

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.836.156 - MG (2019/0264131-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : KELLY BRASILEIRO DA SILVA REIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por KELLY BRASILEIRO DA SILVA REIS, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta nos autos que a recorrente foi condenada como incurso nas sanções do artigo 33, § 4º, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 195 dias-multa. Irresignados, defesa e Ministério Público interpuseram recurso de apelação e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao recurso defensivo, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritiva de direitos, estendendo os efeitos do benefício ao corréu. Vencido o Desembargador vogal, cujo voto mais benéfico afastava a hediondez do crime de tráfico, bem como alterava o regime do fechado para o aberto. Segue transcrição da ementa (e-STJ fl. 742/743):

APELAÇÕES CRIMINAIS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - PROVAS SUFICIENTES DO COMÉRCIO ILÍCITO - CONDENAÇÃO MANTIDA - REDUÇÃO DA PENA DE UM DOS RÉUS - NECESSIDADE - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - INADMISSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - POSSIBILIDADE - EXTENSÃO DE EFEITOS AO CORRÉU - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSOS DEFENSIVOS CONHECIDOS, PARCIALMENTE PROVIDO O PRIMEIRO E DESPROVIDO O SEGUNDO - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA - ABSOLVIÇÕES MANTIDAS - AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO -

Superior Tribunal de Justiça

IMPOSSIBILIDADE - RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - Tendo a prova dos autos, em seu conjunto, apontado para a prática do comércio ilegal de entorpecentes em desfavor dos réus, ainda que haja peremptória negativa de autoria, é de se manter a sentença condenatória recorrida, não havendo se falar em absolvição ou desclassificação.

II - Os depoimentos testemunhais dos policiais envolvidos na investigação criminal, desde que harmônicos com o contexto probatório e não maculados por interesses particulares, são idôneos a embasar a condenação dos réus em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

III - Fixada a pena do segundo apelante de forma elevada, deve ser ela reduzida, com o reconhecimento, ainda, da causa de diminuição.

IV - A incidência da causa de diminuição da pena não retira o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas.

V - Preenchidos os requisitos legais, os apelantes, bem como o corréu, fazem jus substituição da pena por restritivas de direitos.

VI - O pedido de isenção do pagamento das custas processuais deve ser dirigido ao Juízo da Execução Penal, por ser ele o competente para analisar eventual estado de hipossuficiência financeira do agente.

VII - Não comprovadas as elementares do crime de associação para o tráfico (concurso de agentes, especial fim de agir e estabilidade ou permanência da associação criminosa), devem ser afastadas as condenações por este delito.

VIII - Sendo os apelados primários e de bons antecedentes, e não comprovado nos autos a dedicação à atividades ilícitas, inviável o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11343/06.

VV. EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS - TRÁFICO DE DROGAS - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - PROIBIÇÃO DE FREQUENTAR DETERMINADOS LUGARES - CONDIÇÕES FIXADAS NESTA INSTÂNCIA - EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU NÃO APELANTE - DESCABIMENTO - AUSÊNCIA DE INCONFORMISMO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Realizada a substituição da pena privativa de liberdade por

restritiva de direitos, consistente em proibição de frequentar determinados lugares, as condições para o seu cumprimento devem ser fixadas nesta instância.

2. Diante da ausência de manifestação acerca do inconformismo do corréu não apelante em relação à r. sentença condenatória, não há motivos para estender a ele os efeitos da decisão proferida em favor dos apelantes.

EMENTA: TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES EM SUA FORMA PRIVILEGIADA - REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO - VIABILIDADE - CANCELAMENTO DA SÚMULA 512 DO STJ - AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ - ISENÇÃO DAS CUSTAS - EFEITO DA CONDENAÇÃO - JUIZO DA EXECUÇÃO. 1- É possível a fixação do regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado ao condenado pelo delito de tráfico privilegiado. 2- O crime tipificado no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 não é equiparado a hediondo por apresentar contornos mais benignos, menos gravosos, reveladores de um envolvimento ocasional com o tráfico.

