HABEAS CORPUS Nº 514.259 - TO (2019/0162819-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	EDILA SOUSA MILHOMEM MARTINS
ADVOGADO	:	EDILA SOUSA MILHOMEM MARTINS - TO004485
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE	:	JACKSON CARVALHO ROCHA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JACKSON CARVALHO ROCHA contra decisão monocrática do Relator do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins (*Habeas Corpus* n. 0010128-91.2019.827.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em regime inicial fechado, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 416 dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – tráfico privilegiado –, tendo sido fixadas pela 1ª Vara Criminal de Paraíso de Tocantins/TO, para fins de progressão de regime e livramento condicional, frações relativas aos crimes hediondos.

Em razão disso, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal Estadual, que não conheceu do *mandamus* e, posteriormente, indeferiu pedido de reconsideração, alegando: 1) que a via eleita utilizada não foi adequada, já que existe recurso específico na Lei de Execuções Penais quanto à irresignação; 2) que o constrangimento ilegal apontado não está pautado em nulidade ou demora na análise do pedido no Juízo das Execuções ; 3) e que há visível risco de supressão da instância primária, pois a questão não foi analisada pelo magistrado singular (e-STJ fls. 49/50 e 55).

Busca, no presente *writ* impetrado nesta Corte Superior, que seja cassada essa decisão de primeiro grau e apreciado o mérito para considerar o delito de tráfico privilegiado como de natureza comum e não hedionda, aplicando-se o cálculo da pena à fração mínima de 1/6 para progressão de regime e

1/3 para fins de livramento condicional, conforme entendimentos jurisprudenciais.

Aduz que o Tribunal *a quo,* ao considerar frações relativas a crimes hediondos para o caso em tela, de tráfico privilegiado, contrariou entendimento da Terceira Seção desta Corte Superior que, acompanhando o Supremo Tribunal Federal, decidiu cancelar a Súmula n. 512 após julgamento do REsp n. 1.329.088/RS, sob o rito dos repetitivos, estabelecendo que o tráfico privilegiado de entorpecentes não constitui crime de natureza hedionda (e-STJ fl. 5).

Com base no exposto, pretende, em liminar, que seja sobrestada a decisão monocrática do Tribunal de Justiça de Tocantins que não conheceu do *habeas corpus* e suspensa, provisoriamente, a decisão que considerou a natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado, para que conste, no cálculo da pena, a fração mínima de 1/6 da pena para progressão de regime e 1/3 para livramento condicional, e, no mérito, que seja ratificada a medida liminar, com a concessão da ordem em definitivo (e- STJ fls. 16/17).

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.

Acerca da controvérsia dos autos, esta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de que *a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da*

existência de uma figura privilegiada do crime - RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP).

Confira-se a ementa do acórdão proferido:

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE.*
>
> *1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.*
>
> *2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização.*
>
> *3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução.*
>
> *(REsp 1329088/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 26/04/2013).*

A matéria foi, inclusive, sumulada pela Terceira Seção (Súmula n. 512/STJ):

> *A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.*

No entanto, quanto ao tema, devo acompanhar recente decisão do Plenário da Suprema Corte, no exame do HC n. 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, de Rel. da Ministra CÁRMEN LÚCIA, na qual se assentou que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda".

A decisão foi assim publicada no Informativo n. 831, *in verbis*:

> *O crime de tráfico **privilegiado** de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4°, Lei 11.343/2006. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, concedeu a ordem de "habeas corpus" para afastar a natureza hedionda de tal delito. No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1º grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez, o que impediria a concessão dos referidos benefícios — v. Informativos 791 e 828. O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, "caput" e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal.*

A ementa ficou assim redigida:

> *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. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016).*

Sendo assim, a decisão plenária do STF deve ser observada pela Terceira Seção deste Tribunal (NCPC, art. 927, V, aplicável subsidiariamente ao processo penal - CPP, art. 3º).

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. 11.343/2006, estabelecendo, no cálculo da pena, a fração mínima de 1/6 da pena para progressão de regime e 1/3 para fins de livramento condicional.

Comunique-se, com urgência.

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator