

RECURSO ESPECIAL Nº 1.781.139 - RJ (2018/0311006-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : THIAGO CORREA FERNANDES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 69/70):

Agravo em execução penal. Decisão da Juíza a quo impondo a fração de 2/3 para o cálculo do benefício de livramento condicional, com fundamento no não atendimento aos artigos 83, V, do Código Penal e 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06.

Apenado reincidente, condenado duas vezes pelos delitos previstos nos artigos 33, §4º, da Lei 11.343/06 (processo 1019581-90.2011.8.19.0002 - 1 ano e 8 meses) e 157, §2º c/c o 180, ambos do CP (processo 0039986-62.2015.8.19.0023 - 8 anos e 6 meses).

Inconformismo Defensivo, objetivando a elaboração de novo cálculo para a obtenção do livramento condicional inflectindo a mesma fração exigida para os crimes comuns (1/2 - metade da sanção imposta), afastando do tráfico privilegiado a incidência do § único do art. 44 da Lei 11.343/2006, pois não se equipara a hediondo.

Possibilidade. Tipo ostentando natureza comum, à luz do cancelamento da Súmula nº 512 do Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nas razões do recurso especial, afirma a parte recorrente violação dos artigos 33, § 4º, e 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006; do art. 112 da Lei n. 7.210/1984 e do art. 2º da Lei n. 8.072/1990. Sustenta que, *independentemente da natureza não hedionda do crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, com a aplicação do redutor de pena previsto no § 4º desse*

artigo, certo é que A NOVA LEI DE DROGAS A ELE CONFERIU TRATAMENTO DIFERENCIADO no que diz respeito ao prazo necessário para a obtenção de livramento condicional (e-STJ fls. 101), no caso, cumprimento de 2/3 da pena.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 126/145), o Tribunal *a quo* admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 148/149), tendo o Ministério Público Federal opinado pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 165/167).

É o relatório. **Decido.**

O recurso não merece acolhida.

No que tange à natureza hedionda do delito, verifica-se que o recorrido foi condenado pela prática do crime de tráfico privilegiado.

A Terceira Seção desta Corte Superior, sob a égide dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC, no julgamento do REsp n. 1.329.088/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 26/4/2013, havia firmado posicionamento 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*. Nesse sentido, foi editada a Súmula n. 512 do STJ.

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 118.533, afastou a hediondez do delito em questão, afirmando que apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, *caput*, e § 1º, da Lei n. 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos.

A decisão foi assim publicada no Informativo n. 831, *in verbis*:

O crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à

progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, Lei 11.343/2006. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, concedeu a ordem de “habeas corpus” para afastar a natureza hedionda de tal delito. No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1º grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez, o que impediria a concessão dos referidos benefícios — v. Informativos 791 e 828. O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, “caput” e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal. (grifos nossos)

A ementa restou assim redigida:

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, divulgado em 16/09/2016, publicado em 19/09/2016).

Esse entendimento foi acompanhado por esta Corte Superior na Pet n. 11.796/DF, julgado sob égide dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, em 23/11/2016, DJe 29/11/2016, que *a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, decidiu ser 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)*, acolhendo 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 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

No presente caso, a Corte de origem consignou *ser cabível a concessão do livramento condicional ao apenado, posto que aplicável o redutor de 1/2 ao cálculo final da pena, em virtude do entendimento de que o tráfico privilegiado não está no rol dos crimes hediondos ou a estes equiparados* (e-STJ fls. 74).

Assim, correto tal posicionamento, pois afastada a hediondez do delito de *tráfico privilegiado* (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), o pleito do livramento condicional deve ser apreciado nos estritos termos da lei e a análise do cálculo para a concessão da benesse com base nas frações temporais próprias de crimes comuns.

Nessa linha, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ART. 83 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO SUBJETIVO. CUMPRIMENTO EM REGIME INTERMEDIÁRIO. DESNECESSIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO - ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. HEDIONDEZ AFASTADA. FRAÇÃO DE CRIME COMUM PARA CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NOVA ANÁLISE PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O art. 83 do Código Penal dispõe que o apenado deverá cumprir os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto) para a obtenção do benefício do livramento condicional. Na hipótese, as instâncias ordinárias indeferiram o livramento condicional com fundamento na gravidade abstrata do delito e na necessidade de passar pelo regime intermediário. Dessa forma, resta evidenciada a inidoneidade da fundamentação utilizada para indeferir a benesse no que se refere ao requisito subjetivo, pois ausente de fundamentação legal e contrária ao entendimento desta Quinta Turma, que é no sentido de que "não há obrigatoriedade de o apenado passar por regime intermediário para que obtenha o benefício do livramento condicional, ante a inexistência de previsão no art. 83 do Código Penal" (HC 411.951/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26/09/2017).

3. O Pretório Excelso, em julgamento realizado pelo Tribunal Pleno no dia 23/6/2016, afastou o caráter hediondo do tráfico de drogas realizado na forma do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, divulgando em seu Informativo n. 831 não serem exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/2006. Esse novo entendimento motivou o cancelamento do Enunciado n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a hediondez do delito de tráfico privilegiado (art.

33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), e determinar que o Juízo da Execução aprecie o pleito do livramento condicional nos estritos termos da lei e, ainda, analise o cálculo para a concessão da benesse com base nas frações temporais próprias de crimes comuns. (HC 439.459/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 07/06/2018)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA DO DELITO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO NA FORMA APLICÁVEL AOS CRIMES COMUNS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - O Supremo Tribunal Federal, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no HC n. 118.533, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

III - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, em sessão realizada no dia 23/11/2016, adotou o posicionamento da excelsa Suprema Corte e firmou 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 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça".

IV - In casu, constata-se o alegado constrangimento ilegal no v. acórdão impugnado, uma vez que o eg. Tribunal a quo cassou a r. decisão de 1º grau e estabeleceu para o direito ao livramento condicional o cumprimento da fração de 2/3 (dois terços) prevista no art. 83, inciso V, do Código Penal, não obstante a ora paciente tenha sido condenada pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins de direito, e restabelecer a r. decisão do juiz da execução, concessiva do livramento condicional. (HC 411.640/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC; no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ e na Súmula n. 568/STJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

