HABEAS CORPUS Nº 490.878 - SP (2019/0025017-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUCIANO PEREIRA DE ANDRADE - SP241228
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANTONIO WELISON AGOSTINHO GOMES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO. DECRETO N.º 9.246/2017. BENEFÍCIO NEGADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. CARÁTER HEDIONDO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006). FUNDAMENTO INIDÔNEO. HEDIONDEZ AFASTADA POR DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC N.º 118.533/MS. CANCELAMENTO DO VERBETE SUMULAR N.º 512/STJ. PRECEDENTES. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANTONIO WELISON AGOSTINHO GOMES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Execução Penal n.º 7000031-22.2018.8.26.0663.

Consta dos autos que o Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Votorantim/SP indeferiu pedido de comutação formulado pelo Paciente, com base no Decreto n.º 9.246/2017, por entender que a figura do tráfico privilegiado é delito de natureza hedionda (fls. 21-22).

Inconformada, a Defesa interpôs agravo em execução, que foi desprovido pelo Tribunal de origem, porque *"não há dúvidas de que os crimes pelos quais o agravante foi condenado não possuem natureza hedionda ou equiparada"* (fl. 97).

Neste writ, a Impetrante sustenta que, *"segundo o Supremo Tribunal Federal, o tráfico privilegiado de entorpecentes (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) deve receber tratamento distinto daquele atribuído aos crimes hediondos e equiparados, uma vez que o legislador traz circunstâncias que tornam o crime menos grave, ou seja, conta com menor reprovação"* (fls. 9-10).

Ressalta que *"a decisão combatida traz grave constrangimento ilegal à*

liberdade de locomoção do paciente, uma vez que, atribuir natureza hedionda ao tráfico privilegiado de entorpecentes é incompatível com a ordem jurídica constitucional" (fl. 12).

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem *"para cassar a decisão proferida pela autoridade coatora, sendo deferido a comutação ao paciente"* (fl. 13).

O pedido liminar foi indeferido, durante o recesso forense, pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, às fls. 80-81.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 88 e 91-99, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 102-103, opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus*, *"mas concedida a ordem, de ofício, para que o Juízo da Execução Penal reaprecie o pedido de comutação da pena."*

É o relatório. Decido.

O Juízo de primeira instância indeferiu o pedido de comutação, nos seguintes termos (fl. 21):

> *"A concessão de comutação de penas aos condenados por crimes dessa natureza é expressamente vedada pela Constituição Federal (art. 5°, inciso XLIII), independentemente de o tráfico, porventura, ser '*privilegiado'*, uma vez que não se desnatura a hediondez do crime nessas circunstâncias.*
>
> *Consigne-se, ainda, que o § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 aplica meramente circunstância de diminuição de pena, não caracterizando crime distinto do seu 'caput' ou do § 1º, podendo até ser mencionado pelo termo inventado 'tráfico privilegiado' pela benesse oferecida, mas não caracterizando outro crime, que não previsto na Lei."*

O acórdão recorrido, por sua vez, está assim fundamentado (fls. 96-97):

> *"A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça revisou a tese anteriormente firmada, a fim de acolher o novo entendimento, segundo o qual tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo.*
>
> [...]
>
> *Portanto, não há dúvidas de que os crimes pelos quais o agravante foi condenado não possuem natureza hedionda ou equiparada.*
>
> *Todavia, o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal dispõe que: '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'. (grifei) No mesmo sentido, a Lei nº 8.072/90, em seu artigo 2º: 'os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto'. (grifei)

Entende-se, portanto, que o mencionado dispositivo constitucional, de fato, configura impedimento de concessão de indulto ou comutação aos condenados pela prática de tráfico de drogas."

Ocorre, porém, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 118.533/MS, concluiu que "*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*" (HC 118.533/MS, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 16/09/2016).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, firmado, inclusive, em julgado sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 600), conforme se extrai da seguinte ementa:

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

Ademais, assim dispõe o Decreto n.º 9.246/2017, em seu art. 3.º:

"*Art. 3º O indulto natalino ou a comutação de pena não será concedido às pessoas condenadas por crime:*

I - de tortura ou terrorismo;

II - ***tipificado nos art. 33,*** **caput** ***e § 1º, art. 34, art. 36 e art. 37 da Lei nº 11.343, de 2006****, exceto na hipótese prevista no art. 1º,* caput*, inciso IV, deste Decreto;*

III - considerado hediondo ou a este equiparado, ainda que praticado sem grave ameaça ou violência a pessoa, nos termos da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990;

IV - praticado com violência ou grave ameaça contra os militares e os agentes de segurança pública, de que tratam os art. 142 e art. 144 da Constituição, no exercício da função ou em decorrência dela;

V - tipificado nos art. 240, art. 241 e art. 241-A, caput *e § 1º, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; ou*

VI - tipificado nos art. 215, art. 216-A, art. 218 e art. 218-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal."

Como se vê, no inciso II do referido artigo, não foi expressamente mencionado o tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sendo certo que a análise do pedido de indulto/comutação deve restringir-se aos requisitos previstos no decreto presidencial, descabendo ao Poder Judiciário incluir novos óbices.

Nesse sentido:

"*PENAL E PROCESSO PENAL.* HABEAS CORPUS. *EXECUÇÃO PENAL. (1) CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO Nº 8.615/2015. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. POSSIBILIDADE. (2) ART. 9º, II, DO DECRETO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE MENÇÃO EXPRESSA. (3) HEDIONDEZ. NÃO CONFIGURAÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC Nº 118.533/MS. MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DA QUINTA E SEXTA TURMAS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 512/STJ. (4)* WRIT *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. O art. 9º, II, do Decreto nº 8.615/2015 veda a concessão

> ***de indulto e ou comutação às condutas previstas no art. 33,* caput*, e § 1º, bem como nos arts. 34 a 37 da Lei de Drogas, não fazendo nenhuma menção expressa à figura prevista no § 4º do art. 33. Portanto, o decreto não incluiu no rol proibitivo a conduta do tráfico privilegiado. Os requisitos compreendidos naquele diploma para a concessão dos benefícios foram elencados pelo Presidente da República, em conformidade com o art. 84, XII, da Constituição Federal. Incabível ao Poder Judiciário entender de forma contrária, sob pena de letal afronta aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.***
>
> [...]
>
> *4.* Writ *não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das execuções reaprecie o pleito do paciente relativo à concessão de indulto, com supedâneo no Decreto nº 8.615/2015, desconsiderando os óbices anteriormente apontados.*" (HC 376.489/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016; sem grifos no original.)

A ordem não pode, no entanto, ser deferida nos termos do pedido, pois o Juízo das Execuções não analisou os demais requisitos para a concessão da comutação.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para determinar ao Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Votorantim/SP que reavalie o pedido de comutação de penas formulado em favor do Paciente, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de março de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora