

Penal - Narcotráfico - Condenação pelo art. 33 da Lei 11.343/06. Causa especial de diminuição de pena prevista em seu § 4º - Caráter hediondo do delito - *Sursis* - Vedação expressa do art. 44 da Lei Antidrogas - Recurso provido

1. Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, uma vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico de drogas.

2. *In casu*, não obstante a quantidade de pena imposta aos recorridos não exceder a 02 (dois) anos de reclusão,

a redação do art. 44, da Lei 11.343/06, veda a concessão do *sursis*.

3. Recurso especial provido a fim de excluir a suspensão condicional da pena (*sursis*).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.466 - MG (2009/0174621-7) - Relator: MINISTRO JORGE MUSSI

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Adriano Machado de Lima (preso). Recorrido: André Valácio Rodrigues (preso). Advogado: Santos Fiorini Netto.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2010 (Data do Julgamento). - *Ministro Jorge Mussi* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator) - Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público, com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que André Valácio Rodrigues e Adriano Machado de Lima foram surpreendidos, no dia 07 de janeiro de 2008, transportando cerca de 36 quilogramas de maconha e R\$ 7.510,00 (sete mil quinhentos e dez) reais.

Oferecida a denúncia, os réus foram devidamente processados e condenados por infração ao art. 33, *caput*, c/c arts. 33, § 4º e art. 35, da Lei nº 11.343/06. A pena, para ambos, restou fixada em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 950 (novecentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo unitário (f. 209 a 221 e-STJ).

A defesa interpôs recurso de apelação, havendo o TJMG dado parcial provimento em acórdão assim ementado (f. 320 a 330 e-STJ):

Apelação Criminal. Delito de tráfico de drogas. Autoria e materialidade comprovadas. Associação para o tráfico. Absolvção. Necessidade. Existência duvidosa. Redução das penas-base. Impossibilidade. Grande quantidade de droga. Concessão dos benefícios do *sursis*. Possibilidade. Para que

se caracterize o crime de associação para o tráfico, não basta demonstrar que duas ou mais pessoas comercializam drogas no mesmo lugar ao mesmo tempo. Indispensável que se demonstre a conjugação de interesses, a unidade de propósito, de modo a afastar a possibilidade de que cada um seja traficante independente, embora no mesmo local. O juiz, ao fixar a pena-base, pode levar em consideração a quantidade de droga apreendida, o que justifica sua fixação acima do patamar mínimo legal. Na figura do tráfico privilegiado, é possível a concessão do *sursis*, porque nem a lei de crimes hediondos nem a lei de drogas o veda expressamente, sendo certo que o § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas restringe a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direito. V.v.p. Apelação Criminal. Tráfico privilegiado. Substituição da reprimenda por restritiva de direitos. Possibilidade. Tráfico privilegiado. Regime de cumprimento da pena. Regime semi-aberto. I - Apesar da proibição contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, é possível a substituição da pena por restrição de direitos, considerando que a vedação imposta configura tratamento genérico violador do princípio constitucional da individualização das penas. II - A aplicação do § 4º do art. 33 da nova lei de droga traz à baila a figura do tráfico privilegiado, que não está elencado no rol dos crimes hediondos ou a eles equiparados, de modo que não se estabelece como regra a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Opuseram-se embargos de declaração pelo Ministério Público, os quais foram rejeitados:

Processual penal. Embargos de declaração. Ausência de omissão no julgado. Rediscussão da matéria. Embargos rejeitados. - Não se agasalham embargos de declaração quando a parte afirma a existência de omissão no acórdão, mas na verdade pretende rediscutir matéria já decidida.

Agora, no especial, o Parquet sustenta que o acórdão objurgado negou vigência ao art. 44, da Lei nº 11.343/06, o qual vedaria a concessão de suspensão condicional da pena aos delitos de tráfico de drogas cometidos após a sua publicação. Para o órgão ministerial, a incidência do privilégio do art. 33, § 4º, da lei em comento, não teria o condão de afastar o impedimento ao deferimento de tal benefício (f. 379 a 386).

Oferecidas as contrarrazões (f. 393 e-STJ), o recurso foi admitido na origem (f. 395 a 396 e-STJ) e subiu a este Sodalício com parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do reclamo:

Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Art. 33 § 4º da Lei nº 11.343/06. *Sursis*. Impossibilidade. Vedação expressa do art. 44 da mesma lei.

- Tendo em vista que o crime de tráfico de drogas foi cometido na vigência da Lei nº 11.343/2006, aplica-se o disposto no art. 44, *caput*, que veda a concessão, dentre outros benefícios, do *sursis* aos condenados por aludido delito, ainda que agraciados com a novel causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da mesma lei. Precedentes do STJ.

- Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator) - Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso especial, dele conhecido e passo ao exame do mérito.

A pretensão ministerial cinge-se a reformar o acórdão vergastado apenas na parte em que se concedeu, aos recorridos, o benefício da suspensão condicional da pena por tráfico de entorpecentes.

No acórdão recorrido, registrou-se:

[...] Lado outro, entendo fazerem jus os apelantes à concessão do *sursis*, nos termos da Súmula nº 10 do Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal, vez que a lei de Crimes Hediondos não veda a aplicação do *sursis*, bem como pela própria redação do art. 33, § 4º, da Lei Anti-Drogas não veda expressamente este benefício, fazendo referência tão-somente à vedação de aplicação de penas restritiva de direitos. [...]

Os demais requisitos foram preenchidos pelos acusados. Assim, suspendo a execução da pena privativa de liberdade de ambos - fixada na sentença em dois anos de reclusão - pelo prazo de 02 (dois) anos, sendo que, durante o primeiro ano de suspensão, deverão os acusados prestar serviços à comunidade, incumbindo ao Juízo de Execução estabelecer as condições e formas de cumprimento do *sursis*.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para absolver os apelantes do delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) e conceder-lhes os benefícios do *sursis*.

Admite-se a tese de que o § 4º do art. 33 da mencionada lei federal prevê a figura do chamado "tráfico privilegiado". Ei-lo:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

De um lado, há quem entenda que a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 afasta a hediondez do delito. Isso porque haveria uma desproporção na aplicação da pena diminuída pela incidência do referido dispositivo legal - que pode chegar ao mínimo de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão -, comparando-a com as penas aplicadas aos condenados por crimes hediondos e equiparados, considerados de maior gravidade e de maior potencialidade lesiva.

Os defensores dessa corrente - entre os quais é exemplo Luiz Flávio Gomes - argumentam, outrossim, que o Decreto nº 6.706/2008 permitiu a concessão de indulto aos condenados pelo crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, enquanto que o

art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990 veda a concessão do referido benefício nos crimes hediondos e equiparados, dentre os quais o de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa M. Drogas: admite-se a combinação de leis penais para beneficiar o réu? Disponível em: <http://www.lfg.com.br>).

Louvam-se, ainda, no argumento de que o homicídio privilegiado não é considerado hediondo, porquanto tal figura não se encontra no rol taxativo da Lei nº 8.072/1990, razão pela qual deveria, em princípio, ser aplicado o mesmo raciocínio para os condenados pela prática do crime de tráfico de drogas com a aplicação da causa especial prevista no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas.

Em que pesem tais posicionamentos, razoável compreender que o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não cria um novo tipo penal, mas apenas diminui a pena aplicada àqueles que infringem o seu *caput* e § 1º.

Importante destacar que, ao contrário do privilégio e das qualificadoras - que constituem tipo penal autônomo, com nova cominação de penas -, as causas especiais estabelecem tão somente modificação nos parâmetros da pena em abstrato do tipo fundamental, com frações de aumento ou de diminuição da reprimenda.

Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, uma vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.

Ressalte-se que o simples fato de o rol das vedações previstas no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 não contemplar o § 4º do art. 33 dessa lei não afasta o caráter hediondo dessa figura, já que, da leitura atenta daquele dispositivo, observa-se que ele elenca apenas tipos penais (art. 33, *caput*; art. 33, § 1º; e arts. 34 a 37), o que autoriza a conclusão de que esse rol não deveria mesmo incluir uma causa especial de diminuição de pena.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci assevera que

a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, *caput*, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º (In: Leis penais e processuais penais comentadas. 3. ed. Revista dos Tribunais: 2008, p. 320).

A propósito, os seguintes precedentes desta Turma:

Habeas Corpus. Narcotráfico (art. 33, *caput* da Lei 11.343/06). Pena concretizada em 4 anos de reclusão, regime inicialmente fechado. Pedido de incremento da fração redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Inadmissibilidade da pretensão na via eleita. Redução em 1/3 justificada na quantidade e na qualidade das drogas apreendidas (116 tabletes médios de maconha, 67 tijolos de maconha e 353 frascos de lança perfume). Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Regime inicial fechado que se impõe. Delito praticado após a vigência das leis 11.343/06 e 11.464/07. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. Ordem denegada. [...]

3. A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes, em seu art. 44, dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de *sursis* e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Portanto, cometido o crime na vigência da Lei 11.343/06 (nova lei de drogas), impossível a conversão da pena ou concessão de *sursis*. [...]

5. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial (HC 144.502/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 01.02.2010).

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico ilícito transnacional de entorpecentes. Interrogatório realizado por videoconferência. Matéria não analisada pelas instâncias ordinárias. Não conhecimento. Supressão de instância. Dosimetria da pena. Pena-base. Decote pelo tribunal de origem. Princípio do livre convencimento motivado. Transnacionalidade. Tentativa. Configuração. Dolo de levar a droga para o exterior. Minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Não preenchimento dos requisitos. Caráter de crime equiparado a hediondo. Benefícios legais. Vedação pelo art. 44 da Lei 11.343/06. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. [...]

5. A aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não é suficiente para afastar o caráter de crime equiparado a hediondo do delito de tráfico de drogas, conforme entendimento firmado pela Quinta Turma por ocasião do julgamento do HC 143.361/SP, da relatoria do Min. Jorge Mussi.

6. Por expressa vedação legal, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou em concessão de *sursis*, graça, indulto, anistia ou liberdade provisória, nos termos do art. 44 da Lei 11.343/06.

7. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 123.761/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 19.04.2010).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso especial a fim de excluir a concessão do *sursis* (suspensão condicional da pena).

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de setembro de 2010. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no DJe de 11.10.2010.)