RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.297 - MS (2019/0064344-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	JOAO BATISTA AGUIAR GALDINO
ADVOGADO	:	MOHAMED ALE CRISTALDO DALLOUL - MS014487
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006; E 9º, § 2º, DO DECRETO N. 8.615/2015. INDULTO NÃO CONCEDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPORTE NA NATUREZA DE UM DOS CRIMES DO RECORRENTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. HEDIONDEZ. ENTENDIMENTO ALTERADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N. 118.533/MS. RETORNO DOS AUTOS PARA ANÁLISE DO PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA BENESSE.
Recurso especial provido nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Joao Batista Aguiar Galdino**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul no Agravo em Execução n. 0007630-38.2016.8.12.0002.

> AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONDUTA EVENTUAL - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A HEDIONDEZ DO DELITO - INDULTO - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL - CRIMES COMUNS - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA INSTÂNCIA SINGELA - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - PARCIAL PROVIMENTO.
>
> A incidência da causa de diminuta do art. 33, § 4°, da Lei n.° 11.343/06, não afasta a hediondez do delito de tráfico de drogas. Aplicação da Súmula n.° 512, do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Não é de ser reconhecida a possibilidade de indulto ao condenado por tráfico de drogas, pois tal conduta assemelha-se ao crime hediondo e, portanto, sujeita-se à disciplina constitucional prevista no art. 5°, XLIII.
>
> A ausência de manifestação expressa da instância singela quanto à possibilidade de concessão de indulto aos crimes não hediondos impede o conhecimento direto por esta Corte, sob pena de supressão de instância.
>
> Agravo de Execução Penal defensivo a que se dá parcial provimento, apenas para o fim de determinar o retorno dos autos à instância singela, para que se manifeste quanto à concessão da benesse aos crimes comuns.

Opostos embargos de declaração (fls. 118/121), esses foram rejeitados (fls.

125/127).

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OBJEÇÕES RECURSAIS DEVIDAMENTE VALORADAS - DESNECESSIDADE DE MINÚCIAS - REJEIÇÃO.
>
> Inocorre omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade o aresto que valora todas as matérias postas em debate, sendo absolutamente desnecessário descer às minúcias do apelo, quando as questões menores já foram contempladas no julgamento do mérito processual.
>
> Embargos de Declaração defensivos em Agravo de Execução Penal a que rejeita, ante a impossibilidade de rediscutir matéria já contemplada explícita ou implicitamente em sede recursal.

O recurso especial (fls. 133/148) aponta a violação dos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; e 9º, § 2º, do Decreto n. 8.615/2015, ante a alegação de que o recorrente faz jus à concessão do indulto.

Sustenta que *ao decidir de maneira equivocada o Tribunal a quo, violou direitos e prerrogativas legais que possui o agravante, haja vista recente decisão do STF que pacifica a já buscada descaracterização de hediondez para o crime de tráfico privilegiado, como o qual foi condenado o agravante* (fl. 140).

Assevera *que atribuir ao tráfico de entorpecentes a que se aplica a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 o mesmo tratamento dado aos crimes hediondos viola o princípio constitucional da proporcionalidade, em sua faceta de proibição de excesso, que decorre do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF) e do devido processo legal (art. 5°, LIV, CF)* - (fl. 143).

Pede o recorrente o conhecimento e o provimento do recurso para que seja afastada a hediondez do tráfico privilegiado, bem como concedido o benefício do indulto.

Oferecidas contrarrazões (fls. 154/158), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 180/182).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento da insurgência (fls. 195/199).

> PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NARCOTRÁFICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE APLICOU A MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ACÓRDÃO PROFLIGADO EM CONFRONTO COM PRECEDENTES DA 3ª SEÇÃO DO

STJ DE QUE O CRIME EM QUESTÃO NÃO MAIS OSTENTA A NATUREZA DE EQUIPARADO A HEDIONDO, UMA VEZ REVOGADA A SÚMULA 512/STJ. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL, COM A CONSEQUENTE DETERMINAÇÃO AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA QUE ANALISE O REQUERIMENTO DE INDULTO SEM CONSIDERAR TRATAR-SE DE CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO.

É o relatório.

Consta da decisão agravada que *João Batista Aguiar Galdino cumpre pena de 11 anos e 23 dias de reclusão atualmente no livramento condicional* ***por infração ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006*** *e art. 157 do Código Penal e art. 244 da Lei n. 8.069/1990* (fl. 15 – grifo nosso).

Extraem-se os seguintes trechos do combatido aresto (fls. 85/87 – grifo nosso):

> [...]
> Pugna pela concessão da benesse, **a qual foi indeferida pelo julgador singelo sob o fundamento de ser *"impossível a concessão de indulto no crime de tráfico privilegiado de drogas por ser este delito considerado hediondo"*** (f. 23).
> A pretensão defensiva não merece guarida.
> **A equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos decorre do império contido na Constituição Federal, *ex vi* o art. 5º, XLIII, é reforçado pela disposição do art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, que restringe e recrudesce uma série de benefícios – como anistia, a graça, o indulto, a fiança e a progressão de regime – aos processados e condenados pela prática de tal delito**.
> [...]
> Por seu turno, a Lei n.º 11.343/06, que trata especificamente do tráfico de drogas, é expressa, em seu art. 44, no sentido de vedar o aludido benefício.
> Assim, é induvidoso que o tráfico de drogas é um crime equiparado a hediondo.
> [...]
> Aliás, inobstante o recente julgado do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que afastou a hediondez a condenado pela prática do crime de tráfico de drogas e beneficiado pela diminuta do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, tal não ostenta natureza vinculante, eis que, embora submetido ao crivo do Plenário do Pretório Excelso, o precedente ocorreu em sede de *HABEAS CORPUS*, não irradiando efeitos erga omnes.
> Ademais, é de se rememorar que o crime de tráfico de drogas não está elencado no rol dos crimes hediondos do art. 1º, da Lei n.º 8.072/90, entretanto, o delito deve receber o mesmo tratamento dado aos hediondos por força de equiparação constitucional (art. 5º, XLIII, da Magna Carta) e infraconstitucional (art. 2º, da Lei n.º 8.072/90).
> Desta forma, **não é possível admitir que a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, afaste a hediondez do crime ao argumento de que o mesmo não estaria arrolado entre os hediondos**.

> Repete-se: nenhuma conduta do tráfico de drogas está prevista como crime hediondo, sua equiparação advém da própria Constituição Federal.
>
> Assim sendo, deve-se atentar que a equiparação constitucional não estabelece distinção entre as práticas possíveis à consumação do tráfico de drogas e, menos ainda, para a incidência de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição como é o caso dos autos.
>
> Portanto, a norma constitucional deve prevalecer mesmo quando incidente a minorante, sob pena de desvirtuar a intenção do constituinte.
>
> [...]

Com efeito, o fundamento apresentado pelas instâncias ordinárias, quanto à impossibilidade de concessão do indulto a condenados pela prática do crime de tráfico privilegiado, não encontra consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

> EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **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. 8.615/2015**. FLAGRANTE ILEGALIDADE NA CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.
>
> 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. 11.343/2006**.
>
> 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 indulto concedido ao paciente com base no Decreto Presidencial n. 8.615/2015, 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, afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins, e restabelecer a decisão do Juiz da Execução, concessiva de indulto.
>
> (HC n. 477.280/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 26/2/2019 –

grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PENAL. **TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA, ART. 33, § 4.º, A LEI N.º 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO N.º 8.615/2015. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ACENTUADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA**. REQUISITOS PREVISTOS NO DECRETO PRESIDENCIAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A teor do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República "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".

2. Nos termos da assentada jurisprudência do STJ, a graça constitui gênero no qual está inserido o indulto, portanto, também alcançado pela vedação constitucional, disposta no art. 5.º, inciso XLIII. Precedentes.

3. **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 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 n. 118.533/MS, Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 16/9/2016)**.

4. **O STJ, ao julgar a Petição n.º 11.796/DF, revisou o Tema 600 julgado sob o rito dos recursos repetitivos e cancelou o enunciado n.º 512 desta Corte, passando a seguir orientação jurisprudencial do STF no sentido de que o tráfico de drogas na forma privilegiada afasta a hediondez do delito**.

5. Nos termos do precedente jurisprudencial da Sexta Turma do STJ, "[e]mbora 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" (HC n. 411.328/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 9/10/2017).

6. A análise do pedido de indulto deve restringir-se aos requisitos previstos no decreto presidencial, descabendo ao Poder Judiciário incluir novos óbices. Precedentes.

7. Ordem de *habeas corpus* concedida.

(HC n. 458.735/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 23/10/2018 – grifo nosso).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial para cassar o recorrido acórdão, afastando a hediondez do tráfico privilegiado, determinando, ainda, o retorno dos autos ao Juízo da execução para que avalie o preenchimento dos demais requisitos subjetivos e objetivos para a concessão do indulto.

Publique-se.

Brasília, 12 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator