



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Procuradoria-Geral da República

Nº 188735/2017 - ASJCRIM/SAJ/PGR

**Proposta de Súmula Vinculante nº 125/DF**

Proponente: Defensoria Pública da União  
**(PROCESSO ELETRÔNICO)**

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STF SOBRE O TEMA.

1. Proposta de Súmula Vinculante que atende, no aspecto formal, a legislação de regência.
2. Verbete proposto que, de fato, exprime o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, consolidado após reiteradas decisões.
3. Manifestação favorável à edição de súmula vinculante no tema proposto.

**I – RELATÓRIO**

Trata-se de Proposta de Súmula Vinculante nº 125 formulada pela Defensoria Pública da União, encaminhada à Procuradoria-Geral da República em cumprimento ao disposto no art. 354-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006. Sugere-se a edição do seguinte enunciado:

O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) não configura crime hediondo, não sendo aplicáveis a ele os parâmetros mais rigorosos previstos no artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006 e da Lei 8.072/1990.

A petição inicial amparou-se em precedentes do Supremo Tribunal Federal que, consoante o proponente, consolidaram entendimento *no sentido de que o chamado tráfico de drogas privilegiado (art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006) não tem natureza de crime hediondo.*

O proponente elegeu como paradigma a decisão do Plenário da Suprema Corte ao apreciar o HC 118.533, de relatoria da Ministra Carmén Lúcia, julgado em 13.06.2016, que teria *afastado o caráter de hediondez da conduta do pequeno traficante ou traficante episódico, que preencha, segundo análise judicial, os 4 (quatro) requisitos cumulativos estipulados na Lei 11.343/2006: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.*

Consoante o proponente, a decisão do Colegiado Maior teria sido replicada pela 1ª Turma no julgamento do RE 937651 AgR (Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09.09.2016).

De forma singular, o entendimento foi esposado ainda nos seguintes julgados: HC 138.817 (Rel. Min. Edson Fachin, DJe: 19.12.2016); HC 119.706 (Rel. Min. Luiz Fux, DJe: 02.12.2016); Rcl 25.694 (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe: 22.11.2016); HC 135.568 AgR (Rel. Min. Teori Zavascki, DJe: 08.11.2016); Rcl 24.825 AgR (Rel. Min. Roberto Barroso, DJe: 10.10.2016); HC 136.762 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe: 11.10.2016).



No juízo de adequação formal da proposta, a Ministra Presidente reconheceu a legitimidade do proponente para o feito, na forma do art. 3º da Lei nº 11.417/2006, e considerou suficientemente demonstrada a reiteração de decisões a justificar a apresentação da proposta.

O edital para ciência e manifestação de eventuais interessados foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 15/02/2017. Conforme consta de certidão acostada aos autos, o prazo respectivo encerrou-se em 24/03/2017.

Em petição única, a Conecta Direitos Humanos, o Instituto Brasileiro de Ciência Criminais – IBCCRIM, a Plataforma Brasileira de Políticas de Drogas, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC e o Instituto Igarapé postularam seu ingresso no feito como *amici curiae*. Manifestaram-se pela edição da súmula.

Decorrido o prazo para manifestação dos interessados, nos termos do art. 354-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), os autos foram encaminhados a Procuradoria-Geral da República.

## II - FUNDAMENTAÇÃO

No que toca ao aspecto formal, a Proposta de Súmula Vinculante está suficientemente fundamentada por autoridade legitimada à sua apresentação, atentando-se, inclusive, para a indicação de precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.



Consta nos autos a publicação de edital com a proposta de verbete para ciência de eventuais interessados, tendo decorrido o prazo sem notícia de manifestações.

A proposta atende, portanto, ao quanto preconizado nos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.417/2006 e às disposições regimentais pertinentes (arts. 354-A e 354-B do RISTF).

No que diz respeito ao mérito, tem-se que o verbete, de fato, exprime o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consolidado após reiteradas decisões sobre o tema.

Consoante manifestação ofertada nos autos do paradigma invocado pelo proponente (HC 118.533), entendo que as condutas punidas pelo tipo do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não podem ser qualificadas pela hediondez.

A fim de evitar desnecessária tautologia, transcreve-se a fundamentação do voto da Ministra Relatora naquele feito:

4. O art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República estabelece que *“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”* (grifos nossos).

5. O art. 2º da Lei n. 8.072/90, por sua vez, prescreve:

*“(…) 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;*

*II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)*



§ 1º *A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)*

§ 2º *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 (...)*”.

6. Dispõem os arts. 33 e 44 da Lei n. 11.343/2006:

*“(…) 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: (Vide ADI nº 4.274)*



*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 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”; e “*

*Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.*

*Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico (...).”*

7. Pelo que se tem nas normas legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, caput, e § 1º da Lei n. 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos.

(...)

9. Segundo a doutrina de Eugenio Pacelli:

*“(...) Outra importante questão que vem sendo absolutamente ignorada na legislação penal brasileira diz respeito ao modelo de cominação e de aplicação de penas, via do qual não se faz qualquer distinção entre a natureza do crime e a quantidade (total) e qualidade (detenção, reclusão e seus regimes – aberto, fechado e semi-aberto) de pena cominada nos tipos. É dizer: todo o tratamento de escolha da sanção cabível está centralizado no mínimo e máximo de pena cominada.*



*Pensamos que para alguns delitos e para alguns de seus autores, ainda que enquadrados em tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação do delito de tráfico de drogas, por exemplo, apesar de excessivamente apenado quanto ao mínimo da sanção cominada – 5 anos (art. 33, Lei 11.343/06) – prevê a possibilidade de redução da pena, de um sexto a dois terços, até para abaixo do mínimo, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa (art. 33, §4º, Lei 11.343/06).*

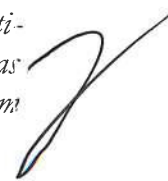
*Com efeito, é preciso não perder de vista que todo delito tem sua singularidade em relação aos demais, quando nada pelas circunstâncias pessoais do agente e sua inserção no meio em que praticado o crime. Assim, o aludido dispositivo legal já permite maior flexibilidade na gestão da política de drogas, dado que autoriza o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor.*

*E não é só.*

*Trata-se, em verdade, de levar-se a sério a inegável importância das decisões de política criminal, não só para a compreensão da legislação positiva, mas também – e, talvez, sobretudo! – para a aplicação do Direito. Por isso, o funcionalismo penal tem angariado tanta simpatia mundo afora: trata-se de modelo ou de sistema em que as decisões de política criminal devem ser necessariamente consideradas na construção da dogmática do direito penal.*

*No caso do chamado tráfico privilegiado, o que se decidiu, via legislativa e por decisão de política criminal, é que tais pessoas devem receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recai o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstram claramente o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição de tais pessoas. Não se pode, então, cancelar-se a tais condutas a nódoa da hediondez, por exemplo.*

*Eis, então, um caminho: a imposição de pena não deveria estar sempre tão atrelada ao grau de censura constante da cominação abstrata dos tipos penais. O ideal é que se dê ao juiz a possibilidade de exame quanto à adequação da sanção imposta e respectivo regime de cumprimento, a partir do exame das características específicas na execução de determinados fatos, cujo contexto em*



*que praticados apresente variantes relevantes (socialmente) em relação ao juízo abstrato de censura cominada na regra geral (pena mínima e máxima).*

*De outro lado, se há motivos para se elogiar a citada norma penal do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, haveria que se criticar o mesmo dispositivo, no parte em que proíbe a substituição da pena privativa por penas restritivas de direito. Aqui, a exceção legal feita pela Lei às regras gerais do art. 44, CP, não se justifica -- ou pode não se justificar -- quando presentes os requisitos subjetivos e objetivos do aludido art. 44, CP.*

*Não vemos, porém, inconstitucionalidade alguma na alternativa escolhida pelo legislador, nem sob a justificativa - abstrata a mais não poder -- da necessidade de igualdade de tratamento entre os todos os condenados. Do mesmo modo que o legislador tem o poder de fixar a pena mínima e a máxima aos tipos penais, segundo um juízo de gravidade de que ele mesmo é o titular, poderia também dispor sobre exceções quanto ao cumprimento de pena de determinados delitos. Mais diremos sobre o tema, deixando, porém, já consignado, que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da citada norma e que o Senado Federal já suspendeu os seus efeitos (Resolução 5, de 2012)” (no prelo, grifos nossos).*

10. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006), portanto, não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminoso.

A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente.





Nesse sentido, o entendimento externado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus n. 118.351:

*“(...) A mim me parece que, sob a perspectiva da política criminal, é evidente a intenção que decorre objetivamente do texto normativo de dispensar um tratamento diferenciado ao pequeno traficante, uma vez que são estendidos a ele certos benefícios absolutamente incompatíveis com o caráter hediondo ou, por equiparação legal, dos delitos objetivamente mais graves. O Supremo Tribunal Federal chegou até mesmo a declarar a inconstitucionalidade parcial desse texto normativo ao permitir que, mesmo no que concerne ao “tráfico privilegiado”, se proceda à conversão da pena privativa de liberdade e pena restritiva de direitos, e também autorizando uma substancial redução no quantum da pena privativa de liberdade ao permitir uma causa especial de diminuição de pena, que pode chegar até a 2/3. É evidente, a mim me parece, que muito mais do que a “mens legislatoris”, a própria “mens legis”, quer dizer, aquilo que decorre objetivamente do texto normativo, vale dizer, a intenção de se dispensar um tratamento diferenciado, menos rigoroso, a quem? Ao pequeno traficante(...)” (DJ 16.6.2014).*

Ademais, é de se ressaltar que, a despeito da Constituição da República impedir a concessão de graça ou anistia e da Lei n. 11.313/2006 o indulto ao tráfico de entorpecentes, os Decretos Presidenciais ns. 6.706/08 e 7.049/09 beneficiaram os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado com o indulto, o que demonstra que os mencionados textos normativos inclinaram-se na corrente doutrinária de que o tráfico privilegiado não é hediondo.

Assim, no meu entendimento, há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores legais destinados ao tráfico de entorpecentes equiparado ao crime hediondo. (...)

Com efeito, considerada a evidente disparidade no nível de afetação ao bem jurídico tutelado, não se afigura proporcional que o



tráfico comum e a figura privilegiada suportem o mesmo tratamento do Estado.

Não se deve deferir ao traficante eventual, que não se dedica a atividades delitivas e tampouco integra organização criminosa, o mesmo tratamento do traficante profissional.

Como bem pontuado pelo Ministro Roberto Barroso na discussão travada no paradigma, *esse critério conceitual equipararia um menino de deztoito anos que esteja com cem gramas de maconha a um grande traficante internacional que esteja transportando internacionalmente mais de uma tonelada. Portanto, dizer que é hediondo, equipara essas duas situações, o que me parece, com todo o respeito, uma injustiça patente.*

Embora esteja bem assentada essa premissa, após reiteradas decisões do STF sobre a matéria, é fato que a controvérsia persiste, a ensejar, como bem realçado pelo proponente, a chegada à Corte de diversos pedidos de habeas corpus tendo por pano de fundo a hediondez do crime emoldurado no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

Nesse cenário, de fato, é salutar a edição da súmula vinculante.

### III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina a Procuradoria-Geral da República pela aprovação da Proposta de Súmula Vinculante nº 125 nos seguintes termos: *O tráfico de entorpecentes privilegiado de que trata o art. 33, §4º, da Lei nº 11.434/2006, não configura crime hediondo, não lhe sendo aplicáveis*



*os parâmetros mais rigorosos previstos no art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006, e na Lei nº 8.072/1990.*

Brasília (DF), 07 de agosto de 2017.



**Rodrigo Janot Monteiro de Barros**  
Procurador-Geral da República

CGM/DD