

HABEAS CORPUS Nº 484.128 - MG (2018/0334267-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
FABIANO TORRES BASTOS - MG000222D
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : KELMA MOREIRA DE SOUZA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de KELMA MOREIRA DE SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais deferiu à sentenciada o benefício do indulto, nos termos do Decreto n. 8.615/2015.

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante o TJMG, que deu provimento ao recurso em *decisum* assim ementado (e-STJ fl. 64):

AGRAVO EM EXECUÇÃO - REVOGAÇÃO DO INDULTO - NECESSIDADE - VEDAÇÃO LEGAL - REEDUCANDA CONDENADO (SIC) PELO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

- Sendo a agravada condenada (sic) pelo crime de tráfico de drogas, ainda que em sua forma privilegiada, mostra-se incabível a concessão do benefício do indulto, impondo-se, pois, a reforma da r. decisão recorrida, com a rogação do referido benefício.

Ressaltou a Corte de origem, no voto condutor do acórdão, *verbis*:

De relevo pontuar, por outro lado, que apesar de a agravada ter sido condenada pelo crime de tráfico na forma privilegiada, tal fato não lhe dá o direito ao benefício de indulto, uma vez que a incidência da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não retira a hediondez do delito, que não deixa de ser o previsto no caput ou § 1º do mesmo dispositivo de lei. (e-STJ fl. 66)

Na presente impetração, a defesa alega que "Tendo em vista o julgamento do HC 1 18.533, decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 23/07/2016, o Pretório Excelsior (sic) afastou a hediondez equiparada do tipo penal em questão e, por consequência, rechaçou a aplicação das vedações e requisitos mais gravosos previstos para os delitos de natureza hedionda e equiparados no caso do tráfico minorado (Art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06), sendo, portanto, possível, inclusive, a concessão de indulto coletivo desde que preenchidos os requisitos gerais previstos no decreto presidencial correspondente" (e-STJ fls. 7/8).

Aduz que "A figura daquele que se insere no contexto do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas não se adequa à do grande e do médio traficante, forçoso concluir-se, portanto, que tais indivíduos não apresentam 'perfil delinquencial típico', razão pela qual merecem tratamento diferenciado, nos termos da determinação constitucional da individualização da pena. Ademais, a própria Lei n. 11.343/06, no art. 44, deixa claro que a concessão de livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena abrange o art. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, não incidindo sobre a modalidade do § 4º" (e-STJ fl. 8).

Requer, assim, liminarmente, a concessão do indulto. No mérito, pugna pela concessão da ordem "a fim de reformar o r. acórdão objurgado, para manter a decisão primeva" (e-STJ fl. 15).

Liminar deferida (e-STJ fls. 75/78).

Informações dispensadas.

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fl. 92).

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente

e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. 'MODUS OPERANDI'. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada

flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, no mérito do presente *writ*, seja afastada a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado e, em consequência, seja deferido o pedido de indulto pleno, nos termos art. 1º, XIV, do Decreto Presidencial n. 8.615/2015.

O Tribunal de origem, ao cassar a decisão do Juízo das

Execuções Criminais, assim se pronunciou (e-STJ fls. 66/67):

[...]

(...) a Lei 8.072/90, em seu art. 2º, inciso I, é clara em vedar a concessão do indulto aos crimes hediondos, à prática da tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo, em vista ao princípio da especialidade e da hierarquia das leis.

De relevo pontuar, por outro lado, que apesar de a agravada ter sido condenada pelo crime de tráfico na forma privilegiada, tal fato não lhe dá o direito ao benefício de indulto, uma vez que a incidência da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não retira a hediondez do delito, que não deixa de ser o previsto no caput ou §1º do mesmo dispositivo de lei.

Forçoso convir, portanto, que a decisão recorrida ofende as disposições constantes no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072/90, bem como no art. 9º do Decreto 8.615/2015, impondo-se, pois, a sua reforma, com a consequente revogação do benefício de indulto deferido ao reeducando.

Acerca do tema, esta Superior Corte de Justiça consolidou entendimento no sentido de que *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, 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.

Confira-se a ementa do acórdão proferido:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE.

1. 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, 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.

2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução.

(REsp 1329088/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 26/04/2013)

A matéria foi, inclusive, sumulada pela Terceira Seção (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.

No entanto, em relação à matéria, devo acompanhar recente decisão do plenário da Suprema Corte, no exame do HC n. 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, de Rel. da Ministra Cármen Lúcia, na qual se assentou que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda".

A decisão foi assim publicada no Informativo n. 831, *in verbis*:

*O crime de tráfico **privilegiado** de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, Lei 11.343/2006. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, concedeu a ordem de “habeas corpus” para afastar a natureza hedionda de tal delito. No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1º grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez, o que impediria a*

concessão dos referidos benefícios – v. Informativos 791 e 828. O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, “caput” e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal.

A ementa restou assim redigida:

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. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016).

A Sexta Turma desta Corte Superior, revendo anterior posição, também acompanhou recente julgado da Suprema Corte. Veja-se:

HABEAS CORPUS. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO DAS PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É incabível em habeas corpus a revisão da prova que levou à condenação dos pacientes ou mesmo a desclassificação da conduta imputada para a infração penal prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

2. É possível a determinação de execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias.

3. Diz a jurisprudência que, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STF). Além disso, a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718/STF).

4. Configura constrangimento ilegal a imposição, sem motivação idônea, de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permite (Súmula 719/STF).

5. A vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas não encontra respaldo no entendimento dos Tribunais Superiores, não subsistindo as vedações previstas nos arts. 33, § 4º, e 44, caput, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

6. Segundo recente julgado do Plenário do STF, o chamado tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto como inicial para cumprimento da pena e a fim de restabelecer a substituição da reprimenda nos termos em que concedida na sentença.

(HC 363.677/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016)

Sendo assim, é caso de se afastar os efeitos da natureza

hedionda do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a decisão plenária do STF deve ser observada por este Superior Tribunal de Justiça (NCPC, art. 927, V, aplicável subsidiariamente ao processo penal - CPP, art. 3º).

Registre-se, por fim, que, em recentes julgados, esta Superior Corte de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, após a multicitada decisão da Suprema Corte, não mais subsiste óbice à concessão do indulto aos condenados por tráfico privilegiado.

Confira-se, *in verbis*:

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 371.186/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 03/03/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

TRÁFICO DE DROGAS. CRIME HEDIONDO. ENTENDIMENTO ALTERADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N. 118.533/MS. CONCESSÃO DE INDULTO. POSSIBILIDADE. ATO DO PODER EXECUTIVO. HIPÓTESE ADEQUADA AO DECRETO N. 8.172/2013. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no inciso XIII do artigo 1º e parágrafo único do artigo 9º do Decreto n. 8.172/2013, deve ser concedido o benefício de indulto, tendo em vista o que restou definido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 118.533/MS, em que foi afastado o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp 932.856/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

Ante o exposto, nego seguimento ao *habeas corpus*. No entanto, **concedo a ordem** de ofício, a fim de cassar o acórdão proferido pela Corte de origem e, em consequência, confirmando a liminar anteriormente deferida, afastar a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ficando restabelecida a decisão do Juízo das Execuções Criminais, que deferiu à sentenciada o indulto, com fundamento no Decreto 8.615/2015.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se. Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator