



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.088 - RS (2012/0124208-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : EDUARDO ALMANSA JACOB
ADVOGADO : JOSE FRANCISCO FERREIRA DE ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.

2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 13 de março de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.088 - RS (2012/0124208-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público do Rio Grande do Sul**, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça estadual no Agravo em Execução n. 700443726975 (fl. 43):

AGRAVO EM EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INDULTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO.

O reconhecimento do privilégio no delito de tráfico de drogas afasta a caracterização de hediondez, contida na Lei 8.072/90. Por isso, no juízo *a quo* deverão ser reapreciados o requisito objetivo temporal comum e não o dos hediondos, bem como os requisitos subjetivos.

AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

Nas razões do especial é alegada a existência de ofensa ao art. 2º da Lei n. 8.072/1990, ao argumento de que a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas.

Em caráter subsidiário, aduz-se a negativa de vigência ao art. 619 do Código de Processo Penal e, caso se entenda estar a questão trazida no especial carente de prequestionamento, ofensa ao art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Pede-se o provimento do recurso especial, com o restabelecimento da decisão do Juízo da Execução, que indeferiu os pedidos de indulto e livramento condicional.

Oferecidas contrarrazões (fls. 108/113), admitiu-se o recurso na origem (fls. 115/118), sendo oferecido parecer pelo Ministério Público Federal (fls. 128/136).

Às fls. 138/140, proferi decisão indicando o presente recurso especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como representativo da controvérsia, a fim de que sua tramitação passasse a observar o rito estabelecido no art. 543-C do Código de Processo Civil e na Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

Feitas as comunicações de praxe, houve nova manifestação do *Parquet* federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir Mendes de Sousa (fl. 244):

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE.

Adequação de paradigma para a produção de decisão capaz de ser utilizada em recursos repetitivos.

A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos, de maneira que a previsão legal de redução da reprimenda, diante do preenchimento dos requisitos ali enumerados, não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao delito em tela. Precedentes.

Parecer pela admissibilidade deste apelo nobre como representativo da questão jurídica objeto de recursos especiais repetitivos sobrestados na origem; e no mérito, para que o Superior Tribunal de Justiça declare que a simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.088 - RS (2012/0124208-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A controvérsia a ser dirimida no presente recurso especial, cinge-se à manutenção da natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do mesmo artigo e assim se, quando da aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, deve ser observado o lapso do art. 112 da Lei de Execução Penal ou aquele previsto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990.

O Tribunal de origem entendeu que a incidência da minorante afastaria a hediondez do crime. Por consequência, determinou que, na execução da pena, fossem observados os interstícios previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal.

O julgado está assim fundamentado (fl. 46):

[...]

O apenado foi condenado pelo delito do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 – tráfico privilegiado –, aduzindo, porém, a não caracterização de tal delito como hediondo.

O privilégio é uma *contraditio in terminis* com especial gravidade – hediondez –, o tratamento há de ser diferenciado, notadamente porque a Lei 8.072/90, tida como Lei dos Crimes Hediondos, não contempla formulações híbridas como de especial gravidade, como é o caso do homicídio qualificado-privilegiado.

Ademais, o privilégio reconhecido impõe um tratamento diferenciado daquele dado aos delitos hediondos ou equiparados. Tratar de maneira igual um condenado por tráfico (art. 33, *caput*) e um condenado por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º), constitui uma nítida contradição, uma negativa ao próprio privilégio, uma ofensa ao princípio da igualdade.

Tanto é assim que a Lei 8.072/90, ao dar tratamento mais gravoso aos delitos hediondos, não tipifica nenhuma forma privilegiada do delito, pois o privilégio é, por essência, o oposto da hediondez.

[...]

O acórdão recorrido está a merecer reparos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O art. 2º da Lei n. 8.072/1990 equiparou o delito de tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, dispondo, no § 2º do mesmo artigo, que a *progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.*

Por sua vez, o tipo penal do tráfico de drogas está capitulado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que, em seu § 4º, estabelece que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, *desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

Feita a leitura dos dispositivos, de plano, constata-se que o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 não excluiu de seu rol o tráfico de drogas quando houver a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Se assim o quisesse, poderia o legislador tê-lo feito, uma vez que a redação atual do dispositivo, conferida pela Lei n. 11.464/2007, é posterior à vigência da Lei n. 11.343/2006.

Outrossim, observa-se que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 elenca como requisitos necessários para a sua aplicação circunstâncias inerentes à pessoa do agente, e não à conduta por ele praticada.

