

**HABEAS CORPUS Nº 467.351 - SP (2018/0226171-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RODRIGO TADEU BEDONI - SP221769  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : THIAGO RODRIGUES DOS SANTOS

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio e com pedido de liminar impetrado em favor de **THIAGO RODRIGUES DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 176 dias-multa pela prática dos crimes descritos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e no art. 180, *caput*, do Código Penal, na forma do art. 69 do Código Penal.

O Juízo da execução deferiu pedido de indulto em seu favor, com fundamento no art. 1º, IV, do Decreto n. 9.246/2017.

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs agravo em execução, o qual foi provido pelo Tribunal de origem nos termos da seguinte ementa:

"Agravo em execução. Indulto. Tráfico privilegiado. Impossibilidade. Constituição que proíbe o benefício para "tráfico ilícito de entorpecente", seja ele privilegiado ou não (art. 5.º, XLIII). Decisão do Colendo Órgão Especial no sentido da inconstitucionalidade do Decreto, nesse aspecto. Recurso provido" (e-STJ, fl. 72).

Neste *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo afirma que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alega que o acórdão impugnado viola o entendimento do Supremo Tribunal Federal que afastou a hediondez do tráfico privilegiado, sendo possível, no caso, a concessão do indulto.

Requer, liminarmente e no mérito, a cassação do acórdão do Tribunal *a quo*; a restituição do indulto ao paciente; e a expedição do contramandado de prisão se for o caso.

O pedido de medida liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 82).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela concessão da ordem de ofício (e-STJ, fls. 87-89).

**É o relatório.**

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça 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.

No caso dos autos, o Juízo singular deferiu o indulto nos seguintes termos:

"Considerando que o Supremo Tribunal Federal considerou o tráfico privilegiado como passível de Indulto, a despeito da vedação

Constitucional de tal benesse ao tráfico de entorpecentes, posição seguida pela jurisprudência do STJ, altera-se o posicionamento anterior deste Juízo a respeito do tema.

No caso presente, tendo em vista que o(a) sentenciado(a), condenado(a) a pena não superior a oito anos, a partir da data da prisão até 25/12/2017, cumpriu o lapso necessário da pena, além disso não apresenta prática de falta grave nos últimos dozes meses de cumprimento de pena, contados retroativamente à publicação do decreto, faz jus ao benefício.

Ante o exposto, presentes os requisitos legais, DECLARO INDULTADAS as penas impostas no(s) processo(s) 0000295-36.2018.8.26.0154, processo-crime 0000008-32.2017.8.26.0664, Foro de Votuporanga, o que faço com fundamento no artigo 1º, inciso IV, do Decreto 9.246/2017, julgando em consequência, extinta a punibilidade, nos termos do artigo 107, II, do Código Penal" (e-STJ, fl. 29).

O Tribunal *a quo*, ao julgar o agravo em execução interposto pelo *parquet* estadual, assim se manifestou:

"[...].

A decisão agravada concedeu o indulto a Thiago Rodrigues dos Santos considerando que ele foi condenado a pena não superior a oito anos, cumpriu o lapso necessário da pena até 25.12.2017, além de não apresentar prática de falta grave nos últimos meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à publicação do decreto (fls. 16/17).

O Ministério Público invoca o art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal, segundo qual 'a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem', alegando que o Decreto, no seu artigo 1º, IV, ofendeu frontalmente o referido dispositivo constitucional.

E, independentemente de maiores discussões, foi nesse sentido a decisão do Colendo Órgão Especial desta Corte (Arguição de inconstitucionalidade n.º 023406812.2011.8.26.0000, em 2 de maio de 2012, relator designado eminente Des. Guilherme Strenger).

De tal sorte, e não obstante a Constituição se refira a 'graça', não mencionando o indulto, a questão está superada. E, a meu ver, corretamente: não faria sentido proibir a concessão do benefício individual (graça), em que as circunstâncias podem ser excepcionais, e permiti-lo no caso do indulto, em que são beneficiados milhares de presos, indistintamente" (e-STJ fl. 73).

Inicialmente, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em 23/6/2016, o HC n. 118.533/MS, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, passou a adotar o entendimento de que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda", conforme ementa a seguir transcrita:

*"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 graves, 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, rel. Ministra CARMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, j. 23/6/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16/9/2016 PUBLIC 19/9/2016).

Após esse julgamento, a Quinta e a Sexta Turmas do STJ, revendo posição anteriormente adotada, passaram a acompanhar o entendimento adotado no julgado da STF.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

"EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES À PENA DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. RESP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.329.088/RS. ENTENDIMENTO ALTERADO PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE (HC-118.533/MS). APLICAÇÃO DO ART. 927, V, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C ART. 3º DO CPP. INDULTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 1º, XIV, DO DECRETO N. 8.380/2014. DEFERIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste 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.

2. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça, por meio do recurso especial representativo da controvérsia (REsp n. 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26/4/2013), entendimento no sentido de que a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No entanto, deve-se 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'. Aplicação do art. 927, V, do Novo CPC, c/c art. 3º do CPP.

4. No caso, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, tendo cumprido, em prisão provisória, 10 (meses) e 17 (dias), o que autoriza a concessão do indulto, a teor do art. 1º, XIV, do Decreto Presidencial n. 8.380/2014.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastando a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, deferir o indulto pleno ao paciente, nos termos do Decreto Presidencial n. 8.380/2014." (HC 370.687/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 18/10/2016, DJe 27/10/2016).

"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, j. 13/9/2016, DJe 22/9/2016).

Desse modo, a execução penal deve tratar o crime praticado pelo paciente como crime comum, e não como crime de natureza hedionda, para fins de cálculo de possíveis benefícios. Com fulcro nesse paradigma, não mais subsiste o óbice à concessão

do indulto ou da comutação aos condenados por tráfico privilegiado.

Por fim, o Juízo da execução asseverou (e-STJ fl. 29) que o paciente cumpriu o lapso necessário da pena, não praticou falta grave nos últimos dozes meses de cumprimento de pena, contados retroativamente à publicação do Decreto n. 9.426/2017, motivo pelo qual faz jus ao benefício.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, de ofício, **concedo a ordem**, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a decisão do Juízo da Execução que declarou indultadas as penas impostas ao paciente no Processo n. 0000295-36.2018.8.26.0154 e no Processo-Crime n. 00000008-32.2017.8.26.0664, Foro de Votuporanga, o que faço com fundamento no art. 1º, IV, do Decreto n. 9.246/2017, julgando, em consequência, extinta a punibilidade nos termos do art. 107, II, do Código Penal.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo singular, encaminhando-lhes cópia desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator