

HABEAS CORPUS Nº 483.517 - SP (2018/0330910-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : LUCAS ALVES AZEVEDO PAZINI
ADVOGADO : LUCAS ALVES AZEVEDO PAZINI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - SP390662
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ALEXANDRE COSTA DE SOUSA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CARLOS ALEXANDRE COSTA DE SOUSA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravos Regimentais n. 2205382-29.2018.8.26.0000/50000).

Depreende-se dos autos que o apenado, ora paciente, cumpre pena pela prática dos delitos de tráfico privilegiado e associação para o tráfico (fls. 72/73).

Formulado pedido de indulto, com fundamento no Dec. n. 9.246/17, o Juízo da execução indeferiu a concessão do benefício, com lastro na hediondez dos crimes por ele praticados (fls. 31/33).

Irresignada, a defesa impetrou *prévio writ* no Tribunal de origem, que indeferiu liminarmente a irresignação e negou provimento ao agravo regimental interposto, sob o fundamento de que *a ação especial de habeas corpus não é o instrumento correto para impugnação de decisão prolatada no curso da execução criminal* (fl. 56).

Daí este *mandamus*, no qual se alega que as infrações penais em análise não possuem mais natureza hedionda, conforme entendeu recentemente o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 118.533/MS, da Relatoria da Min. Cármen Lúcia, publicado no DJe de 19/9/2016.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITOS. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NA ORIGEM.

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM ANALISE, COMO ENTENDER DE DIREITO, O MÉRITO DA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA, À LUZ DO CASO CONCRETO.

1. Prima facie, conforme entendimento remansoso no âmbito dos Tribunais Superiores, é vedada a utilização do writ como substitutivo de recurso próprio, em homenagem ao princípio magno do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CRFB/88) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88).

2. In casu, a Corte de origem, ao não conhecer do remédio heroico anteriormente impetrado, utilizou como fundamentação, em síntese, a inadequação da via e a inadmissão de habeas corpus como sucedâneo recursal.

3. Embora o decisum vergastado esteja tecnicamente correto, é imprescindível que haja o completo afastamento de qualquer constrangimento ilegal, relacionando o instituto com o caso concreto, sob pena de incorrer em violação ao disposto no inciso LXVIII, do art. 5º, da Carta Magna.

4. Parecer pelo não conhecimento do writ, concedendo-se a ordem ex officio, para que a Corte de origem aprecie o mérito do habeas corpus originário, à luz do caso concreto, como entender de direito (fls. 82/83).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Este Tribunal Superior tem acumulado julgados no sentido de não reconhecer o crime de associação para o tráfico, art. 35 da Lei n. 11.343/06, como equiparado a hediondo, por falta de expressa previsão na Lei n. 8.072/90.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. BENEFÍCIOS. REQUISITO OBJETIVO. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. LAPSOS TEMPORAIS DISTINTOS. CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) NO CASO DE PROGRESSÃO E DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PARA O LIVRAMENTO, VEDADA A SUA CONCESSÃO AO REINCIDENTE ESPECÍFICO. ARTS. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E 44 DA LEI N. 11.343/2006.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não figura no rol de delitos hediondos ou a eles equiparados, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

2. Não se tratando de crime hediondo, não se exige, para fins de concessão do benefício da progressão de regime, o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente para a progressão do regime prisional, sujeitando-se ele apenas ao lapso de 1/6 para preenchimento do requisito objetivo.

3. No entanto, a despeito de não ser considerado hediondo o crime de associação para o tráfico, no que se refere à concessão do livramento condicional, deve-se, em razão do princípio da especialidade, observar a regra estabelecida pelo art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, ou seja, exigir o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico.

4. Ordem parcialmente concedida para afastar a natureza hedionda do crime de associação para o tráfico e determinar que o Juízo da execução, no que se refere a tal delito, proceda a novo cálculo da pena, considerando, para fins de progressão de regime e de livramento condicional, respectivamente, as frações de 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços) (HC 429.672/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 08/03/2018).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006). CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO DE 1/6 A SER APLICADO (ART. 112 DA LEP). FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006. NORMA ESPECIAL. APLICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. A teor da jurisprudência consolidada desta Corte, o delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente elencado no rol do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções que afaste a hediondez do

crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), procedendo-se novo cálculo da pena em relação a progressão de regime, à luz do art. 112 da LEP (HC 381.202/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 04/05/2017).

Noutro enfoque, esta Corte entendia que o crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado), em que pese a causa de diminuição de pena prevista no *caput* daquele dispositivo, mantinha sua natureza de crime hediondo, sendo-lhes aplicáveis os dispositivos da Lei n. 8.072/90. Nesse sentido, inclusive, foi editada a Súmula n. 512 do STJ.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do HC n. 118.533, afastou a hediondez do delito em questão, afirmando que apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, *caput*, e § 1º da Lei n. 11.343/06 seriam equiparadas aos crimes hediondos. Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: 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, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)

Acompanhando esse nova orientação, a Terceira Seção desta Corte Superior, em 23/11/2016, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Esse entendimento foi acompanhado por ambas as Turmas que apreciam matéria penal nesta Corte Superior, conforme se extrai dos seguintes precedentes, firmados após o aludido julgado do Pretório Excelso, que superaram a aplicação do

verbete sumular mencionado *supra*. Confirmam-se:

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 376.489/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA,

SEXTA TURMA, DJe 16/12/2016).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO - ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO. INDULTO. DECRETO N. 7.873/12. POSSIBILIDADE. EVIDENCIADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Este Superior Tribunal de Justiça entendia que o crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado), em que pese denotasse causa de diminuição de pena em relação ao delito previsto no caput, mantinha sua natureza de hediondo, sendo-lhes aplicáveis os dispositivos da Lei n. 8.072/90. Nesse sentido, inclusive, foi editada a Súmula n. 512 do STJ.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do HC n. 118.533, afastou a hediondez do delito em questão, afirmando que apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, caput, e § 1º da Lei n.

11.343/06 seriam equiparadas aos crimes hediondos. Esse entendimento foi acompanhado por ambas as Turmas que apreciam matéria penal nesta Corte Superior, que superaram a aplicação do verbete sumular mencionado supra. Precedentes.

A Terceira Seção desta Corte Superior, em 23/11/2016 cancelou o enunciado n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do constatado constrangimento ilegal, impõe-se o afastamento do caráter hediondo do delito de tráfico de entorpecentes privilegiado, de modo que o indeferimento do pleito de indulto apenas com base nesse óbice deve ser superado Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das execuções (HC 372.297/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2016).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções examine novamente o pedido do paciente, levando-se em consideração a natureza comum dos delitos de tráfico privilegiado e associação para o tráfico (arts. 33, § 4º, e 35, ambos da Lei n. 11.343/06).

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

