HABEAS CORPUS Nº 503.389 - SP (2019/0100666-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA
ADVOGADO	:	CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA - SP164433
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WESLEY FELIPE BENTO CAPELLIM (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WESLEY FELIPE BENTO CAPELLIM contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2041275-31.2019.8.26.0000).

Consta dos autos que Juiz da execução indeferiu pedido de livramento condicional, porquanto considerou o paciente reincidente específico em crime de tráfico de drogas.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus*, perante a Corte estadual, mas a ordem foi denegada (e-STJ fl. 14):

> *Habeas Corpus. Impetração buscando a concessão de livramento condicional ou o afastamento da reincidência específica. Paciente reincidente específico. Indeferimento. Constrangimento ilegal não configurado. Nada há de teratológico. Via inadequada para impugnação de decisão em sede de execução. Ordem denegada.*

Nesta impetração, a defesa sustenta que o paciente não é reincidente específico, uma vez que, embora tenha praticado crime de tráfico de drogas comum, sua primeira execução refere-se ao crime de tráfico privilegiado, que não é mais considerado hediondo, segundo o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 118.533/MS, bem como esta Corte pacificou o entendimento na Terceira Seção, cancelando a Súmula n. 512, não havendo razão, assim, para o não deferimento do livramento condicional.

Nesses termos, requer, em liminar e no mérito, o afastamento da reincidência específica do paciente e o consequente deferimento do livramento condicional.

É o relatório. **Decido.**

A liminar em recurso ordinário em *habeas corpus*, bem como em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto na impetração.

Em um juízo de cognição sumária, **visualizo manifesta ilegalidade** no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Esta Corte Superior de Justiça consolidou entendimento no sentido de afastar a reincidência específica em relação ao tráfico privilegiado e o tráfico previsto no *caput* do art. 33 da Lei de Drogas.

Vejam-se, a título exemplificativo, os seguintes julgados:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO E TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. MATÉRIA NÃO APRESENTADA ÀS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II - "O sentenciado condenado, primeiramente, por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006) e, posteriormente, pelo crime previsto no caput do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, não é reincidente específico, nos termos da legislação especial; portanto, não é alcançado pela vedação legal, prevista no art. 44, parágrafo único, da referida Lei." (HC 419.974/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis*

Moura, DJe 04/06/2018, grifei).

III - In casu, embora o paciente já ostentasse condenação anterior por tráfico privilegiado quando praticou o crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006), não se configurou a reincidência específica, uma vez que se tratam de condutas de naturezas distintas.

IV - Verifica-se que o v. acórdão impugnado incorreu em constrangimento ilegal ao proferir decisão obstando a possibilidade de concessão do livramento condicional ao paciente com fundamento na reincidência específica. V - Com relação à concessão do aludido benefício, por outro lado, não prospera a pretensão defensiva, uma vez que o pleito não foi formulado perante as instâncias ordinárias, de forma que não há como se verificar, por ora, o preenchimento dos requisitos necessários, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para cassar o v. acórdão vergastado e restabelecer a decisão de 1º Grau que homologou cálculo de penas, considerando o paciente não reincidente específico em crimes hediondos.

(HC 453.983/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO CAPUT E TRÁFICO PRIVILEGIADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REINCIDENTES ESPECÍFICOS. ARTS. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E 44 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTADA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ADOÇÃO DO POSICIONAMENTO DO PLENÁRIO DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.

2. Interpretando-se as disposições contidas no § 4º do art. 33 e no art. 44, ambos da Lei de Drogas, constata-se a intenção do 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.

3. Imperioso afastar a reincidência específica em relação ao tráfico privilegiado e o tráfico previsto no caput do art. 33 da Lei de Drogas, nos termos do novo entendimento jurisprudencial, para fins da concessão do livramento condicional.

4. Habeas corpus concedido para afastar a reincidência específica e reconhecer a possibilidade de que seja concedido o livramento condicional ao paciente, restabelecendo a decisão do Juízo da Execução.

(HC 436.103/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O sentenciado condenado, primeiramente, por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006) e, posteriormente, pelo crime previsto no caput do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, não é reincidente específico, nos termos da legislação especial; portanto, não é alcançado pela vedação legal, prevista no art. 44, parágrafo único, da referida Lei.

2. Não há como tratar o tráfico privilegiado como se seu espectro tivesse a relevância da tipificação do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, ou de outros delitos que o legislador elegeu para punir com maior severidade, ao vedar a concessão do livramento condicional.

3. Ordem concedida para restabelecer a decisão que concedeu ao ora paciente o livramento condicional.

(HC 419.974/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 04/06/2018)

Ante o exposto, **defiro** a liminar para determinar ao Juízo de Execuções o afastamento da hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, excluindo, assim, a reincidência específica e, por conseguinte, concedendo o livramento condicional ao paciente, desde que não existam outros óbices à concessão da benesse.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo de Execuções e ao Tribunal.

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator