

HABEAS CORPUS Nº 485.324 - MG (2018/0340196-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
JAYME HENRIQUE ABREU JUNIOR - MG077590B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARCELO HENRIQUE SILVA ARAUJO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCELO HENRIQUE SILVA ARAUJO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proferido no Agravo em Execução n. 1.0471.13.007392-0/001.

Consta dos autos que o Juízo das Execuções reconheceu a natureza comum do delito de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), porém, o o Tribunal *a quo*, em recurso do Ministério Público, entendeu ser o crime equiparado a hediondo.

A impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal porque o tráfico privilegiado não possui natureza hedionda, conforme entendeu 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.

Requer, em liminar e no mérito, a reforma do acórdão.

O pedido de liminar foi deferido às fls. 119/121 para "*restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execução Penal de Pará de Minas (Processo n. 0471.13.007392-0)*".

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 126/132).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ.

No entanto, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

A controvérsia refere-se à natureza do *tráfico privilegiado*.

Quanto ao tema, esta Corte possuía o entendimento pacífico de que a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não afasta a hediondez do tráfico de drogas. Nesse sentido, foi editado o Enunciado n. 512 da Súmula do STJ.

Acontece que sobreveio julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, ou seja, afirmando que 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* (HC 118533, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 23/6/2016, DJe de 19/9/2016).

Esse entendimento foi acompanhado pelas Turmas que julgam matéria penal nesta Corte Superior, culminando com o cancelamento, pela Terceira Seção, do mencionado Enunciado n. 512 da Súmula do STJ. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

*EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO.
NATUREZA DE CRIME COMUM. AFASTAMENTO DA
HEDIONDEZ. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS 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. Acompanhando o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus 118.533/MS, a Quinta e a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior, passaram a adotar orientação no sentido de que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda".

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e determinar o cálculo para fins de concessão de benefícios, com base nas frações temporais próprias de crimes comuns.

(HC 377.599/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS,

QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. ART. 1.030, I, B, DO CPC. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. DESCABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO. CABIMENTO DA INSURGÊNCIA POR MEIO DE AGRAVO REGIMENTAL OU INTERNO, NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO NÃO CONHECIDO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PRECEDENTES. ILEGALIDADE FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. REVISÃO DO TEMA 600. ENTENDIMENTO DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE EM ABSTRATO.

[...]

3. Consoante a recente jurisprudência desta Corte Superior, na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

4. Constatado equívoco no acórdão recorrido, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, cabível a reparação de ofício da ilegalidade.

5. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício para afastar o caráter hediondo do delito de tráfico de entorpecentes privilegiado e fixar o regime inicial semiaberto. Ressalvado o entendimento do Relator, deferido o pedido ministerial de fls. 455/456.

(AgRg no AREsp 994.487/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017).

No caso, o acórdão impugnado, conforme se extrai do trecho a seguir, encontra-se em dissonância com o atual entendimento desta Corte:

[...]

Entendo que o privilégio previsto no artigo 33 §4º da Lei 11.343 quando aplicado, incide diretamente sobre a reprimenda penal, minorando-a. Entretanto, tal privilégio não afasta a hediondez vez que sua conduta continua tipificada no caput do mesmo artigo, tendo a ela incidido uma causa de diminuição da pena e não uma alteração da sanção penal.

A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33 §4º da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente quando for ele primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividade criminosa.

As figuras delitivas não consideradas hediondas são aquelas elencadas no artigo 33 §2º e §3º da Lei de Drogas.

[...]

O crime previsto no artigo 33 §4º da Lei 11.343/2006 é desta forma equiparado a hediondo.

Como bem expõe a Procuradoria Geral de Justiça, entender que o tráfico em sua modalidade privilegiada não seja equiparado a hediondo, significaria patente afronta ao que dispõe o artigo 2º da Lei 8.072/90, vez que o dispositivo não o distingue do tráfico em sua modalidade prevista no artigo 33, caput.

Assim, sendo claro a pecha de hediondez ostentada pelo delito em tela, há necessidade de se reformar a decisão proferida pelo magistrado da execução, para que seja reconhecida a hediondez, e seja cassado o livramento condicional anteriormente concedido, vez que trata-se o agravado de reincidente específico na prática de crimes desta classe, conforme sentença à f.31.

V - DO PROVIMENTO - Ante o exposto DOU PROVIMENTO ao recurso, para que seja reformada a decisão proferida pelo juízo da execução, atribuindo ao delito em tela a hediondez, e assim, impossibilitando o gozo do benefício de livramento condicional. (fls. 110/112)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para afastar a hediondez do delito de *tráfico privilegiado* (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), restabelecendo a decisão do Juízo das Execuções Criminais, ratificando a liminar deferida.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator