

HABEAS CORPUS Nº 484.150 - SP (2018/0334355-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA UENO - SP256483
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MONICA RADILLA DA CONCEIÇÃO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **MONICA RADILLA DA CONCEIÇÃO**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que manteve a decisão do d. Juízo de 1º Grau, indeferitória do pedido de indulto apresentado pela paciente, por considerar que o tráfico privilegiado seria crime hediondo ou equiparado, nos termos do v. acórdão (fls. 90-93), sem ementa.

Na presente impetração, a Defensoria Pública estadual sustenta que a paciente preenche todos os requisitos para a concessão do indulto, nos termos do entendimento firmado pelo col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 118.533, bem assim desta Corte, consoante o Tema n. 600, no sentido de que o tráfico privilegiado não é crime hediondo ou equiparado.

Requer a concessão da ordem, inclusive **LIMINARMENTE**, para cassar as decisões das instâncias ordinárias, declarando o indulto pleno em favor da paciente, nos termos do Decreto n. 9.246/2017.

Informações prestadas às fls. 116-154 e 156-170.

A liminar foi **deferida, parcialmente**, para suspender os efeitos das decisões da origem impugnadas (fls. 106-108).

O **Ministério Público Federal** manifestou-se, às fls. 173-177, pela concessão da ordem de ofício, em parecer assim ementado:

“HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ PARA O GOZO DE BENEFÍCIOS - INDULTO. NOVA ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO EX OFFICIO.

1. É vedada a utilização do writ contra decisão liminar. No entanto, verificado constrangimento ilegal, a ordem pode ser concedida de ofício para afastá-lo.

2. A nova diretriz estabelecida pelo Excelso Pretório, ao afastar a hediondez do tráfico privilegiado, levou em consideração os parâmetros constitucionais de razoabilidade, proporcionalidade e individualização da pena. Dessa forma, vislumbra-se a possibilidade, para todos os efeitos em execução, em especial para o indulto no caso dos autos, de que o crime de tráfico privilegiado não seja considerado hediondo.

3. Pelo não conhecimento, concedendo-se, ex officio, a ordem para que seja afastada a hediondez do delito de tráfico privilegiado para todos os fins em sede de execução penal, em especial para a concessão de indulto à paciente.”

É o relatório.

Decido.

A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** substitutivo do 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.

Antes de qualquer outra consideração, imperioso mencionar que, embora o dispositivo da sentença a quo não se refira ao privilégio do § 4º, da Lei n. 11.343/06, ele foi reconhecido à paciente na dosimetria: “Na terceira fase da dosimetria penal, a ré faz jus à redução prevista no § 4ª, artigo 33, da Lei 11.343/06, diante da primariedade e da inexistência de indícios de que integre organização criminosa ou que se dedicava à organização criminosa” (fls. 59-60).

Pois bem.

O eg. Supremo Tribunal Federal, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **HC n. 118.533**, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes 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 n. 118.533/MS, Tribunal Pleno, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJe de 19/9/2016, grifei).

A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar a **Petição n. 11.796/DF**, em sessão realizada no dia 23/11/2016, adotou o posicionamento da excelsa Suprema Corte e firmou a 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"*, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"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 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 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." (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 n. 11.796/DF, **Terceira Seção**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/11/2016).*

Nesse sentido, também os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO N. 7.873/2012. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. NATUREZA DE CRIME COMUM. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. RECENTE ENTENDIMENTO DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Acompanhando o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 118.533/MS, a 5ª e a 6ª Turmas deste Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior, passou a adotar orientação no sentido de que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda".

3. Dessarte, com fulcro nesse novo paradigma, não mais subsiste o óbice à concessão do indulto ou da comutação aos condenados por tráfico privilegiado.

*4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais que concedeu indulto à paciente, com supedâneo no Decreto n. 7.873/2012" (HC n. 371.186/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 3/3/2017).*

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. (1) CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO Nº 8.615/2015. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. POSSIBILIDADE. (2) ART. 9º, II, DO DECRETO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE MENÇÃO EXPRESSA. (3) HEDIONDEZ. NÃO CONFIGURAÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC Nº 118.533/MS. MUDANÇA DE

POSICIONAMENTO DA QUINTA E SEXTA TURMAS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 512/STJ. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O art. 9º, II, do Decreto nº 8.615/2015 veda a concessão de indulto e ou comutação às condutas previstas no art. 33, caput, e § 1º, bem como nos arts. 34 a 37 da Lei de Drogas, não fazendo nenhuma menção expressa à figura prevista no § 4º do art. 33. Portanto, o decreto não incluiu no rol proibitivo a conduta do tráfico privilegiado. Os requisitos compreendidos naquele diploma para a concessão dos benefícios foram elencados pelo Presidente da República, em conformidade com o art. 84, XII, da Constituição Federal. Incabível ao Poder Judiciário entender de forma contrária, sob pena de letal afronta aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.

2. Este Superior Tribunal de Justiça consolidou, há tempos, entendimento no sentido de que "a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 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 Código de Processo Penal) - REsp nº 1.329.088/RS. Enunciado sumular nº 512/STJ.

3. Entretanto, em novo entendimento, recente decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do HC nº 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, assentou que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Mudança de posicionamento quanto ao tema por parte da Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, que culminou na revisão do entendimento anteriormente consolidado, pela Terceira Seção, e no cancelamento do enunciado nº 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das execuções reaprecie o pleito do paciente relativo à concessão de indulto, com supedâneo no Decreto nº 8.615/2015, desconsiderando os óbices anteriormente apontados" (HC n. 376.489/SC, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 16/12/2016).

Assim, constata-se o constrangimento ilegal alegado, uma vez que

o eg. Tribunal **a quo**, mantendo a decisão anterior, negou o benefício do indulto à paciente, não obstante tenha sido condenada pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

In verbis, trecho do referido acórdão (fls. 92-93):

“Ademais, a previsão contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, enseja mero abrandamento na punição imposta ao agente, isto quando for primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividade criminosa, sendo certo que o crime por ele praticado continua equiparado a hediondo.”

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo a ordem de ofício**, para, confirmando a liminar, cassar a r. decisão de 1º Grau e o v. acórdão para afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins de direito, e determinar que o d. Juízo **a quo** proceda à nova análise do pedido de indulto, respeitada a presente ordem em favor da paciente.

P. I.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator