HABEAS CORPUS Nº 490.526 - SP (2019/0021880-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUCAS CORREA ABRANTES PINHEIRO - SP240631
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WELLINGTON DA SILVA BASILIO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de WELLINGTON DA SILVA BASILIO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os autos dão conta de que o Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal da Comarca de Ribeirão Preto – DEECRIM 6ª RAJ indeferiu o pedido de indulto formulado pelo ora paciente com base no Decreto Presidencial n. 9.246/2017 (e-STJ fls. 41/45).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de agravo em execução no Tribunal de origem, que lhe negou provimento nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ fl. 82):

> *Agravo de Execução Penal. Tráfico privilegiado. Pleito de concessão de indulto. Impossibilidade. Interpretação literal do art. 5º, inc. XLIII da CF. Vedação constitucional e legal para a concessão do benefício. Manutenção da r. deliberação. Agravo desprovido.*

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo afirma que "*o indeferimento do indulto partiu da (completamente) equivocada premissa da natureza hedionda do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, crime pelo qual o paciente está cumprindo pena"*, e que "*a questão está pacificada em sentido oposto ao decido"* (e-STJ fl. 3).

Alega que "*o entendimento do STJ e do STF sobre o tema é hoje favorável ao paciente*" e que, "*enquanto o STJ e o STF deixaram de considerar o artigo 33, §4º, como crime hediondo, a ementa do acórdão combatido diverge"* (e-STJ fls. 3 e 4).

Sustenta que, "*afirmada e reafirmada nas Cortes Superiores a*

natureza comum do tráfico privilegiado, a previsão de indulto para tal crime na fase execucional segue a modernidade sobre o tema, inexistindo óbice decorrente do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Além do mais, se não há óbice constitucional para a concessão de indulto para crimes comuns, deve ser respeitada a vontade presidencial, exercida no Decreto de indulto com amparo na competência privativa estampada no art. 84, XII, da Constituição Federal" (e-STJ fl. 5).

Diante disso, pleiteia seja concedida a ordem "*a fim de reconhecer o indulto e assim declarar extinta a punibilidade do paciente, nos termos do art. 107, II, do Código Penal"* (e-STJ fl. 5).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 100/118).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 120/126).

É, em síntese, o relatório.

No caso dos autos, o Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal da Comarca de Ribeirão Preto – DEECRIM 6ª RAJ indeferiu o pedido de indulto formulado pelo ora paciente, consignando, para tanto, que (e-STJ fls. 41/43):

> *Com efeito, foi imposta ao condenado pena em razão da prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.*
>
> *O condenado em razão do cometimento dessa espécie de crime não pode ser agraciado com indulto ou comutação, em face da vedação inserta no art. 5º, XLIII, da Constituição da República.*
>
> *Diante da explícita vedação constitucional, mostra-se de todo irrelevante para o deslinde da questão perscrutar se o crime de tráfico de substâncias entorpecentes é ou não hediondo.*
>
> *Simplesmente a Constituição da Federal estabeleceu que, relativamente a tal delito, não se afigura possível a concessão de indulto ou de comutação. Nada mais! E é o que basta para incidência da norma constitucional acima referida!*
>
> *De mais a mais, o crime de tráfico de substâncias entorpecentes, "privilegiado" ou não, pouco importa, não deixa de ser delito de tráfico ilícito de drogas.*
>
> *Em termos mais diretos: o batizado "tráfico privilegiado" não constitui outro tipo penal.*

> *Ou, se preferirmos, em termos gramaticais: o adjetivo - privilegiado - não elimina o substantivo - tráfico -, mas sim, única e exclusivamente, o qualifica.*
>
> [...]
>
> *A par disso, o Decreto Presidencial, no particular, há de guardar compatibilidade vertical com a Constituição da República. Ou seja, não pode sobrepor-se à vedação constitucional supracitada, sob pena de padecer de flagrante inconstitucionalidade, a impedir a sua aplicação.*

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao recurso defensivo, mantendo a decisão de primeiro grau à base da seguinte fundamentação (e-STJ fls. 83/89):

> *O agravante foi condenado ao cumprimento de 1 (um) ano e 8 (meses) meses de reclusão, atualmente em regime semiaberto, como incurso no art. 33, caput da Lei n. 11.343/06, na forma privilegiada (§4º), com término da expiação previsto para 4.3.2019 (fls. 31/33).*
>
> *Data vênia, temos repetido que indulto e comutação são pronunciamentos do Príncipe, cabendo ao Presidente da República estabelecer condições, desde que não conflitantes com a Const. Federal ou com a Legislação em vigência. Não pode o Judiciário criá-las, muito menos a suposta beneficiária aproveitá-las para períodos subsequentes.*
>
> *E assim temos feito com respaldo da jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, a qual: "(...) orienta-se no sentido de que, nos casos de indulto e comutação de pena, somente poderá ser exigido o preenchimento dos requisitos subjetivo e objetivo previstos no Decreto concessivo do benefício (...) a prática de faltas graves, anteriores a 12 (doze) meses da publicação do Decreto concessivo do benefício da comutação da pena, ou a ele posteriores, a gravidade abstrata do delito, a longa pena a cumprir ou a necessidade de realização de exame criminológico somente poderão constituir óbice à comutação da pena, se assim dispuser o Decreto concessivo do benefício (art. 84, XII, da CF/88), em respeito ao princípio da legalidade (...)" (rel. Min. ASSUSSETE MAGALHÃES, no julgamento do HC 248.502/SP, em 18.2.2014).*
>
> [...]
>
> *Todavia, preservadas elevadas convicções em sentido contrário, não nos cabe dar ao expresso texto constitucional leitura diversa, oportuno a esta altura rememorar o batido brocardo in claris cessat interpretatio, confira-se não apenas no tocante ao rigor previsto na Lei n. 8.072/90, como o próprio conteúdo do inc. XLIII do art. 5º da Carta, que transcrevemos:*
>
> > *"(...) 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 (...)".

Ora, data vênia, o Constituinte originário não excepcionou a figura privilegiada dentro do tráfico.

Em Roma, o jurisconsulto Paulo bem ensinava que, "Quando nas palavras não existe ambigüidade, não se deve admitir pesquisa acerca da vontade ou intenção".

E assim há de ser hoje também, especialmente quando em discussão a lei fundamental, somente admissível exceção quando o texto não é feliz, o que, com todo o respeito, evidentemente, não é o caso.

Nem nos é dado olvidar considerar que a causa de diminuição prevista pelo disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 é benefício a ser concedido em determinadas situações fáticas, avaliando-se o contexto dos fatos e o mérito do beneficiário.

Guardadas as devidas proporções, conferir tratamento mais brando a crime constitucionalmente equiparado a hediondo, ponderada apenas a condição subjetiva, brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico, importando em violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico.

O Col. Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão, esclarecendo que a vedação constante na Const. Federal engloba, além das vedações expressas, os institutos do indulto e da comutação de penas: "HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. CRIME HEDIONDO. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO N. 7.046/2009. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que ***o instituto da graça, previsto no art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional****. Precedentes. 2. O Decreto n. 7.046/2009 dispõe que a concessão dos benefícios de indulto e comutação da pena não alcança as pessoas condenadas por crime hediondo, praticado após a edição das Leis ns. 8.072/1990, 8.930/1994, 9.695/1998, 11.464/2007 e 12.015/2009. 3. Ordem denegada." (HC 115.099/SP, 2ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, J. 19.2.2013) (negrito deste subscritor).*

Ou seja, a concessão do ato de clemência pelo Chefe do Poder Executivo encontra vedação no princípio da reserva legal, na medida em que a norma editada não pode afrontar o texto Constitucional.

Sem prejuízo, há que se ponderar, ainda, que a própria Lei n. 11.343/06, em seu art. 44, caput, veda a concessão do benefício, confira-se: "Art. 44. Os crimes previstos nos ***arts. 33, caput*** *e § 1º, e 34 a 37 desta Lei* ***são*** *inafiançáveis e* ***insuscetíveis de*** *sursis, graça,* ***indulto****, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos" (negrito deste subscritor).*

Assim, ainda que o Dec. Presidencial permita a concessão de indulto

> *e comutação aos sentenciados condenados por tráfico de estupefacientes com a incidência da causa de diminuição de pena, tal disposição encontra vedação constitucional, pois o delito de tráfico de substâncias entorpecentes, equiparado ou não a hediondo, está elencado no texto constitucional com a vedação da concessão de tais benesses, o que não pode ser suprimido por ato normativo editado pelo Chefe do Poder Executivo.*
>
> *Em suma, impossível a concessão do indulto na hipótese dos autos, tendo em vista a existência de expressa vedação constitucional e legal sobre o tema.*

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, no julgamento da 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 é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 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 § 1°, 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* (Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 29/11/2016).

Nessas circunstâncias, entendo que deve ser afastada a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas, considerando-o como crime comum.

Quanto à impossibilidade de concessão de indulto aos condenados pela prática do crime de tráfico privilegiado, verifico que as instâncias ordinárias decidiram de forma contrária ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, visto que esta Corte já decidiu que a vedação prevista no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal não impossibilita a sua concessão às pessoas condenadas pela prática de tal delito.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONCESSÃO DE INDULTO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ACENTUADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. Ainda que o art. 5º, XLIII da Constituição Federal não mencione, expressamente, a impossibilidade de concessão de indulto aos*

condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, esse benefício, por ser uma espécie do gênero "graça" (que nada mais é do que um indulto individual), está abrangido pela vedação constitucional. Por conseguinte, uma vez que há vedação expressa no texto constitucional, não pode um decreto prever a possibilidade de concessão de tal benefício aos agentes condenados pelo cometimento de tal delito.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 23/6/2016, por ocasião do julgamento do HC n. 118.533/MS, concluiu que o crime de tráfico de drogas, quando objeto de redução da pena por incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (chamado "tráfico privilegiado"), não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

3. Ao retirar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas nos casos em que há incidência da minorante prevista no § 4º do referido dispositivo legal, apenas foi afastada a ideia de elevado grau de reprovabilidade, por equiparação com os crimes hediondos, que é inerente aos crimes previstos no art. 33, caput *e § 1º da Lei n. 11.343/2006. A conduta delituosa do agente que é beneficiado com a citada minorante continua sendo a de tráfico de drogas, porquanto o § 4º não prevê uma nova conduta típica ou um tipo penal autônomo, mas tão somente uma causa especial de diminuição de pena.*

4. ***Embora a conduta delituosa do agente que é beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 continue sendo a de tráfico de drogas (haja vista que o § 4º não prevê uma nova conduta típica ou um tipo penal autônomo, mas tão somente uma causa especial de diminuição de pena), é possível favorecê-lo com a concessão de graça ou anistia (e, consequentemente, de indulto), por não existir, em sua conduta, o caráter de acentuado grau de reprovabilidade que é inerente aos crimes hediondos e aos a eles equiparados****.*

5. ***Conquanto o tráfico de drogas, com a incidência da minorante, não deixe de ser crime de tráfico, deve-se conferir uma interpretação conforme ao inciso XLIII do art. 5º, para concluir, no que diz respeito especificamente à expressão "tráfico ilícito de entorpecentes", que a vedação constitucional alcança, tão somente, as condutas previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) e as descritas no art. 33, § 1º, dessa lei (condutas equiparadas), em que não há a redução de pena do § 4º****.*

6. Se o Decreto n. 8.615/2015, ao elencar as pessoas que não seriam alcançadas com as benesses nele previstas, o fez à semelhança do rol proibitivo previsto na Constituição Federal, também é razoável a conclusão de que o rol do art. 9º não engloba aqueles indivíduos que foram condenados por tráfico de drogas e foram beneficiados com a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, tal como o ora paciente.

7. Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, afastar o impedimento de concessão de indulto ao paciente - em relação à condenação em que lhe foi imposta a pena de 4 anos, 8 meses e 4 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 33, caput e § 4º, da Lei n.

> *11.343/2006 (Processo n. 0004643-70.2016.8.26.0509) -, determinando, por conseguinte, ao Juízo das Execuções Criminais que examine os demais requisitos necessários para a concessão do referido benefício* (HC 411.328/SP, relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 9/10/2017, grifei).

Ante o exposto, **concedo a ordem para determinar que o Juízo da execução avalie novamente a possibilidade de concessão de indulto, desconsiderando os fundamentos por ele adotados para indeferir o pedido**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator