

**HABEAS CORPUS Nº 449.457 - SP (2018/0110042-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : SILVIA EMBOABA DA COSTA  
**ADVOGADO** : SILVIA EMBOABA DA COSTA - SP384646  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CINTIA MARIA PEREIRA GOMES

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio e com pedido de liminar impetrado em favor de **CÍNTIA MARIA PEREIRA GOMES**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Juízo da Vara de Execuções Penais indeferiu o pedido de comutação de pena (peticionado com base no art. 2º, II e III, do Decreto Presidencial do dia 12/4/2017 – Dia das Mães) com o fundamento de que a paciente é reincidente e não há comprovação de que o filho menor dependa especificamente de seus cuidados.

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução no Tribunal de origem, que negou provimento nos termos da seguinte ementa:

“Agravo em Execução Penal - Pleito de concessão de comutação de penas - Descabimento - Sentenciada condenada pela prática do delito de tráfico de estupefacientes - Delito que encontra impedimento em concessão de determinados benefícios - Vedação constitucional e legal - Precedentes - Pressupostos para o deferimento do benefício não preenchidos -Agravo desprovido.” (e-STJ, fl. 70.)

Neste *writ*, a defesa afirma que a paciente foi condenada como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (modalidade privilegiada), formulando requerimento de comutação com base no Decreto Especial do Dia das Mães.

Alega (e-STJ, fl. 4) que o acórdão impugnado viola o entendimento jurisprudencial e doutrinário, que afastou a hediondez da conduta tipificada no referido art. 33, da Lei n. 11.343/2006 (modalidade privilegiada).

Sustenta que a paciente não foi condenada por crime equiparado aos crimes hediondos e o conceito de hediondez não se compatibiliza com o de privilégio.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja cassado o acórdão proferido e concedido a comutação nos moldes do art. 2º, II e III, do Decreto Presidencial do dia 12/4/2017 – Dia das Mães.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão do *habeas corpus* de ofício (e-STJ, fl. 137).

**É o relatório.**

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça 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.

O Tribunal *a quo*, ao julgar o agravo em execução interposto pela defesa

assim se manifestou:

"[...] Respeitosamente, temos repetido que indulto e comutação são pronunciamentos do Príncipe, cabendo ao Presidente da República estabelecer condições, desde que não conflitantes com a Const. Federal ou com a Legislação em vigência. Não pode o Judiciário criá-las, muito menos o suposto beneficiário aproveitá-las para períodos subsequentes [...] Sem Prejuízo, há que se ponderar, ainda, que a própria Lei n. tt.343/06, em seu art. 44, *caput*, veda a concessão do benefício [...] Por derradeiro, nem se há falar que a existência de prole justificaria a concessão da benesse diante da vedação constitucional referida [...]." (e-STJ, fls. 72-75.)

Inicialmente, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em 23/6/2016, o HC n. 118.533/MS, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, passou a adotar o entendimento de que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda", conforme ementa a seguir transcrita:

"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 118533, rel. Ministra CARMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, j. 23/6/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16/9/2016 PUBLIC 19/9/2016.)

Na hipótese vertente, observa-se de plano, que o referido Decreto Presidencial admite a possibilidade da benesse à paciente, seja pelo tráfico privilegiado ser considerado crime comum e não mais hediondo.

Sobre o tema, confirmam-se estes precedentes:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES À PENA DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. RESP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.329.088/RS. ENTENDIMENTO ALTERADO PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE (HC-118.533/MS). APLICAÇÃO DO ART. 927, V, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C ART.

3º DO CPP. INDULTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 1º, XIV, DO DECRETO N. 8.380/2014. DEFERIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça, por meio do recurso especial representativo da controvérsia (REsp n. 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26/4/2013), entendimento no sentido de que a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No entanto, deve-se acompanhar recente decisão do plenário da Suprema Corte, no exame do HC n. 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, de Rel. da Ministra Cármen Lúcia, na qual se assentou que 'o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda'. Aplicação do art. 927, V, do Novo CPC, c/c art. 3º do CPP.

4. No caso, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, tendo cumprido, em prisão provisória, 10 (meses) e 17 (dias), o que autoriza a concessão do indulto, a teor do art. 1º, XIV, do Decreto Presidencial n. 8.380/2014.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastando a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, deferir o indulto pleno ao paciente, nos termos do Decreto Presidencial n. 8.380/2014." (HC 370.687/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 18/10/2016, DJe 27/10/2016.)

"HABEAS CORPUS. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO DAS PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É incabível em *habeas corpus* a revisão da prova que levou à condenação dos pacientes ou mesmo a desclassificação da conduta imputada para a infração penal prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

2. É possível a determinação de execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias.

3. Diz a jurisprudência que, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STF). Além disso, a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718/STF).

4. Configura constrangimento ilegal a imposição, sem motivação idônea, de regime de cumprimento mais severo do que a pena

aplicada permite (Súmula 719/STF).

5. A vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas não encontra respaldo no entendimento dos Tribunais Superiores, não subsistindo as vedações previstas nos arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

6. Segundo recente julgado do Plenário do STF, o chamado tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto como inicial para cumprimento da pena e a fim de restabelecer a substituição da reprimenda nos termos em que concedida na sentença." (HC 363.677/SP, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. 13/9/2016, DJe 22/9/2016.)

Desse modo, a execução penal deve tratar o crime praticado pela paciente como crime comum, e não como crime de natureza hedionda, para fins de cálculo de possíveis benefícios. Com fulcro nesse novo paradigma, não mais subsiste óbice à concessão da comutação aos condenados pelo crime de tráfico privilegiado.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, de ofício, **concedo a ordem** para cassar o acórdão impugnado e determinar ao Juízo da Vara de Execução Penal que reaprecie o pedido de comutação formulado pela paciente com base no Decreto Presidencial do Dia das Mães (12/4/2017), sem considerar o crime de tráfico privilegiado como fator impeditivo e levando em consideração tratar-se de mãe com filho menor de 16 anos de idade.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo singular, encaminhando-se-lhes cópia desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator