

**HABEAS CORPUS Nº 549.063 - SP (2019/0358738-9)**

**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 : ANA PAULA FERREIRA DE AZEVEDO (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

**ANA PAULA FERREIRA DE AZEVEDO** alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* no Agravo em Execução n. 0008485-02.2019.8.26.0041, em que foi **mantido o indeferimento do pedido de indulto, dada a atribuição de natureza hedionda ao delito de tráfico privilegiado.**

A defesa assere que "[o]s fundamentos apresentados pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo para negar provimento ao agravo e considerar o tráfico privilegiado como crime equiparado a hediondo estão em desacordo com a jurisprudência predominante" (fl. 5), 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. 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 criminoso.

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 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.**

Ademais, urge consignar que, consoante exposto no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, "[o]s 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" (destaquei).

Dessa forma, percebe-se que a vedação legal não alcança o delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ou seja, a Lei de Drogas não vedou a concessão do benefício à conduta do tráfico privilegiado. Aliás, no próprio texto do Decreto Presidencial n. 9.246/2017 não há qualquer menção à forma privilegiada do delito, pois, em reprodução literal da supracitada norma, assim prevê o seu art. 3º, II:

Art. 3º O indulto natalino ou a comutação de pena não será concedido às pessoas condenadas por crime:

[...]

II - tipificado nos art. 33, caput e § 1º, art. 34, art. 36 e art. 37 da Lei nº 11.343, de 2006, exceto na hipótese prevista no art. 1º, *caput*, inciso IV, deste Decreto;

Sobre a matéria em análise, é imperioso assinalar que, "[n]os termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, para a análise do pedido de indulto ou comutação de pena, o Magistrado deve restringir-se ao exame do preenchimento dos requisitos previstos no decreto presidencial, uma vez que **os pressupostos para a concessão da benesse são da competência privativa do Presidente da República**" (HC n. 420.533/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 18/4/2018, destaquei).

No mesmo sentido:

[...]

4. Para a concessão de indulto devem ser observados, tão somente, os requisitos elencados no decreto presidencial respectivo, não competindo ao magistrado criar novas regras ou estabelecer outras condições além daquelas já previstas na referida norma, **sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, pois é da competência privativa do Presidente da República a tarefa de estabelecer os limites para a concessão da benesse.**

5. Habeas corpus não conhecido (HC n. 417.629/DF, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 16/2/2018, sublinhei).

Apoiado nessa premissa, destaco que o indeferimento da benesse não encontra respaldo legal, porquanto **não foi estabelecido, nas disposições do Decreto de 21 de dezembro de 2017, qualquer óbice à contemplação de condenados pelos delito de tráfico privilegiado.**

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 apreciação** do pedido de indulto segundo os estritos termos do Decreto n. 9.246/2017.

Comunique-se, **com urgência.**

Publique-se e intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**