

Supremo Tribunal Federal

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 136.545 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : [REDACTED]
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 368.842 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: “TRÁFICO PRIVILEGIADO” (LEI Nº 11.343/2006, ART. 33, § 4º). INFRAÇÃO PENAL DESTITUÍDA DA NOTA DE HEDIONDEZ. DOCTRINA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 118.533/MS, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). CONSEQUENTE OBSERVÂNCIA, PARA EFEITO DE EXECUÇÃO PROGRESSIVA DA PENA, DO REQUISITO TEMPORAL DE 1/6 (UM SEXTO) A QUE ALUDE O ART. 112, “CAPUT”, DA LEP. EVENTUAL INEXISTÊNCIA, NA COMARCA, DE “CASA DO ALBERGADO” (LEP, ARTS. 93/95). POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL, EM TAL OCORRENDO, DE RECOLHIMENTO DO SENTENCIADO A PRISÃO DOMICILIAR. PRECEDENTES. SÚMULA VINCULANTE Nº 56/STF. SUBMISSÃO, CONTUDO, DO BENEFICIÁRIO DO REGIME ABERTO ÀS REGRAS

Supremo Tribunal Federal

HC 136545 MC / SP

FUNDADAS NOS ARTS. 113 A 116 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de “*habeas corpus*”, com pedido de medida liminar, **impetrado contra decisão monocrática emanada** de eminente Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça que, **em sede de outra ação** de “*habeas corpus*” (**HC 368.842/SP**), **por entender aplicável** à espécie daqueles autos o disposto na Súmula 691/STF, **extinguiu**, liminarmente, o processo lá instaurado.

Busca-se, na presente impetração, **a concessão** do “*writ*” constitucional a fim de que seja afastado o caráter hediondo, por equiparação legal, do denominado tráfico privilegiado (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º), em ordem a que incida, na espécie, para efeito de progressão no regime de cumprimento da pena, o requisito temporal de 1/6, e não o de 2/5 a que se refere a Lei nº 8.072/90 (art. 2º, § 2º).

Sendo esse o contexto, passo a apreciar a admissibilidade, na espécie, da presente ação de “habeas corpus”. E, ao fazê-lo, devo observar que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram orientação no sentido da incognoscibilidade desse remédio constitucional, quando impetrado, como sucede na espécie, contra decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior da União (HC 116.875/AC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 117.346/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 121.684-AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 122.381-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – RHC 114.737/RN, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

“HABEAS CORPUS”. CONSTITUCIONAL. PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A

Supremo Tribunal Federal

HC 136545 MC / SP

RECURSO ESPECIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

I – (...) verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, o qual pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior.

.....
III – ‘Writ’ não conhecido.”

(HC 118.212/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Embora respeitosamente dissentindo dessa diretriz jurisprudencial, **por entender possível** a impetração de “*habeas corpus*” **contra decisão monocrática** de Ministro de Tribunal Superior da União, **cabe-me observar, em respeito ao princípio da colegialidade**, **essa orientação restritiva** que se consolidou em torno da utilização do remédio constitucional em questão, **motivo pelo qual**, *em atenção à posição dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, impor-se-á, na espécie, o não conhecimento* da presente ação de “*habeas corpus*”.

Assinalo, no entanto, que, **mesmo** em impetrações deduzidas **contra decisões monocráticas** de Ministros **de outros** Tribunais Superiores da União, **a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ainda que não conhecendo** do “*writ*” constitucional, **tem concedido**, “*ex officio*”, **a ordem de “habeas corpus”, quando se evidencie patente** a situação caracterizadora **de injusto gravame** ao “*status libertatis*” do paciente (**HC 118.560/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*).

Por tal razão, e sem prejuízo de ulterior reexame dessa questão, **passo a analisar** o pleito cautelar ora formulado **na presente impetração. E, ao fazê-lo, tenho para mim que assiste razão** à parte ora impetrante, **especialmente se se considerar o recentíssimo julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no exame do HC 118.533/MS**, Rel.

Supremo Tribunal Federal

HC 136545 MC / SP

Min. CÁRMEN LÚCIA, no qual esta Corte Suprema afastou a nota da hediondez quanto ao denominado *tráfico privilegiado*, subtraindo o seu autor, *em consequência*, aos efeitos gravosos (e restritivos) **que derivam** da condenação por delitos hediondos ou a estes legalmente equiparados.

Vale destacar, por relevante, **que essa orientação vem sendo observada** por eminentes Ministros desta Corte (HC 116.128/MS, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 136.373/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI).

Cabe observar que a **decisão emanada do magistrado de primeiro grau, mantida pelas instâncias judiciais superiores e que motivou as sucessivas impetrações de “habeas corpus” em favor do ora paciente, colide, frontalmente, com a diretriz jurisprudencial que venho de mencionar, como resulta claro** do seu próprio teor:

“Frise-se que este Juízo continua a entender que o crime de tráfico de drogas é hediondo, porque a lei de crimes hediondos (Lei nº 8.072/1990) não faz qualquer distinção acerca das modalidades de tráfico, sendo a figura do ‘tráfico privilegiado’ mera menção jurisprudencial. Ademais, a decisão do Supremo Tribunal Federal não gerou efeito vinculante. Desta maneira, indefiro o pedido da Defesa.

.....
Assim, homologo o cálculo de penas, nos termos do artigo 538, § 1º, das NSCGJ.

Expeça-se o atestado de penas, em cumprimento ao art. 66, inciso X, da Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal).” (grifei)

O exame dos elementos produzidos nestes autos desautoriza, por completo, a **decisão** em causa, **eis que**, mesmo não se revestindo de eficácia vinculante o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal acima referido, **torna-se irrecusável a plausibilidade jurídica** da pretensão cautelar ora deduzida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

HC 136545 MC / SP

Isso significa, portanto, tendo-se presente esse “dictum” emanado do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que confere, por si só, como já acentuado, densa plausibilidade jurídica ao pleito ora em análise, que não há mais como dispensar ao denominado tráfico privilegiado o mesmo tratamento penal rigoroso atribuído aos crimes hediondos ou aos delitos a estes legalmente equiparados, tal como asseverado por autores eminentes (ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “Leis Penais Especiais Comentadas”, p. 955, 2ª ed., 2014, Saraiva; PAULO QUEIROZ, “Notas sobre a Lei de Drogas”, p. 410, item n. 21.9.1, “in” “Crimes Federais”, 2ª ed., 2015, D’PLÁCIDO Editora; LEONARDO ISAAC YAROCHEWSKY, “Tráfico Privilegiado: Longe de Hediondez”, in “Empório do Direito”, de 04/06/2016, v.g.).

Inquestionável, desse modo, não se legitimar a incidência, no caso, do requisito de 2/5, a significar que o estatuto de regência aplicável à situação do ora paciente reside no art. 112, “caput”, da Lei de Execução Penal, que impõe, para efeito de progressão, a exigência temporal de 1/6 (um sexto).

Cumpr assinalar, finalmente, que, satisfeita, na espécie, a exigência de ordem temporal prevista no art. 112, “caput”, da Lei de Execução Penal (1/6), resulta claro, como efeito consequencial, a possibilidade de o ora paciente ingressar no regime aberto.

Em tal ocorrendo, e se não houver, na comarca, Casa do Albergado, para cumprimento da pena em mencionado regime (LEP, arts. 93/95), fica assegurado ao ora paciente, desde já, o seu recolhimento domiciliar, conforme prescreve a Súmula Vinculante nº 56/STF, que possui o seguinte teor:

“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.” (grifei)

HC 136545 MC / SP

O enunciado sumular em questão, publicado no DOU de 08/08/2016 (CF, art. 102-A, “caput”; Lei nº 11.417/2006, art. 2º, § 4º), resultou de uma série de precedentes que, firmados por esta Suprema Corte, legitimaram a sua formulação (HC 94.829/SP – HC 110.892/MG – HC 123.267/DF, v.g.):

“‘HABEAS CORPUS’ – SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSEGURA, AO RÉU, O DIREITO AO REGIME PENAL SEMI-ABERTO – IMPOSSIBILIDADE MATERIAL, POR PARTE DE ÓRGÃO COMPETENTE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO, DE VIABILIZAR A EXECUÇÃO DESSA MEDIDA – DETERMINAÇÃO, PELO MAGISTRADO LOCAL, DE RECOLHIMENTO DO CONDENADO A QUALQUER ESTABELECIMENTO PRISIONAL DO ESTADO, MESMO ÀQUELE DE SEGURANÇA MÁXIMA, ATÉ QUE O PODER PÚBLICO VIABILIZE, MATERIALMENTE, O INGRESSO DO SENTENCIADO NO REGIME PENAL SEMI-ABERTO (COLÔNIA PENAL AGRÍCOLA E/OU INDUSTRIAL) – INADMISSIBILIDADE – AFRONTA A DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO – HIPÓTESE CONFIGURADORA DE EXCESSO DE EXECUÇÃO – PEDIDO DEFERIDO.

– O inadimplemento, por parte do Estado, das obrigações que lhe foram impostas pela Lei de Execução Penal não pode repercutir, de modo negativo, na esfera jurídica do sentenciado, frustrando-lhe, injustamente, o exercício de direitos subjetivos a ele assegurados pelo ordenamento positivo ou reconhecidos em sentença emanada de órgão judiciário competente, sob pena de configurar-se, se e quando ocorrente tal situação, excesso de execução (LEP, art. 185).

Não se revela aceitável que o exercício, pelo sentenciado, de direitos subjetivos – como o de iniciar, desde logo, porque assim ordenado na sentença, o cumprimento da pena em regime menos gravoso – venha a ser impossibilitado por notórias deficiências estruturais do sistema penitenciário ou por crônica incapacidade do Estado de viabilizar, materialmente, as determinações constantes da Lei de Execução Penal.

Supremo Tribunal Federal

HC 136545 MC / SP

– Conseqüente inadmissibilidade de o condenado **ter de aguardar, em regime fechado, a superveniência** de vagas em colônia penal agrícola e/ou industrial, **embora** a ele já reconhecido o direito de cumprir a pena em regime semi-aberto.

– ‘Habeas corpus’ **concedido, para efeito de assegurar**, ao sentenciado, o direito de permanecer em liberdade, **até** que o Poder Público **torne efetivas**, material e operacionalmente, **as determinações** (de que é o único destinatário) **constantes** da Lei de Execução Penal.”

(HC 93.596/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, e em face das razões expostas, **defiro** o pedido de medida liminar, **para**, até final julgamento desta ação de “habeas corpus”, **garantir, cautelarmente**, ao ora paciente o direito ao regime aberto de cumprimento de pena e, inexistindo na comarca “Casa do Albergado” (LEP, arts. 93/95), **assegurar-lhe** o recolhimento a prisão domiciliar, **observadas**, no entanto, **as cláusulas** inscritas nos arts. 113 a 115 da Lei de Execução Penal, **sem prejuízo** da possibilidade da aplicação, pelo Juiz das Execuções Penais, do que se contém no art. 116 de referido diploma legislativo.

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia da presente decisão** ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 368.842/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 2159385-91.2016.8.26.0000) e ao Juízo do Departamento Estadual de Execução Criminal da 10ª Região Administrativa Judiciária – Sorocaba/SP (**Processo** nº 0002526-70.2016.8.26.0521).

Publique-se.

Brasília, 29 de agosto de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator