



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 28.919 - MS (2010/0160721-0)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
RECORRENTE : EDILAINE DA SILVA VILHALVA (PRESA)
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIÉGAS - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. INDULTO. NÃO CABIMENTO. CRIME HEDIONDO. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DELITO NÃO HEDIONDO. HIPÓTESE DIVERSA. VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não desnatura a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

II. É vedada a concessão de indulto a crimes hediondos e equiparados. Inteligência do art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/90.

III. As espécies de homicídio não explicitadas na lei dos crimes hediondos, tal como sua figura privilegiada, não são consideradas como tais, por haver a explicitação na Lei nº 8.072/90 das características peculiares que imprimem às figuras típicas o caráter repugnante, sendo que a hipótese da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, diversamente daquela, tem por objeto o histórico do criminoso, e não as características do crime praticado.

IV. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não constitui tipo penal distinto do *caput* do mesmo artigo, sendo, portanto, aplicável a vedação ao indulto contida no art. 44, da Lei nº 11.343/2006.

V. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de maio de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 28.919 - MS (2010/0160721-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de recurso ordinário constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de EDILAINÉ DA SILVA VILHALVA mantendo a decisão que lhe indeferiu o pedido de indulto.

A paciente foi condenada à pena de 02 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, no regime fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Alegando ter cumprido mais de 1/3 da reprimenda a ela imposta, eis que se encontrava presa desde 07/05/2008, a paciente pleiteou a concessão do indulto previsto no Decreto Presidencial nº 7.046/2009, tendo o pedido sido indeferido pelo Juízo da Execução, sob o argumento de que a ré teria praticado delito hediondo.

Com isso, a defesa impetrou a ordem originária, a qual foi denegada nos termos da seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS – INDULTO – TRÁFICO DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO EXPRESSA NA CONSTITUIÇÃO E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO SE TRATA DE MODALIDADE DISTINTA DE TRÁFICO – ART. 33, § 4º DA LEI DE DROGAS PREVÊ APENAS BENEFÍCIO PARA O CÁLCULO DA PENA – VEDAÇÃO PACIFICADA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ORDEM DENEGADA.

Não há falar em concessão de indulto a condenados por tráfico quando há expressa vedação na Constituição e demais leis. O fato de a paciente ter sido beneficiada pela causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei de Drogas não significa que reconheceu-se (sic) modalidade diversa de crime, tratando-se igualmente de tráfico.” (fl. 93).

Daí o presente recurso, no qual se reiteram os argumentos aduzidos em 2º grau de jurisdição, sustentando-se a possibilidade de condenados por tráfico de drogas privilegiado serem beneficiados com o indulto, uma vez que a figura típica descrita no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006 não pode ser equiparada aos crimes hediondos, do mesmo modo que no caso do homicídio privilegiado, que não é considerado crime hediondo.

Assevera-se, ainda, que a conduta praticada pela ré, que é primária e não integra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organizações criminosas, não pode ser igualada à dos delinquentes dotados de alta periculosidade.

Deste modo, afastado o óbice à concessão de indulto aos condenados por tráfico de drogas privilegiado, tendo a paciente cumprido os requisitos previstos no Decreto Presidencial n.º 7.046/2009, requer o impetrante seja concedido à acusada o indulto pleiteado.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 162/164).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 28.919 - MS (2010/0160721-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de recurso ordinário constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de EDILAINÉ DA SILVA VILHALVA mantendo a decisão que lhe indeferiu o pedido de indulto.

A paciente foi condenada à pena de 02 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, no regime fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Alegando ter cumprido mais de 1/3 da reprimenda a ela imposta, eis que se encontrava presa desde 07/05/2008, a paciente pleiteou a concessão do indulto previsto no Decreto Presidencial nº 7.046/2009, tendo o pedido sido indeferido pelo Juízo da Execução, sob o argumento de que a ré teria praticado delito hediondo.

Com isso, a defesa impetrou a ordem originária, a qual foi denegada nos termos da ementa de fl. 93.

Daí o presente recurso, no qual se reiteram os argumentos aduzidos em 2º grau de jurisdição, sustentando-se a possibilidade de condenados por tráfico de drogas privilegiado serem beneficiados com o indulto, uma vez que a figura típica descrita no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006 não pode ser equiparada aos crimes hediondos, do mesmo modo que no caso do homicídio privilegiado, que não é considerado crime hediondo.

Assevera-se, ainda, que a conduta praticada pela ré, que é primária e não integra organizações criminosas, não pode ser igualada à dos delinquentes dotados de alta periculosidade.

Deste modo, afastado o óbice à concessão de indulto aos condenados por tráfico de drogas privilegiado, tendo a paciente cumprido os requisitos previstos no Decreto Presidencial n.º 7.046/2009, requer o impetrante seja concedido à acusada o indulto pleiteado.

Passo à análise da irresignação.

O cerne do presente recurso ordinário está em definir se existe vedação a que se conceda indulto ao chamado tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, figura pela qual foi a paciente condenada.

Constitucionalmente, tal restrição inexistente para qualquer modalidade de tráfico de drogas. É o que se extrai do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que considera o tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilícito de entorpecentes insuscetível de graça ou anistia, mas não de indulto:

"XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;"

O dispositivo constitucional, entretanto, coloca o tráfico ilícito de drogas no mesmo patamar dos crimes hediondos. E, de fato, a Lei nº 8.072/90 em seu art. 2º, inciso I, dispõe o seguinte:

*"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
I - anistia, graça e indulto;
(...)"*

Observe-se que não há qualquer ressalva quanto à possível aplicação de causas de diminuição de pena ao crime de tráfico de drogas. Desse modo, ainda que o § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 seja considerado no cálculo da pena, isso não afasta a supracitada vedação ao indulto.

A questão encontra-se pacificada nesta Corte, no sentido que a causa de diminuição de pena disposta no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 não desnatura a essência hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Confira-se:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. REGIME FECHADO OBRIGATÓRIO. SURSIS. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA QUE JUSTIFICA A REDUÇÃO DA PENA NO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS).

1. A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, não afasta o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes. Precedente da Quinta Turma desta Corte.

2. O regime fechado de cumprimento de pena é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação ao § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, como no caso, sendo vedada a concessão de sursis.

3. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

4. Na hipótese, a redução da pena no patamar máximo (2/3) se justifica com fundamento na natureza da droga (cocaína) e na sua quantidade (5,4 g), que não chega a ser elevada, assim, o percentual de redução da pena atende à proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

5. Ordem parcialmente concedida, para alterar o percentual da causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 e determinar sua incidência na fração de 2/3 (dois terços), ficando a pena do Paciente reduzida para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado."

(HC 151622, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 27.9.2010).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. HIPÓTESE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS.

I - O crime de tráfico de drogas cuja tipificação se encontra no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 é, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), considerado figura equiparada aos crimes hediondos assim definidos em lei (Lei nº 8.072/90), sujeitando-se, por conseguinte, ao tratamento dispensado a tais crimes.

II - 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.

III - 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).

IV - 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 desconSIDERAÇÃO das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.

V - 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.

VI - Frise-se, ainda, que nem mesmo o pretendido paralelo traçado em relação ao homicídio privilegiado se mostra pertinente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

VII - 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.

VIII - "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 nº 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).

IX - 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. Recurso provido."

(Resp 1133945 / MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 17.5.2010).

Descabe, outrossim, a analogia ao homicídio, cuja figura privilegiada não é considerada hedionda.

No caso do crime do art. 121, § 1º, do Código Penal, além de haver a explicitação na Lei nº 8.072/90 das características peculiares que imprimem às figuras típicas o caráter repugnante, nota-se que a própria motivação e forma de execução descritas são acentuadamente mais graves. Portanto, as espécies de homicídio não explicitadas na lei dos crimes hediondos não são, acertadamente, consideradas como tais.

No caso do tráfico de drogas, entretanto, o mesmo não ocorre. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 tem por objeto o histórico do criminoso, e não as características do crime praticado.

De fato, a redação do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 é a seguinte:

"§ 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, até mesmo qualificação dessa disposição legal como um tipo privilegiado de tráfico é, a rigor, imprópria.

Tanto o é que a Lei nº 11.343/06, em seu art. 44, ao dispor sobre os crimes insuscetíveis de indulto, entre outros, cita apenas o *caput* do art. 33. Não se mencionou o § 4º do mesmo artigo porque não se trata de uma figura típica distinta, mas apenas de uma causa de diminuição da pena.

Ou seja, ainda que aplicada a causa de diminuição de pena do § 4º, o crime cometido continua sendo o do *caput* do art. 33, sendo, portanto, incabível a concessão do benefício. Neste sentido, trago à colação o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INDULTO OU COMUTAÇÃO. DECRETO 6.706/08. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INCIDÊNCIA NA QUANTIDADE DE PENA E NÃO NA NATUREZA DO ILÍCITO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não é possível a concessão da comutação da pena, espécie de indulto, a condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, delito equiparado a hediondo. Inteligência dos arts. 2º, I, da Lei 8.072/90 e 8º do Decreto 6.706/08.

2. A Quinta Turma deste Superior Tribunal já se manifestou no sentido de que a incidência da causa de diminuição de pena não elide o caráter hediondo do crime, uma vez que interfere apenas na quantidade de pena a ser aplicada e não na natureza do ilícito penal (tráfico ilícito de entorpecentes).

3. Ordem denegada."

(HC 147982 / MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 21/06/2010).

Finalmente, há que se observar que o art. 8º, incisos I e II do Decreto nº 7.046/2009, veda expressamente a concessão do indulto aos condenados por tráfico ilícito de drogas ou por crime hediondo, consoante se extrai do seguinte trecho:

"Art. 8º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas:

I - por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos dos arts. 33, caput e , e 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

II - por crime hediondo, praticado após a edição das Leis nºs 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.930, de 6 de setembro de 1994, 9.695, de 20 de agosto de 1998, 11.464, de 28 de março de 2007, e 12.015, de 7



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores;
(...)"*

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0160721-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 28.919 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1080216561 20100213048 20100213048000100 2100025511

EM MESA

JULGADO: 24/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EDILAINE DA SILVA VILHALVA (PRESA)
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIÉGAS - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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

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, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.