

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 526.032 - SP (2019/0234010-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : ADRIANA DE SOUZA SILVA ALMIRANTE CARRASCO
ADVOGADO : ADRIANA DE SOUZA SILVA ALMIRANTE CARRASCO -
SP207917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAULO ALEXANDRE DE SOUZA ALVES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SAULO ALEXANDRE DE SOUZA ALVES, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO assim ementado (fl. 39):

Agravo em execução Penal. Decisão judicial que indeferiu pedido de progressão de regime. Recurso da defesa. O crime de tráfico privilegiado (artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06) deve ser considerado equiparado ao hediondo. Neste sentido, aplicam-se, para os benefícios de progressão de regime e livramento condicional, os prazos previstos na Lei nº 8.072/90. Recurso desprovido.

Consta dos autos que o Juízo das Execuções indeferiu o pleito defensivo de progressão do paciente ao regime aberto, por considerar que estava ausente o requisito objetivo (fls. 32-33).

Interposto agravo em execução penal, o Tribunal local negou-lhe provimento.

Daí o presente *writ*, em que a impetrante sustenta, em síntese, se devida a progressão de regime, na espécie, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal afastou a hediondez do tráfico privilegiado.

Afirma ainda que a falta disciplinar média cometida é superveniente à data do direito à progressão de regime e ao livramento condicional, tendo sido implementados os requisitos legais em data anterior.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para se estabeleça como requisito objetivo para fins de obtenção de progressão de regime ou de livramento condicional, o lapso temporal alusivo aos crimes comuns, bem como a anulação do prazo de reabilitação pelo cometimento de falta disciplinar de natureza média.

A liminar foi indeferida (fls. 67-68).

As informações foram prestadas (fls. 71-81).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela concessão do *habeas corpus* (fls. 85-87).

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório.

DECIDO.

Alega a defesa que o delito do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos não ostenta a natureza de crime hediondo, requerendo que seja considerado o lapso temporal dos crimes comuns, como parâmetro para o pleito de progressão de regime e de livramento condicional formulados no caso vertente.

O Tribunal de origem negou provimento ao agravo em execução defensivo, com base nos seguintes fundamentos (fls. 39-41):

2. Inconsistente o reclamo.

3. O chamado tráfico de drogas privilegiado corresponde à figura prevista no “caput”, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, com a incidência da minorante prevista no par. 4º, do citado artigo de lei.

A causa de diminuição de pena integra a estrutura típica do delito (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado, Forense, 15ª edição, pág. 514). Qualifica-se, dentro da estrutura do tipo penal, como uma circunstância um dado acessório e não como elementar (FERNANDO CAPEZ, Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, vol. 1, 9ª edição, pág. 352) 1 . Isto significa que a aplicação da minorante prevista no par. 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 não implica na alteração do crime, que continua a ser o de tráfico de drogas.

E o tráfico de drogas, por determinação da Carta Magna (artigo 5º, XLIII), da Lei nº 8.072/90 (artigo 2º) e do Código Penal (artigo 83, V) deve receber tratamento análogo ao dos crimes hediondos, o que implica um regime jurídico mais gravoso em relação aos outros delitos, como, por exemplo, o prazo para progressão de regime e livramento condicional.

Não se olvida que recente decisão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 118.533, rel. Min. Cármen Lúcia) afastou a nota de hediondez do tráfico de drogas privilegiado.

No entanto, com a devida vênia, a turma julgadora deliberou manter pelo menos por ora - o entendimento no sentido de que se trata de delito equiparado a hediondo, considerando, inclusive, que o julgado do Excelso Pretório não tem efeito vinculante.

Neste sentido, os prazos de progressão e livramento condicional são aqueles previstos na Lei nº 8.072/90.

O que significa dizer que, no caso vertente, o agravante ainda não cumpriu o tempo de pena suficiente necessário à progressão.

4. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Ao negar provimento ao agravo em execução penal da defesa, a Corte *a quo* destacou que *Não se olvida que recente decisão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 118.533, rel. Min. Cármen Lúcia) afastou a nota de hediondez do tráfico de drogas privilegiado. No entanto, com a devida vênia, a turma julgadora deliberou manter pelo menos por ora - o entendimento no sentido de que se trata de delito equiparado a hediondo, considerando, inclusive, que o*

Superior Tribunal de Justiça

julgado do Excelso Pretório não tem efeito vinculante.

Há muito este Superior Tribunal de Justiça havia fixado entendimento no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não afastava a hediondez do delito de tráfico de drogas, pois *sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime* (REsp 1.329.088/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13/3/2013, DJe 26/4/2013), o que foi, inclusive, consolidado na Súmula 512/STJ.

Ocorre que, no julgamento do HC 118.533/MS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação segundo a qual o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Eis a ementa do acórdão:

EMENTA: 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. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-9-2016 PUBLIC 19-9-2016.)

Nesse contexto, alinhando-se a posição do STF, a Terceira Seção desta Corte concluiu pela necessidade de revisão do entendimento anteriormente consolidado, com o consequente cancelamento da Súmula 512/STJ. Vejamos:

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

Superior Tribunal de Justiça

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 § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos graves, 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 criminoso." (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 proliferação 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.)

Desse modo, não há como se aplicar os rigores da Lei 8.072/90 ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, quando reconhecida a sua forma privilegiada, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porquanto não caracterizada a natureza hedionda do delito.

Quanto ao pleito subsidiário de anulação do prazo de reabilitação pelo cometimento de falta disciplinar de natureza média, forçoso notar-se que dita pretensão não foi levada à apreciação das instâncias ordinárias, não podendo, diante disso, esta Corte Superior dela conhecer diretamente, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para afastar hediondez do delito de tráfico privilegiado, reconhecendo a sua natureza de crime comum, e determinando que o Juízo da Execução reanalise o pleito defensivo de progressão de regime e de livramento condicional, com a observância dessa diretriz.

Comunique-se.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

Intimem-se.

Brasília, 1º de outubro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

