HABEAS CORPUS Nº 518.753 - SP (2019/0188133-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUANA TRINO DE MEDEIROS - RJ184191
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	THIAGO SANTOS AMORIM (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de THIAGO SANTOS AMORIM, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento do Agravo em Execução n. 0012831-05.2018.8.26.0502.

Consta dos autos que o Juízo da Execução homologou o cálculo de pena do paciente considerando o tráfico privilegiado como crime hediondo para fins de obtenção de benefícios da execução. Concluiu, assim, que o ora paciente não teria direito a futuro livramento condicional por ser reincidente específico.

Irresignado, a Defensoria Pública interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, em acórdão assim resumido:

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO Livramento condicional - Indeferimento Tráfico de drogas privilegiado Caráter hediondo A hediondez do crime de tráfico não está afastada pelo fato de se tratar de tráfico privilegiado A gravidade e o alcance que o tráfico de drogas possui, mesmo em sua forma privilegiada, é demasiadamente grande, não havendo como considerá-lo como crime comum Reincidência específica - Impossibilidade da concessão do benefício Inteligência do art. 83, inciso V, do Código Penal e art. 44, da Lei nº 11.343/06 - Agravo improvido (fl. 133).*

A impetrante alega que a primeira condenação do paciente é por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), o qual não é equiparado aos delitos hediondos. Assim, tendo em vista a natureza diversa dos delitos – § 4º e *caput*, não há falar em reincidência específica para o fim de impedir o livramento condicional.

Requer, assim, que seja concedida a ordem determinando a retificação dos

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: F2486839-C6CE-4A73-8620-101C94CD4968

cálculos de pena, para que conste data para futura concessão do livramento condicional.

O pedido de liminar foi deferido às fls. 143/145 para *"determinar que o Juízo das Execuções, retifique o calculo das penas para afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado na obtenção de benefícios na execução da pena"*.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls.153/159).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ.

No entanto, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

No caso, o Tribunal *a quo* manteve o cálculo de pena estabelecido pelo Juízo da Execução, o qual considera hedionda a natureza do crime de tráfico privilegiado, sob os seguintes fundamentos:

> *[...]*
>
> *Com efeito, consoante entendimento pacífico nesta Colenda 14ª Câmara Criminal, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, não altera a tipificação insculpida no caput do referido artigo, de modo que permanece seu caráter hediondo. Confira-se, nesse diapasão, o AE nº 000373-5-13.2016.8.26.0509 e AE nº 0003939-57.2016.8.26.0509, julgados em 26.01.17, por votação unânime, ambos de relatoria do eminente Des. MARCO DE LORENZI.*
>
> *E ainda que o Colendo Supremo Tribunal Federal tenha afastado, nos autos do Habeas Corpus nº 118.533/MS, o caráter hediondo do chamado tráfico privilegiado, de se ressaltar que se trata de decisão desprovida de efeito vinculante e que não tem o condão, portanto, de produzir efeitos além das partes figurantes naquele remédio constitucional, de modo que se mostra inadmissível a extensão ou aplicação do que nele ficou assentado em feitos similares.*
>
> *[...]*
>
> *Também a revogação da Súmula 512, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nada obstante a seriedade de seus fundamentos, não descaracteriza a hediondez de tal crime, que de privilégio, respeitosamente, impende consignar que não se cuida, mas,*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: F2486839-C6CE-4A73-8620-101C94CD4968

exclusivamente, de mera minorante, aliás, inoportuna e indevidamente criada pelo legislador.

Sendo assim, inviável a concessão do benefício, uma vez que o art. 83, inciso V, do Código Penal, dispõe sobre o requisito objetivo autorizador à concessão do livramento condicional para os casos de condenação por crime hediondo e equiparados, vedando-os para os reincidentes específicos em tais delitos:

[...]

Portanto, é certo que o acusado não possui o direito ao livramento condicional, tendo em vista a reincidência específica em crime equiparado a hediondo, nos termos do art. 83, inciso V, do Código Penal (fls. 134/136).

O acórdão encontra-se contrário ao entendimento desta Corte de que não se reconhecerá a reincidência específica em crimes que, conquanto figurem em mesmo tipo penal, possuam natureza distinta, de que é exemplo o tráfico privilegiado em face do tráfico comum.

Nesse sentido:

PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NULIDADE. HOMOLOGAÇÃO CÁLCULOS. NOVA VISTA À DEFESA APÓS MANIFESTAÇÃO DO PARQUET. PRESCINDIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. REINCIDENTE ESPECÍFICO. VEDAÇÃO. CRIME ANTERIOR GERADOR DA REINCIDÊNCIA. PREVISÃO NO MESMO TIPO PENAL DO QUE O PRATICADO POSTERIORMENTE. PRESCINDIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

V - Para fins de reincidência específica, o crime anterior gerador da reincidência não precisa, necessariamente, estar previsto no mesmo tipo penal do que aquele praticado posteriormente, pois basta a reincidência específica em crimes dessa natureza, ou seja, aqueles dispostos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006. Ademais, não é necessário que o crime anterior, gerador da reincidência, tenha sido praticado na vigência da Lei n. 11.343/2006.

VI - In casu, após o paciente ter praticado o crime de tráfico de drogas em 4/2/2005, cuja condenação transitou em julgado em 27/11/2006, sofreu nova condenação pelos delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, tráfico e associação para o tráfico na vigência da nova Lei de Drogas (fato praticado em 23/10/2011 e trânsito em julgado certificado em 18/11/2013), sendo, portanto, reincidente

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: F2486839-C6CE-4A73-8620-101C94CD4968

específico.Habeas corpus não conhecido. (HC n. 372.365/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 25/10/2017).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO CAPUT E TRÁFICO PRIVILEGIADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REINCIDENTES ESPECÍFICOS. ARTS. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E 44 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTADA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ADOÇÃO DO POSICIONAMENTO DO PLENÁRIO DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Plenário da Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 118.533/MS, adotou novo posicionamento no sentido de que o tráfico de entorpecentes privilegiado não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois 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.

2. Interpretando-se as disposições contidas no § 4º do art. 33 e no art. 44, ambos da Lei de Drogas, constata-se a intenção do legislador em diferenciar o tratamento do traficante eventual, tanto concedendo-lhe a redução do privilégio, quanto permitindo-lhe a concessão da fiança, do sursis, da graça, do indulto, da anistia e da liberdade provisória, benefícios negados aos que se enquadram no caput e § 1º do art. 33 do mencionado diploma.

3. Imperioso afastar a reincidência específica em relação ao tráfico privilegiado e o tráfico previsto no caput do art. 33 da Lei de Drogas, nos termos do novo entendimento jurisprudencial, para fins da concessão do livramento condicional.

4. Habeas corpus concedido para afastar a reincidência específica e reconhecer a possibilidade de que seja concedido o livramento condicional ao paciente, restabelecendo a decisão do Juízo da Execução. (HC n. 436.103/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 29/6/2018).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O sentenciado condenado, primeiramente, por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006) e, posteriormente, pelo crime previsto no caput do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, não é reincidente específico, nos termos da legislação especial; portanto, não é alcançado pela vedação legal, prevista no art. 44, parágrafo único, da referida Lei.

2. Não há como tratar o tráfico privilegiado como se seu espectro tivesse a relevância da tipificação do art. 33, caput, da Lei n.º

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: F2486839-C6CE-4A73-8620-101C94CD4968

11.343/06, ou de outros delitos que o legislador elegeu para punir com maior severidade, ao vedar a concessão do livramento condicional.

3. Ordem concedida para restabelecer a decisão que concedeu ao ora paciente o livramento condicional" (HC n. 419.974/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2018).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções, retifique o calculo das penas para afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado na obtenção de benefícios na execução da pena, confirmando a liminar anteriormente deferida.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: F2486839-C6CE-4A73-8620-101C94CD4968