Destarte, a primariedade, os bons antecedentes, bem como a não dedicação a atividades criminosas, nem a integração em organização criminosa são fatos que dizem respeito à pessoa do apenado. Em razão dessas circunstâncias – e não de uma eventual menor gravidade da conduta de traficar –, entendeu o legislador que poderia ser reduzida a pena do condenado.

A hipótese é diferente da situação paradigma que é sempre invocada, referente ao homicídio privilegiado, uma vez que, neste, a redução da pena é feita em razão de circunstâncias inerentes à razão da prática da conduta, as quais o legislador entendeu diminuir a gravidade da conduta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É a conclusão que se extrai da leitura do art. 121, § 1º, do Código Penal, o qual estabelece que, *se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 a 1/3 (um terço).*

Essa, entretanto, não é a mesma hipótese do crime de tráfico de drogas.

A causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não é aplicada por ser a conduta menos grave, mas surge por razões de política criminal, como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma mais rápida oportunidade de ressocialização.

É o que expõe a justificativa apresentada, quando da protocolização do projeto de lei que deu origem à referida norma, ao Senado Federal:

[...]

Outra questão tratada pelo projeto, e que vem sendo objeto de profunda discussão, é a que se refere ao pequeno traficante, de regra dependente, embora imputável, para quem sempre se exigiu tratamento mais benigno. Não olvidando a importância do tema, e a necessidade de tratar de modo diferenciado os traficantes profissionais e ocasionais, prestigia estes o projeto com a possibilidade, submetida ao atendimento a requisitos rigorosos como convém, de redução das penas, ao mesmo tempo em que se determina sejam submetidos, nos estabelecimentos em que recolhidos, ao necessário tratamento.

(PLS n. 115/2002, Diário do Senado Federal, 7/5/2002, pág. 7.392).

Na mesma direção, menciona-se lição da doutrina:

O agente verdadeiramente primário e de bons antecedentes, que tenha infringido as condutas previstas na cabeça do art. 33 e no seu § 1º, tem o direito subjetivo a esta causa especial de diminuição da pena, extremamente significativa, pois suas penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que ele não seja um profissional do crime (não se dedique às atividades criminosas) nem integre alguma organização criminosa. Trata-se de uma opção do legislador por "separar o joio do trigo danificado", aumentando o rigor em relação àquele e criando opções de minimizar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punição em relação a este, que em tese se encontra em uma situação onde a reinserção social é mais viável.

(SOUZA, Sérgio Ricardo de. *A Nova Lei Antidrogas* (Lei n. 11.343/2006) Comentários e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, pág. 52)

Outrossim, esta é a orientação que se colhe de precedente do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. ENTENDIMENTO RECENTE DA TURMA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROGRESSÃO DE REGIME APÓS O CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. IMPROCEDÊNCIA: EXIGÊNCIA LEGAL DO CUMPRIMENTO DE 2/5 DA PENA, SE O RÉU FOR PRIMÁRIO, E DE 3/5, SE FOR REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE *ERROR IN JUDICANDO* QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO, *EX OFFICIO*, DO *WRIT*.

1. A Primeira Turma desta Corte, em acórdão recente, proferido no HC n. 109.956, decidiu “não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC)”, não fazendo sentido qualquer retrocesso.

2. **A minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior.**

3. **O reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se as frações de 2/5, se primário, e de 3/5, se reincidente, previstas na Lei de Drogas, constituirá incentivo a que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que permanecerão presas.**

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 114.452/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 8/11/2012)

Conclui-se, portanto, que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.

A propósito, transcreve-se trecho do voto proferido pelo Ministro Felix



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fischer no HC n. 149.942/MG, com a observação de que o julgamento é anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos:

[...] 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 típica equiparada aos crimes hediondos assim definidos em lei (**Lei nº 8.072/90**), sujeitando-se, por conseguinte, ao tratamento dispensado a tais crimes.

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

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**).

A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do delito como hediondo. 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.

Nessa linha, no plano doutrinário destaco **Guilherme de Souza Nucci in "Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 3ª edição. Editora RT, 2008, página 320, in verbis:**

"(...) a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º."

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.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Enfim, **a aplicação do 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.**

(Quinta Turma, DJe 3/5/2010 – grifo nosso)

Da mesma forma, o Ministro Jorge Mussi, no julgamento do HC n. 143.361/SP, asseverou que:

[...]

