HABEAS CORPUS Nº 480.377 - SP (2018/0311399-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	ALANDESON DE JESUS VIDAL - SP168644
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSE HERMINIO SERITO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **JOSE HERMINIO SERITO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araçatuba/SP deferiu o pleito de progressão de regime ao apenado, condenado por tráfico privilegiado (e-STJ, fls. 61-62).

Dessa decisão, o *Parquet* interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem. O recurso ministerial visava à revogação da progressão de regime deferida em favor do sentenciado. O Tribunal de origem julgou prejudicado o referido agravo em execução (e-STJ, fls. 64-67).

Eis os fundamentos:

> "[...] Ocorre que, em pesquisa informal realizada por este relator aos autos de origem (PEC nº 0002153-75.2016.8.26.0509 digital), por intermédio do sistema eletrônico de pesquisa deste E. Tribunal (e-Saj), foi possível constatar que o MM. Juiz de Direito tornou sem efeito a decisão que deferiu a progressão ao regime aberto, por ausência do requisito objetivo, em cumprimento a v. Acórdão proferido por esta Col.11ª Câmara Criminal. "

Neste *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal em desfavor do paciente, pelo reconhecimento da hediondez do delito ao crime de tráfico privilegiado.

Sustenta que desconsiderar a natureza de crime comum ao delito previsto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei de Drogas fere a interpretação do STJ, bem como do STF quando do julgamento do HC 118.533/MS, violando a segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais (e-STJ, fls. 3-10).

Requer a concessão da ordem, liminarmente e no mérito, "CASSANDO a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de que seja restabelecido a PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO concedido pelo mm. Juízo de primeira instância" (e-STJ, fl. 10).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 72).

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo "não conhecimento do *writ*, concedendo-se a ordem, de ofício, para restabelecer a progressão ao regime aberto anteriormente deferida" (e-STJ, fls. 98-103).

É o relatório.

Decido.

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.

Busca-se, no mérito deste *writ*, seja afastada a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado, notadamente para fins de progressão de regime e concessão dos benefícios da execução da pena.

A Corte estadual ao julgar prejudicado o agravo em execução ministerial, assim fundamentou:

> "[...]
> Cuida-se de recurso interposto pelo representante do Ministério Público contra a r. decisão de fls. 51/53, do MM. Juiz de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ, da Comarca de Araçatuba, que progrediu o sentenciado ao regime aberto.
> Mas, na análise dos argumentos trazidos com o recursos, forçoso concluir que o pedido está prejudicado.
> O recurso visava à revogação da progressão de regime deferida em favor do sentenciado.
> Ocorre que, em pesquisa informal realizada por este relator aos autos de origem (PEC nº 0002153-75.2016.8.26.0509 digital), por intermédio do sistema eletrônico de pesquisa deste E. Tribunal (e-Saj), foi possível constatar que o MM. Juiz de Direito tornou sem efeito a decisão que deferiu a progressão ao regime aberto, por ausência do requisito objetivo, em cumprimento a v. Acórdão proferido por esta Col.11ª Câmara Criminal.
> **O julgamento ocorreu no último dia 28 de março e a Turma Julgadora deu provimento ao agravo em execução penal nº 0001952-49.2017.8.26.0509, interposto pelo Ministério Público, para determinar a retificação do cálculo da pena do sentenciado, observando-se a natureza hedionda do tráfico privilegiado (fls. 251 dos autos de origem digitais).**
> Assim, **se a progressão ao regime aberto foi revogada, com a expedição de mandado de prisão para o cumprimento de pena em regime semiaberto, inviável o exame do agravo, porque superada a pretensão recursal aqui deduzida.**
> [...]" (e-STJ, fls. 66-67 – grifou-se).

Como se observa dos excertos acima referenciados, o tema suscitado pela defesa não foi analisado pelo Tribunal *a quo*, o que inviabiliza o exame diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância (HC 394.622/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017; RHC 78.398/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 15/3/2017).

Entretanto, convém destacar que o Superior Tribunal de Justiça também firmou o entendimento de que é cabível a impetração de *habeas corpus* sempre que a flagrante ilegalidade influir no direito de locomoção do paciente, como no caso em apreço, no qual se determinou a aplicação das frações previstas para os delitos hediondos para o crime de tráfico privilegiado.

A propósito:

> "*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. EXIGÊNCIA DE

> LAPSO TEMPORAL DE 2/5. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. QUESTÃO NÃO ANALISADA NO *HABEAS CORPUS* DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TEMA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA O ENFRENTAMENTO DA ILEGALIDADE PELO TRIBUNAL LOCAL.
> 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
> 2. A falta de apreciação do tema pelo Tribunal local impede seu enfrentamento nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.
> 3. Constrangimento ilegal constatado na negativa de apreciação do tema, concernente à tese de ilegalidade pela exigência do cumprimento do lapso temporal de 2/5 para o crime de associação para o tráfico, pelo Tribunal de origem, em questão exclusivamente de direito, pois cumpre ao magistrado a verificação da existência de ilegalidade flagrante, caso em que deverá conceder habeas corpus de ofício. Inteligência do art. 654, § 2º, do CPP. Precedentes.
> 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de origem aprecie o mérito do habeas corpus originário, como entender de direito."
> (HC 308.457/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/2/2016, DJe 16/2/2016).

Da análise dos autos, nota-se que a inicial reitera os argumentos e o pedido feito no HC n. 444.694/SP, distribuído em 11/04/2018, de minha relatoria.

Primeiramente, cumpre esclarecer que, no HC n. 444.694/SP, anteriormente impetrado em favor deste paciente e impugnando o acórdão do agravo em execução penal n. 0001952-49.2017.8.26.0509 – ao qual a Corte *a quo* faz referência e o utiliza como lastro para prejudicar a análise do agravo em execução no acórdão ora impugnado – foi cassado, em 11 de abril de 2018, em decisão a seguir transcrita:

> "Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **JOSE HERMINIO SERITO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
> Consta dos autos que o Juízo de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araçatuba/SP deferiu o pleito de progressão de regime ao apenado, condenado por tráfico privilegiado (e-STJ, fls. 23-24).
> O *Parquet* interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que lhe deu provimento, nos seguintes termos:
>> "Execução Penal – Tráfico privilegiado – Retificação dos cálculos – Afastamento do caráter hediondo do delito – Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 118.533/MS – Ausência de vinculação – Recurso provido" (e-STJ, fls. 31-36).
> Neste *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal em desfavor

do paciente, pelo reconhecimento da hediondez do delito ao crime de tráfico privilegiado. Sustenta que "considerar o delito previsto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei de Drogas como crime de natureza comum é a interpretação que mais se adequa aos princípios constitucionais e aplicar o entendimento conferido pelo Pleno do STF quando do julgamento do HC 118.533/MS significa buscar a segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais, evitando que o sentenciado fique à mercê de entendimentos isolados que sejam prejudiciais ao seu direito fundamental à liberdade" (e-STJ, fl. 14).

Requer a concessão da ordem, liminarmente e no mérito, "a anulação do ato da autoridade coatora, para que seja determinada a retificação do cálculo de penas para considerar o delito como crime de natureza comum e, por conseguinte, o restabelecimento da decisão que deferiu a progressão de regime prisional ao aberto" (e-STJ, fl. 16).

É o relatório.

Decido.

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.

Busca-se, no mérito deste *writ*, seja afastada a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado, notadamente para fins de concessão dos benefícios da execução da pena.

A Corte estadual ao denegar a ordem de *habeas corpus*, assim fundamentou:

> "E, em que pesem os argumentos expostos na r. decisão agravada, forçoso concluir que o provimento do presente agravo é medida que se impõe.
>
> Com efeito, o novo posicionamento adotado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 118.533/MS, realizado em 23 de junho de 2016, produz efeitos apenas entre as partes, não extrapolando os limites estabelecidos na lide.
>
> Portanto, de fato, não gera vinculação para terceiros, a ponto de obrigar a adoção da tese em todos os casos em que o réu é beneficiado com o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.
>
> É que, no controle difuso de constitucionalidade, em regra, as consequências da decisão ficarão restritas às partes e terão efeitos “ex tunc”, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 52, inciso X, 97 e 103-A, todos da Constituição Federal, circunstâncias não evidenciadas no caso do HC nº 118.533/MS.
>
> [...]
>
> Desse modo, na ausência de resolução do Senado Federal ou enunciado de súmula vinculante (art. 103-A, da Constituição Federal), não há como exigir que a decisão proferida no HC nº 118.533/MS extrapole os limites ali estabelecidos.
>
> Bem por isso, o provimento do recurso para que seja reconhecido como hediondo o crime imputado ao sentenciado é medida que se impõe à correta solução do caso em questão. " (e-STJ, fls. 33-35).

Cumpre consignar que o Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, no exame do HC 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, da relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA, passou a entender 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, Relator(a): Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)

Não é despiciendo mencionar a notícia veiculada no Informativo 831/STF:

> "O crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda.
> **Por conseguinte, não são 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. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, concedeu a ordem de 'habeas corpus' para afastar a natureza hedionda de tal delito. No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1º grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez, o que impediria a concessão dos referidos benefícios – v. Informativos 791 e 828. O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 3, 'caput' e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal. HC 118.533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 23.6.2016."

A Terceira Seção desta Corte, em 23.11.2016, no julgamento da QO na Pet 11.796/DF, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, acolheu 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, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp 1.329.088/RS - Tema 600, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

O acórdão encontra-se assim sintetizado:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 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 N. 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 § 1°, da Lei n. 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "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." (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 n. 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."

A partir de então, a Quinta e a Sexta Turma desta Corte Superior, revendo a anterior posição, passaram a acompanhar o mencionado julgado da Suprema Corte.

Confiram-se:

> "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. Ministro 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, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90. AFASTADA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. ADOÇÃO DO POSICIONAMENTO DO PLENÁRIO DO STF. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal. Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O Plenário da Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 118.533/MS, adotou novo posicionamento no sentido de que o tráfico de entorpecentes privilegiado não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois 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. Interpretando-se as disposições contidas no § 4º do art. 33 e no art. 44, ambos da Lei de Drogas, constata-se a intenção o legislador em diferenciar o tratamento do traficante eventual, tanto concedendo-lhe a redução do privilégio, quanto permitindo-lhe a concessão da fiança, do sursis, da graça, do indulto, da anistia e da liberdade provisória, benefícios negados aos que se enquadram no caput e § 1º do art. 33 do mencionado diploma.

4. Imperioso afastar a natureza hedionda da Lei 8.072/90 ao crime de

> tráfico ilícito de entorpecentes quando reconhecida a sua forma privilegiada, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.
> 5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de oficio, para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado, determinando ao Juízo das Execuções o recálculo das penas do paciente."
> (HC 372.492/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016.)
>
> Desse modo, a execução penal do apenado deve tomar o crime praticado pelo paciente como crime comum, e não como crime de natureza hedionda, para fins de cálculo de possíveis benefícios.
> Dessarte, com fulcro nesse novo paradigma, não mais subsiste o óbice à concessão do indulto ou da comutação aos condenados por tráfico privilegiado e devem ser estabelecidos os lapsos de 1/6 para a progressão de regime e 1/3 para o livramento condicional.
> Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus.* No entanto, nos termos do art. 34, XX do RISTJ, **concedo** a ordem**,** de ofício, para afastar a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e reestabelecer a decisão do juízo da execução.
> Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao juízo de 1º Grau, encaminhado-se-lhes cópias desta decisão.
> Cientifique o Ministério Público Federal desta decisão.
> Publique-se. Intimem-se." (e-STJ, fls. 40-45 – HC n. 444.694/SP – grifos no original).

Diante disso, conquanto as impetrações voltem-se contra acórdãos diferentes, esta contra o acórdão proferido no Agravo de Execução Penal n. 0001837-91.2018.8.26.0509 e aquela em desfavor do Agravo de Execução Penal n. 0001952-49.2017.8.26.0509, observa-se que possuem o mesmo pedido e causa de pedir. Vê-se, portanto, que a questão de fundo deste *writ* já foi analisada e que o pedido formulado pela impetrante foi concedido naquele *habeas corpus.* Assim, o usual seria entender ser este *habeas corpus* mera reiteração do HC 444.694/SP, o que é inadmissível, conforme a jurisprudência pacífica deste Tribunal.

No entanto, das informações prestadas pela Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 3ª RAJ da Comarca de Bauru/SP vê-se que o constrangimento ilegal ao reeducando se perpetua até a presente data, o que não é aceitável.

Dessarte, a flagrante ilegalidade autoriza a análise destes autos e justifica a concessão da ordem, de ofício. Dessa forma, deve ser reformada a decisão do Tribunal de origem, afastando-se os efeitos da natureza hedionda do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Portanto, de rigor o restabelecimento da progressão ao regime aberto anteriormente deferida.

Desse modo, a execução penal do apenado deve tomar o crime praticado pelo paciente como crime comum, e não como crime de natureza hedionda, para fins de progressão de regime e cálculo dos possíveis benefícios futuros. Dessarte, necessário se faz destacar que, com fulcro nesse paradigma, não mais subsiste o óbice à concessão do indulto ou da comutação aos condenados por tráfico privilegiado e devem ser estabelecidos os lapsos de 1/6 para a progressão de regime e 1/3 para o livramento condicional.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. No entanto, nos termos do art. 34, XX do RISTJ, **concedo** a ordem**,** de ofício, para afastar a hediondez do crime

tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e reestabelecer a decisão do Juízo da execução da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ da Comarca de Araçatuba/SP (e-STJ, fls. 61-62), colocando o paciente imediatamente em regime aberto, se por outro motivo não se encontre em regime mais gravoso.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem, ao juízo de 1º Grau – Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ da Comarca de Araçatuba/SP e à Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 3ª RAJ da Comarca de Bauru/SP, encaminhado-se-lhes cópias desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 21 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator