

**HABEAS CORPUS Nº 479.054 - SP (2018/0302859-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : JULIANA ARAUJO LEMOS DA SILVA - SP215256  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LUCAS HENRIQUE FIORAVANTE (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LUCAS HENRIQUE FIORAVANTE apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravado em Execução n. 0002477-36.2018.8.26.0496).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 333 dias-multa, pela prática do delito de tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006), consistente na guarda e no depósito de 29,780g (vinte e nove gramas, setecentos e oitenta miligramas) de cocaína.

Posteriormente, a defesa pleiteou a concessão de indulto. O Magistrado indeferiu o pedido, considerando a natureza hedionda do delito e a explícita vedação estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição da República Federativa do Brasil (e-STJ fls. 24/28).

Irresignado, o condenado apresentou agravo em execução. A 10ª Câmara Criminal do Tribunal de origem negou-lhe provimento, destacando o relator em seu voto o seguinte: "*em que pese o C. STF tenha entendido que o tráfico privilegiado não é crime equiparado a hediondo, a vedação constitucional e legal refere-se expressamente ao tráfico ilícito de drogas, sendo que o denominado 'tráfico privilegiado' não constitui figura típica autônoma e, por óbvio, insere-se nas proibições mencionadas*" (e-STJ fl. 56).

Daí a presente impetração, na qual a Defensoria Pública estadual alega que o crime de tráfico privilegiado não é equiparado a hediondo, razão pela qual requer a

concessão do indulto estabelecido no Decreto Presidencial n. 9.246/2017, haja vista a satisfação de todos os requisitos estabelecidos no art. 1º, IV, deste decreto.

Pleiteia, liminarmente, a suspensão do cumprimento da decisão atacada para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento final do presente *writ*.

No mérito, "*requer seja reconhecida a ilegalidade da decisão que não reconheceu a possibilidade de concessão de indulto para as pessoas que praticam o delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivo presentes no Decreto 9.246/2017, em seu art. 1º, inciso IV, para conceder o INDULTO da pena do sentenciado*" (e-STJ fl. 12).

O pleito urgente foi deferido para suspender os efeitos do acórdão impugnado (Agravos em Execução n. 0002477-36.2018.8.26.0496), até o julgamento definitivo do presente *writ* (e-STJ fls. 60/63).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 70/81 e 84/90).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ fls. 92/95).

É, em síntese, o relatório.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 118.533, afastou o caráter hediondo do tráfico de drogas praticado na forma do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, consoante a seguinte ementa:

*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 (Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 19/9/2016).*

Após o julgamento do Supremo Tribunal Federal, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento da Pet n. 11.796/DF, determinou a revisão do entendimento consolidado no julgamento do REsp n. 1.329.088/RS, admitido como representativo de controvérsia, a fim de acolher 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 n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. O acórdão do mencionado julgado foi assim redigido:

*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 criminoso.” (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 prolação 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 (Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 29/11/2016).*

No caso dos autos, o Tribunal de origem, ao negar provimento ao

agravo em execução, consignou que "o tráfico privilegiado não constitui figura típica autônoma, tanto é que o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas prevê a aplicação da causa especial de diminuição 'nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo'. Ademais, o entendimento do E. STF no feito em questão não tem caráter vinculante" (e-STJ fl. 55).

Tal o contexto, verifica-se que o acórdão impugnado dissentiu da jurisprudência desta Corte, que se firmou no sentido de que a vedação prevista no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal não impossibilita a concessão de tal benefício às pessoas condenadas pela prática do tráfico privilegiado.

Nesse sentido, confirmam-se o seguinte precedente:

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONCESSÃO DE INDULTO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ACENTUADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.**

1. Ainda que o art. 5º, XLIII da Constituição Federal não mencione, expressamente, a impossibilidade de concessão de indulto aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, esse benefício, por ser uma espécie do gênero "graça" (que nada mais é do que um indulto individual), está abrangido pela vedação constitucional. Por conseguinte, uma vez que há vedação expressa no texto constitucional, não pode um decreto prever a possibilidade de concessão de tal benefício aos agentes condenados pelo cometimento de tal delito.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 23/6/2016, por ocasião do julgamento do HC n. 118.533/MS, concluiu que o crime de tráfico de drogas, quando objeto de redução da pena por incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (chamado "tráfico privilegiado"), não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

3. Ao retirar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas nos casos em que há incidência da minorante prevista no § 4º do referido dispositivo legal, apenas foi afastada a ideia de elevado grau de reprovabilidade, por equiparação com os crimes hediondos, que é inerente aos crimes previstos no art. 33, caput e § 1º da Lei n. 11.343/2006. A conduta delituosa do agente que é beneficiado com a citada minorante continua sendo a de tráfico de drogas, porquanto o § 4º não prevê uma nova conduta típica ou um tipo penal autônomo, mas tão somente uma causa especial de diminuição de pena.

4. Embora a conduta delituosa do agente que é beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 continue sendo a de tráfico de drogas (haja vista que o § 4º não prevê uma nova conduta típica ou um tipo penal autônomo, mas tão somente uma causa especial de diminuição de pena), é possível favorecê-lo

*com a concessão de graça ou anistia (e, conseqüentemente, de indulto), por não existir, em sua conduta, o caráter de acentuado grau de reprovabilidade que é inerente aos crimes hediondos e aos a eles equiparados.*

*5. Conquanto o tráfico de drogas, com a incidência da minorante, não deixe de ser crime de tráfico, deve-se conferir uma interpretação conforme ao inciso XLIII do art. 5º, para concluir, no que diz respeito especificamente à expressão "tráfico ilícito de entorpecentes", que a vedação constitucional alcança, tão somente, as condutas previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) e as descritas no art. 33, § 1º, dessa lei (condutas equiparadas), em que não há a redução de pena do § 4º.*

*6. Se o Decreto n. 8.615/2015, ao elencar as pessoas que não seriam alcançadas com as benesses nele previstas, o fez à semelhança do rol proibitivo previsto na Constituição Federal, também é razoável a conclusão de que o rol do art. 9º não engloba aqueles indivíduos que foram condenados por tráfico de drogas e foram beneficiados com a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, tal como o ora paciente.*

*7. Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, afastar o impedimento de concessão de indulto ao paciente - em relação à condenação em que lhe foi imposta a pena de 4 anos, 8 meses e 4 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 33, caput e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 0004643-70.2016.8.26.0509) -, determinando, por conseguinte, ao Juízo das Execuções Criminais que examine os demais requisitos necessários para a concessão do referido benefício (HC 411.328/SP, relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 9/10/2017, grifei).*

Ante o exposto, **concedo a ordem** para, ratificando a liminar deferida, cassar o acórdão impugnado e determinar ao Juízo da execução que avalie novamente a possibilidade de concessão do indulto, considerando o crime de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) como de natureza não hedionda.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator