

HABEAS CORPUS Nº 476.986 - SP (2018/0289457-1)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO SOARES KIRINUS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de MARCELO SOARES KIRINUS no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravado em Execução n. 0002354-94.2018.8.26.0154).

Depreende-se dos autos que, após implementado o lapso para o indulto previsto no Decreto Presidencial n. 9.246/2017, o benefício foi concedido ao paciente – condenado pelo crime de tráfico de entorpecentes, na forma prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Contra essa decisão insurgiu-se o Ministério Público estadual.

Em sessão de julgamento realizada em 25 de outubro de 2018, os desembargadores integrantes da Oitava Câmara de Direito Criminal, por unanimidade de votos, deram provimento ao recurso para cassar a decisão singular e revogar o benefício de indulto.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 13):

Agravado em execução penal – Indulto Decreto Presidencial nº 9.246/2017 Recurso ministerial Sentenciado que cumpre pena pelo crime de tráfico de drogas privilegiado Afastamento do caráter hediondo do delito com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 118.533/MS Inadmissibilidade Ausência de vinculação Concessão do benefício que afronta dispositivo constitucional e legislação ordinária Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal Art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90 e art. 44, caput, da Lei nº 11.343/2006 Benefício cassado Recurso provido.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a Defensoria Pública que o acórdão local "traz grave constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente, uma vez que, atribuir natureza hedionda ao tráfico privilegiado de entorpecentes é incompatível com a ordem jurídica" (e-STJ fl. 10).

Diante disso, pede, em tema liminar, sejam suspensos os efeitos do acórdão combatido até o julgamento definitivo do presente inconformismo. No mérito, busca a concessão definitiva do indulto previsto no Decreto Presidencial n. 9.246/2017.

O pleito urgente foi deferido para suspender os efeitos do acórdão impugnado (Agravos em Execução n. 0002354-94.2018.8.26.0154), até o julgamento definitivo do presente *writ* (e-STJ fls. 24/27).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 33/40 e 44/73).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ fls. 75/79).

É, em síntese, o relatório.

No caso dos autos, o Tribunal de origem deu provimento ao agravo ministerial, considerando, para tanto, que (e-STJ fls/14/16):

É cedido que o Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 118.533/MS, afastou o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas privilegiado [...]

No entanto, em que pese o entendimento exarado pela Corte Suprema, a decisão não possui eficácia vinculante, ou seja, produzirá efeitos apenas entre as partes, não autorizando a imediata aplicação a todos os casos de tráfico privilegiado.

Assim, mesmo diante da aplicação da causa de redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, esta turma julgadora adota o entendimento de que tal medida não retira o caráter hediondo do crime não se admitindo, portanto, a concessão do benefício do indulto.

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 (HC 118.533, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 19/9/2016).

Após o julgamento do Supremo Tribunal Federal, a Terceira Seção desta Corte, ao apreciar a 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 seria 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 gravesos, 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

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2612 - Brasília, Disponibilização: Sexta-feira, 15 de Fevereiro de 2019 Publicação: Segunda-feira, 18 de Fevereiro de 2019

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 Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 29/11/2016).

Nesse tear, tem-se que deve ser afastada a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas, considerando-o como crime comum.

Ante o exposto, ratificando a liminar deferida, **concedo a ordem** para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a decisão de primeiro grau, que concedeu ao paciente o indulto previsto no Decreto Presidencial n. 9.246/2017.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator