**HABEAS CORPUS Nº 485.208 - SP (2018/0339732-9)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO NEFI CORDEIRO** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| | | RAPHAEL CAMARÃO TREVIZAN - AC004256 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | ADRIANO ANANIAS DA SILVA (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de ADRIANO ANANIAS DA SILVA, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o Juízo das Execuções homologou o cálculo de liquidação de penas, considerando o delito de tráfico privilegiado como crime comum.

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução, ao qual o Tribunal *a quo* deu provimento, retificando o cálculo das penas, a fim de aplicar ao tráfico privilegiado as mesmas determinações e prazos previstos na Lei n. 8.072/90.

Sustenta a impetrante, em síntese, que o Supremo Tribunal Federal afastou a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado, razão pela deve ser feito um novo cálculo da pena para obtenção de todos os benefícios da execução penal.

Requer, inclusive liminarmente, que se considere, para todos os fins de execução das penas, o delito de tráfico privilegiado como crime de natureza comum.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ.*

É o relatório.

DECIDO.

O Tribunal de origem analisou a questão sob os seguintes fundamentos (fls. 109/113):

> *Não se ignora, com efeito, o fato de ter o Col. Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Habeas Corpus n. 118.533, estabelecido não se aplicarem as restrições da Lei n. 8.072/90 aos condenados pela prática do crime de tráfico privilegiado.*
>
> *A recente decisão foi proferida, contudo, em caráter meramente incidental e, portanto, não possui efeito vinculante.*
>
> ***Não se concebe, ademais, que a possibilidade de eventual reconhecimento da presença da causa especial de***

***diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, transmude sua natureza de hedionda para outra desta diversa, eis que não cuida de crime diverso e autônomo, "privilegiada", mas do mesmo tipo penal sobre o qual se admite incidir mera causa de diminuição, a ser aplicada por ocasião da dosimetria da pena.***

*Pondere-se que o tráfico de entorpecentes é um crime de ação múltipla, e o agente já o consuma ao realizar quaisquer das várias formas objetivas de violação ao tipo penal previsto no referido artigo.*

*Ressalte-se, outrossim, que, independentemente de estarem presentes os requisitos que permitam o reconhecimento do redutor, o tráfico de substâncias estupefacientes preserva sua natureza de delito grave e hediondo, com consequências extremamente danosas à sociedade, o que recomenda seja procedida análise rigorosa do caso concreto, de modo a garantir a efetiva absorção da terapêutica criminal pelo ora acusado.*

***São equiparados a hediondos, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 e do art. 5º, XLIII, da CF, os crimes de tortura, de terrorismo e de "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins". Cumpre observar que esta última expressão não se restringe, contudo, ao tipo penal previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, devendo abranger, antes, todos os crimes previstos no Capítulo II, do Título IV, do mesmo diploma legal.***

*Destaque-se não constar em nenhum dos tipos penais ali previstos qualquer rubrica referente ao "tráfico de entorpecentes" ou à conduta de "traficar", cuja menção é efetuada apenas na denominação do Título IV, de mencionada Lei n. 11.343/2006, que versa a "repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas".*

***A melhor interpretação do texto legal deve ser no sentido de serem todas as condutas ali descritas espécies, ou modalidades, diversas de um mesmo gênero, tráfico. Todas elas se submetem, pois, às restrições referentes aos crimes hediondos ou a estes equiparados, dentre as quais da obtenção de benefícios que se conclui serem aplicáveis, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, as frações de 2/5 da pena (se o apenado for primário) e de 3/5 se reincidente, para fins de progressão de regime.***

*No que concerne ao benefício do livramento condicional, deve efetivamente prevalecer a regra especial do art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual a fração mínima de cumprimento da pena é de 2/3.*

*Neste sentido:*

*(...)*

*Ressalte-se outrossim que, no entendimento desta Col. Câmara Criminal, independentemente da aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, são inaplicáveis aos*

*crimes de tráfico de entorpecentes quer o indulto, quer a comutação de penas.*

*Todas elas se submetem, pois, às restrições referentes aos crimes hediondos ou a estes equiparados, dentre os quais a vedação à concessão de indulto, nos termos do art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90 e, por consequência, de comutação de pena, que nada mais é do que indulto parcial.*

*A graça, de fato, nada mais é do que o indulto individual, conforme previsão da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84), em seu art. 188.*

*Uma vez vedada a concessão da graça (indulto individual), a conclusão lógica é no sentido de se afirmar que tal vedação constitucional também se aplica ao indulto coletivo, assim como à comutação, que não mais é que um indulto parcial.*

***Correta, portanto, a irresignação do nobre Promotor de Justiça, na medida em que afirma que o sentenciado deverá cumprir, para eventual progressão de regime prisional, 2/5 da pena, se for o reeducando primário, e de 3/5, se reincidente, e para eventual benefício de livramento condicional, 2/3 da pena, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza (hediondo).***

***É de rigor, assim, a retificação do cálculo nos termos pleiteados.***

***O lapso temporal a ser aplicado para fins de aferir o preenchimento do requisito objetivo para obtenção de progressão de regime ou de livramento condicional, no que tange ao crime de tráfico de entorpecentes, ainda que na modalidade privilegiada, será, assim, consoante acima já explanado.***

*Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo em execução do Ministério Público interposto em desfavor do sentenciado ADRIANO ANANIAS DA SILVA, para cassar a decisão recorrida, retificando-se os cálculos de pena nos termos acima narrados.*

Há muito este Superior Tribunal de Justiça havia fixado entendimento no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do delito de tráfico de drogas, pois *sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime* (REsp 1329088/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 26/04/2013), o que foi, inclusive, consolidado na Súmula 512/STJ.

Ocorre que, em julgado mais recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação segundo a qual 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. Eis a ementa do referido acórdão:

> *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)*

Nesse contexto, alinhando-se à posição do STF, a Terceira Seção desta Corte entendeu pela necessidade de revisão do entendimento anteriormente consolidado, com o consequente cancelamento da Súmula 512/STJ. Vejamos:

> *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.*

*(Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016)*

Desse modo, imperioso afastar a natureza hedionda da Lei 8.072/90, no tocante 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.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado, determinando ao Juízo das Execuções que realize novo cálculo das penas do paciente.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator