

HABEAS CORPUS Nº 480.234 - SP (2018/0310667-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABRIEL KENJI WASANO MISAKI - SP305314
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE LUAN NASCIMENTO BORGES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOSE LUAN NASCIMENTO BORGES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Agravo em Execução - Pedido de indulto pleno com base no Decreto Presidencial 9.246/17 - Crime que possui caráter hediondo por equiparação - Entendimento do STF, lançado no julgamento do HC 118.533/MS, que não possui efeito vinculante - Decreto que afronta preceito constitucional - Decisão judicial de indeferimento do indulto que deve prevalecer - Agravo desprovido (fl. 46).

O impetrante afirma que as instâncias ordinárias indeferiram o indulto da pena do paciente (Decreto n. 9.246/17) com base no caráter hediondo do delito de *tráfico privilegiado* (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), o que contraria o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão desse benefício.

O pedido de liminar foi deferido às fls. 60/62 para "*determinar que o Juízo da Execução Penal reaprecie o pedido de indulto, sem considerar o delito de tráfico privilegiado como de caráter hediondo*".

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 70/73).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ.

No entanto, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, após o Juízo de primeiro grau indeferiu o indulto à paciente, o Tribunal de origem manteve a decisão, estes foram os fundamentos:

[...]

No caso concreto, portanto, não há que negar-se o caráter hediondo, por equiparação, do crime de tráfico praticado por JOSÉ, ainda que tenha sido reconhecida a sua forma privilegiada.

3. No mais, andou bem o d. Juiz das Execuções ao indeferir a concessão de indulto pleno postulado pelo recorrente.

O artigo 1º, inciso IV, do Decreto nº 9.246/2017, ao admitir a concessão de indulto ou comutação a agentes condenados por crime de tráfico de entorpecentes, encontra-se em dissonância com o ordenamento jurídico pátrio.

Em que pese ser discricionário o poder do Sr. Presidente da República de editar decretos de indulto (derivado do artigo 84, XII, da Constituição Federal), não é ele ilimitado, devendo o seu exercício submeter-se aos limites estabelecidos na própria Constituição, haja vista que a norma por meio da qual é introduzido o benefício no ordenamento jurídico é hierarquicamente inferior às normas constitucionais.

O tema já foi amplamente discutido pela jurisprudência, tendo esse Egrégio Tribunal de Justiça, assim como os Tribunais Superiores do país, assentado que ao Presidente da República, no exercício da prerrogativa conferida pelo artigo 84, XII, da CF, não é dado conceder benefícios que são expressamente proibidos pela Carta Magna.

[...]

Em suma, porque o Decreto nº 9.246/2017 ao admitir o indulto a crimes de tráfico de entorpecentes não se afigura apenas inconstitucional, mas também ilegal, é dever dos juízes não aplicá-lo.

4. Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao agravo (fls. 53/56).

O Superior Tribunal de Justiça entendia que o crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado), em que pese denotasse causa de diminuição de pena em relação ao delito previsto no *caput*, mantinha sua natureza de hediondo, sendo-lhes aplicáveis os dispositivos da Lei n. 8.072/90. Nesse sentido, inclusive, foi editada a Súmula n. 512 do STJ.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do HC n. 118.533, afastou a hediondez do delito em questão, afirmando que apenas as

modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, *caput*, e § 1º da Lei n. 11.343/06 seriam equiparadas aos crimes hediondos. Confira-se a ementa do julgado:

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 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)

Esse entendimento foi acompanhado por ambas as Turmas que apreciam matéria penal nesta Corte Superior, conforme se extrai dos seguintes precedentes, firmados após o aludido julgado do Pretório Excelso, que superam a aplicação do verbete sumular mencionado *supra*. Confirmam-se:

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, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (128 PINOS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não

superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

4. Conforme o novel entendimento do STF, HC n. 118.533/MS, 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, pois 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, havendo evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (HC 367.301/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/10/2016, DJe 17/10/2016)

Por fim, acompanhando esse novo entendimento, a Terceira Seção desta Corte Superior, em 23/11/2016 cancelou o enunciado n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, diante do constatado constrangimento ilegal, impõe-se o afastamento do caráter hediondo do delito de tráfico de entorpecentes privilegiado, de modo que o indeferimento do pleito de indulto apenas com base nesse óbice deve ser superado.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para determinar ao Juízo da Vara de Execuções Criminais que reaprecie o pedido de indulto, com base no Decreto n. 9.246/2017, sem considerar o crime de tráfico privilegiado como fator impeditivo para obtenção do indulto, confirmando a liminar deferida.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator