HABEAS CORPUS Nº 486.541 - SP (2018/0345903-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	FILIPE DIAS RODRIGUES - RJ148228 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VLADIMIR CONRADO VILAR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de VLADIMIR CONRADO VILAR, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 181):

> Agravo em execução Penal. Decisão judicial que indeferiu livramento condicional. Recurso da defesa. O tráfico privilegiado (artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06) deve ser considerado equiparado ao hediondo, de sorte que os prazos para a progressão de regime e livramento condicional são aqueles estabelecidos no artigo 2º, par. 2º, da Lei nº 8.072/90, e artigo 83, V, do Código Penal.
> Ademais, no que toca ao livramento condicional, existe a norma específica prevista no artigo 44, par. único, da Lei nº 11.343/06. Lapso temporal não alcançado no momento da decisão. Recurso desprovido.

A impetrante argumenta, em suma, que o tráfico privilegiado não é crime hediondo, requer ao final a concessão do livramento condicional.

A liminar foi deferida (fls. 187/189).

As informações foram prestadas (fls. 194/200).

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo não conhecimento ou se conhecido pela concessão da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

O Tribunal de origem analisou a questão sob os seguintes fundamentos (fls. 181/183):

> [...] 3. Condenado pelo crime de tráfico de drogas com a aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06, o agravante teve o pedido de livramento condicional indeferido pelo juízo da execução, forte em que que não cumpriu mais de 3/5 da pena, pontuando que se cuida de crime equiparado a hediondo.
> 4. A r. decisão agravada merece ser prestigiada.
> 5. O chamado tráfico de drogas privilegiado corresponde à figura prevista no "caput", da Lei nº 11.343/06, com a incidência da minorante prevista no par. 4º, do citado artigo de lei.
> A causa de diminuição de pena integra a estrutura típica do delito (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado, Forense,

15ª edição, pág. 514). Qualifica-se, dentro da estrutura do tipo penal, como uma circunstância um dado acessório e não como elementar (FERNANDO CAPEZ, Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, vol. 1, 9ª edição, pág. 352) 1 . **Isto significa que a aplicação da minorante prevista no par. 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 não implica na alteração do crime, que continua a ser o de tráfico de drogas.**

E o tráfico de drogas, por determinação da Carta Magna (artigo 5º, XLIII), da Lei nº 8.072/90 (artigo 2º) e do Código Penal (artigo 83, V) deve receber tratamento análogo ao dos crimes hediondos, o que implica um regime jurídico mais gravoso em relação aos outros delitos, como, por exemplo, o prazo para progressão de regime e livramento condicional.

Não se olvida que recente decisão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 118.533, rel. Min. Cármen Lúcia) afastou a nota de hediondez do tráfico de drogas privilegiado.

No entanto, com a devida vênia, a turma julgadora deliberou manter pelo menos por ora - o entendimento no sentido de que se trata de delito equiparado a hediondo, considerando, inclusive, que o julgado do Excelso Pretório não tem efeito vinculante.

De toda sorte, no que toca ao livramento condicional, existe norma expressa na Lei nº 11.343/06 (artigo 44, par.

único) estabelecendo o prazo de mais de dois terços da pena como requisito objetivo para a concessão do benefício, no caso do crime de tráfico de drogas.

Lapso temporal este não alcançado segundo os cálculos de fls. 09/10. Em uma palavra, ausente requisito objetivo para a obtenção do livramento condicional.

6. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Extrai-se do trecho acima reproduzido que o Tribunal de origem negou provimento ao agravo por considerar que o delito de tráfico privilegiado – art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos – ostenta a mesma natureza hedionda da figura prevista no *caput* do mesmo dispositivo.

Há muito o Superior Tribunal de Justiça havia fixado entendimento no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não afastava a hediondez do delito de tráfico de drogas, pois *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 13/3/2013, DJe 26/4/2013), o que foi, inclusive, consolidado na Súmula 512/STJ.

Ocorre que, no julgamento do HC 118.533/MS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação segundo a qual o tráfico de entorpecentes

privilegiado – art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 – não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Confira-se:

> *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 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-9-2016 PUBLIC 19-9-2016).

Nesse contexto, alinhando-se à posição do STF, a Terceira Seção desta Corte concluiu pela necessidade de revisão do entendimento anteriormente consolidado, com o consequente cancelamento da Súmula 512/STJ. Vejamos:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.
>
> 1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "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." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).
>
> 2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da

> segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).
> 3. Acolhimento da 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. (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016).

Logo, não há como se aplicar os rigores da Lei 8.072/90, ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, quando reconhecida a sua forma privilegiada, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porquanto não caracterizada a natureza hedionda do delito.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para afastar a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado, determinando a elaboração de novas contas de liquidação da pena, incluindo nesta a previsão para fins de livramento condicional.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator