HABEAS CORPUS Nº 502.100 - SP (2019/0093493-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	LUCAS HENRIQUE BEPPU
ADVOGADO	:	LUCAS HENRIQUE BEPPU (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - SP421451
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DIEGO AMADEU ARAUJO FILHO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de DIEGO AMADEU ARAUJO FILHO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do Agravo em Execução Penal n. 7000635-10.2018.8.26.0266.

Extrai-se dos autos que o Juízo das Execuções indeferiu o livramento condicional, em razão do paciente ser reincidente específico (fl. 23).

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

> *Agravo em Execução - Livramento Condicional Tráfico de drogas privilegiado - Crime equiparado a hediondo - Decisão no Haheas Corpus n° 118.533 que não possui eficácia erga omnes, e efeito vinculante Reconhecida a reincidência específica - Impossibilidade de concessão do livramento condicional - Decisão mantida Recurso não provido* (fl. 52).

No presente *mandamus*, a defesa sustenta que tráfico privilegiado não é considerado hediondo e, consequentemente, não gera reincidência específica, sendo ilegal o indeferimento do livramento condicional.

Requer, assim, em liminar, a expedição de alvará de soltura para permitir que o paciente aguarde o julgamento do presente *writ* em liberdade. No mérito, busca a reforma do acórdão impugnado, para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado e conceder o livramento condicional.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 60/61).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da "*ordem de ofício para afastar a reincidência específica e*

reconhecer a possibilidade de concessão do livramento condicional, caso atendidos os demais requisitos" (fls. 66/70).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a controvérsia refere-se à natureza do tráfico privilegiado para fins de concessão de livramento condicional.

O juízo do O Juízo de primeiro grau indeferiu a benesse ao paciente, sob os seguintes fundamentos:

> *O pedido do sentenciado não pode ser acolhido, pois há nos autos comprovação acerca da reincidência específica (execuções 01 e 02), circunstância que impede a concessão do benefício postulado.*
>
> *Diante do exposto, INDEFIRO o pedido de Livramento Condicional, com base no art. 83, inc. V, do Código Penal (fl. 23).*

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o indeferimento do livramento condicional, asseverando:

> *Depreende-se pelos autos que o sentenciado foi condenado como incurso no artigo 33, caput e artigo 33, parágrafo 4°, ambos da Lei n° 11.343/2006.*
>
> *Ao pleitear o livramento condicional, teve seu requerimento indeferido, por entender, o d. Magistrado, que não seria possível a concessão ao reincidente específico em tráfico de drogas.*
>
> *Insurge-se, assim, o reeducando, contra referida decisão, sustentando que, embora reincidente, o delito de tráfico privilegiado possuiria natureza de crime comum, à luz da recente decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n° 118.533/MS.*
>
> *Pois bem, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do "Habcas Corpus" n° 118.533/MS, concluiu que o crime de tráfico de drogas, na sua modalidade privilegiada, não deve ser considerado como de natureza equiparada à hedionda.*
>
> *Entretanto, tal entendimento, não possui efeito vinculante, eis que proferido de forma incidental, observando-se as peculiaridades do*

> *caso concreto, de modo que não se reveste de efeito erga omnes.*
>
> *A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLI1I, equipara o crime de tráfico ilícito de entorpecentes aos delitos hediondos, impondo-lhe tratamento mais rigoroso.*
>
> ***Deste modo, o reconhecimento da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4°, da Lei 11.343/06, não possui o condão de afastar a hediondez por equiparação do delito, na medida cm que o legislador não fez qualquer diferenciação nesse sentido.***
>
> ***Outrossim, no que diz respeito ao livramento condicional, o artigo 83, inciso V, do Código Penal impede a concessão do referido benefício a reincidentes específicos.***
>
> ***Sabe-se que, para a concessão do benefício, faz-se necessário cumprir, concomitantemente, todos os pressupostos objetivos e subjetivos estabelecidos no artigo 83 do Código Penal.***
>
> ***Deste modo, por se tratar o condenado de reincidente específico, impossível a concessão do livramento condicional*** (fls. 52/53).

Quanto ao tema, esta Corte possuía o entendimento pacífico de que a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não afasta a hediondez do tráfico de drogas. Nesse sentido, foi editado o enunciado n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Todavia, sobreveio julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, ou seja, afirmando que 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* (HC 118533, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 23/6/2016, DJe de 19/9/2016).

Esse entendimento foi acompanhado pelas Turmas que julgam matéria penal nesta Corte Superior, culminando com o cancelamento, pela Terceira Seção, do mencionado enunciado n. 512 da Súmula do STJ. Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. NATUREZA DE CRIME COMUM. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram*

orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Acompanhando o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus 118.533/MS, a Quinta e a Sexta Turmas deste Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior, passaram a adotar orientação no sentido de que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda.

3. Desse modo, a execução penal do paciente deve tomar o crime praticado como crime comum, e não como crime de natureza hedionda, para fins de análise de possíveis benefícios. E, com fulcro nesse novo paradigma, não mais subsiste o óbice à concessão do indulto ou da comutação aos condenados por tráfico privilegiado.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para cassar o acórdão impugnado e determinar ao Juízo de Direito da Vara do Júri e das Execuções do Foro de São Bernardo do Campo/SP que reaprecie imediatamente o pedido de indulto, com base no Decreto n.

8.615/2015, sem considerar o crime de tráfico privilegiado como fator impeditivo para obtenção do indulto (HC 426.566/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 16/02/2018).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ***TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA DO DELITO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO NA FORMA APLICÁVEL AOS CRIMES COMUNS.*** *LIVRAMENTO CONDICIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - O Supremo Tribunal Federal, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no HC n. 118.533, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

III - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, em sessão realizada no dia 23/11/2016, adotou o posicionamento da excelsa Suprema Corte e firmou 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 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça".*
>
> ***IV - In casu, constata-se o alegado constrangimento ilegal no v.acórdão impugnado, uma vez que o eg. Tribunal a quo cassou a r. decisão de 1º grau e estabeleceu para o direito ao livramento condicional o cumprimento da fração de 2/3 (dois terços) prevista no art. 83, inciso V, do Código Penal, não obstante a ora paciente tenha sido condenada pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada. Habeas corpus não conhecido.***
>
> *Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins de direito, e restabelecer a r. decisão do juiz da execução, concessiva do livramento condicional* (HC 411.640/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 25/10/2017).

No caso, o acórdão impugnado encontra-se em dissonância com o atual entendimento desta Corte.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para afastar a hediondez do delito de *tráfico privilegiado* (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) e a reincidência específica, e determinar que o Juízo da Execução aprecie o pleito do livramento condicional com base nas frações temporais próprias de crimes comuns.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 15 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator