HABEAS CORPUS Nº 507.030 - SP (2019/0120404-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		ANDRE EUGENIO MARCONDES - SP258911
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JORGE FELIPE PEREIRA DOS SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JORGE FELIPE PEREIRA DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Execução n.º 0013870-06.2018.8.26.0577).

De acordo com os autos, o Juízo da Vara de Execuções Penais deferiu o pedido de indulto formulado em favor do paciente, esclarecendo que o tráfico privilegiado, crime pelo qual o paciente foi condenado, não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e §1º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois apresenta contornos mais benignos (fls. 47/48).

Interposto agravo em execução pelo Ministério Público, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso (fls. 64/69).

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal, uma vez que o fundamento utilizado para obstaculizar o indulto - a natureza hedionda do crime - não subsiste, porquanto contrária a jurisprudência.

Informa que *"o entendimento consolidado no julgamento do HC 118.533/MS pelo Pleno do STF, que considerou o crime de tráfico privilegiado como de natureza comum, constitui em recente posicionamento jurisprudencial que deve ser observado pelos magistrados de primeira instância, diante da interpretação mais benéfica que se faz à norma penal, bem como por ser este o entendimento que mais se adequa aos ditames constitucionais"* (fl. 8).

Afirma que *"o tráfico privilegiado não possui natureza hedionda e o Decreto 9246/17 menciona de forma expressa a possibilidade de concessão do indulto aos condenados pelo artigo 33, §4°da lei 11.343/06, sendo que a análise do pedido de indulto deve restringir-se aos requisitos previstos no Decreto Presidencial, descabendo ao Poder Judiciário incluir novos óbices"* (fl. 12).

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja deferido o indulto ao paciente, nos termos do art. 1º, IV, do Decreto n.º 9.246/17, pois há expressa menção no Decreto.

Pedido liminar indeferido às fls. 116/117.

Informações prestadas às fls. 121/122 e 124/132.

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 134/137.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência do impetrante contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, o caso será, excepcionalmente, examinado a fim de afastar ilegalidade evidente, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Embora esta Corte Superior de Justiça tenha firmado entendimento, em julgamento de recurso especial representativo da controvérsia, no sentido de que *"a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 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"* (REsp 1.329.088/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 26/04/2013), é imperioso ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 118.533/MS, sob a relatoria do em. Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu que o delito de tráfico privilegiado não tem caráter hediondo.

Ainda que a referida decisão do Pretório Excelso seja desprovida de efeito vinculante, reflete o posicionamento da maioria do Plenário do Órgão legitimado a interpretar a Constituição Federal, razão pela qual passou a ser adotado também neste Superior Tribunal de Justiça, com o cancelamento, inclusive, do enunciado n. 512/STJ, conforme se infere dos seguintes precedentes:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO E POR TRÁFICO PREVISTO NO CAPUT DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA AFASTADA. LIVRAMENTO CONDICIONAL PASSÍVEL DE SER CONCEDIDO.*
>
> *1. Após o Supremo Tribunal Federal julgar o HC n. 118.533/MS, afastando o caráter hediondo do tráfico de drogas praticado na forma do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento da Pet n. 11.796/DF, determinou a revisão do entendimento consolidado no julgamento do Recurso Especial n.*
>
> *1.329.088/RS, admitido como representativo de controvérsia, a fim de acolher 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 n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *2. Ademais, "esta Corte Superior de Justiça consolidou entendimento no sentido de afastar a reincidência específica em relação ao tráfico privilegiado e o tráfico previsto no caput do art. 33 da Lei de Drogas" (HC n. 471.013/SP, relator o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 16/10/2018).*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.*
>
> *(AgRg no HC 455.227/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 26/11/2018)*

Ademais, o art. 1º, IV do Decreto Presidencial n.º 9.246/17 expressamente menciona a possibilidade de concessão do indulto aos condenados pelo art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **não se conhece** do presente *habeas corpus*, **concedendo-se**, contudo, a ordem de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para afastar o caráter hediondo do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, determinando-se nova análise do pedido de indulto, nos termos do Decreto Presidencial n.º 9.246/17.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator