HABEAS CORPUS Nº 503.395 - SP (2019/0100691-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	CLAUDINEI DE LIMA
ADVOGADO	:	CLAUDINEI DE LIMA - SP317742
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANDERSON MARQUES DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ANDERSON MARQUES DA SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Execução Penal n. 0001948-51.2017.8.26.0496).

Consta dos autos que o Magistrado de piso proferiu decisão na qual homologou o cálculo de pena e *"silenciou quanto a aplicação do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, que está explícito no roteiro de pena do paciente, aplicando fração de 3/5 para progressão de regime ao semiaberto"* (e-STJ fl. 5).

O agravo em execução penal da defesa foi provido parcialmente.

No presente *writ*, a defesa sustenta que "[...] *o juiz singular não respeitou o dispositivo legal e deixou de aplicar a causa de diminuição da pena prevista, por achar que o exercício da atividade ilícita é incompatível com o benefício, ressaltado que o paciente é tecnicamente primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, bem como, não integra organização criminosa, portanto, dentro das condições para que fosse sim, concedido o benefício do parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006"* (e-STJ fl. 6).

Requer, liminarmente e no mérito, que seja *"afastada a condição de delito hediondo, com o cumprimento da pena no lapso de 1/6 para a progressão de regime ao semiaberto, para assim determinar que seja retificado o cálculo de pena elaborado nos autos nº 0006457-93.2015.8.26.0496- DA VARA DAS EXECUÇÔES CRIMINAIS DE RIBEIRÃO PRETO/DEECRIM UR6"* (e-STJ fl. 7).

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário 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 espécie, **verifico a presença de constrangimento ilegal** apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Com efeito, conforme jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, configura constrangimento ilegal a equiparação de tráfico privilegiado a crime hediondo. Nesse sentido, trago as ementas do acórdão paradigma da Suprema Corte e, na sequência, do acórdão prolatado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que, revendo o tema analisado no REsp n. 1.329.088/RS, representativo de controvérsia, cancelou o enunciado 512 da Súmula desta Corte, a saber:

> *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.* (STF, HC 118.533/MS, relatora a Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 19/09/2016, grifei.)

> *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, relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 29/11/2016, grifei.)

À vista do exposto, **defiro a liminar, em menor extensão,** 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.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de origem, encaminhando-lhe o inteiro teor da presente decisão. Ressalte-se, ainda, que qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto desta impetração deverá ser noticiada a esta Corte Superior.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator