HABEAS CORPUS Nº 482.410 - SP (2018/0324461-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	ALANDESON DE JESUS VIDAL - SP168644
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CARLOS EDUARDO FABIANO FREIRE (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CARLOS EDUARDO FABIANO FREIRE contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Execução Penal n. 9002499-18.2018.8.26.0050).

Infere-se dos autos que o Juízo das Execuções Criminais indeferiu o pedido de indulto da pena, formulado pelo paciente com fundamento no Decreto n. 8.380/2014.

Irresignada, a defesa interpôs agravo no Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nestes termos:

> *No caso vertente, o reeducando foi condenado por tráfico ilícito de entorpecentes, crime equiparado aos hediondos, portanto, inviável o deferimento do indulto, por expressa vedação legal, consoante, aliás, bem anotado pela douta Procuradoria de Justiça.*
>
> *Com efeito, o artigo 9º, inciso II, do referido Decreto Presidencial veda a concessão do indulto aos condenados por "por crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do caput e § 1º do art. 33 e dos arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006".*
>
> *Ademais, mesmo nos casos em houve o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei nº 1.343/06, o crime de tráfico ilícito de drogas não perdeu seu caráter hediondo*
>
> *[...]*
>
> *Sendo assim, constata-se que decidiu com acerto o eminente Magistrado ao não atender a pretensão do agravante, vez que a Constituição Federal, o artigo 44 da Lei de Drogas e o artigo 9º, inciso II, do Decreto Presidencial nº 8.380/2014 vedam a concessão de indulto aos condenados pela prática do crime tráfico ilícito de entorpecentes, que é equiparado aos crimes hediondos* (fls. 13/16).

No presente *writ*, a Defensoria Pública sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal pois o *tráfico privilegiado* não possui natureza hedionda, conforme entendeu o Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 118.533/MS, da Relatoria da Min. Cármen Lúcia, publicado no DJe de 19/9/2016.

Indeferido o pedido liminar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus*, nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 8.340/14. WRIT DESACOMPANHADO DE CÓPIA DA DECISÃO DE 1º GRAU QUE INDEFERIU A BENESSE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ATO CONCESSIVO. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT* (fl. 27).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Esta Corte possuía o entendimento pacífico de que a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não afasta a hediondez do tráfico de drogas. Nesse sentido, foi editado o enunciado n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Acontece que sobreveio julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, ou seja, afirmando 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 118533, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 23/6/2016, DJe de 19/9/2016).

Esse entendimento foi acompanhado pelas Turmas que julgam matéria penal nesta Corte Superior, culminando com o cancelamento, pela Terceira Seção, do mencionado enunciado n. 512 da Súmula do STJ.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA DO DELITO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. INDULTO PLENO. DECRETO N. 8.380/2014. LAPSO PARA CRIME COMUM. FLAGRANTE ILEGALIDADE NA CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - O STF, 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.

III - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, 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".

IV - No caso, está configurado o constrangimento ilegal, uma vez que o eg. Tribunal a quo cassou o benefício indulto concedido ao paciente, não obstante tenha sido condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins, e restabelecer a r. decisão do Juiz da Execução, concessiva de indulto (HC 435.156/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 27/04/2018).

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.

[...]

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, DJe 27/10/2016).

No caso, o acórdão impugnado encontra-se em dissonância com o atual entendimento desta Corte.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para afastar a hediondez do delito de *tráfico privilegiado* (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) e determinar que o Juízo das Execuções examine o pedido do paciente consoante o regramento legal e a jurisprudência das Cortes Superiores.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator