



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.204 - MS (2011/0030404-8)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSÉ CLEITON PEREIRA CAMARGO

EMENTA

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

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.

4. 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.

5. No caso, aplicável o regime aberto para o cumprimento da pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, cuidando-se de réu primário, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais.

6. Mesma sorte não lhe assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a diversidade de droga apreendida – 3,2 g (três gramas e dois decigramas) de maconha e 43,4 g (quarenta e três gramas e quatro decigramas) de cocaína – não recomenda o benefício, nos termos do art. 44, III, do CP. Nesse ponto, destacou o Tribunal de origem que o "réu não praticou na condição de mero transportador (mula), e sim como vendedor final".

7. Ordem parcialmente concedida.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 22 de março de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.204 - MS (2011/0030404-8)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de José Cleiton Pereira Camargo, figurando como coator o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Ressai dos autos que o paciente foi condenado, por tráfico de drogas, a 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, substituída a sanção corporal por medidas restritivas de direito.

O Tribunal Estadual, provendo parcialmente o apelo do Ministério Público, aplicou o regime inicial fechado, cassando a substituição de pena.

Busca a impetração o afastamento do caráter hediondo da infração, bem como o restabelecimento do regime aberto e da conversão de pena.

Indeferida a liminar, o Ministério Público Federal é pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.204 - MS (2011/0030404-8)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Segundo a denúncia, policiais receberam várias denúncias de que o ora paciente estaria comercializando entorpecente em um quarto alugado situado no interior de um bar, em Três Lagoas/MS. Foi, então, abordado e preso em flagrante, por ter em depósito, para fins de mercancia, 1 (um) invólucro de maconha, pesando 3,2 g (três gramas e dois decigramas) e 4 (quatro) cápsulas e meia de cocaína, com o peso de 43,4 (quarenta e três gramas e quatro decigramas).

Alega o impetrante que a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, afasta 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, descurou-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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 é equiparado, assim como a tortura e o terrorismo, aos crimes hediondos. 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 ao 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 APREENSIVA. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na desconsideração 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 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.

Noutro giro, conquanto inviável o afastamento do caráter hediondo da infração, possível é o estabelecimento de regime prisional diverso do fechado.

Com efeito, por ocasião do julgamento do HC-167.849/MG (sessão do dia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25.5.10), salientei que 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 no crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação 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, verifica-se os recentes precedentes: **HC-130.113/SC**, 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)

Nesse contexto, entendo aplicável o regime aberto para o cumprimento da pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, cuidando-se de réu primário, cuja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base foi estabelecida no mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais.

Leia-se a sentença, na parte da dosimetria:

A culpabilidade é a própria da espécie. As circunstâncias e consequências do crime, na qual se englobam a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, não o prejudicam. Não registra antecedentes. Com fundamento no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a pena-base fica fixada no mínimo legal, 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Deixo de atenuar a pena-base pela menoridade relativa do réu atento ao enunciado 231 da súmula da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça.

Incide na espécie a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, conforme fundamentação supra, já que o réu não é reincidente e não se dedica a atividades criminosas, impondo-se a redução no percentual máximo (2/3), atento às circunstâncias judiciais, ficando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 167 dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo.

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 – 3,2 g (três gramas e dois decigramas) de maconha e 43,4 g (quarenta e três gramas e quatro decigramas) de cocaína – não recomenda o benefício, nos termos do art. 44, III, do CP. Aliás, nesse ponto, destacou o Tribunal de origem que o "réu não praticou na condição de mero transportador (mula), e sim como vendedor final".

À vista do exposto, meu voto **concede parcialmente** a ordem tão só para estabelecer o regime aberto 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: 2011/0030404-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 197.204 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 21080025600 21080092510

EM MESA

JULGADO: 22/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSÉ CLEITON PEREIRA CAMARGO

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

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."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.