HABEAS CORPUS Nº 503.121 - SP (2019/0099415-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA - SP149115 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEXSANDRO SANTANA DIAZ (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXSANDRO SANTANA DIAZ contra decisão do Desembargador Relator do HC n.º 2071016-19.2019.8.26.0000, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu medida de provimento urgente.

Colhe-se nos autos que o Paciente foi condenado definitivamente, em 08/11/2018, à pena reclusiva de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. o § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, por ter sido flagrado, no dia 29/08/2018, com 40,8g de cocaína, 25,7g de maconha e 8 mililitros de cloreto de metileno (fls. 15-19).

No curso da execução penal, requereu ao Juízo das Execuções a progressão de regime, que foi indeferida (fl. 41).

Inconformada, a Defesa impetrou *habeas corpus* na origem, tendo sido indeferido o pedido liminar (fls. 59-60).

Neste *writ*, a Impetrante alega que o "*crime de tráfico privilegiado não é equiparado a hediondo*" (fl. 4).

Busca, assim, inclusive em liminar, a aplicação da fração de 1/6 (um sexto) na progressão de regime, de acordo com o imposto aos delitos comuns.

É o relatório inicial.

Passo a decidir o pedido urgente.

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e por este Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não se admitir *habeas corpus* contra decisão denegatória de liminar proferida em outro *writ* na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

É o que sedimentado na Súmula n.º 691/STF ("*não compete ao Supremo*

Tribunal Federal conhecer de habeas corpus *impetrado contra decisão do Relator que, em* habeas corpus *requerido a tribunal superior, indefere a liminar*"), aplicável, *mutatis mutandis*, a este Superior Tribunal de Justiça (HC 373.455/AgRg-SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe de 28/11/2016; HC 376.893/AgRg-SE, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe de 24/11/2016; HC 298.009/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe de 04/09/2014; HC 349.829/SP, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, DJe de 01/08/2016, *v.g.*).

A despeito de tal óbice processual, tem-se entendido que, em casos excepcionais, deve preponderar a necessidade de se garantir a efetividade da prestação da tutela jurisdicional de urgência para que flagrante constrangimento ilegal ao direito de liberdade possa ser cessado – tarefa a ser desempenhada caso a caso.

Todavia, esse atalho processual não pode ser ordinariamente usado, senão em situações em que se evidenciar decisão absolutamente teratológica e desprovida de qualquer razoabilidade, na medida em que força o pronunciamento adiantado da Instância Superior, subvertendo a regular ordem do processo.

No caso, verifico decisão teratológica que impõe o exame *per saltum* da questão impugnada. A Juíza de primeiro grau, no que foi acompanhada pelo Desembargador Relator, indeferiu o pedido de progressão lançando os seguintes fundamentos:

> "[...] *considerando o disposto no título executivo, que* ***equiparou o delito a que o sentenciado foi condenado a crime hediondo, não há que observar a fração de crime comum (1/6) para fins de progressão.***
>
> *Não se desconhece a r. decisão da Corte Suprema, acolhida no HC 118533/MS, mas é certo que tal decisório foi aplicado em um caso específico, não tendo caráter vinculante.*
>
> *Assim sendo, indefiro o pedido de progressão ao regime semiaberto formulado em favor do sentenciado em favor de ALEXSANDRO SANTANA DIAZ, por ausência do requisito objetivo*" (fl. 59).

A Suprema Corte, em deliberação plenária, decidiu que o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput.* Eis a ementa do julgado:

> "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 118.533/MS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, sem grifos no original.)

Em consequência, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na análise da Pet n.º 11.796/DF, em sistemática de recursos repetitivos (Tema n.º 600), **modificou a jurisprudência** até então consolidada no Tribunal, no sentido da hediondez do tráfico privilegiado, com consequente cancelamento da Súmula n.º 512/STJ.

Confira-se:

"*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 – sem grifos no original.)

Sendo assim, têm razão a Impetrante no que diz respeito especificamente à tese acerca do lapso temporal para o alcance do requisito objetivo para a concessão de progressão de regime no delito de tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006), que **deve ser de 1/6 (um sexto)**.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para determinar que o Juízo das execuções, para efeito de concessão da progressão de regime do Paciente, considere a fração de 1/6 (um sexto) para a progressão de regime, até o julgamento final deste *writ*.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Juízo da Execução.

Solicitem-se informações pormenorizadas à Autoridade Impetrada, a serem instruídas com o andamento atualizado do feito, inclusive cópia das decisões exaradas no primeiro e no segundo grau de jurisdição no curso do processo de conhecimento, bem como de execução, além da chave de acesso ao processo eletrônico.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para o parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora