HABEAS CORPUS Nº 481.126 - SP (2018/0316349-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUCAS CORREA ABRANTES PINHEIRO - SP240631
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WALLACE MARQUES MENDES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WALLACE MARQUES MENDES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Execução Penal n. 0006506-03.2016.8.26.0496).

Consta dos autos que o Magistrado de piso proferiu decisão na qual homologou o cálculo de pena e consignou "*que o delito de tráfico, ainda que na modalidade privilegiada, corresponde a crime equiparado a hediondo*" (e-STJ fl. 9).

O agravo em execução penal da defesa foi desprovido, nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ fl. 9):

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - Pleito de retificação de cálculo - Tráfico de drogas, ainda que privilegiado, é crime equiparado a hediondo - Recurso desprovido.*

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo pleiteia a retificação do cálculo de penas do paciente, sob o argumento de que a condenação pelo crime de tráfico privilegiado não enseja a equiparação a crime hediondo.

Aduz que o acórdão impugnado está em desacordo com o entendimento do Plenário do Pretório Excelso consubstanciado no julgamento do HC n. 118.533/MS, que considera o crime de tráfico, na forma do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como delito comum (e-STJ fls. 3/7).

Ressalta que "*a decisão combatida, ademais, cria embaraços concretos na seara execucional, porque dilata os lapsos de progressão de regime e de livramento condicional ao mesmo tempo em que impede a concessão de indulto e comutação*" (e-STJ fl. 6).

Por isso, requer, inclusive liminarmente, que "*todos os cálculos da execução considerem a condenação por tráfico privilegiado como crime comum*" (e-STJ fl. 7).

O pedido liminar foi deferido "*para suspender os efeitos do acórdão impugnado até o julgamento definitivo do presente habeas corpus, com a determinação de que eventuais cálculos de pena, afetos à execução, sejam realizados, até ulterior deliberação de mérito do presente writ, afastando-se a hediondez do delito de tráfico privilegiado"* (e-STJ fl. 114).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou pela concessão da ordem a fim de que "*sejam elaborados novos cálculos, afastando-se a hediondez quanto ao crime de tráfico privilegiado*" (e-STJ fls. 121/123).

É, em síntese, o relatório.

No caso dos autos, o Tribunal de origem, ao negar provimento ao agravo em execução interposto por WALLACE manteve a decisão de primeiro grau a qual homologou o cálculo considerando o delito de tráfico, ainda que privilegiado, como crime hediondo. Eis os fundamentos trazidos pelo mencionado acórdão (e-STJ fl. 10):

> *O recurso não comporta acolhimento.*
>
> *É que o delito previsto no artigo 33, caput, c.c. o § 4º, da Lei nº 11.343/06, deve continuar sendo considerado crime equiparado a hediondo, uma vez que a causa especial de diminuição de pena prevista em dito parágrafo não altera a tipificação insculpida no caput do referido artigo.*
>
> *Não se desconhece, é bem verdade, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, na Petição nº 11.796/DF, assentou o entendimento de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada, não é crime equiparado a hediondo, restando cancelado, assim, o enunciado 512 da Súmula daquela Corte, corroborada, pois, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 118.533/MS.*
>
> *Entrementes, apesar da seriedade e da fundamentação exemplar lançada nos aludidos arestos, não estou convencido, ao menos até este instante, da sua correção, valendo observar que se trata de decisões desprovidas de efeito vinculante, as quais não têm o condão, portanto, de produzir efeitos obrigatórios em feitos similares.*
>
> *Assim, bem andou o Magistrado de piso ao homologar os cálculos apresentados, devendo o lapso temporal para fins de progressão de regime, no tocante ao tráfico, ainda que privilegiado, equivaler à*

> *fração de 2/5, no caso de primário, e 3/5, no caso de reincidente, requisito objetivo estatuído na Lei 11.464/07, bem como à fração de 2/3 para a benesse do livramento condicional.*

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo do tráfico de drogas praticado na forma do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Após o julgamento do Supremo Tribunal Federal, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento da Pet n. 11.796/DF, determinou a revisão do entendimento consolidado no julgamento do Recurso Especial n. 1.329.088/RS, admitido como representativo de controvérsia, a fim de acolher 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 n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. O acórdão do mencionado julgado foi assim redigido:

> *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 § 1°, da Lei nº 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 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* (Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 29/11/2016).

Nessas circunstâncias, entendo que deve ser afastada a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas, considerando-o como crime comum.

Ante o exposto, ratificando a liminar anteriormente deferida, **concedo a ordem para cassar o acórdão impugnado e determinar ao Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto/SP que retifique o cálculo da pena, considerando o tráfico privilegiado como crime comum, ou seja, não hediondo.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator