

**HABEAS CORPUS Nº 483.660 - SP (2018/0331704-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ISABELA HALLEY HATTY - SP316781  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RENAN CLEBER DE OLIVEIRA SANTOS

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **RENAN CLEBER DE OLIVEIRA SANTOS**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que cassou o indulto concedido pelo d. Juízo da Execução Penal em favor do paciente, por considerar que o tráfico privilegiado seria crime hediondo ou equiparado, nos termos do v. acórdão de fls. 89-101, assim ementado:

*"AGRAVO EM EXECUÇÃO - CONCESSÃO DO INDULTO PLENO COM BASE NO DECRETO 9.246/2017 - CONDENADO POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 - IRRELEVÂNCIA - ART, 5º, INCISO XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO ART. 2º, INCISO II DA LEI Nº 8.072/90 - RECURSO PROVIDO, COM RECOMENDAÇÃO."*

Na presente impetração, a Defensoria Pública estadual alega que o tráfico de drogas privilegiado não é compatível com a hediondez do tráfico comum, nesse sentido, *"devendo aqueles condenados por este crime, na fase executiva, ter um tratamento diferenciado, nos termos da determinação constitucional da individualização da pena"* (fl. 6). Sustenta, assim, que o v. acórdão afronta o entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Requer a concessão da ordem, inclusive LIMINARMENTE, para cassar o v. acórdão impugnado, restabelecendo-se a r. decisão que deferiu o

indulto pleno em favor do paciente. No mérito, a confirmação da liminar com a concessão definitiva.

Liminar deferida, às fls. 113-115.

Informações, às fls. 124-138 e 142-178.

O d. Ministério Público Federal, em parecer de fls. 186-189, opinou pela concessão da ordem de ofício, nestes termos:

*"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO. SÚMULA 512/STJ CANCELADA. CONCESSÃO DE INDULTO. POSSIBILIDADE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS OU, SE CONHECIDO, PELA CONCESSÃO DA ORDEM."*

É o relatório.

**Decido.**

A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** substitutivo do recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual

constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Pois bem.

O eg. Supremo Tribunal Federal, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **HC n. 118.533**, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

Trago à colação a ementa do mencionado julgado, **verbis**:

**"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, **Tribunal Pleno**, Relª. Minª. **Cármem Lúcia**, DJe de 19/9/2016, grifei).

A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar a **Petição n. 11.796/DF**, em sessão realizada no dia 23/11/2016, adotou o posicionamento da excelsa Suprema Corte e firmou 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 deste Superior Tribunal de Justiça"*, nos termos do v. acórdão

assim ementado:

*"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 proliferação 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 n. 11.796/DF, **Terceira Seção**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/11/2016).*

Nesse sentido, também os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

**"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO N. 7.873/2012. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. NATUREZA DE CRIME COMUM. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. RECENTE ENTENDIMENTO DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.**

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Acompanhando o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 118.533/MS, a 5ª e a 6ª Turmas deste Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior, passou a adotar orientação no sentido de que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda".

3. Dessarte, com fulcro nesse novo paradigma, não mais subsiste o óbice à concessão do indulto ou da comutação aos condenados por tráfico privilegiado.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais que concedeu indulto à paciente, com supedâneo no Decreto n. 7.873/2012" (HC n. 371.186/MG, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 3/3/2017).

**"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.*

2. *Este Superior Tribunal de Justiça consolidou, há tempos, entendimento no sentido de que "a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 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" - Recurso Especial Representativo da controvérsia (Art. 543-C do Código de Processo Penal) - REsp nº 1.329.088/RS. Enunciado sumular nº 512/STJ.*

3. *Entretanto, em novo entendimento, recente decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do HC nº 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, assentou que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Mudança de posicionamento quanto ao tema por parte da Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, que culminou na revisão do entendimento anteriormente consolidado, pela Terceira Seção, e no cancelamento do enunciado nº 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.*

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 n. 376.489/SC, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 16/12/2016).*

Assim, constata-se o constrangimento ilegal alegado, uma vez que o eg. Tribunal **a quo**, revertendo a decisão anterior, negou o benefício do indulto ao paciente, não obstante tenha sido condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

**In verbis** (fls. 89-105):

*"Ademais, a mera aplicação do benefício previsto no § 4º, do art.*

*33 da Lei nº 11.343/06, não é suficiente para descaracterizar a natureza do crime de tráfico de entorpecentes.*

*Desse modo, o referido decreto, não poderia autorizar a concessão do indulto aos crimes de tráfico de drogas.*

*Além disso, o julgamento do HABEAS CORPUS nº 118.533/MS do Supremo Tribunal Federal, embora decidido em plenário, trata-se de caso isolado, sem caráter vinculante.*

*Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao agravo em execução, para cassar o indulto concedido ao sentenciado, com base no art. 5º. inciso XLIII, da Constituição Federal, e art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/90. Comunique-se com urgência ao r. Juízo competente, para as providências quanto a retomada do cumprimento das penas, haja visto que o sentenciado encontrava-se em livramento condicional."*

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo a ordem, de ofício**, para, confirmando a liminar, cassar o v. acórdão para afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins de direito, restabelecendo a r. decisão proferida pelo d. Juízo da Execução em favor do paciente.

P. I.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator