

**HABEAS CORPUS Nº 455.229 - SP (2018/0149476-0)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**WAGNER RIBEIRO DE OLIVEIRA - SP0265925**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : KENNED LACERDA THOMAS (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **KENNED LACERDA THOMAS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e teve unificadas as condenações que totalizaram 5 anos de reclusão em regime fechado. Foi determinada a elaboração do cálculo das penas, considerando-se o paciente como reincidente específico em crime hediondo.

A defesa requereu a retificação do cálculo, argumentando que, segundo o novo entendimento do STF, adotado no julgamento do HC n. 118.533, foi consolidada a tese de que o tráfico privilegiado não é considerado hediondo (delito anterior) para que o paciente tenha direito ao livramento condicional.

O Juízo da Vara de Execução Criminal - 6º DEECRIM, Comarca de Ribeirão Preto (SP), nos autos do Processo n. 0000978-56.2014.8.26.0496, reconheceu a incidência das frações dos delitos comuns ao tráfico privilegiado e determinou a retificação do cálculo de penas para constar que o paciente é reincidente específico em crime hediondo, considerando a condenação anterior por tráfico privilegiado, emitindo novo cálculo de pena sem a previsão do benefício do livramento condicional.

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução no Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO - 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, afaste tal entendimento - Recurso não provido" (e-STJ, fl. 43).

Neste *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo alega que o acórdão ora impugnado diverge do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o delito de tráfico de drogas privilegiado não é considerado hediondo (HC 118.533). Sustenta que, em recentes decisões, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça reafirmaram a posição do STF de não considerar como hediondo o delito de tráfico privilegiado para todos os fins da execução criminal.

Requer a concessão da ordem para reconhecer a ilegalidade da decisão que considerou o delito anterior (tráfico privilegiado) como crime hediondo e reformar a decisão recorrida a fim de se retificar o cálculo de pena para fins de livramento

condicional.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão, de ofício, *do habeas corpus* (e-STJ, fls. 46-48).

**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.

No caso dos autos, verifica-se que o magistrado singular determinou a elaboração de novo cálculo das penas, considerando a tráfico privilegiado e o paciente como reincidente em crime hediondo, neste termos:

“Por ora, retifique-se o cálculo de penas para adequar as frações para fins de progressão em **razão do tráfico "privilegiado"** reconhecido quanto a este pec. Sem prejuízo, retifique-se o cálculo de penas também para constar que o sentenciado é **reincidente específico em crime hediondo**, emitindo novo relatório. Após, dê-se nova vista às partes” (e-STJ, fl. 19).

O Tribunal *a quo*, ao julgar o agravo em execução interposto pela defesa, assim se manifestou:

“[...]”

O art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não é um delito autônomo, mas mera causa de diminuição de pena. Ou seja, integra o próprio tipo penal previsto no 'caput' e § 1º.

Impossível se cogitar que, por ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, tampouco integrar organização criminosa, não se fez um tráfico de drogas.

Trata-se de ilógica política criminal para que, pelo simples fato do condenado ser brandamente apenado, afaste-se a equiparação à hediondez do delito.

É dizer: o indivíduo cometeu um 'pequeno' tráfico ilícito de entorpecente, logo não cometeu tráfico ilícito de entorpecente. Ilógico o raciocínio, um sofisma que beira a má-fé.

Idêntico pensamento seria dizer que um estupro de vulnerável tentado não seria hediondo pela presença da tentativa, porquanto é uma causa de diminuição de pena, assim como o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

**Quisesse o legislador afastar a hediondez por equiparação e deveria criar uma figura completamente diversa para aquele incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.**

O que não cabe é ao Poder Judiciário realizar uma mutação constitucional forçada como a do caso dos autos.

**Sendo, pois, impossível a interpretação que foi dada pelos E. STF e STJ acerca da questão, mantenho o posicionamento de que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não é delito autônomo e, por consequência, mantém-se a hediondez por equiparação.**

Ante o exposto, por meu voto, conheço do recurso e a ele nego provimento. (e-STJ, fls. 39-40).

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 harmniza 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 graves, 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.23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16/9/2016 PUBLIC 19/9/2016.)

Após esse julgamento, a Quinta e a Sexta Turmas do STJ, revendo posição anteriormente adotada, passaram a acompanhar o julgado da STF.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ART. 83 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO SUBJETIVO. CUMPRIMENTO EM REGIME INTERMEDIÁRIO. DESNECESSIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO - ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. HEDIONDEZ AFASTADA. FRAÇÃO DE CRIME COMUM PARA CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NOVA ANÁLISE PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. [...] 3. O Pretório Excelso, em julgamento realizado pelo Tribunal Pleno no dia 23/6/2016, **afastou o caráter hediondo do tráfico de drogas realizado na forma do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, divulgando em seu Informativo n. 831 **não serem exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional** (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/2006. Esse novo entendimento motivou o cancelamento do Enunciado n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Precedentes. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a hediondez do delito de tráfico

privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), e **determinar que o Juízo da Execução aprecie o pleito do livramento condicional nos estritos termos da lei e, ainda, analise o cálculo para a concessão da benesse com base nas frações temporais próprias de crimes comuns.**" (HC 439.459/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 07/06/2018.)

"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. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - [...] 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". 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.**" (HC 394.160/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017.)

Desse modo, na execução penal, o crime praticado pelo paciente deve ser tratado como crime comum, e não como crime de natureza hedionda, para fins de cálculo de possíveis benefícios. Considerando esse paradigma, não mais subsiste o óbice à concessão do livramento condicional, indulto ou da comutação aos condenados por tráfico privilegiado.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus.** Contudo, de ofício, **concedo a ordem** para cassar o acórdão impugnado e determinar que o Juízo da Vara de Execução Criminal - 6º DEECRIM, Comarca de Ribeirão Preto (SP), proceda à análise do cálculo da pena imposta ao paciente para fins de concessão da benesse com base nas frações temporais próprias de crime comum.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

