

**HABEAS CORPUS Nº 524.823 - SP (2019/0226945-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
GABRIELA GALETTI PIMENTA - SP310845  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MARLENE SALES FRANCISCO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **MARLENE SALES FRANCISCO**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que modificou o entendimento do d. Juízo da Execução Penal de que o tráfico privilegiado não tem caráter de crime hediondo, para cassar a progressão de regime deferida em favor da paciente (fls. 105-116):

*"Agravos em Execução Concedida a progressão ao regime aberto Inconformismo ministerial Cometimento de crime hediondo Ausência de requisito objetivo - Decisão revogada. Recurso provido."*

Na presente impetração, a d. Defesa sustenta que a decisão vergastada afronta o entendimento firmado pelo **Supremo Tribunal Federal**, que, **no julgamento do habeas corpus n. 118.533/MS**, afastou o caráter hediondo do delito de tráfico privilegiado.

Aduz que também fere a manifestação desta Corte, ao acompanhar o **novel** posicionamento e **cancelar** a anterior Súmula 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"* (Súmula 512, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2014, DJe 16/06/2014).

Requer, inclusive **LIMINARMENTE**, a concessão da ordem *"para o fim de restabelecer a decisão de 1º grau que considerou o tráfico privilegiado"*

como sendo delito comum e concedeu à sentenciada o regime aberto" (fl. 10).

Pedido liminar **deferido** em parte (fls. 131-133).

Informações, às fls. 141-147, 153-155 e 156-173.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 180-185, manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, mas pela **concessão da ordem, de ofício**, no r. parecer com a seguinte ementa:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. AFASTAMENTO DA BENESSE EM RAZÃO DA HEDIONDEZ EQUIPARADA DO CRIME DE TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO DO STF, FIRMADA NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS, EM 23/06/2016, QUE RETIROU O CARÁTER HEDIONDO DO CRIME DE TRÁFICO NA FORMA PRIVILEGIADA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, A FIM DE RESTABELECEER A PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO ANTERIORMENTE DEFERIDA."*

É o relatório.

**Decido.**

A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal

passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Para delimitar a **quaestio**, trecho do v. acórdão vergastado (fls. 105-116):

*"Pois bem. A despeito do Colendo Supremo Tribunal Federal ter reconhecido que o tráfico privilegiado não é mais considerado hediondo, observa-se que não se trata de decisão de caráter vinculante, aplicado em análise de um caso particular.*

*Assim, referida interpretação não pode ser aplicada a todos os crimes de tráfico de drogas no país, já que se trata ainda de delito etiquetado como assemelhado à hediondo, nos termos da legislação vigente e que deve ser tratado com rigor, tal como preceitua a Constituição Federal.*

*[...]*

*Desse modo, imperioso que o sentenciado cumpra o lapso temporal de 2/5 (dois quintos) da reprimenda imposta para que possa ser beneficiada com a progressão de regime.*

*Diante do exposto, dá-se provimento ao agravo para o fim de se cassar a progressão de regime, com o retorno da sentenciada ao regime anterior, tendo em vista a ausência de requisito objetivo."*

Como cediço, o col. Supremo Tribunal Federal, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no julgamento do **habeas corpus** n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico de drogas, em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Trago à colação a ementa do mencionado julgado, **verbis**:

**"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, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Carmen Lucia**, DJe 19/9/2016, grifei).

Nesta Corte, a **Terceira Seção**, por **decisão unânime**, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) **não é crime equiparado a hediondo**, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.329.088/RS - Tema n. 600 -, com o consequente **cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça**.

Confira-se recente julgado sobre a matéria:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO - ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CONCESSÃO DE INDULTO. BENEFÍCIO CASSADO NO TRIBUNAL A QUO. HEDIONDEZ AFASTADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. 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.*

**2. A partir do julgamento do HC n. 118.533, pelo Plenário do STF, em 23/6/2016, esta Corte passou a adotar o entendimento de que o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) não possui natureza hedionda, o que motivou, posteriormente, o cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.**

*Habeas corpus não conhecido, porém, concedida a ordem, de ofício, para afastar a hediondez do delito de tráfico privilegiado e restabelecer a decisão proferida pelo Juízo das Execuções."* (HC 459.390/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 12/09/2018, grifei)

Assim, constata-se o alegado constrangimento ilegal no v. acórdão

# *Superior Tribunal de Justiça*

ora impugnado, uma vez que o eg. Tribunal **a quo** manteve a realização dos cálculos da pena considerando o crime de tráfico privilegiado como hediondo.

Ante o exposto, **não conheço do presente habeas corpus. Concedo a ordem, de ofício**, para confirmar a liminar e cassar o v. acórdão do eg. Tribunal de origem, afastando o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins, assim, devendo o d. Juízo da Execução proceder aos novos cálculos das penas com base na presente decisão. Recomenda-se celeridade.

P. I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator