HABEAS CORPUS Nº 491.078 - SC (2019/0026945-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
		LUDMILA GRADICI CARVALHO DRUMOND - SC036422
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	SAMARA MOREIRA GRZYBOWSKI (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **SAMARA MOREIRA GRZYBOWSKI**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O Juízo da Vara de Execuções Penais indeferiu o pedido de indulto, pleiteado com amparo no art. 1º, III, "c", do Decreto Presidencial n. 14.454/2017, tendo em vista que a paciente cumpre pena por tráfico ilícito de drogas, crime equiparado a hediondo, além de associação para o tráfico (e-STJ, fls. 85-87).

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 55):

> "AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O BENEFÍCIO DE INDULTO ESPECIAL DO DIA DAS MÃES, PREVISTO NO DECRETO PRESIDENCIAL N. 14.454/2017. NÃO ACOLHIMENTO. CONDENAÇÃO PELOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS, EM SUA FORMA SIMPLES, E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, *CAPUT*, E 35, *CAPUT*, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006). DECRETO QUE ADMITE A POSSIBILIDADE DE BENEFICIAR MULHERES CONDENADAS POR TRÁFICO DE DROGAS, DESDE QUE SEJA PRIVILEGIADO (ART. 33. § 4º DA CITADA LEI). REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS PELA REEDUCANDA. INDULTO INVIÁVEL. EXEGESE DO ART. 5º, XLIII, DA CF/1988, ART. 2º, I, DA LEI N. 8.072/1990, E ART. 44, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."

Neste *writ*, a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina afirma que "o Decreto de Indulto do Dia das Mães, diferentemente dos tradicionais Decretos de Indulto Natalino que a fazem de modo explícito, não trouxe nenhuma vedação à concessão de indulto e comutação às condenadas por tráfico de drogas" (e-STJ, fl. 6).

Alega, ainda, que o Ministério da Justiça e Segurança Pública editou uma cartilha, informando aos cidadãos acerca do cabimento do referido indulto às mulheres presas por tráfico de drogas e associação.

Sustenta que não haveria vedação constitucional ao referido indulto, e que a proibição contida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 seria inconstitucional.

Requer, por fim, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para que seja concedido à paciente o indulto de dia das mães, previsto no Decreto Presidencial n.

14.454/2017.

Liminar indeferida pelo Ministro João Otávio de Noronha às fls. 99-100 (e-STJ).

Informações prestadas às fls. 103-136 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pela "não concessão da ordem de ofício" (e-STJ, fls. 140-143).

É o relatório.

Decido.

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.

Desse modo, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa a fim de verificar eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

No caso dos autos, o Juízo singular indeferiu o pedido de indulto nos seguintes termos (e-STJ, fls. 85-86):

> "No caso dos autos, uma das condutas praticadas pela apenada é a de tráfico ilícito de drogas, o que afasta o direito aos benefícios previstos no Decreto n. 14.454 de 12 de abril de 2017, até porque a Lei dos Crimes Hediondos veda expressamente a concessão do indulto, fazendo valer o disposto no artigo 5º, inciso XLIII, previsto na Constituição Federal de 1988.
> [...]
> Cumpre salientar ainda, que a interpretação equivocada dos dizeres do artigo 1º, III, 'f' do Decreto Presidencial n. 14.454, de 12 de abril de 2017, não abre margem à concessão de indulto para os condenados a crimes equiparados a hediondo, visto que a conjugação dos arts. 5º, XLIII, da CF/88 e art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90 deixa inconteste a impossibilidade da concessão de indulto a delitos definidos legalmente como hediondos, ao que decreto presidencial não pode se contrapor.
> Diante do exposto, considerando que um dos crimes praticados pela apenada Samara Moreira Grzybowski, em relação ao qual ela se encontra em cumprimento de pena na presente data, é tráfico ilícito de drogas (LEI n. 11.340/06, art. 33, *caput*), com fundamento nos artigos 5º, XLIII, da CF/88 e art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90, INDEFIRO o pedido de concessão do Indulto formulado às fls. 145/150."

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao julgar o agravo em execução interposto pela defesa assim se manifestou (e-STJ, fls. 58-62):

> "[...] ainda que o artigo 1º, II, 'f', do Decreto possibilite o indulto às condenadas pelo delito de tráfico de drogas, exige a satisfação de requisitos, dentre os quais que a reeducanda tenha sido beneficiada pelo redutor do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, circunstância que não se verifica na hipótese, uma vez que Samara foi condenada como incursa no *caput* do dispositivo legal em comento.
> Nesse viés, oportuno registrar que, de modo diverso do alegado pela

> agravante, a Constituição Federal é hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional, e o indulto sujeita-se às limitações previstas pelo art. 5º, XLIII, da Magna Carta, revelando-se inconstitucional a sua concessão a condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes.
> [...]
> Logo, não há dúvida de que o fato de a reeducanda ter sido condenada pelo crime de tráfico de drogas, sem a concessão da benesse do tráfico privilegiado, impede o seu enquadramento no rol de beneficiárias do aludido Decreto.
> A controvérsia então cinge-se à possibilidade de concessão ou não do benefício às apenadas condenadas pelo crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006.
> Com efeito, não se discorda da natureza não hedionda do crime de associação para o tráfico, consoante orientação já sedimentada pela Corte da Cidadania, *in verbis*:
> [...]
> Todavia, ainda assim, a exclusão do art. 35 da Lei 11.343/2006 do rol de crimes insuscetíveis à concessão do indulto, no Decreto Presidencial 14.454/2017, não autoriza a sua concessão.
> Isso porque, conquanto o crime de associação para o tráfico não conste do rol taxativo previsto na Lei n. 8.072/1990, aos quais a própria Constituição Federal veda a concessão de fiança, graça, anistia (art. 5º, XLIII) e indulto (STF, ARE n. 899.195 AgR/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. em 3/5/2016), tais benesses estão expressamente vedadas por força da previsão contida no art. 44 da Lei de Drogas, *in verbis*, não podendo o Decreto Presidencial se sobrepor ao texto legal:
> [...]
> Assim, encontrando-se expressa a vedação do benefício do indulto aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, não merece reforma a decisão vergastada."

Assim, verifica-se que as instâncias ordinárias indeferiram a pretensão defensiva com fundamento no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, o qual estatui que "Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."

Ademais, o Decreto Presidencial n. 14.454/2017, no art. 1º, III, "f", dispõe o seguinte:

> "Art. 1º. O indulto especial será concedido às mulheres presas, nacionais ou estrangeiras, que, até o dia 14 de maio de 2017, atendam, de forma cumulativa, aos seguintes requisitos:
> I - não estejam respondendo ou tenham sido condenadas pela prática de outro crime cometido mediante violência ou grave ameaça;
> II - não tenham sido punidas com a prática de falta grave; e
> III - se enquadrem, no mínimo, em uma das seguintes hipóteses:
> [...]
> f) mulheres condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a sentença houver reconhecido a primariedade da agente, os seus bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração de organização

> criminosa, tendo sido aplicado, em consequência, o redutor previsto no § 4º do referido artigo, desde que cumprido um sexto da pena;"

Na hipótese dos autos, a paciente foi condenada como incursa nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, não tendo sido reconhecida a minorante do tráfico privilegiado, até porque a condenação pelo crime de associação para o tráfico, por si só, já tem o condão de inviabilizar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da referida lei.

Desse modo, o acórdão do Tribunal de origem está em sintonia com o entendimento firmado no STJ de que o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 prevê que as infrações penais descritas nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, da referida lei são inafiançáveis e insuscetíveis de indulto.

A propósito:

> "EXECUÇÃO PENAL - HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA - INDULTO ESPECIAL DO DIA DAS MÃES - **DECRETO Nº 14.454/2017 - CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS, SEM INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 - VEDAÇÃO LEGAL - ART. 1º, III, 'f', DO REFERIDO DECRETO** - PRISÃO DOMICILIAR POR TER FILHO MENOR DE 12 ANOS - FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DOS CUIDADOS DA MÃE PARA COM A CRIANÇA - IMPOSSIBILIDADE - WRIT NÃO CONHECIDO.
> [...].
> 2. Traz a Defensoria Pública à apreciação desta Corte de Justiça duas questões importantes: a possibilidade de indulto a prisioneira condenada por tráfico não enquadrado como "privilegiado", com base no Decreto n. 14.454/2017; bem como de prisão domiciliar - mesmo estando em regime fechado - à mãe de criança menor de 12 anos.
> 3. **Segundo a jurisprudência desta Corte, 'por absoluta disposição literal do art. 1º, III, alínea 'f', do Decreto n. 14.454/2017, não é possível a concessão de indulto ou de comutação de penas às sentenciadas pelo crime de tráfico, previsto no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sendo necessário que, em tais hipóteses, tenha sido aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas' (HC 434.405/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2018), o que não é o caso da paciente.**
> [...]
> 8. Habeas corpus não conhecido."
> (HC 452.911/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018, grifou-se).
>
> "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO ESPECIAL DO DIA DAS MÃES. DECRETO N. 14.454/17. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO, SEM INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 1º, III, 'f', DO REFERIDO DECRETO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]
2. Segundo a jurisprudência desta Corte, 'por absoluta disposição literal do art. 1º, III, alínea 'f', do Decreto n. 14.454/2017, não é possível a concessão de indulto ou de comutação de penas às sentenciadas pelo crime de tráfico, previsto no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sendo necessário que, em tais hipóteses, tenha sido aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas' (HC 434.405/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2018).
3. Habeas corpus não conhecido."
(HC 432.668/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 28/05/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INDULTO. CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DECRETO PRESIDENCIAL DO DIA DAS MÃES (DECRETO N. 14.454/2017). INCIDÊNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. 1. 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 (HC n. 411.328/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 9/10/2017).
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de 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, Tribunal Pleno, Ministra Cármem Lúcia, DJe de 19/9/2016).
3. Tratando-se de condenada pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, a agravante não preenche os requisitos exigidos, já que o art. 1º, II, f, do Decreto Presidencial, aplica-se apenas às condenadas por tráfico privilegiado.
4. Agravo regimental improvido."
(AgRg no HC 423.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. DECRETO PRESIDENCIAL N.14.454/2017. DIA DAS MÃES. INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENAS. CONDENADA POR ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
[...]
II - O crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/06), por expressa vedação legal, não pode ser objeto de indulto, cujo impedimento não decorre da Lei n.º 8.072/90, mas, sim da Lei n.º 11.343/06, que em seu art. 44, caput, dispõe, que '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.'
> III - Muito embora a competência para a concessão do indulto seja privativa do Presidente da República (art. 84, XII, da CF/88), referida atribuição submete-se aos preceitos legais, não podendo o Decreto concessivo abarcar hipóteses vedadas pela legislação ordinária.
> IV - O pedido subsidiário de que seja concedida a comutação prevista no art. 2º, II, ambos do Decreto Presidencial n. 14.454/2017, não pode ser acolhido, considerando que o col. Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência '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.' (HC n. 115.099/RS, Segunda Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14/3/2013).
> Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 468.008/SC, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 27/11/2018, DJe 3/12/2018).
>
> "*HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PRA O TRÁFICO. INDULTO. IMPOSSIBILIDADE EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.
> 1. O crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não figura no rol de crimes hediondos ou a delitos eles equiparados. Precedentes.
> 2. A competência para conceder indulto é privativa do Presidente da República, nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal. Contudo, esta elevada atribuição está submetida à observância dos ditames legais, de forma que não pode o decreto concessivo incidir sobre hipóteses de indulto vedadas pela legislação ordinária.
> 3. A vedação expressa à concessão do indulto ao crime de associação para o tráfico de drogas, embora não conste no Decreto de 12 de Abril de 2017, está delineada no art. 44, caput, da Lei n. 11.343/06.
> 4. Ordem denegada." (HC 430.217/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 1º/10/2018).

Diante disso, não se verifica o alegado constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO **RIBEIRO DANTAS**
Relator