



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.924 - SP (2017/0143300-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA CECILIA REMOLI DE SOUZA LOPES - SP0108711
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO ALEXANDRE CARVALHO

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA DO DELITO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. RETIFICAÇÃO DOS CÁLCULOS DA PENA. INDEFERIMENTO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou 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 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** 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**, 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 as instâncias ordinárias indeferiram o pedido de retificação dos cálculos das penas, mantendo o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas.

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.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.924 - SP (2017/0143300-8)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA CECILIA REMOLI DE SOUZA LOPES - SP0108711
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO ALEXANDRE CARVALHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado pela **Defensoria Pública** estadual em benefício de REGINALDO ALEXANDRE CARVALHO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o Juízo das Execuções Penais indeferiu pedido de retificação dos cálculos, afastando a hediondez do crime de tráfico de drogas (fls. 25-26), motivo pelo qual a Defesa, irresignada, interpôs agravo em execução, para o qual o eg. Tribunal de origem negou provimento, nos termos de v. acórdão de fls. 40-44, sem ementa.

Daí o presente **mandamus**, no qual a impetrante alega que a decisão afronta o entendimento firmado pelo col. Pretório Excelso que, no julgamento do **HC** N. 118.533, dispôs que o delito de tráfico privilegiado deve *"receber tratamento distinto daquele atribuído aos crimes hediondos e equiparados, uma vez que o legislador traz circunstâncias que o tornam menos grave, ou seja, conta com menor reprovação"* (fl. 3).

Requer, ao final, seja a ordem concedida para cassar as decisões ordinárias, afastando-se o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas.

A liminar foi **deferida** *"para que se proceda em relação ao paciente, até o julgamento final deste habeas corpus, a aplicação da fração de 1/6 para a devida progressão de regime prisional e de 2/3 para livramento condicional, se for o caso."* (fls. 51-54).

As informações foram prestadas às fls. 61-66.

O **Ministério Público Federal** manifestou-se conforme parecer de fls. 87-938, pela concessão parcial da ordem. Confira-se a ementa:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IN



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART 33, § 4º E 35, DA LEI N.º 11.343/06. PLEITO DE QUE NO CÁLCULO DE SUAS PENAS SEJA ESTABELECIDO A FRAÇÃO DE 1/6 PARA PROGRESSÃO DE REGIME E DE 1/3 PARA O LIVRAMENTO CONDICIONAL. AFASTAMENTO, PELA SUPREMA CORTE, DO CARÁTER 'HEDIONDO' DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CANCELAMENTO, POR ESSA CORTE SUPERIOR, DO VERBETE SUMULAR N. 512. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 112 DA LEP E DO ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LAD. PEDIDO PROCEDENTE EM PARTE.

1. É inadmissível a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso especial.

2. Deve ser agasalhado, com esteio na disposição do art. 112 da LEP, o pleito de aplicação da fração de 1/6 para a progressão de regime do paciente, haja vista a declaração, pela Suprema Corte, de não-hediondez do delito previsto no artigo 33, § 4º, da LAD.

3. Todavia, "em relação ao livramento condicional, não há como acolher a pretensão da Defensoria Pública, pois mesmo quando afastada o caráter hediondo do primeiro delito, incabível a concessão desse benefício por expressa previsão do parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/2006. Trata-se de regra contida na Lei de Drogas que, em decorrência do princípio da especialidade, é aplicável ao caso concreto, independentemente de o primeiro delito praticado pelo apenado ser considerado hediondo ou não." (HC 328158/MS, REL. MIN. ERICSON MARANHÃO (DES.CONV. TJSP), SEXTA TURMA, DJE 16/11/2015)

4. Parecer pelo não-conhecimento do writ, com concessão parcial da ordem, de ofício, nos termos da liminar já deferida nestes autos."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.924 - SP (2017/0143300-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA CECILIA REMOLI DE SOUZA LOPES - SP0108711
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO ALEXANDRE CARVALHO

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA DO DELITO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. RETIFICAÇÃO DOS CÁLCULOS DA PENA. INDEFERIMENTO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A **Terceira Seção** desta Corte, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou 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 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** 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**, 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 - No caso, está configurado o constrangimento ilegal, uma vez que as instâncias ordinárias indeferiram o pedido de retificação dos cálculos das penas, mantendo o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas.

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.

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** 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 relativo à concessão de indulto, com supedâneo no Decreto nº 8.615/2015, desconsiderando os óbices anteriormente apontados" (HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

376.489/SC, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 16/12/2016).

Assim, constata-se evidente constrangimento ilegal em face do paciente, pela manutenção nas decisões das instâncias ordinárias, do caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06).

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 de direito.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0143300-8

HC 403.924 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015286920158260026 00084595420168260026 15286920158260026 20170000115344
84595420168260026

EM MESA

JULGADO: 24/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA CECILIA REMOLI DE SOUZA LOPES - SP0108711
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO ALEXANDRE CARVALHO

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.