



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.344 - MS (2011/0293797-7)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : AFONSO NOBREGA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : IONE DA SILVA OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS . APREENSÃO DE RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA. **1.** REGIME INICIAL SEMIABERTO DEFERIDO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REGIME ABERTO. NÃO CABIMENTO. **2.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. **3.** ORDEM DENEGADA.

1. De acordo com o que preceituam os arts. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 (oito) anos, diga-se 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, o regime mais rigoroso se torna adequado, levando em consideração as circunstâncias do crime, que envolveram a apreensão de 900 g (novecentos gramas) de cocaína prontos para o comércio ilícito. Pelos mesmos motivos, não é cabível a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos.

2. Habeas corpus denegado.

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, denegar a ordem.

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

Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.344 - MS (2011/0293797-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Ione da Silva Oliveira, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Conta dos autos que a paciente - denunciada pela suposta prática da conduta descrita no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006 - foi condenada à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida a partir do regime fechado, e ao pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa.

Diante disso, a defesa apelou. A Segunda Turma Criminal, deu parcial provimento ao recurso, apenas, para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da reprimenda, em acórdão assim ementado (fl. 13):

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO - ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/06 - REDUÇÃO DA PENA-BASE E AMPLIAÇÃO DA FRAÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/06 - INCABÍVEL - MONTANTE FIXADO PROPORCIONALMENTE À QUANTIDADE DA DROGA - AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - POSSIBILIDADE - PROVIMENTO PARCIAL.

A redução da pena-base e a fixação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, são inviáveis, quando a valoração realizada na sentença foi proporcional à quantidade e espécie da droga apreendida (cerca de 900 g de cocaína).

Considerando que o crime de tráfico privilegiado não está elencado no rol previsto na Lei nº 8.072/90, não é admitido o reconhecimento da hediondez.

Abranda-se o regime prisional para o Semiaberto, na hipótese de apreensão de razoável quantidade droga, que, muito embora tenha elevado poder de disseminação, estava na posse de agente que ostenta circunstâncias judiciais positivas.

Daí a presente impetração, na qual se pleiteia, em síntese, o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos, ante a satisfação dos motivos legais.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 36/37) e as informações prestadas (fls. 51/101).

A douta Procuradoria Geral da República, ao manifestar-se (fls. 105/108), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.344 - MS (2011/0293797-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Busca a impetração a fixação de regime prisional mais brando para o desconto da reprimenda do paciente e sua substituição por restritiva de direitos.

O Tribunal de Justiça estadual, no particular da impetração, assim consignou (fls. 16/21):

DO REGIME PRISIONAL

Mantenho a hediondez do tráfico privilegiado, pois após longa reflexão, filio-me à jurisprudência cristalizada do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o reconhecimento do tráfico privilegiado não tem o condão de afastar a hediondez do delito.

Como explica O Ministro Gilson Langaro Dipp, do STJ:

'A questão em discussão nos presentes autos refere-se à definição de se o chamado tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, configura modalidade de delito hediondo. A Lei nº 8.072/90 em seu art. 2º dispõe o seguinte: [...] Como se vê, o tráfico ilícito de drogas foi equiparado aos delitos hediondos, não havendo qualquer ressalva quanto ao tipo penal privilegiado, no qual é aplicada a causa de diminuição de pena. Desse modo, ainda que o § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 seja considerado no cálculo da pena, isso não desnatura a essência hedionda do crime de tráfico de drogas. 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 trazidas 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: [...] Desse modo, até mesmo a qualificação dessa disposição legal como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um tipo privilegiado de tráfico é, a rigor, imprópria. Até por que, ainda que aplicada a causa de diminuição de pena do § 4º o crime cometido continua sendo do caput do art. 33, não havendo alteração da figura típica, sendo, portanto, incabível o afastamento da hediondez do tráfico privilegiado (STJ; HC 192.685; Proc. 2010/0226378-8; MS; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 16/06/2011; DJE 01/07/2011). Mesmo entendimento: REsp 1.178.925; Proc. 2010/0018819-2; MG; Quinta Turma; Rel. Des. Conv. Honildo Amaral de Mello Castro; Julg. 26/10/2010; DJE 16/11/2010; HC 151622/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 27.9.2010; HC 143361/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010; HC 143.716; Proc. 2009/0148737-7; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 02/09/2010; DJE 11/10/2010).

Importante observar que após muita reflexão cheguei à conclusão de ser esta a posição mais acertada, porquanto a incidência de simples causa de diminuição da pena não tem o condão de tirar a hediondez do delito. Explico. O fato do agente ser primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa não retira O fato de que ao traficar ou praticar qualquer conduta descrita no caput do artigo 33, da Lei 1.343/2006, seja com pequena ou grande quantidade de droga, age com imenso desrespeito e desprezo não apenas à saúde pública, mas com toda a sociedade, com desprezo às vítimas, pois de conhecimento geral as mazelas que sofrem os usuários de drogas, além do extremo potencial ofensivo do delito.

Entretanto, a manutenção da hediondez do delito, não implica em imposição automática do regime prisional inicial fechado. Senão, vejamos.

A um, porque o STF já decidiu ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos aos condenados por tráfico privilegiado, sendo, portanto, inviável admitimos somente o regime fechado, por colidir com a interpretação dos artigos 33 e 44, do Código Penal.

A dois, porquanto de acordo com Renato Marcão 'apesar de se referir expressamente à proibição de liberdade provisória, com ou sem fiança; concessão de sursis, restritivas de direitos; anistia; graça; indulto e prazo para obtenção de livramento condicional (ver art. 44), a lei, que é federal e especial, não restringiu, em qualquer de seus dispositivos, a liberdade de individualização judicial da pena de maneira a proibir a fixação de regime inicial aberto ou semi-aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade'.

A três, porque de acordo com entendimento expressado pelo Ministro Og Fernandes, do STJ, '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 apenas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, trouxe a lume recentes precedentes: HC-130.113/SC] Relator Ministro Nilson Naves, HC-154.570/RS Relatora Ministra Maria Thereza; e HC-128.889/DE Relator Desembargador convocado Celso Limongi. (STJ HC 180177/MG Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 01/02/2011).

Assim, a imposição do regime prisional inicial deve ser feito de acordo com as particularidades do caso concreto e ditames do artigo 33, do Código Penal.

No caso telado, apesar da pena ser inferior a 4 (quatro) anos, o regime prisional inicial deve continuar a ser o fechado, ante a grande quantidade de droga apreendida com a agente e o seu potencial lesivo, a teor do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS

Apesar do STF no julgamento do HC 97.256, em 01/09/2010 ter considerado incidentalmente inconstitucional a vedação contida no artigo 44, da Lei 11.343/2006, no tocante à proibição da substituição da pena corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas, tenho que no caso concreto tal substituição não é possível, por não ser socialmente recomendável, pois como já afirmado a ré foi surpreendida com mais de 900 g de cocaína, quantidade que, a meu sentir, impede a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Diante do exposto, com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso interposto por **Ione da Silva Oliveira**.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (Revisor)

Peço vênia para discordar do e. Relator, e dar provimento parcial ao recurso interposto por Ione da Silva Oliveira, somente no que tange ao afastamento da hediondez e no abrandamento do regime prisional.

Consta dos autos que:

*'(...) no dia 1 de setembro de 2010, às 13h30min, na Rua Arquiteto Vila Nova Artigas, 639, Bairro Jardim das Hortências, nesta cidade e comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, a denunciada IONE DA SILVA OLIVEIRA trazia consigo e guardava para o fim de comércio, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, uma porção de substância análoga à cocaína, **pesando 48 g (quarenta e oito gramas) Em busca domiciliar localizaram uma balança, e em um fundo falso de um criado-mudo, apreenderam 5 (cinco) porções de pasta base de cocaína, pesando 896 g (oitocentos e noventa e seis gramas) no quarto da filha da acusada, a adolescente BIANCA FERNANDES DE OLIVEIRA...***

A apelante foi condenada à pena de 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa.

Pede a redução da pena-base, a aplicação da causa de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 33, § 4.º, da Lei nº 1.343/06, no patamar máximo e, em razão do afastamento da hediondez do tráfico privilegiado, pede que seja abrandado o regime prisional e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O relator nega provimento ao recurso quanto aos pedidos de redimensionamento da pena, e à substituição por restritivas de direito, não há nenhum reparo a ser feito.

O julgador singular, a despeito de aplicar a minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º, da Lei nº 1.343/06), não afastou a hediondez do delito praticado pela requerida.

Entretanto, diversamente do que entendeu o relator, tenho adotado o posicionamento no sentido de que a hediondez não é compatível com a forma privilegiada do tráfico.

Da análise do art. 33, § 4.º, da Lei 1.343/069, apura-se que o legislador se preocupou em punir com mais rigor o traficante profissional, ao elaborar a nova lei de tóxicos, elevando a pena mínima de 03 (três anos) - prevista na Lei 6.368/76 - para 05 (cinco) anos e, de forma louvável, realizando a distinção entre o traficante profissional ou habitual - que vive única e exclusivamente para a prática da traficância e de outros delitos (roubos, sequestros, etc) - e o traficante ocasional ou acidental, mais conhecido como 'mula' - que pratica o ilícito penal em decorrência de sua situação econômica (desemprego ou até miséria absoluta) ou devido sua dependência doente (transporte ou vende o entorpecente para conseguir alimentar seu vício), ou seja, sua conduta se caracteriza por ausência de habitualidade e caráter não profissional.

Portanto, a hediondez está inserida apenas nos crimes de tráfico, em que o agente não preencha os requisitos previstos para caracterizar a figura privilegiada, vez que privilégio não se harmoniza com hediondez, em razão dos conceitos serem totalmente incompatíveis.

Além disso, fazendo um paralelo com alguns crimes previstos no Código Penal, percebe-se que existem elementos convincentes de que o tráfico privilegiado não se enquadra como hediondo.

Por exemplo, temos o furto qualificado e porte de arma de fogo de uso permitido. Em ambos os casos, conquanto não sejam hediondos, a pena mínima é superior ao do crime de tráfico privilegiado, por isso, não se mostra razoável que este último tenha sido considerado pelo legislador, como de maior gravidade, tanto que ao elencar os crimes hediondos e assemelhados na Lei 8.072/90, não previu a figura híbrida do tráfico privilegiado, assim como não o fez no caso do homicídio qualificado-privilegiado.

Damásio Evangelista de Jesus, de há muito não aceita a incidência dos efeitos da Lei dos Crimes Hediondos ao delito de homicídio qualificado-privilegiado, consignando que 'nos termos do art. 67 do CP, havendo concorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes, dá-se preponderância às de natureza subjetiva, com fundamento nos motivos determinantes do crime (Código Penal Anotado, 12ª edição, p. 397).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, como no homicídio qualificado-privilegiado as qualificadoras são sempre objetivas, o ilustre doutrinador entende que deve preponderar o caráter do privilégio, que é de cunho subjetivo, arredando a hediondez do crime de homicídio qualificado-privilegiado.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado aqui. Não existem motivos para que o homicídio qualificado-privilegiado não seja crime hediondo, ao passo que o tráfico privilegiado o seja, vez que este último também não está previsto na Lei 8.072/90, cujo rol é taxativo.

Portanto, os argumentos despendidos na sentença e no voto do relator se referem aos casos de tráfico de drogas previsto no caput e no § 1.º, do art. 33 da Lei 11.343/06. Estes sim considerados hediondos, não se aplicando para o tráfico privilegiado, ou seja, aqueles em que a pessoa faz jus a causa de diminuição do § 4.º, do art. 33.

Sucede que, em casos como o dos autos, não é necessário invocar a hediondez para impor regime mais severo para o cumprimento da pena ou para impedir a concessão de certos benefícios (substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por exemplo).

Para essa finalidade - manter o regime fechado ou vedar a Substituição basta que analise a questão sob a ótica dos artigos 33, 59, e 44, todos do Código Penal, sendo descabida a aplicação do rigor previsto na Lei nº 8.072/90.

Assim, afastada a hediondez do delito, resta analisar sobre a possibilidade de abrandamento do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Considerando-se que o apelante possuía razoável quantidade de droga, mas de elevado potencial de disseminação (pasta-base de cocaína), entendo que somente é cabível o abrandamento do regime prisional para o semiaberto.

Por outro lado, é inviável a substituição prevista no art. 44, do Código Penal, tendo em vista a insuficiência da medida no caso concreto, com base nos elementos acima elencados.

Diante do exposto, divirjo em parte do relator, para dar provimento parcial ao recurso interposto por Ione da Silva Oliveira, a fim de desconsiderar a hediondez quanto ao crime de tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º, da Lei nº 11.343/06), e impor à apelante o cumprimento da pena em regime semiaberto.

Nada obstante seja previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, o certo é que a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, nas penas inferiores a 4 anos de reclusão, entendendo ser razoável a adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, na forma dos precedentes deste Tribunal.

Entretanto, no caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 (oito) anos, diga-se 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, o regime mais rigoroso se torna adequado, levando em consideração as circunstâncias do crime, que envolveram a apreensão de 900 g (novecentos gramas) de cocaína prontos para o comércio ilícito.

Registre-se, que o Tribunal **a quo** já concedeu à paciente o regime semiaberto.

Não destoa desse entendimento a jurisprudência desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

5. Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada. (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011)

Assim, não se mostrou irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual não diviso o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0293797-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 227.344 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110248381 514095620108120001

EM MESA

JULGADO: 24/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AFONSO NOBREGA

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

PACIENTE : IONE DA SILVA OLIVEIRA (PRESO)

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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