

HABEAS CORPUS Nº 493.369 - SP (2019/0042375-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : LUCIANO ALENCAR NEGRÃO CASERTA - SP132470
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIOVANI DA SILVA MACENA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de GIOVANI DA SILVA MACENA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento do Agravo em Execução n. 0012893-70.2018.8.26.0041.

Consta dos autos que o Juízo das execuções determinou a retificação do cálculo de pena do apenado para que fossem aplicadas as frações de crime hediondo para o tráfico ilícito de drogas privilegiado.

Irresignado, a Defensoria Pública interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, nos termos do acórdão de fls. 75/78.

No presente *mandamus*, sustenta a defesa do paciente que o tráfico em sua forma privilegiada não tem natureza hedionda, conforme recente modificação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Pretende, em sede liminar e no mérito, seja concedida a ordem para afastar "*o caráter hediondo do crime pelo qual o paciente fora condenado e reconhecendo que o paciente faz jus a galgar benefícios previstos na Lei de Execução Penal, observando-se as frações temporais próprias de crime comum*" (fls. 10/11).

Brevemente relatado, decido.

Diante do novel posicionamento jurisprudencial do STF e desta Corte onde não deve ser conhecido o *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, tenho por prudente determinar o processamento do feito somente para verificação da existência de eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Em uma análise preliminar dos autos, vislumbro a presença conjunta do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos necessários para a concessão da

medida liminar, pois esta Corte Superior, após julgamento da Pet n. 11.796/DF, ocorrido sob o rito dos recursos repetitivos, pacificou o entendimento de que a incidência da causa especial de diminuição, prevista no §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, afastar o caráter hediondo do crime de tráfico.

Eis a ementa do referido julgado:

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 gravesos, 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 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016)

Ante o exposto, de ofício, concedo a liminar para determinar que o Juízo das Execuções, retifique o calculo das penas para afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado na obtenção de benefícios na execução da pena.

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2612 - Brasília, Disponibilização: Sexta-feira, 15 de Fevereiro de 2019 Publicação: Segunda-feira, 18 de Fevereiro de 2019

Comunique-se com urgência ao Juízo das Execuções e à autoridade coatora.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

