



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.530 - SP (2012/0069941-5)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : GUILHERME AUGUSTO CAMPOS BEDIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO RIBEIRO OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. AVALIAÇÃO EM CONCRETO.

1. 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.

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

3. Com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 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.

4. 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. Precedentes.

5. No caso, o Tribunal de origem não chegou a valorar os elementos contidos nos autos, à luz dos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, visto que fundamentou a fixação do regime fechado com base, unicamente, na imposição legal (art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90).

6. Ordem parcialmente concedida para que o Tribunal de origem ou o Juiz da Execução Penal – a depender da existência ou não do trânsito em julgado – reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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. As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 09 de agosto de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.530 - SP (2012/0069941-5)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de PAULO RIBEIRO OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Em sede de apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a reprimenda do paciente a 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mantido, contudo, o regime inicial fechado.

Daí o presente *writ*, em que se insurge o impetrante contra a fixação do regime inicial fechado.

Alega em suas razões que, a exemplo do homicídio privilegiado, o tráfico privilegiado previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, não caracteriza crime hediondo, não se submetendo, portanto, à imposição do regime inicialmente fechado.

A liminar foi indeferida à e-fl. 48.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-fls. 52/59).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.530 - SP (2012/0069941-5)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Inicialmente destaco que esta Sexta Turma, por ocasião do julgamento do HC n.º 180.177/MS, de minha relatoria, já teve oportunidade de se manifestar a respeito do tema ora suscitado, entendendo que a hediondez do delito não é afastada pelo reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Entorpecentes.

Para esclarecer, veja-se a ementa do julgado referido:

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 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.

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 repressão 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício.

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

No mesmo sentido, vejam-se:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 ("TRÁFICO PRIVILEGIADO"). AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NOVO TIPO PENAL. INADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRAZOS PREVISTOS PARA OS CRIMES COMUNS. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não é suficiente para provocar o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o "tráfico privilegiado" tipo autônomo. Assim, em casos tais, não podem ser considerados - como requisito objetivo para a obtenção de benefícios da execução penal- os prazos estabelecidos para os crimes comuns.

2. Se o tráfico de drogas (ilícito penal assemelhado a hediondo) foi praticado na vigência da Lei n.º 11.464/2007, devem incidir os lapsos temporais de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/2006 para o livramento condicional.

3. Ordem denegada.

(HC 219.960/MS, Relator Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS, DJe 5/12/2011).

EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. CASO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanções do réu 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 delito equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não tem condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma.

2. Porque evidenciada a hediondez da figura inculpada no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, não se aplica os prazos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal e art. 83, V do Código Penal, para fins de progressão carcerária e livramento condicional.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.208.524/MS, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 26/8/2011).

Assim, os argumentos do impetrante, no sentido da exclusão do caráter hediondo do delito, não subsistem.

Ocorre, entretanto, que entendo perfeitamente aplicável regime diverso do fechado ao condenado por tráfico de drogas, independentemente da caracterização desse delito como privilegiado.

Com efeito, em relação à possibilidade de fixação de regime inicial diverso do fechado para aqueles condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, por ocasião do julgamento do HC n° 167.849/MG, sessão do dia 25/5/2010, salientei que, com a edição da Lei n° 11.464, de 2007, que modificou a redação da Lei n° 8.072, de 1990, derogando a vedação à progressão de regime nos 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, verifiquem-se os recentes precedentes: HC n.º 130.113/SC, Relator Ministro Nilson Naves, e HC n.º 154.570/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

No caso, as instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contidos nos autos à luz dos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, visto que fundamentaram a fixação do regime fechado com base unicamente na hediondez do crime de tráfico de entorpecentes.

Assim, não sendo a matéria debatida no Tribunal de origem, não pode o Superior Tribunal de Justiça analisar originariamente a possibilidade de imposição de regime aberto, tal qual requerido na impetração, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância.

Dito isso, afastada a imposição de regime inicialmente fechado, contida na Lei n.º 11.464/07, compete ao Tribunal a *quo* reavaliar, com base em dados concretos, a possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado.

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem para que o Tribunal de origem ou o juízo de execução da pena, a depender da existência ou não de trânsito em julgado, fixe e fundamente o regime de cumprimento de pena que entender adequado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0069941-5

HC 238.530 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13602010 50100580041 580043120108260050

EM MESA

JULGADO: 09/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUILHERME AUGUSTO CAMPOS BEDIN - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PAULO RIBEIRO OLIVEIRA

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."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.