Foram opostos embargos infringentes pela defesa requerendo a descaracterização da hediondez do crime de tráfico de drogas, quando incidente a forma privilegiada, além da alteração para o regime aberto. Os embargos foram parcialmente acolhidos apenas para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena, tendo, a maioria, negado o afastamento da hediondez do crime de tráfico na forma privilegiada. Segue a ementa (e-STJ fl. 786):

EMBARGOS INFRINGENTES - TRÁFICO DE DROGAS - PRIVILÉGIO - AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO - DESCABIMENTO - MANUTENÇÃO DO REGIME ABERTO - NECESSIDADE - OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL.

1. A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33 §4º da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente quando for ele primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividade criminosa.

2 Mantém-se o regime aberto em observância ao que dispõe o artigo 33 do Código Penal. Embargos rejeitados. 3. Parcial acolhimento.

Superior Tribunal de Justiça

Nas razões do presente recurso especial, alega a defesa contrariedade ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sustentando o afastamento da natureza de crime equiparado a hediondo, conferido ao tráfico privilegiado.

Aponta que "relação ao crime de homicídio qualificado-privilegiado, sedimentou-se na jurisprudência pátria o entendimento de que não se trata de crime hediondo, pois o privilégio é incompatível com a hediondez. No caso do tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06), há de se adotar a mesma razão de decidir, haja vista a incompatibilidade do tratamento severamente mais rigoroso previsto na Lei nº 8.072/90 para o caso de tráfico propriamente dito, em relação à forma privilegiada do delito."(e-STJ fl. 799)

Alega que "Não se aplica, portanto, o disposto na Lei nº 8.072/90, e a fixação do regime realizada segundo o parâmetro previsto no art. 33 do Código Penal, infere-se, por dedução lógico-jurídica, que os Tribunais pátrios deixaram de considerar o tráfico de drogas na forma privilegiada como sendo equiparado a crime hediondo. Diante de tal evidência, no caso em tela, impõe-se a descaracterização da hediondez do crime de tráfico de drogas na forma privilegiada. O acórdão vergastado contrariou, assim, a jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, o que acarreta intolerável injustiça, passível de ser sanado por meio do presente recurso raro."(e-STJ fl. 803)

Requer, assim, a descaracterização da hediondez do crime de tráfico de drogas em face da incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Contra-arrazoado (e-STJ fls. 809/812) o recurso foi admitido (e-STJ fls. 843/844), manifestando-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso, conforme a seguinte ementa (e-STJ fl. 856):

Recurso especial. Crime de tráfico de drogas na forma privilegiada. Pleito de afastamento do caráter de hediondez. Acórdão do Tribunal a quo que destoa da atual jurisprudência do STF e STJ.

Superior Tribunal de Justiça

- Promoção pelo conhecimento e provimento do recurso, para afastar a hediondez do crime de tráfico de drogas privilegiado pelo qual se condenou o recorrente.

É o relatório. **Decido.**

De início, verifico que o recurso especial é cabível e tempestivo.

Como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 118.533/MS, **afastou a hediondez do denominado tráfico privilegiado, 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.**

Confira-se a ementa do julgado:

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).

Superior Tribunal de Justiça

Esse entendimento foi acompanhado pela Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, conforme se extrai dos seguintes precedentes: HC n. 372.297/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 1º/12/2016, DJe 13/12/2016; HC n. 370.687/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016; HC n. 367.301/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 4/10/2016, DJe 17/10/2016.

Ademais, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistia a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal, sendo este mais um indicativo de que o tráfico privilegiado não possui natureza hedionda.

Dessarte, reconheço a divergência do acórdão impugnado com a atual posição desta Corte de Justiça e afasto a hediondez do crime de tráfico de entorpecentes privilegiado, conforme pretende a requerente.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dou provimento ao recurso especial** para afastar a hediondez do crime de tráfico de drogas privilegiado, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator