ao livramento condicional o cumprimento da fração de 2/3 (dois terços) prevista no art. 83, inciso V, do Código Penal, não obstante a ora paciente tenha sido condenada 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 de direito, e restabelecer a r. decisão do juiz da execução, concessiva do 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 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, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O eg. Supremo Tribunal Federal, 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. 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).

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, 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. Cármem 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**, Rel^a. Min^a. **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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, constata-se o alegado constrangimento ilegal na r. decisão ora impugnada, uma vez que, conforme se verifica às fls. 19-24, o eg. Tribunal **a quo** cassou a r. decisão de 1º grau e estabeleceu para o direito ao livramento condicional a fração de 2/3 (dois terços) prevista no art. 83, inciso V, do Código Penal, não obstante a ora paciente tenha sido condenada 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, todavia, **a ordem de ofício**, para, confirmando a liminar de fls. 36-38, afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins de direito, e restabelecer a r. decisão do juiz da execução, concessiva do livramento condicional.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0198662-0

HC 411.640 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007348120178260154 119272015 20170000551042 7348120178260154 7682017

EM MESA

JULGADO: 19/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MARIO LUCIO PEREIRA MACHADO - SP0231045
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CAROLINE TIENE NISI DE ALCANTARA

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.