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, 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.

(Quinta Turma, DJe 8/3/2010)

No mesmo sentido, mencionam-se precedentes de ambas as Turmas que integram a Terceira Seção:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO JULGADA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

4. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. **A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico.** Entretanto, esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

[...]

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC n. 224.038/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 27/11/2012 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. **Segundo o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, por produzir consequência apenas na quantidade da pena e não na qualificação do delito, não afasta o seu caráter hediondo.**

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 254.139/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/11/2012 – grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. 2. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior 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 implica no 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.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 249.249/MG, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 30/10/2012 – grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE.

1. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não afasta a hediondez do delito de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas. Ao contrário do alegado pelo agravante a análise do tema não demanda análise prova, porquanto limitada à interpretação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.116.696/MG, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/3/2012 – grifo nosso)

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.088 - RS (2012/0124208-0)

VOTO-VOGAL

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em que se alega contrariedade ao art. 2º da Lei 8.072/1990, ao argumento de que a aplicação da causa de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não afastaria o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas.

O tráfico de drogas, assim como a tortura e o terrorismo, é crime equiparado a hediondo, de acordo com o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e art. 2º da Lei 8.072/90.

A Lei 11.343/2006, por sua vez, ao tipificar a conduta de tráfico de drogas e afins, instituiu, em seu art. 33, § 4º, uma causa especial de redução da pena, nos seguintes termos:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstas no art. 28.

§ 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.”

O delito de tráfico de drogas, como se depreende da leitura do dispositivo, está tipificado no **caput** do art. 33 da Lei 11.343/2006. O § 4º da citada norma, por sua vez, prevê a redução das penas aplicadas ao tráfico, caso o “agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Ora, a causa de redução da pena, inscrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não altera a tipificação do tráfico de drogas. Ela somente permite a diminuição da pena a ser aplicada. Em outras palavras, não gera um tipo privilegiado ou qualificado do crime, o que poderia ensejar o entendimento de criação de delito autônomo, com o afastamento do caráter de hediondez.

A título de comparação, tem-se que os §§ 2º e 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ao tratarem de delitos diversos do tráfico de drogas, previram penas próprias para as condutas neles previstas, diversamente do que ocorreu com o § 4º, que – repita-se –, apenas instituiu uma causa especial de diminuição da pena, não implicando em criação de um novo tipo penal.

Nesse contexto, a aplicação da causa de diminuição da pena, inscrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na condenação por tráfico de drogas, não retira o caráter hediondo da conduta.

A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é pacífica sobre o tema:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E EMBARGOS INFRINGENTES JULGADOS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. **INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME.** REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível.

2. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. "O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).

4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. **A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico.** Entretanto, esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

6. Condenada a paciente à pena de 2 dois anos e 6 meses de reclusão, por tráfico de 145,6 g de crack e 34,9 g de cocaína, não há ilegalidade na fixação, de maneira fundamentada, do regime fechado.

7. Habeas corpus não conhecido." (STJ, HC 259079/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 18/02/2013).

"HABEAS CORPUS. INDULTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. CRIME COM PENA REDUZIDA PELO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, AINDA ASSIM, DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. É firme o entendimento deste Superior Tribunal de que é incabível a concessão do indulto aos delitos hediondos ou equiparados a hediondo.

2. A circunstância de ter sido aplicado o redutor de penas previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 não descaracteriza a equiparação à hediondez do delito de tráfico de entorpecentes.

3. Ordem denegada." (STJ, HC 168.447/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 15/03/2012).

Deve-se ressaltar, por oportuno, e na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça, que a equiparação do tráfico de drogas aos delitos hediondos – ainda que incidente o mencionado redutor de pena – não impede que seja fixado, ao condenado, regime inicial diverso do fechado, ou mesmo que haja a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos para tanto.

Ante o exposto, deve o Recurso Especial do **Parquet** ser provido.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.088 - RS (2012/0124208-0)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Senhora Presidente, tenho a impressão que se deu pela argüição de matéria constitucional. O Ministério Público afirma que, nesse ponto, essa Corte não seria competente.

Acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2012/0124208-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.329.088 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 177202 70043726975 70045321049 70046291647

PAUTA: 13/03/2013

JULGADO: 13/03/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMÉLIA G. CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : EDUARDO ALMANSA JACOB

ADVOGADO : JOSE FRANCISCO FERREIRA DE ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO

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

A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

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