



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.

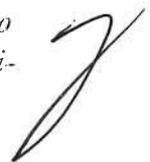
Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico (...).”

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).

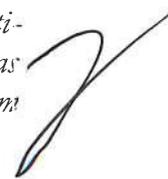
Com efeito, é preciso não perder de vista que todo delito tem sua singularidade em relação aos demais, quando nada pelas circunstâncias pessoais do agente e sua inserção no meio em que praticado o crime. Assim, o aludido dispositivo legal já permite maior flexibilidade na gestão da política de drogas, 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 criminosas.

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 dezoto 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