

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.366 - SP (2019/0297573-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CRISTINA VICTOR GARCIA - SP235503
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SELVY SALVATIERRA CUELLAR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

SELVY SALVATIERRA CUELLAR alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* no Agravo em Execução n. 0012595-44.2019.8.26.0041, em que **foram mantidos os cálculos de pena que atribuem natureza hedionda ao delito de tráfico privilegiado.**

A defesa asseve que, "antes mesmo da decisão do Pleno do STF no HC nº 118.533, a jurisprudência já adotava o entendimento ora esposado, no sentido de o tráfico privilegiado não ser crime equiparado a hediondo" (fl. 6), razão pela qual **requer a reforma da decisão primeva.**

Decido.

A respeito do tema, certo é que este Tribunal Superior havia consolidado o entendimento de que a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, porquanto tal benefício nada mais é do que uma causa especial de diminuição de pena.

A questão, aliás, já havia sido analisada pela Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento do **REsp n. 1.329.088/RS** (representativo da controvérsia), ocorrido no rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, ocasião em que se concluiu 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" (Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe 26/4/2013, Tema n. 600).

Tal compreensão foi, inclusive, consolidada na **Súmula n.**

Superior Tribunal de Justiça

512 deste Superior Tribunal, *in verbis*: "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."

Contudo, em sessão realizada em 23/6/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **HC n. 118.533/MS**, decidiu que o chamado "tráfico privilegiado" – aquele em que há a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – **não deve ser considerado crime de natureza hedionda**. Segundo a relatora, Ministra Cármen Lúcia, tal crime não se harmoniza com a qualificação de hediondez dos delitos previstos no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

O aludido acórdão foi assim ementado:

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**, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 19/9/2016, destaquei).

Destaco, ainda, trecho de decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, conferindo efetividade ao recente posicionamento firmado no HC n. 118.533/MS, *in verbis*:

De fato, a decisão em comento foi proferida em processo

Superior Tribunal de Justiça

intersubjetivo, de modo que não se afigura força vinculante a exigir aplicação obrigatória do pronunciamento. **Contudo, impende que a decisão do Plenário da Suprema Corte, mormente na hipótese de provimento estritamente de direito, seja observada.** Com efeito, após a decisão proferida no HC 118.533/MS, não remanescem dúvidas acerca da incompatibilidade entre a figura do tráfico minorado e o tratamento equiparado a hediondo. As razões contidas no *decisum* ora impugnado, inclusive, foram exaustivamente avaliadas naquela oportunidade, **impondo-se que a compreensão do Plenário da Corte Constitucional produza efeitos de forma isonômica** (HC n. 136.599/SP, Rel. Ministro Edson Fachin, julgado em 26/8/2016, publicado no DJe 31/8/2016).

Por fim, em virtude da nova compreensão do Pretório Excelso acerca da matéria, **a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento da Pet n. 11.796/DF, ocorrido em 23/11/2016, revisou o teor do supracitada Súmula n. 512 e, ao 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, cancelou o enunciado.**

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo, in limine**, a ordem de habeas corpus para cassar a decisão de primeiro grau, que considerou o delito como de natureza hedionda, e determinar a **imediata reelaboração dos cálculos de pena.**

Comunique-se, **com urgência.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**