

HABEAS CORPUS Nº 470.765 - SP (2018/0248737-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WANDERSON CRISTIANO DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

WANDERSON CRISTIANO DA SILVA alega sofrer constrangimento ilegal, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no Agravo em Execução n. 0002604-71.2018.8.26.0496.

Depreende-se dos autos que o Juízo da execução penal indeferiu ao sentenciado o benefício do indulto. Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução, ao qual o Tribunal de Justiça negou provimento para **reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico privilegiado** e, assim, manter a decisão de primeira instância.

Nesta Corte, a defesa aduz a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o fundamento de que a incidência da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 afasta a hediondez do delito, e que é de rigor a aplicação do Decreto Presidencial n. 9.246/2017.

Requer, assim, a concessão do indulto.

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 84-90, opinou pela **concessão da ordem**.

Decido.

No caso, a Corte de origem, ao manter a decisão de primeiro grau, destacou que "o crime de tráfico de entorpecentes, ainda que na forma privilegiada (ou seja, se aplicado o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06), deve ser considerado como hediondo, na forma expressamente prevista nos artigos 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/90)" (fl. 43).

A esse respeito, certo é que este Tribunal Superior havia consolidado o entendimento de que a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta o caráter hediondo do delito de

tráfico de drogas, porquanto tal benefício nada mais é do que uma causa especial de diminuição de pena.

A questão, aliás, já havia sido analisada pela Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento do **REsp n. 1.329.088/RS** (representativo da controvérsia), ocorrido no rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, ocasião em que se concluiu 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" (Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 26/4/2013, Tema n. 600).

Tal compreensão foi, inclusive, consolidada na **Súmula n. 512 deste Superior Tribunal**, *in verbis*: "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."

Contudo, em sessão realizada em 23/6/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **HC n. 118.533/MS**, decidiu que o chamado "tráfico privilegiado" – aquele em que há a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – **não deve ser considerado crime de natureza hedionda**. Segundo a relatora, Ministra Cármen Lúcia, tal crime não se harmoniza com a qualificação de hediondez dos delitos previstos no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

O aludido acórdão foi assim ementado:

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, Rel. Ministra **Cármem Lúcia**, Tribunal Pleno, DJe 19/9/2016, destaquei).

Destaco, ainda, trecho de decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, que confere efetividade ao recente posicionamento firmado no HC n. 118.533/MS, *in verbis*:

De fato, a decisão em comento foi proferida em processo intersubjetivo, de modo que não se afigura força vinculante a exigir aplicação obrigatória do pronunciamento. **Contudo, impende que a decisão do Plenário da Suprema Corte, mormente na hipótese de provimento estritamente de direito, seja observada.** Com efeito, após a decisão proferida no HC 118.533/MS, não remanescem dúvidas acerca da incompatibilidade entre a figura do tráfico minorado e o tratamento equiparado a hediondo. As razões contidas no *decisum* ora impugnado, inclusive, foram exaustivamente avaliadas naquela oportunidade, **impondo-se que a compreensão do Plenário da Corte Constitucional produza efeitos de forma isonômica** (HC n. 136.599/SP, Rel. Ministro Edson Fachin, DJe 31/8/2016).

Por fim, em virtude da nova compreensão do Pretório Excelso acerca da matéria, **a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento da Pet n. 11.796/DF, ocorrido em 23/11/2016, revisou o teor da supracitada Súmula n. 512 e, ao 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, cancelou o enunciado.** Faço referência às razões de decidir do processo em apreço, para evitar repetições inúteis.

A jurisprudência foi firmada em processo intersubjetivo e não possui força vinculante, a exigir aplicação obrigatória. Contudo, a observância aos precedentes garante ao jurisdicionado a certeza do

posicionamento do Judiciário em relação a determinada matéria posta em juízo e evita, com isso, a prolação de decisões contraditórias.

A interpretação uniforme das leis faz com que exista uma ordem jurídica mais coerente, mais estável, com maior previsibilidade quanto à interpretação adotada pelo Poder Judiciário. Registro, aliás, que o Código de Processo Civil de 2015 privilegia a adoção de um sistema de vinculação aos precedentes, de modo que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, nos termos do seu art. 926, *caput*.

Diante desses objetivos e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, **deve ser privilegiada a hodierna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça.**

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem** de habeas corpus para afastar a hediondez do delito de tráfico com a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e determinar que o Juízo das Execuções reexamine o pedido de indulto ao paciente consoante os requisitos taxativos do decreto presidencial.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**