



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.177 - MS (2010/0135077-5)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JHONN WENDER OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. INVIABILIDADE DA CONVERSÃO DE PENA.

1. Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, o pensamento legislativo se direcionou para aqueles crimes mais aviltantes e com expressiva lesividade.

2. A nova Lei de Tóxicos previu, em seu art. 33, § 4º, a possibilidade de se impor diminuição na pena fixada para o tráfico de drogas, quando o agente ou traficante for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

3. Tal circunstância, contudo, não retira do delito a sua hediondez ou sua considerável lesividade.

2. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

3. No caso, o paciente é primário e lhe foi desfavorável apenas uma circunstância judicial. Ainda assim, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

4. Mesma sorte não lhe assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a quantidade e diversidade de droga apreendida não recomenda o benefício.

5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido, em parte, o Sr. Ministro Celso Limongi que a concedia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em maior extensão. O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votou com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 02 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.177 - MS (2010/0135077-5)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Cuidam os autos de **habeas corpus** deduzido em benefício de Jhonn Wender Oliveira, apontando como coator o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Ressai dos autos que o paciente foi condenado a 2 (dois) anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, e 200 (duzentos) dias-multa, por infração do art. 33 da Lei nº 11.343/06, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir as sanções para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e 180 (cento e oitenta) dias-multa, mantido o regime prisional.

Sustenta a impetração que ao tráfico de drogas praticado sob a forma "privilegiada" não deve ser dispensado o tratamento de crime hediondo, pretendendo a fixação do regime aberto, bem como a conversão da pena corporal por medidas restritivas de direito.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República opina pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.177 - MS (2010/0135077-5)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Como relatado, alega o impetrante que a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, afasta, neste caso, a equiparação do tráfico de drogas a delito hediondo.

Em relação aos crimes hediondos, o pensamento legislativo se direcionou para aqueles delitos que efetivamente estariam, sob o aspecto criminológico, no topo da pirâmide de desvalorização axiológica, assim entendidos como aqueles mais aviltantes e com expressiva lesividade. Aliás, o próprio sentido literal de "hediondo" significa repugnante ou sórdido (c.f. Dicionário Houaiss).

As razões, segundo a Exposição de Motivos nº 397/93, foram as seguintes:

O aumento, nos últimos anos, da violência e da incidência de delitos tidos como especialmente torpes, sobretudo nos grandes centros urbanos, levou o legislador ordinário, norteado em dispositivo da própria Lei Maior, a editar a Lei nº 8.072/90, dispondo sobre os chamados crimes hediondos.

Como se sabe, a referida lei dispensa tratamento especialmente rigoroso na execução da pena para os autores daqueles delitos, além de privá-los do direito à anistia, graça ou indulto, vedando-lhes, igualmente, a possibilidade de obter liberdade provisória com ou sem fiança.

Todavia, descuro-se, data venia, o mesmo legislador de incluir no elenco de delitos hediondos determinados crimes contra a vida humana, não só especialmente repulsivos, mas suscetíveis de trazer singular abalo à paz pública e a ordem social. Trata-se da sinistra atividade dos esquadrões da morte ou grupos de extermínio que atuam ora a soldo de mandantes, interessados na eliminação de suas vítimas pelos mais variados motivos, ora agindo por conta própria, usurpando o magistério punitivo do Estado em nome de cruel e primitiva vingança privada.

As chacinas perpetradas por estes delinquentes têm, como se sabe, escolhido como alvo predileto crianças e adolescentes em todo o país, geralmente sob o intolerável pretexto de eliminação de autores de ilícitos patrimoniais.

Escusado ressaltar que tais episódios de selvageria e hedionda violência, sem uma enérgica reação dos poderes públicos constituídos, não só vulnera o sentimento cristão do povo brasileiro mas contribui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobremodo para macular a imagem do nosso País perante o conserto das nações civilizadas que repugna toda sorte de impunidade.

Essas, em síntese, as considerações que nortearam a proposta legislativa ora encaminhada à apreciação de Vossa Excelência e que, acredito, contribuirá para reduzir a crueldade e violência que vêm acometendo, principalmente, os grandes centros urbanos.

O tráfico ilícito de entorpecentes evidentemente não é hediondo, mas é equiparado, assim como a tortura e o terrorismo. Considerou, portanto, o legislador que o tráfico de drogas se iguala aos hediondos (art. 2º da Lei 8.072/90) na sua expressiva lesividade, além de se constituir crime horrendo, cabendo-lhe, igualmente, todas as distinções feitas aos crimes taxativamente enumerados no art. 1º da Lei 8.072/90.

A essência da lei (**ratio essendi**), portanto, estaria na necessidade de recrudescimento no tratamento de todos esses crimes, o que acabou por refletir na distinção e diferenciação em determinadas providências de natureza penal, processual e de execução penal.

A Lei nº 11.343/06 previu, em seu arcabouço normativo, a possibilidade de se impor **diminuição na pena** fixada para o tráfico de drogas quando o agente ou traficante for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Tal circunstância, porém, não retira a natureza hedionda do crime.

Na realidade, objetivou-se, com essa possibilidade de diminuição, **distinguir o pequeno do grande traficante** ou **o eventual** (como por exemplo, aquela pessoa que é paga para transportar, de um local para outro, determinada quantidade de droga no próprio corpo, vulgarmente conhecido como "mula") do **contumaz** ("dono de uma boca de fumo"), o que se adequou, diga-se de passagem, ao princípio da individualização da pena.

O resultado disso, **na expressão do impetrante**, redundou no que chamou de "tráfico privilegiado", o que não é propriamente correto porque nos crimes privilegiados – **modalidade existente nos chamados tipos penais derivados** – a lei agrega circunstâncias ao tipo básico e fundamental, a fim de torná-los menos graves e, relativamente a este aspecto, entendo que o tráfico ilícito ainda permanece carregado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de sua expressiva gravidade.

Nesta Corte, há julgados apenas da Quinta Turma nesse sentido, como, por exemplo, o **Habeas Corpus** nº 149.942/MG (DJe de 27.9.10), de relatoria do ilustre Ministro Felix Fischer, assim ementado:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 33, CAPUT E § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO CONTIDA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA. REDUÇÃO EM PATAMAR ADEQUADO, DE ACORDO COM A NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. HIPÓTESE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS. CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/07.

IV - A pretendida descaracterização do tráfico de drogas como crime equiparado aos hediondos quando incidente a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não se justifica.

V - O art. 2º, caput, da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o anteriormente citado dispositivo constitucional, equipara aos crimes hediondos o "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", sem qualquer ressalva aos casos em que a pena imposta é reduzida de 1/6 a 2/3 em razão de o agente ser primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedicar nem integrar organização criminosa (STF: decisão liminar no HC 102.881/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 11/03/2010).

VI - A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na desconconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.

VII - Acrescente-se, também, que a vedação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida no próprio § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, serve para demonstrar que a autorização para a redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime.

VIII - Frise-se, ainda, que nem mesmo o pretendido paralelo traçado em relação ao homicídio privilegiado se mostra pertinente, porquanto ao contrário do que ocorre em relação ao crime contra a vida, no impropriamente denominado "tráfico privilegiado", as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar.

IX - Enfim, a aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas.

X - "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 n.º 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, 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." (HC 143361/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, Dje 08/03/2010).

XI - Sendo assim, na hipótese dos autos de toda descabida se mostra a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação do regime inicial aberto ex vi arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/2006 e art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Ordem denegada.

Nesse sentido, ainda, **v.g. HC 143.361/SP** (DJe 8.3.10) e **HC 135.345/MG** (DJe de 7.6.10), Rel. Ministro Jorge Mussi; **REsp 1.133.945/MG** (DJe 17.5.10), Rel. Ministro Felix Fischer; e **HC 151.622/RJ** (DJe 27.9.10), Rel. Ministra Laurita Vaz, entre outros.

Sem embargo, tenho com possível o estabelecimento de regime prisional diverso do fechado ao condenado por crime hediondo ou equiparado.

Por ocasião do julgamento do **Habeas Corpus** nº 167.849/MG (sessão do dia 25.5.10), salientei que, com a edição da Lei nº 11.464/07, a qual modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

Disse mais: a Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

Nesse sentido, trouxe a lume recentes precedentes: **HC-130.113/SC**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator Ministro Nilson Naves; **HC-154.570/RS**, Relatora Ministra Maria Thereza; e **HC-128.889/DF**, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. Este último assim sumariado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

2. Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto.

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva.

(HC 128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 5.10.09)

No caso, o paciente é primário e lhe foi desfavorável apenas uma circunstância judicial – a quantidade de droga. Ainda assim, tenho como razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Mesma sorte não lhe assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a quantidade e diversidade de droga apreendida – 88 g (oitenta e oito gramas) de cocaína e 74 g (setenta e quatro gramas) de maconha – não recomenda o benefício, nos termos do art. 44, III, do CP.

À vista do exposto, meu voto **concede parcialmente** a ordem tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0135077-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 180.177 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1090630506 20100198746

EM MESA

JULGADO: 02/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : JHONN WENDER OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Celso Limongi que a concedia em maior extensão."

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votou com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 02 de dezembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário