HABEAS CORPUS Nº 476.500 - SP (2018/0286386-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
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	:	FERNANDO FERREIRA DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDO FERREIRA DE SOUZA, em face de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo da Execução proferiu decisão indeferindo o pedido de indulto, formulado com base no Decreto Presidencial n.º 9.246/2017 (fls. 15-18).

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução penal, que foi improvido pelo Tribunal local.

Daí o presente *writ*, em que a Impetrante sustenta, em síntese, que o delito de tráfico privilegiado de que tratam os autos não configura crime hediondo, não se inscrevendo na vedação constitucional à concessão do indulto ora pretendido.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para deferir o indulto ao paciente, nos termos do Decreto nº 9.246/017.

A liminar foi indeferida (fl. 77).

As informações foram prestadas (fls. 83-98).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela concessão da ordem (fls. 100-103).

É o relatório.

DECIDO.

Considerando que o delito de tráfico privilegiado não ostenta a natureza de crime hediondo, pleiteia a defesa o restabelecimento da decisão do Juízo de piso que deferiu ao paciente o indulto de que trata o Decreto Presidencial n.º 9.246/2017.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao agravo em execução defensivo, sob os seguintes fundamentos (fls. 67-70 e 72-73):

> [...] o delito previsto no artigo 33, caput, ainda que cumulado com a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, da Lei nº 11.343/06, deve continuar sendo considerado crime equiparado a hediondo, uma vez que a causa especial de diminuição de pena prevista em dito parágrafo não altera a tipificação insculpida no caput do referido artigo.

Não se desconhece, é bem verdade, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, na Petição nº 11.796/DF, assentou o entendimento de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada, não é crime equiparado a hediondo, restando cancelado, assim, o enunciado 512 da Súmula daquela Corte, corroborada, pois, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 118.533/MS.

Entrementes, apesar da seriedade e da fundamentação exemplar lançada nos aludidos arestos, não estou convencido, ao menos até este instante, da sua correção, valendo observar que se trata de decisões desprovidas de efeito vinculante, as quais não têm o condão, portanto, de produzir efeitos obrigatórios em feitos similares.

Assim, **não havendo separação, nem na Constituição da República e nem na Lei nº 8.072/90, dos crimes tipificados na Lei nº 11.343/2006, é certo que o chamado "tráfico privilegiado" (com aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33) é crime equiparado a hediondo, sendo insuscetível, pois, de indulto**.

[...]

Ao contrário do que possam argumentar, espécie de indulgência soberana, dada pelo chefe do poder executivo federal, o constituinte originário utilizou o termo "graça" de forma abrangente, conforme interpretação dos constitucionalistas, de maneira a incluir a graça em sentido estrito, o indulto e a comutação, pois possuem os mesmos pressupostos (concedidos para crimes comuns, decorrem de decreto presidencial, referem-se aos condenados e só podem ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação); ao contrário da anistia (concedida para crimes políticos, decorre de lei federal, refere-se a fatos concretos e pode ocorrer antes ou após o trânsito em julgado da sentença condenatória).

Diferenciam-se, contudo, pela abrangência (individual ou coletiva) e pela iniciativa (provocada ou espontânea), sendo denominado "comutação" o indulto parcial da pena.

[...]

Tal vedação constitucional foi reproduzida no inciso I do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que expressamente veda a anistia, a graça e o indulto aos praticantes de crimes hediondos e equiparados, constitucionalidade que já foi expressamente declarada pela Corte Suprema (HC 81.810, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.4.2009; HC 96.431, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.4.2009; HC 81.407, rel. Min. Néri da Silveira, j. 13.11.2001; HC 77.528, rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.2.1999; HC 80886, rel. Min. Nelson Jobim, j. 22.05.2001), e, mais recentemente, no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

Destarte, ainda que o art. 84, XII, da Constituição da República autorize o Presidente da República a conceder indulto, tal poder administrativo discricionário deve se submeter e respeitar os limites constitucionais e legais, conforme hierarquia das normas do ordenamento jurídico.

[...]

De rigor, pois, sob todos os aspectos, o indeferimento da benesse perseguida, tal como decidido, de forma escorreita, pelo Magistrado singular.

Posto isto, por maioria de votos, NEGARAM PROVIMENTO ao presente recurso, vencido o Exmo. Sr. Des. Sorteado que o acolhia, em parte, nos

> termos que constará na declaração.

Extrai-se do trecho acima reproduzido que o Tribunal de origem cassou a decisão que concedeu o indulto, formulado com fulcro no Decreto Presidencial n.º 9.246/17, por considerar que o delito de tráfico privilegiado do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos ostenta a mesma natureza hedionda da figura prevista no *caput* do mesmo dispositivo, o que justificaria a vedação do deferimento de tal benesse processual.

Há muito este Superior Tribunal de Justiça havia fixado entendimento no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não afastava a hediondez do delito de tráfico de drogas, pois *sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime* (REsp 1.329.088/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13/3/2013, DJe 26/4/2013), o que foi, inclusive, consolidado na Súmula 512/STJ.

Ocorre que, no julgamento do HC 118.533/MS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação segundo a qual o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Eis a ementa do acórdão:

> 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 16-9-2016 PUBLIC 19-9-2016.)

Nesse contexto, alinhando-se à posição do STF, a Terceira Seção desta Corte concluiu pela necessidade de revisão do entendimento anteriormente

consolidado, com o consequente cancelamento da Súmula 512/STJ. Vejamos:

> 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 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 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.* (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016.)

Desse modo, não há como se aplicar os rigores da Lei 8.072/90 ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, quando reconhecida a sua forma privilegiada, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porquanto não caracterizada a natureza hedionda do delito.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para afastar a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado, determinando ao juízo primevo que reanalise o pleito defensivo de indulto, tomando por base, unicamente, os requisitos do Decreto Presidencial n.º 9.246/2017.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator