

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
PACTE.(S) : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA
PACTE.(S) : ROBINSON ROBERTO ORTEGA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

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

2. 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 criminosa.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Tribunal Pleno, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, **em conceder a ordem de habeas corpus para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas**, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Reajustaram os votos os Ministros Edson

HC 118533 / MS

Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber. Ausente, justificadamente e neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 23 de junho de 2016.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** - Relatora

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
PACTE.(S) : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA
PACTE.(S) : ROBINSON ROBERTO ORTEGA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. *Habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega, tendo como objeto o Recurso Especial n. 1.297.936, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze.

2. Tem-se nos autos que, em 15.6.2010, na Comarca de Nova Andradina/MS, os Pacientes foram condenados pelo transporte de “55 embalagens de substância entorpecente conhecida como ‘Maconha’, totalizando a quantia de 772,0 kg”, como incurso no art. 33, caput e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sete anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado, e setecentos e dez dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade (Evento 6, fls. 88/97, e Evento 7, fls. 1/6).

3. Tendo a sentença expressamente afastado a incidência, no caso, do disposto na Lei n. 8.072/1990, o Ministério Público interpôs apelação, pleiteando o reconhecimento da natureza hedionda do delito (Evento 7, fls. 16 e 19/27).

O Paciente Robinson Roberto Ortega também interpôs apelação, pleiteando a redução da pena (Evento 7, fls. 33/52).

HC 118533 / MS

4. Em 20.6.2011, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul negou provimento a ambas as apelações:

“APELAÇÕES CRIMINAIS – RECURSO MINISTERIAL - ART. 33, § 4º, DA LEI N- 11.343/06 – RECONHECIMENTO DA HEDIONDEZ - RÉUS CONDENADOS POR TRÁFICO PRIVILEGIADO - INCOMPATIBILIDADE - APELO DEFENSIVO - REDUÇÃO DA PENA BASE E AMPLIAÇÃO DA FRAÇÃO REFERENTE A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §40, DA LEI DE DROGAS - INVIABILIDADE - GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS - RECURSOS IMPROVIDOS.

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

Mantém-se a pena-base fixada na sentença, bem como a fração mínima da causa de diminuição prevista no art. 33, §40, da Lei n° 11.343/06, quando se tratar da apreensão de grande quantidade de droga apreendida (772 kg de maconha).” (Evento 8, fl. 17)

5. Contra o acórdão de 2ª instância, o Ministério Público interpôs o Recurso Especial n. 1.297.936 (Evento 8, fls. 34/51).

6. Em 30.4.2012, o Ministro Relator, em decisão monocrática, deu provimento ao recurso, reconhecendo a natureza hedionda do delito praticado pelos Pacientes:

“PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA.

1. A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes.

2. Recurso especial provido.” (Evento 8, fls. 95)

HC 118533 / MS

7. Contra essa decisão, o Paciente Robinson Roberto Ortega opôs embargos de declaração (Evento 8, fls. 109/116) e a Defensoria Pública da União, em benefício dos dois Pacientes, interpôs agravo regimental (Evento 8, fls. 118/127).

8. Em 18.3.2013, também em decisão monocrática do Ministro Relator, os embargos de declaração opostos pelo Paciente Robinson Roberto Ortega foram rejeitados diante da ausência de obscuridade, contradição ou omissão (Evento 8, fls. 129/132).

Contra a rejeição dos embargos declaratórios, o Paciente Robinson Roberto Ortega interpôs outro agravo regimental (Evento 8, fls. 138/145).

9. Em 18.4.2013, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou seguimento a ambos os recursos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E ADVOGADO CONSTITUÍDO. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA.

1. Vigê no ordenamento jurídico processual pátrio o princípio da unirrecorribilidade, razão pela qual não há como se conhecer do segundo recurso interposto por um dos réus contra a mesma decisão, haja vista ter ocorrido a preclusão consumativa da via recursal.

2. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a reapreciação da matéria pelo órgão colegiado, no julgamento de agravo regimental, supera eventual

HC 118533 / MS

violação ao princípio da colegialidade.

3. *A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes.*

4. *Agravo regimental conhecido em parte, apenas no tocante ao agravante Ricardo Evangelista Vieira de Souza, e, na parte conhecida, negado provimento.” (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.297.936 – www.stj.jus.br); e*

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. QUESTÃO PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

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.*

2. *Agravo regimental a que se nega provimento.” (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.297.936 – www.stj.jus.br)*

10. Daí a presente impetração, na qual a Impetrante sustenta que *“houve maltrato à CF pela exegese segundo a qual deva incidir a Lei 8.072/90 também sobre as condenações de tráfico de droga, mas com o privilégio do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06” (Evento 1, fl. 4).*

Salienta que *“a incidência das agravantes da Lei dos Crimes Hediondos a toda condenação imposta pela Lei de Tóxico vem dando ensejo à desarrazoada*

HC 118533 / MS

situação de se tratar alguém que seja condenado a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses (por ser primário, ter bons antecedentes, não integrar organização criminosa, etc) de maneira mais severa do que a outro que tenha sofrido uma condenação de 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos de reclusão, pena imposta no patamar máximo, diante de suas péssimas condições judiciais e legais” (Evento 1, fl. 4).

Aponta “a necessidade de afastar do tráfico privilegiado a pecha de hediondez” (Evento 1, fl. 5), impondo-se que se faça “uma analogia in bonam partem, a fim de se afirmar que o tráfico privilegiado possui a mesma justificativa do homicídio qualificado-privilegiado, qual seja, a necessidade de tratamento menos rigoroso para o agente delituoso que, por requisitos atenuantes, cometeu o crime” (Evento 1, fl. 9).

Conclui afirmando que “o tráfico privilegiado não pode ser equiparado ao crime hediondo e, conseqüentemente, deve ser concedida a possibilidade de início de cumprimento de pena nos regimes diversos do fechado, bem como seja autorizada a progressão de regime prisional após o cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 112 da LEP, qual seja, 1/6 da pena imposta, tempo este já cumprido pelo recorrente” (Evento 1, fl. 9).

Este o teor dos pedidos:

“Por todo o exposto, restando configurado o fumus boni iures, demonstrado no contexto da fundamentação jurídica do presente habeas corpus, em que a situação fática, de forma escoreita, subsumiu-se à orientação jurisprudencial deste Egrégio STF, bem como o periculum in mora, em vista do constrangimento ilegal imposto aos pacientes, vem requerer a Vossa Excelência que seja concedida LIMINARMENTE a presente ORDEM DE HABEAS CORPUS em favor dos pacientes, determinando a suspensão dos efeitos do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, para que os pacientes possam fazer jus aos benefícios do livramento condicional e a progressão de regime nos prazos dos crimes comuns e, no mérito, seja concedida a ordem para que seja reconhecida a inexistência da

HC 118533 / MS

hediondez no crime de tráfico privilegiado, e, por conseqüência, o direito da paciente em ver lhe ver concedido o livramento condicional e a progressão de regime nos prazos dos crimes comuns, fazendo, finalmente, cessar o constrangimento ilegal, requerendo, ademais:

- a) seja o presente habeas corpus distribuído a um dos eminentes Ministros deste Tribunal;*
- b) seja concedida a liminar conforme os termos expostos;*
- c) sejam colhidas as informações de estilo;*
- d) seja colhido o parecer do Ministério Público;*
- e) seja concedida a ordem no presente habeas corpus, nos termos solicitados.” (Evento 1, fl. 11)*

11. Em 2.7.2013, o Ministro Joaquim Barbosa, Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferiu o seguinte despacho:

“O caso não se enquadra na hipótese prevista no art. 13, VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Encaminhe-se o feito ao ministro-relator.

Publique-se.” (Evento 10, fl. 1)

12. Em 1º.8.2013, indeferi a liminar, requisitei informações e determinei fosse dada vista dos autos à Procuradoria-Geral da República, que se manifestou *“pela concessão da ordem”* em 18.2.2014:

“(…) 5. Assiste razão à impetrante.

6. A questão da hediondez do ‘tráfico privilegiado’ está afetada ao Plenário (HC nº. 110.884/MS), aguardando julgamento. É certo que nos crimes de tráfico de drogas é necessário que o réu cumpra 2/5 da pena para obter a progressão de regime (art. 2º, § 2º, da Lei nº. 8.072/9) e 2/3 da pena para fins de livramento condicional (art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006, e art. 83, V, do Código Penal). Contudo esses prazos maiores se aplicam apenas aos crimes previstos nos arts. 33, caput, e 34 a 37 da Lei 11.343/2006, sem abranger as condutas punidas pelo § 4º do art. 33, que têm menor grau de reprovabilidade e, portanto, não podem ser qualificadas pela hediondez. Donde, condenados os pacientes por tráfico privilegiado,

HC 118533 / MS

deve ser aplicada a regra geral, ou seja, o resgate de 1/6 e 1/3 da pena, para a progressão de regime e livramento condicional, a teor dos artigos 112 da Lei de Execução Penal e art. 83, inciso I, do Código Penal, respectivamente (...)".

13. Em 24.4.2014, determinei a afetação do presente feito ao Plenário deste Supremo Tribunal.

É o relatório.

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhor Presidente, eu gostaria de fazer algumas observações iniciais. Este não é um bom caso, talvez, para se discutir a tese. O que é a tese aqui? É se, nos crimes chamados de tráfico privilegiado, mantém-se a natureza de hediondez do que se tem, por exemplo, no § 1º do artigo 33 da lei específica. E por que não é? Porque o juiz, expressamente, afirma essa natureza do chamado tráfico privilegiado.

Tem-se na sentença, e, portanto, é algo com base no que foi desenhado lá. E é fato. O que se tem aqui como quadro que nós estamos julgando? Os policiais, diante do nervosismo de um caminhão que seguia uma caminhonete do condutor, o Ricardo, que é um dos pacientes, o primeiro dos pacientes, parou e ali encontrou 770 g de maconha em pequenos pacotes. E o Robinson, o segundo paciente, seria o batedor. Portanto não era uma mula, nada disso. Mas o juiz afirma o que na sentença? E eu trago esses dados, porque algumas coisas nós podemos rever no quadro, algumas coisas não. E também estou em sede de **habeas corpus**, que eu não posso reformar para pior. Tem-se na sentença:

Diante desse quadro, fixo a pena-base para ambos em dez anos de reclusão. Presente a atenuante genérica da confissão, diminuo-a de um ano e seis meses, fixando-a, provisoriamente, em oito anos e seis meses de reclusão para ambos.

Por último, atento à minorante do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343, diminuo-a de um sexto. Para alcançar o **quantum** de atenuação, observei especialmente a quantidade de drogas, circunstância essa eleita pelo legislador como preponderante.

Ou seja, o juiz fixou que era o chamado tráfico privilegiado, e isto vem, então, sendo discutido, o tempo todo, até chegar em recurso no Superior Tribunal.

O que se tem como objeto de indagação aqui? E a Procuradoria, pela

HC 118533 / MS

palavra do seu Procurador-Geral, reforça muito bem as cores muito graves deste caso, embora o parecer do Procurador nos autos seja pela concessão da ordem, exatamente para fazer a distinção do crime hediondo daquele que, para ele, seria o crime privilegiado e, portanto, não dotado dessa qualidade. Eu estou, portanto, acentuando este quadro.

E, apenas para dar notícia aos Senhores Ministros, de não ter havido prejuízo, como houve no outro caso relatado pelo Ministro Lewandowski, que tanto o Ricardo quanto o Robinson estão já cumprindo regime semiaberto e teriam direito ao aberto no próximo ano.

Portanto, eu estou considerando este quadro fático posto e os termos da sentença que eu não posso alterar.

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Conforme relatado, pretende a Impetrante o afastamento da incidência da Lei n. 8.072/1990 em caso de tráfico de drogas privilegiado, ou seja, tráfico de drogas para o qual se determinou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, possibilitando aos Pacientes o livramento condicional e a progressão de regime nos moldes do que estabelece o regime geral da Lei n. 7.210/1984.

2. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Nesse sentido, por exemplo, os *Habeas Corpus* ns. 121.255, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 1º.8.2014; 114.452-AgR/RS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ 8.11.2012; 118.577, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 21.11.2013; e 118.351, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 16.6.2014.

3. Entretanto, anoto que a submissão da presente questão ao Plenário deste Supremo Tribunal deságua no dever desta Relatoria de reanalisar a matéria e decidir segundo o seu convencimento, firmado a partir da legislação, dos dados dos autos e dos recentes posicionamentos jurídicos e doutrinários.

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:

HC 118533 / MS

“(...) 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

HC 118533 / MS

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.

8. Na espécie vertente, os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sete anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado, e setecentos e dez dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade, tendo a sentença expressamente afastado a incidência, no caso, do disposto na Lei n. 8.072/1990.

HC 118533 / MS

9. Segundo a doutrina de Eugenio Pacceli:

“(...) 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

HC 118533 / MS

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, chancelar-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 qu e 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.

HC 118533 / MS

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 criminosa.

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

HC 118533 / MS

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.

11. Nesse sentido, o parecer ministerial:

“(...) 5. Assiste razão à impetrante.

6. A questão da hediondez do ‘tráfico privilegiado’ está afetada ao Plenário (HC nº. 110.884/MS), aguardando julgamento. É certo que nos crimes de tráfico de drogas é necessário que o réu cumpra 2/5 da pena para obter a progressão de regime (art. 2º, § 2º, da Lei nº. 8.072/9) e 2/3 da pena para fins de livramento condicional (art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006, e art. 83, V, do Código Penal). Contudo esses prazos maiores se aplicam apenas aos crimes previstos nos arts. 33, caput, e 34 a 37 da Lei 11.343/2006, sem abranger as condutas punidas pelo § 4º do art. 33, que têm menor grau de reprovabilidade e, portanto, não podem ser qualificadas pela hediondez. Donde, condenados os pacientes por tráfico privilegiado, deve ser aplicada a regra geral, ou seja, o resgate de 1/6 e 1/3 da pena, para a progressão de regime e livramento condicional, a teor dos artigos 112 da Lei de Execução Penal e art. 83, inciso I, do Código Penal, respectivamente (...).”

12. Pelo exposto, voto pela concessão da ordem.

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Ministra-Relatora, percebe-se que - é evidente - o tema suscita discussão acerca da exclusão ou não do caráter de hediondez do delito de tráfico de entorpecentes, diante da causa de diminuição prevista na Lei 11.343/06.

Com o devido respeito, eminente Relatora, a conclusão a que cheguei, sem embargo das razões que foram expostas da Tribuna e também das peças recursais muito bem elaboradas pela Defensoria, não vai ao encontro da conclusão apresentada pela eminente Relatora. A conclusão a que se chega, e que tomo a liberdade de apresentar, é pela não concessão da ordem, tendo em vista que a causa de diminuição não nos parece incompatível com a manutenção do caráter hediondo do crime. E sobre isso, não apenas a quantidade da droga apreendida chama a atenção, que é um elemento quantitativo, mas, em meu modo de ver, a razão da impetração do **habeas corpus** está na decisão monocrática do Ministro do Superior Tribunal de Justiça. E nessa decisão se assentou que:

"A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes."

Portanto, atento ao inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, tenho, para mim, que esta decisão deve ser mantida com a não concessão do **habeas corpus**, sem embargo de ser uma garantia constitucional importantíssima na defesa da liberdade e das garantias individuais, mas, no caso concreto, fico com a jurisprudência anteriormente consolidada do Supremo Tribunal Federal, entre outros, no **Habeas Corpus** 118.351 onde, em contraposição do ilustre Ministro-Presidente, nos seguintes termos:

"A minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 foi estabelecida não porque o legislador entendeu que a conduta, nos casos em que

HC 118533 / MS

verificados aspectos favoráveis ao réu, seria menos grave, mas, sim, por razões de política criminal [...]."

Também encontro fundamento em acórdão do eminente Ministro Luiz Fux, no **Habeas Corpus** 118.351, perante a Segunda Turma, explicitando que:

"a minorante [...] não retirou o caráter hediondo do crime do tráfico de entorpecentes [...]."

E também, no **Habeas Corpus** 114.762, do Relator ilustre Ministro Luís Roberto Barroso.

Portanto, pedindo todas as vênias à ilustre Ministra-Relatora, tenho, para mim, que, neste caso, não é hipótese de deferir-se a ordem de livramento, seja, com o devido e imenso respeito, entendo pela não concessão, Senhor Presidente.

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, a manifestação do eminente Ministro Luiz Edson Fachin, divergindo da Ministra Cármen, já revela que a matéria não é simples. Aliás, todas essas questões que envolvem drogas apresentam uma complexidade de ser um tema tabu, e um tema efetivamente difícil de equacionar.

Eu, no entanto, Presidente, vou acompanhar a eminente Relatora pelas razões que tentarei, e muito brevemente, sistematizar.

O parágrafo 4º do art. 33 se aplica - como bem observou a eminente Relatora - a réus primários, de bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas nem integrem organização criminosa.

Eu já, por esse elenco, não teria simpatia por enquadrar réus nessa situação à condição de réus responsáveis por crimes hediondos. De parte isso, eu verifico que toda a tendência do Tribunal, ao longo dos anos, tem sido a de atenuar um pouco este rigor, que resultou da equiparação do crime envolvendo drogas a crimes hediondos. Portanto, o Tribunal, ao longo do tempo, considerou ilegítima a exigência de regime inicial necessariamente fechado; depois, o Tribunal considerou inconstitucional a proibição de aplicação de pena restritiva de direito; e, depois, considerou inconstitucional o impedimento à liberdade condicional nestes casos. E acho que isso vem associado a duas questões igualmente complexas e que discutiremos aqui um pouco mais à frente: o fracasso da guerra às drogas, mediante exacerbação do Direito Penal, que hoje é uma constatação mundial, e a situação do hiperencarceramento, que aflige a todos nós que vivemos no Brasil - se houver tempo, ainda hoje discutiremos a questão da insignificância que está na pauta. Portanto, esse crime de tráfico privilegiado comporta uma pena bem menos do que quatro anos. A pena aqui, se aplicada a minorante máxima, cai para um ano e oito meses. E, evidentemente, se o ordenamento jurídico apenas esta

HC 118533 / MS

conduta com um ano e oito meses, o ordenamento jurídico não está tratando essa conduta como de reprovabilidade tal que possa merecer as consequências de um crime hediondo.

Concordo com a eminente Relatora que esse caso é muito ruim, porque este é um caso em que a imputação era de tráfico de 700 kg de maconha. Evidentemente, não consigo imaginar - teria muita dificuldade de imaginar - alguém traficando 700 kg de maconha sem integrar algum tipo de organização. Logo, o caso é péssimo. Quando eu estava refletindo para tentar contornar o caso, imaginara de nós dissociarmos a hediondez nas hipóteses em que a pena fosse inferior a quatro anos, mas aí cairíamos num problema técnico, uma vez que passaríamos da tipicidade para a culpabilidade. Então, quer dizer, o tráfico, você o qualificaria como hediondo ou não em função da pena, o que tecnicamente seria uma complexidade.

Mas a verdade, Presidente, é que, embora o caso concreto não nos seja indiferente como juízes que somos, o grande papel do Supremo não é decidir uma situação concreta; o grande papel do Supremo é fixar as teses que orientarão a jurisprudência. Se eu pudesse fixar uma tese a mais, **extra petita**, o que não poderia, menos ainda em **habeas corpus**, eu diria: "Quantidades de droga acima de determinados volumes pressupõe que o réu integra uma organização criminosa" - como, neste caso, aqui, claramente me pareceria. Assim, para fixar a tese que entendo correta, que é o nosso papel, vou abstrair do fato de achar que essa foi uma decisão pouco feliz. Mas o que decidirmos aqui vai influenciar a condição de centenas, quando não, milhares de pessoas e, dessa forma, não só posso, como acho que tenho o dever de superar essa dificuldade do caso concreto.

Assim sendo, nesta reflexão que o mundo está fazendo, e nós também, sobre como lidar com o tráfico de drogas, no caso do chamado "tráfico privilegiado", que é aquele em que o acusado não integra a organização criminosa, não se dedica à atividade criminosa, tenha bons antecedentes e seja primário, concordo com a eminente Relatora, Ministra Cármen Lúcia, que não deve ter o caráter nem as consequências negativas

HC 118533 / MS

dos crimes hediondos.

Peço todas as vênias ao Ministro Fachin, cujas razões entendo, as quais provavelmente serão secundadas por outros colegas, mas, presentes essas circunstâncias brasileiras, sobretudo de hiperencarceramento, a atribuição do caráter de hediondez dificultaria a progressão, acompanho a Relatora.

.....

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, com a vênia da Relatora e do Ministro Barroso, acompanho a divergência.

Aqui, a questão está em saber se, no caso em que se aplicou o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o crime é hediondo ou não é hediondo. Ou, mais precisamente, se se aplica ao caso o art. 2º da Lei nº 8.072, que diz:

"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."

Esse dispositivo nada mais faz do que reproduzir o que está na Constituição. É a Constituição que estabelece, no inciso XLIII, 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, (...)."

Portanto, a Constituição, quando considerou inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia esses delitos, entre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ela não levou em consideração a situação pessoal do agente, ela levou em consideração uma determinada conduta.

Por isso, a questão de saber se se aplica ou não esse dispositivo, no meu entender, não tem nada a ver com a situação pessoal do agente. Está em saber se aquela conduta é ou não é tráfico ilícito de entorpecente.

Ora, o § 4º do art. 33, que institui uma causa de diminuição da pena, ele institui uma causa de diminuição da pena voltada exclusivamente para a condição pessoal do agente:

"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."

HC 118533 / MS

Eu não posso conceber que um crime seja "hediondo" no caso de o agente ter maus antecedentes, e não ser hediondo só porque ele tem bons antecedentes. Quer dizer, essa distinção, no meu entender, não é suficiente para nós estabelecermos uma exceção que a Constituição não estabelece.

De modo que pedirei vênia para acompanhar a divergência, denegando a ordem.

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, só gostaria de fazer um comentário. Quer dizer, a Constituição considera inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. A consequência jurídica da posição da Relatora, que eu acompanhei, não afeta nem a inafiançabilidade, nem a concessão de graça ou anistia. Ao dizer que não é hediondo, a consequência prática é acelerar a progressão de regime e permitir o livramento condicional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Aqui é só o livramento condicional.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, a posição não é incompatível com a Constituição, com todas as vênias.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - E essa outra matéria é objeto de um outro **habeas**, até porque já tivemos, na Segunda Turma, este é julgamento específico, em que eu me conduzi desse jeito e fui voto vencido. Quer dizer, ainda há uma polêmica por ser decidida pelo Supremo.

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, a minha dificuldade passa justamente pela precisão ou definição do que seja a hediondez de um crime. Crime hediondo é exatamente o quê? A hediondez diz com a conduta em si ou com as condições pessoais de quem exerce, desempenha, executa esta conduta, na linha do raciocínio empreendido, agora, pelo Ministro Teori?

Essa, desde logo, a minha dificuldade, porque não tenho dúvida, quanto ao art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006, que ele está privilegiando o agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Quer dizer, trata do pequeno traficante, ou do dito tráfico privilegiado.

Aí, a questão seguinte que propunha para chegar a uma conclusão: se o juiz se equivoca - com todo o respeito, no caso concreto, parece-me que o juiz se equivocou ao considerar como pequeno traficante, não envolvido em atividade criminosa, pessoa que está carregando quase uma tonelada de maconha-, então, eu me perguntava se a eventual má aplicação da lei pelo juiz poderia me levar ao afastamento da tese. Eu fiquei entre essas duas questões.

E, com todo o respeito aos que pensam em contrário, diante da jurisprudência do Supremo na linha da inaplicabilidade, ou seja, do não afastamento da condição de hediondez, porque vinculada à conduta em si...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra Rosa, é uma questão que aflige a todos nós. Estamos tentando pensar numa melhor resolução.

Esse critério conceitual equipararia um menino de dezoito 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

HC 118533 / MS

parece, com todo o respeito, uma injustiça patente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)- É a lição do Pacelli.

Como disse, Ministra Rosa, respeitando evidentemente o voto, trata-se de um caso grave, exatamente porque estamos levando em consideração um fundamento que, no caso, a olhos vistos, se o juiz errou - e eu não posso mudar, porque não sei quais as condições que ele considerou -, e o Supremo assentando que todo tráfico é hediondo, tal como posto pelo Ministro Fachin, pelo Ministro Teori, e imagino que deva prevalecer, apenas é preciso termos essa atenção do que acaba de afirmar o Ministro Barroso. Quer dizer, aquele menino de dezoito anos que pratica o tráfico, ou este que estava carregando na caminhonete, haverão de se submeter às mesmas condições, inclusive de cumprimento de pena.

É esse o drama desse voto, porque não tenho dúvida da gravidade, não tenho dúvida da seriedade. Mas a lição do professor Pacelli é exatamente isso, quando ele diz: Vamos todos considerar, carimbar que é hediondo, e esse carimbo, nessa decisão de hoje do Plenário, haverá de prevalecer não para os nosso julgamentos, mas para todo mundo.

Agradeço o aparte de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu também agradeço o aparte e devolvo a palavra a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministra Rosa, gostaria de fazer uma observação, porque a discussão está muito centrada no eventual erro **in judicando** do juiz de primeiro grau. Sucede que essa decisão do juiz de primeiro grau foi recorrida. Houve um recurso, a apelação manteve o erro **in judicando** do juiz, mas o STJ, julgando o mérito, restabeleceu - digamos assim - a jurisprudência que já é pacificada no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Então, particularmente, terei como ótica a última decisão proferida, que é a do STJ que entendeu especificamente, claramente, que o fato de haver uma causa de diminuição de pena não retira o caráter de hediondez do crime.

O resto, quando eu tiver que votar, vou falar, é porque Vossa Excelência estava sendo encurralada em razão da sentença, mas há um

HC 118533 / MS

acórdão aqui.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sempre gosto de ouvir. É muito interessante. Ouvindo as razões e os fundamentos de uma das correntes e, depois, da outra, realmente o espírito oscila... Eu gostaria muito de concluir no sentido do voto da eminente Relatora. Acho que até ficaria mais apaziguada, porém tenho dificuldade de concluir que a hediondez não esteja vinculada à conduta, em si, e sim às condições pessoais de quem executa a atividade delituosa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - A própria natureza do crime que é definida no *caput* do art. 33.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - A natureza do crime, essa é a dificuldade. Não é o que eu desejo, é como faço a leitura. Então, peço todas as vênias à eminente Ministra Cármen Lúcia e aos que a acompanham para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Fachin.

24/06/2015

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público, ilustre Defensor Público, que fez uma belíssima sustentação, senhores presentes, advogados, estudantes.

Senhor Presidente, esse caso hoje pautado, ele cai como uma luva ao que vem veiculado, hoje, no editorial do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso. Sua Excelência lidera um movimento de descriminalização do uso da droga. E isso é um fato notório. E nesse artigo, publicado no jornal O Globo, ele destaca que, não obstante tenha essa propensão, é preciso ter as cautelas de distinguir a figura do usuário da figura do traficante.

Então, em resumo, o que diz Sua Excelência é o seguinte: uso é uso; tráfico é tráfico. Então, o tráfico foi eleito uma figura penal mais grave, tendo em vista os seus efeitos deletérios no meio social. E tanto assim o é que, sem prejuízo da menção que aqui já foi feita na parte relativa aos direitos fundamentais - e também é um direito fundamental do Estado impor a sua ordem penal - e na defesa da saúde das pessoas - uma Constituição que preza pela dignidade da pessoa humana -, a própria Constituição Federal faz essa equiparação. E, pelo princípio da supremacia constitucional, não vejo nenhuma irregularidade nessa opção do constituinte originário.

E, se assim não bastasse, quando a lei trata, infelizmente, da maior clientela da droga, que é o jovem e o adolescente, a lei dispõe que o Estado tem o dever de promover políticas públicas preventivas para evitar que o jovem e o adolescente sejam capturados pelo tráfico de drogas.

Então essa é a primeira observação que eu faria, salvo se Vossa Excelência tiver algum aparte.

HC 118533 / MS

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, é que estou vendo que há uma manifestação por parte dos Colegas. Estou acompanhando com muita atenção o voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois não. Pensei que Vossa Excelência quisesse interferir. Apenas tive a gentileza de lhe dar a palavra.

Isso é um primeiro aspecto, Senhor Presidente.

O segundo aspecto é que, na verdade, eu vou repisar a lei, em auxílio à Ministra Rosa, que estava sustentando esse ponto de vista: é de somenos importância o **error in iudicando** do juiz. O Superior Tribunal de Justiça substituiu as decisões anteriores pelos seguintes termos: *é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no §4º do art. 33 da Lei, não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos.*

Ou seja, uma causa de diminuição de pena não descaracteriza o tráfico como crime hediondo, por quê? Porque a preocupação constitucional, o sentimento constitucional, a vontade constitucional está expressa numa regra geral, princípio **mater** consagrado nos direitos fundamentais, e na parte setorial de saúde do jovem e do adolescente para afastá-lo dessas drogas. Esse é um dos aspectos.

Então, a **ratio** da Constituição Federal é essa e, por isso, tráfico é tráfico. Agora, o que é tráfico privilegiado? Tráfico privilegiado é uma figura inexistente na lei penal. Não existe tráfico privilegiado. Não há essa figura. Se alguém encontrar, no Código Penal e nas leis especiais, essa figura, aí, realmente, vou me convencer desse posicionamento.

Evidentemente fica sempre mais oneroso discutir um voto da Ministra Cármen Lúcia, que traz sempre argumentos profundos e convincentes, mas, nesse caso específico, eu verifico que estamos na contramão do que preconiza a gênese da Constituição Federal com

HC 118533 / MS

relação ao tráfico de entorpecentes, a preocupação do constituinte em relação ao tráfico, a distinção que hoje em dia se vem fazendo entre o usuário e o tráfico e, finalmente, a nossa própria jurisprudência que, aqui, foram citados todos os acórdãos que eu mencionaria.

Aqui, trago apenas um trecho, que não foi citado pelos Ministros que me antecederem, no sentido assentado pela Primeira Turma, no **Habeas Corpus** nº 114.452, de um item que é bem específico não para o caso concreto, mas para a ideia de que o tráfico se desprende da pessoa do traficante, ele é hediondo por si só.

Então, disponho esse item do **habeas corpus**:

"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. "

O reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se o Texto Legal, constitui, sem dúvida, incentivo para que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que permanecerão presas.

Mutatis mutandis, no **Habeas Corpus** nº 118.577, Vossa Excelência também assenta, basicamente, esses mesmos fundamentos.

Por fim, Senhor Presidente, apenas para responder ao arguto argumento trazido pelo ilustre defensor público, há uma profunda diferença entre homicídio privilegiado e tráfico privilegiado. Em primeiro lugar, não encontramos a figura penal do tráfico privilegiado, e encontramos o homicídio privilegiado constando do Código Penal. Entretanto, o homicídio é privilegiado porque leva-se em consideração...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me

HC 118533 / MS

permite? Mesmo assim, o Código Penal não se refere a homicídio privilegiado. Há o homicídio simples, o qualificado e o culposo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, mas mesmo nessa conotação, o que o Código Penal e a doutrina assentam? Que esse homicídio é atenuado por força do elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo do agente é atenuado em razão das circunstâncias da prática do delito.

Aqui, não. Aqui houve uma opção objetiva legislativa no sentido de que tráfico é tráfico e deve ser tratado igualmente, salvante a peculiaridade de se conferir uma causa de redução da pena para o traficante esporádico, primário, de bons antecedentes, coisas que ainda não conseguimos enxergar ainda nesses anos de justiça penal na Primeira Turma. Por outro lado, Senhor Presidente, no caso concreto, não se pode imaginar um usuário com setecentos quilos de droga, porque aí ele vai usar isso até na outra vida.

De sorte que estou pedindo todas as vênias, Senhor Presidente, para acompanhar a divergência que foi inaugurada pelo Ministro Fachin, seguida pelo Ministro Teori Zavascki e pela Ministra Rosa Weber, com a vênia da eminente Ministra-Relatora.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 118.533

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S) : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA

PACTE.(S) : ROBINSON ROBERTO ORTEGA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), concedendo a ordem para afastar a natureza hedionda do crime praticado, no que foi acompanhada pelo Ministro Roberto Barroso, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, denegando a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelos pacientes, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor-Público, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.06.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU), em favor de Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial 1.297.936/MS.

Os pacientes foram condenados por tráfico de drogas, com a aplicação de causa diminuição de pena – art. 33, *caput* combinado com o § 4º, da Lei 11.343/06.

As penas do tráfico de drogas (art. 33) e do tráfico por equiparação (§ 1º) são diminuídas de um sexto a dois terços desde que “o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (§ 4º). Trata-se do chamado tráfico privilegiado.

O que se debate no presente caso é se o tráfico privilegiado submete-se ao regime jurídico dos crimes equiparados a hediondo, enunciado pelo art. 5º, XLIII, da CF e regulamentado pelo art. 2º da Lei 8.072/90, pelo art. 44 da Lei 11.343/05 e pelo art. 83 do CP.

Na sessão do Plenário de 24.6.2015, após os votos dos ministros Cármen Lúcia e Roberto Barroso, concedendo a ordem para afastar o caráter hediondo do crime, e os votos dos ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, denegando a ordem, pedi vista dos autos.

Feita essa recapitulação, passo aos fundamentos de meu convencimento.

HC 118533 / MS

Em primeiro lugar, alinho-me à ministra Cármen Lúcia para ressaltar que a aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 não é objeto da discussão. A quantidade da droga e a circunstância de que a carga era escoltada por batedor indicam que atores envolvidos na operação criminosa estavam associados para a prática desse crime. Dentre os condenados, é provável que ao menos o batedor estivesse, naquele momento, dedicado “às atividades criminosas”. Mas essas considerações são meramente laterais, uma vez que a aplicação da privilegiadora é uma questão decidida de forma definitiva pelas instâncias antecedentes.

Definida a aplicação da privilegiadora, resta saber se o tráfico privilegiado submete-se ao regime jurídico dos crimes equiparados a hediondo, enunciado pelo art. 5º, XLIII, da CF e regulamentado pelo art. 2º da Lei 8.072/90, pelo art. 44 da Lei 11.343/06 e pelo art. 83 do CP.

Mandados de criminalização. A Constituição de 1988 contém diversas normas que determinam, expressamente, a criminalização de um amplo elenco de condutas, conforme se observa nos seguintes incisos do art. 5º:

“XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - 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; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”.

HC 118533 / MS

No mesmo sentido, o art. 7º, inciso X, ao assegurar, em favor dos trabalhadores urbanos e rurais, a proteção do salário na forma da lei, estabelece, expressamente, que “*constitui crime sua retenção dolosa*”. De igual modo, prevê o art. 227, § 4º, da Constituição, que “*A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.*” Da mesma forma, estabelece o art. 225, § 3º, que “*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*”

É possível identificar, em todas essas normas, um mandado de criminalização dirigido ao legislador, tendo em conta os bens e valores objeto de proteção.

Em verdade, tais disposições traduzem importante dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a ideia de que o Estado obriga-se não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face do poder público, como, também, a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros.

Os direitos fundamentais não podem, portanto, ser considerados apenas proibições de intervenção. Expressam, igualmente, um postulado de proteção. Utilizando-se da formulação de CANARIS, pode-se dizer que os direitos fundamentais contemplam não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbote*), como, também, uma de proteção insuficiente (*Untermassverbote*). (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS 1989, p. 161 (163).

Sob esse ângulo, é fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a legal, permitindo que se

HC 118533 / MS

reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever estatal de tomar as providências necessárias à realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Nessa linha, as normas constitucionais acima transcritas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte, traduzido em mandados de criminalização expressos, dirigidos ao legislador.

Registre-se que os mandados de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras constituições adotam orientações assemelhadas (Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, c, e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I). É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia.

Regime constitucional e legal do tráfico de drogas. O art. 5º, XLIII, da CF, estabelece um mandado de criminalização, uma ordem direcionada ao legislador, com o seguinte conteúdo: *a lei considerará crime a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

A Constituição selecionou três incidências que considerou particularmente graves – tortura, tráfico de drogas e terrorismo – e determinou que o legislador desse a elas tratamento penal. Em sintonia com esse dever de criminalizar, o constituinte eliminou o poder de perdoar, ao vedar a graça e a anistia.

HC 118533 / MS

O regime rigoroso conferido aos acusados de tortura, tráfico de drogas e terrorismo também se manifesta na vedação de fiança.

Para além disso, o constituinte deixou o regime penal e processual dessas condutas a cargo do legislador ordinário. Muito embora estabeleça que a responsabilidade deve recair sobre mandantes, executores e omissos, o constituinte não determina idêntica responsabilidade para todas as condutas.

Incumbe ao legislador, de acordo com as circunstâncias e consequências de cada conduta, estabelecer os tipos penais, definindo penas proporcionais a cada ilícito.

Assim, a lei que trata dos crimes de tortura define as figuras típicas básicas (art. 1º, I, II e §1º) e qualificadas (§ 3º), e estabelece causas de aumento de pena (§ 4º). Para a omissão, comina pena bem mais modesta (§ 2º) – todos da Lei 9.455/97.

Fenômeno semelhante ocorre com o terrorismo. A lei respectiva inicia definindo *terrorismo* (art. 2º). Em torno da definição, faz gravitar condutas, estabelecendo penas a elas correspondentes – prática de atos de terrorismo, doze a trinta anos de reclusão (art. 2º, § 1º); participação em organização terrorista, cinco a oito anos de reclusão e multa (art. 3º); realização de atos preparatórios de terrorismo, a pena do ato consumado, reduzida até a metade (art. 5º); financiamento ao terrorismo, quinze a trinta anos de reclusão (art. 6º, todos da Lei 13.260/16).

Ou seja, o legislador tem margem para definir condutas diferentes, com penas maiores ou menores.

A questão está em saber se mesmo condutas com menor lesividade são, sempre e necessariamente, reconduzidas ao dispositivo constitucional e, portanto, submetidas ao regime constitucional dos

HC 118533 / MS

crimes hediondos – crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia.

No caso específico do tráfico de drogas, trata-se de avaliar se toda e qualquer transação ilícita envolvendo drogas é um crime submetido ao regime constitucional dos crimes hediondos, ou se o legislador tem algum espaço para definir de forma diversa.

Penso que o legislador tem, sim, margem de conformação, podendo prever figuras que envolvam transação ilícita com drogas, mas que não configurem crime equiparado a hediondo. Isso porque o mandado de criminalização não exclui a necessidade de adotar uma reação estatal proporcional ao injusto. E, ainda que o constituinte tenha avaliado que, de modo geral, as transações ilícitas com drogas são uma conduta especialmente insidiosa, seria desproporcional concluir que isso sempre ocorresse.

Sob esse aspecto, o tráfico de drogas tem peculiaridades em relação aos demais crimes qualificados constitucionalmente de hediondos – tortura e terrorismo. A simples enunciação dos termos “tortura” ou “terrorismo” denota o especial desvalor da conduta relacionada.

Tortura e terrorismo são definidos pela legislação de regência pela conjugação de ações violentas com propósitos especialmente insidiosos, como “obter informação, declaração ou confissão”, “provocar ação ou omissão de natureza criminosas”, ou “provocar terror social ou generalizado”.

Se uma conduta não for suficientemente grave, não será definida como tortura ou terrorismo.

No tráfico de drogas, essa particular gravidade não está pressuposta. A expressão constitucional “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” tem espectro denotativo muito amplo. Se interpretada ao pé da

HC 118533 / MS

letra, toda e qualquer transação ilícita envolvendo drogas será um crime de *status hediondo*.

Essa interpretação não produz resultados razoáveis.

É possível que uma transação com drogas, em suas circunstâncias, não denote particular gravidade. Veja-se, por exemplo, a conduta de “Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”, tipificada no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06. Trata-se de uma conduta valorada pelo legislador como de menor potencial ofensivo, punida com pena máxima de um ano de detenção e multa. Não faria sentido algum considerar tal infração um crime inafiançável.

E, de fato, o legislador ordinário deixou essa disposição fora do regime dos crimes equiparados a hediondo – art. 44 da Lei 11.343/06. Essa foi uma inovação substancial. Por ocasião da promulgação da Constituição, vigia a Lei 6.368/76, que não dava tratamento mais favorável ao oferecimento para consumo conjunto – art. 12.

Se não houvesse espaço de conformação, a exclusão seria inconstitucional.

Esse dispositivo bem ilustra como determinadas transações com drogas podem, sim, denotar baixa gravidade. E isso pode ocorrer em várias hipóteses.

Como apontei no caso que trata da constitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal – RE 635.659, sessão de 10.9.2015 –, as fronteiras entre o vício e o tráfico são fluidas. O viciado está numa situação de especial vulnerabilidade, que merece uma reação voltada mais à recuperação e menos à punição. Relembro:

HC 118533 / MS

“Cabe citar, sobre esse aspecto, denso estudo sobre a recorrente situação de pessoas presas em flagrante na posse de drogas (Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República).

Segundo a pesquisa, na qual foram examinadas 730 sentenças condenatórias pelo crime de tráfico de entorpecentes no período de outubro de 2006 a maio de 2008, por volta de 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), geralmente sozinhos (cerca de 60%) e com pequena quantidade de droga (inferiores a 100g).

Outro dado interessante é que, em apenas 1,8% dos casos da amostra, houve menção ao envolvimento do acusado com organizações criminosas.

A pesquisa constatou, também, uma considerável presença de jovens e adolescentes nas ocorrências. A maioria dos apreendidos (75,6%) é composta por jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos.

Verificou-se, ainda, que 62,1% das pessoas presas responderam que exerciam alguma atividade remunerada – formal ou informal. Revela a pesquisa, também, que 57% das pessoas não tinham nenhum registro em sua folha de antecedentes.

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado.

Não se está aqui a afirmar que a palavra de policiais não mereça crédito. O que se critica é deixar exclusivamente com a autoridade policial, diante da ausência de critérios objetivos de

HC 118533 / MS

distinção entre usuário e traficante, a definição de quem será levado ao sistema de Justiça como traficante, dependendo dos elementos que o policial levar em consideração na abordagem de cada suspeito.”

Nem sempre será proporcional tratar o viciado que repassa drogas para sustentar o vício como autor de um crime hediondo.

Por todas essas razões, tenho que a Constituição dá ao legislador algum espaço para retirar do âmbito dos crimes hediondos algumas condutas de transação ilícita com drogas.

Por óbvio, há casos em que o legislador não pode fugir do regime da hediondez. Casos que denotem habitualidade e intuito de lucro no trato com quantidade significativa de drogas pesadas, claramente, amoldam-se ao regime constitucional.

Por outro lado, a pequena monta do tráfico, a inexistência de habitualidade, eventuais motivos nobres, a coação resistível etc. podem servir de fronteira para descaracterizar a hediondez.

O legislador pode afastar a hediondez de duas formas: ou criando figuras típicas à margem do regime constitucional, ou relegando ao juiz certa margem de avaliação para decidir, na sentença, se o fato tem a necessária gravidade.

Em qualquer hipótese, a descaracterização da hediondez é exceção. O legislador precisa de fazer constar, do texto legal, a exclusão, ou o poder do juiz para excluir.

Resta ver se, no caso específico do tráfico privilegiado, o legislador optou por tratar o fato como crime equiparado a hediondo ou não.

HC 118533 / MS

Tenho que o legislador fez essa opção, ao especificar os crimes da lei de drogas que são sujeitos ao tratamento constitucional:

“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”.

Deixou-se de fora tanto o já mencionado art. 33, § 3º – oferecimento para consumo conjunto – quanto o art. 33, § 4º – tráfico privilegiado.

Não desconheço que o art. 44 menciona os tipos penais que são considerados hediondos, incluindo na lista o art. 33, *caput* e § 1º. Muito embora se costume falar em tráfico privilegiado, em verdade o § 4º traz uma causa de diminuição de pena, aplicável sobre o art. 33, *caput* e § 1º:

“§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. “

Ainda que privilegiadoras e qualificadoras, de um lado, e causas de diminuição e de aumento de pena, de outro, acrescentem circunstâncias, objetivas ou subjetivas, a um tipo penal básico, há diferenças importantes entre ambas.

As privilegiadoras e qualificadoras trazem uma nova cominação de penas, respectivamente inferior ou superior àquela do tipo básico. Já as causas de diminuição ou aumento de pena estabelecem um percentual de

HC 118533 / MS

redução ou aumento sobre a pena cominada no tipo base. Leciona Cezar Bittencourt:

“Alguns doutrinadores não fazem distinção entre as majorantes e minorantes e as qualificadoras. No entanto, as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais – tipos derivados – com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes e minorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem sua variação” - BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 762.

Não há dúvida, não estamos diante de um tipo penal novo em relação ao crime de tráfico de drogas. Nem mesmo de um tipo derivado se trata. Ninguém comete o crime do art. 33, § 4º. Comete-se o crime do art. 33, *caput*, ou de seu § 1º, ainda que, na terceira fase da aplicação da pena, o agente seja beneficiado pela diminuição de pena prevista no § 4º. Não há um tipo penal derivado, mas a incidência de uma causa de diminuição de pena sobre o tipo penal básico.

Ainda assim, tenho que, caso o objetivo fosse tratar o tráfico privilegiado como crime hediondo, o art. 44 mencionaria o § 4º do art. 33.

Ou seja, tenho que o legislador excluiu o tráfico privilegiado do tratamento dado aos crimes hediondos.

Resta ver se a hipótese do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 permitia ao legislador afastar-se do regime constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça respondeu a essa questão negativamente, no precedente que levou à edição da Súmula 512 – “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.

HC 118533 / MS

11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

Esse enunciado é baseado no REsp 1.329.088, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13.3.2013. Daquela feita, afirmou-se que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 é baseada em critérios subjetivos, não no fato em si, pelo que não se poderia refugir ao regime constitucional.

Não há dúvida de que os requisitos da causa de redução de pena dizem respeito exclusivamente ao agente – *“seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”*. Mas, por outro lado, denotam que o envolvimento com o tráfico de drogas – e com o crime em geral – é episódico.

Tenho que é o caráter isolado do envolvimento com o crime que autoriza o afastamento do regime constitucional.

Aliás, quanto a esse ponto, não é incomum a alegação de que a privilegiadora socorre os pequenos traficantes. Não se trata de uma verdade absoluta. A percepção mais correta é a de que o dispositivo é aplicável ao agente que tomou parte no crime de forma episódica. Nos dizeres da lei, as penas são reduzidas para o agente que *“seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”*. Todas essas circunstâncias dizem com a inexistência de participação do agente em crimes para além de uma oportunidade.

O próprio caso em análise ilustra como a privilegiadora é aplicada a pessoas que, em um momento, envolvem-se em grandes incidentes de tráfico de drogas.

O caso tratou do transporte rodoviário de 772 kg (setecentos e

HC 118533 / MS

setenta e dois quilos) de maconha. Segundo a prova, o motorista que dirigia o veículo tinha profissão lícita, não tinha antecedentes criminais, mas foi contratado para conduzir a carga de três quartos de tonelada.

E esse não é um caso singular. Pelo contrário, o proceder aqui revelado é perfeitamente adequado à forma racional como o tráfico de drogas costuma organizar-se para minimizar o impacto da repressão estatal. As pessoas que estão em contato direto com a droga durante o transporte são aquelas com maior risco de prisão. Considerado o risco, não são os membros ativos das associações criminosas que fazem essa atividade. É comum o recrutamento de pessoas com a ficha limpa para atuarem, *ad hoc*, como “mulas” e motoristas do tráfico. Além da remuneração, o contratado tem o conforto da expectativa de, caso apanhado, receber penas baixas, tendo em vista a aplicação da privilegiadora. Ou seja, não são apenas os pequenos traficantes que recebem o benefício.

Em suma, tenho que o legislador optou, de forma válida, por excluir a modalidade criminosa do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 do regime constitucional dos crimes equiparados a hediondo.

Além do regime constitucional, há previsões legais que dão ao condenado por tráfico de drogas sanções mais severas do que as comuns. Tenho que ao tráfico privilegiado, tampouco, essas disposições se aplicam.

No que se refere ao **livramento condicional**, o parágrafo único do já mencionado art. 44 da Lei 11.343/06 é expresso ao estabelecer que o regime mais severo é aplicável aos crimes mencionados em seu *caput*:

“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.”

HC 118533 / MS

Relembre-se que o § 4º do art. 33 não é mencionado no *caput* do dispositivo. Logo, a regra mais gravosa quanto ao livramento condicional não se aplica.

E, no que tange à **progressão de regime**, o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 estabelece um regramento mais rigoroso do que o ordinário, aplicável ao tráfico de drogas:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 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.”

Seguindo a linha aqui defendida, por tráfico de drogas deve ser entendida a conduta que se amolda ao art. 5º, XLIII, da CF. Não é o caso do tráfico privilegiado. Portanto, a regra mais gravosa à progressão de regime de cumprimento de pena não se aplica.

Ante o exposto, peço vênia à divergência e **acompanho a Relatora, para conceder a ordem, assentando que aos incursos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não se aplicam os regimes mais severos previstos no art. 5º, XLIII, da CF (equiparação a crime hediondo), no art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06 (livramento condicional) e no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 (progressão de regime).**

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, essa causa de redução da pena do art. 33, § 4º, é bastante complexa quando vista da perspectiva do que ocorre na realidade social.

O Ministro **Gilmar Mendes** destacou, com fundamento normativo, que o art. 44 da mesma Lei de Drogas estabelece que os crimes previstos nos arts. 33, **caput** e § 1º - então, excluindo-se o tipo do § 4º -, e de 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de **sursis**, graça, indulto, anistia ou liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Por outro lado, nós temos a disposição que equipara o tráfico de drogas a crime hediondo, de uma maneira geral.

Como destacado no voto do Ministro **Gilmar Mendes**, era um motorista que, embora não tivesse antecedentes criminais e fosse primário etc., estava conduzindo uma carreta com setecentos e setenta e dois quilos de maconha, o que já é um indicativo de que ele estaria atuando para uma organização criminosa, porque o caminhão tinha até batedor. Tinha até batedor protegendo a valorosa carga que transportava. Tinha segurança para transporte do ilícito.

A aplicação da causa de redução da pena do § 4º do art. 33 parece que já ficou de bom tamanho para o caso concreto, embora o que nós estejamos, aqui, a julgar, é a tese. Mas, só para dar um exemplo do pano de fundo... Por quê? Qual é a preocupação que eu gostaria de manifestar? É que, ao se afastar a hediondez desse, popularmente chamado, tráfico privilegiado, tecnicamente uma causa de redução da pena, nós faremos com que, cada vez mais, as organizações criminosas procurem pessoas com bons antecedentes e atraiam, muito provavelmente com oferecimento de valores razoáveis, para que elas corram o risco de se aventurar no ilícito e de se iniciar no ilícito. Porque uma carreta de

HC 118533 / MS

setecentos e setenta e dois quilos de maconha, com batedor, só pode ser algo de uma organização criminosa. Não é algo aleatório, não é uma carga que uma pessoa vai consumir, não é algo isolado.

Então, minha preocupação é - ao se afastar a hediondez para o tráfico privilegiado, com a causa de redução da pena do § 4º do art. 33 - estimular as organizações criminosas a agregar cada dia mais pessoas à organização criminosa.

Por essa razão consequencialista e, também, por se tratar de tráfico, não dá para distinguir: se o tráfico como um todo é equiparado a crime hediondo, como afirmar que essa, que é uma causa de redução da pena, é diferente e não seria, também, um crime hediondo?

Eu gostaria de anotar que, embora estejamos, no Plenário, a enfrentar, pela primeira vez, em conjunto, todos juntos, o tema, as Turmas têm aceitado, em decisões isoladas, tanto a Primeira quanto a Segunda, o caráter da hediondez do chamado tráfico privilegiado. Cito, como exemplos, o agravo regimental no HC 114.452/RS, Ministro **Luiz Fux**; e o HC 118.577 MS, Segunda Turma, Ministro **Ricardo Lewandowski** - da época em que Sua Excelência integrava a Segunda Turma, 2013. No mesmo sentido, de relatoria minha, destaco o RHC 118.195/DF e o HC 114.558, Primeira Turma, este, julgado recentemente, 8 de abril de 2015. Também, quando proferi meu voto, subscrevi os argumentos do Magistério de Guilherme de Souza Nucci - permitam-me fazer a leitura.

Disse Souza Nucci:

"(...)

Figuras de tráfico ilícito de drogas equiparadas a hediondos: são as previstas nos arts. 33, **caput**, e § 1º, e 34 a 37, a teor do dispositivo 44, que proíbe liberdade provisória com ou sem fiança, suspensão condicional da pena, graça, indulto, anistia (...), bem como reitera que o livramento condicional somente dar-se-á após o cumprimento de dois terços da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico. Lembremos de alertar que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o

HC 118533 / MS

delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que são assim considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º (...).”

No voto por mim proferido no HC 118.195, julgado em 10 de setembro de 2013, trouxe precedentes; naquele caso concreto, havia parecer da Procuradoria-Geral da República, o qual transcrevi, no seguinte sentido:

“O crime de tráfico de drogas, cuja tipificação se encontra no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 é conduta equiparada aos crimes hediondos, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, inciso XLIII), assim definidos em lei (Lei nº 8.072/90), sujeitando-se, portanto, ao tratamento dispensado a tais crimes.

O fato de os recorrentes terem sido beneficiados com o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 113.343/06 não afasta o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes. Na verdade, apenas abranda a pena do pequeno traficante que não seja contumaz na prática do referido delito. Ou seja, quando tratar-se de réus primários, possuidores de bons antecedentes e não se dediquem a atividades criminosas, nem integrem organização criminosa.”

Então, Senhor Presidente, eminentes Colegas, subscrevendo e reiterando o voto já proferido, bem como esses magistérios trazidos na doutrina e nos pareceres fornecidos, embora, no parecer do caso específico, subscrito pelo Dr Edson, o Ministério Público tenha se manifestado pela concessão da ordem, segundo o documento que eu tinha -- mas o Procurador-Geral identifica, agora, a retificação da orientação, exatamente nesse sentido que li de um outro parecer num caso que julguei.

Quem pode dizer se esse motorista já também não integrava essa

HC 118533 / MS

organização criminosa? Porque setecentos e setenta e dois quilos, em uma carreta, com batedores? Tudo indica que era um caso realmente extremamente grave.

Então, Senhor Presidente, peço vênias à eminente Relatora e aos eminentes Colegas que proferiram votos substanciosos no sentido de acompanhá-la, para acompanhar a divergência aberta pelo eminente Ministro Luiz Edson Fachin.

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, começo pelo fim. Dizem que sou progressista, libertário, indulgente, pronto a perdoar a qualquer momento. Não é bem assim. Sou simplesmente um juiz que interpreta a norma, que entende que atividade judicante mostre-se, acima de tudo, vinculada ao Direito positivo.

Enquadrar-se ou não o tráfico de drogas na Lei nº 8.072/1990, traz consequências gravosas para o réu, uma vez que se tem, como regime inicial de cumprimento da pena, necessariamente, não se aplicando o § 3º do artigo 33 do Código Penal, fechado, que a progressão só surge possível, se não for reincidente, após o cumprimento de 2/5 da reprimenda, e, no caso de reincidente, 3/5. Ocorre também que o período alusivo à prisão provisória é um período dilatado de 30 dias, passível de ser prorrogado por igual tempo.

Não há a menor dúvida de que se deu normativamente ao tráfico de drogas tratamento todo próprio. Sequer a Lei nº 8.072/1990 o aponta no rol dos crimes hediondos. Pelo artigo 2º do aludido diploma legal, aplicam-se os parágrafos aos crimes hediondos e – vejam em que patamar se colocou o tráfico de drogas – também à prática da tortura. Aí vem o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. E tem-se o regramento especial.

Recuso-me a considerar que um delito pode ser privilegiado. Trata-se de apelido dado pela jurisprudência. Não existe crime privilegiado. No caso do tráfico ilícito de entorpecentes, há causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Houve opção normativa, pelos legisladores, pelo Congresso Nacional, partindo da premissa de que o tráfico é crime causador de muitos delitos. Chegou-se a rigor maior quanto ao tráfico de entorpecentes.

Não posso potencializar – e disse o ministro Dias Toffoli que a situação do paciente está de bom tamanho, porque ele já foi beneficiado,

HC 118533 / MS

muito embora ele numa cadeia reveladora de uma organização criminosa, com a causa de diminuição da pena do § 4º do artigo 33 –, não posso, no caso, partir para a interpretação e estabelecer, na Lei nº 8.072/1990, exceção não contemplada pelo legislador. Tem-se uma regra quanto ao tráfico, pouco importando se haja ou não a incidência da causa de diminuição do § 3º do artigo 33, no que concerne ao tráfico, existem as consequências previstas na Lei nº 8.072/1990.

O ministro Dias Toffoli ressaltou que o paciente foi surpreendido transportando – como condutor, como ele, portanto, pessoa da confiança da organização criminosa – setecentos quilos de maconha.

Não tenho como sair desses parâmetros normativos e dar um passo que não dei no tocante à inconstitucionalidade, declarada pelo Supremo, da cláusula da Lei de Drogas relativa à liberdade provisória. Votei também no sentido da constitucionalidade, como o fiz no que se refere à cláusula vedadora da substituição da pena privativa de liberdade pela privativa de direitos.

Por isso, reafirmando que simplesmente busco atuar como juiz, vinculado ao Direito positivo, acompanho o ministro Luiz Edson Fachin, no que divergiu da Ministra Relatora para indeferir a ordem.

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, tenho que reconhecer, a Relatora também já o fez, que, talvez, este não seja o melhor caso para debate, tendo em vista a expressiva quantidade de droga. Mas é notório que o legislador teve o intuito, seja nesse chamado tráfico privilegiado, seja naquela situação especial do consumo conjunto, de emprestar um tratamento diferenciado. Se partirmos da premissa de que esse sujeito, esse elo da cadeia já integra a organização criminosa, obviamente que não se aplica o § 4º. O ministro Toffoli enfatizou isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência tem toda razão. O *habeas corpus*, Presidente, não é ação de mão dupla. Tem-se parte única, o paciente, personificado pelo impetrante.

O que articulei o foi como reforço de argumentação. Longe de mim pretender implementar ordem prejudicial ao paciente, no que já foi, a meu ver, de forma equivocada, beneficiado com a causa de diminuição da pena.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Dado que eu até chamei atenção - o Ministro Gilmar chegou a fazer referência - é que nós temos uma decisão, na qual constou expressamente que havia essa situação a privilegiar aquela condição. Se esse condutor era contratado, ou o que era, nós não temos como voltar às provas e rever isso nessa instância e no *habeas*.

Isso foi caracterizado e eu chamei atenção desde o início. Estamos discutindo uma tese num caso que não é nem um pouco bom para essa tese.

HC 118533 / MS

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A questão jurídica é única: saber se coabitam o mesmo teto o disposto na Lei nº 8.072/1990 e a causa de diminuição da pena. O ministro Gilmar Mendes respondeu que não, e os outros, que sim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas essa que é a questão, porque me parece que o legislador, tanto na primeira hipótese, quanto na questão do chamado tráfico privilegiado, quis emprestar... Tanto é que, como já foi observado e Vossa Excelência apontou, nós também declaramos a inconstitucionalidade de normas dessa lei que impunham um tratamento muito mais rigoroso em relação ao tema. E, para mim, é extremamente grave, a partir dessa decisão, manter-se aquilo que está na Súmula 512 do STJ, que é a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, portanto, atendidos todos aqueles requisitos, inclusive não integrar a organização criminosa. Por quê? Se nós afirmamos que ele integra a organização criminosa, ou partimos dessa premissa, obviamente, não se aplica mais o § 4º. Então, não temos o que fazer. Não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. Essa é a questão. Quer dizer, aqui, como o ministro Barroso sempre se preocupa, é que está a tese, expressa na manifestação do STJ, nessa Súmula 512. Ou seja, mantido esse julgamento e preservada essa orientação aqui no Plenário, obviamente isso terá todas as consequências, o tal tráfico privilegiado será tratado, de forma geral, como crime hediondo. Essa é a implicação, isso que me preocupa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Aqui, eu entendi que não tinha como nós mudarmos o que estava posto, no sentido de que esse era o fato, tinha sido reconhecido. E, num dos

HC 118533 / MS

memoriais que nos foram encaminhados, aliás, a firmar-se esta tese que está sendo firmada, agora, já por maioria, nós recebemos, entre outros memoriais, o da Conectas. E, ali, o item é esse: impacto da hediondez do tráfico no encarceramento - e eles fazem uma diferença inclusive do encarceramento de homens e mulheres -, afirmando-se que o impacto dessa lei elevou a quantidade de pessoas presas condenadas por tráfico de drogas, de 2005 a 2014, em 340%.

Quando se faz um recorte, por exemplo, do gênero, percebe-se que, no mesmo período, o número de mulheres presas condenadas por tráfico de drogas aumentou aproximadamente em 600%. E, nos últimos dados que eu estou vendo, é exatamente porque as mulheres - é um dado da ONU -, os dados mais recentes apontam que atualmente 68% das mulheres encarceradas no Brasil estão detidas por tráfico de drogas, porque elas estão sendo usadas, e como se trata de crimes hediondos, elas estão sendo mantidas presas com todas as condições por isso, elas podem ser condenadas mesmo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Também os menores são usados, não é?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Exatamente. Então, neste caso, o que se tinha dos dados iniciais do processo, e que nós não iríamos rever aqui, era exatamente essa questão da terceirização de alguns trabalhos que são feitos, como, por exemplo, a condução, sem que esta pessoa tenha nada a ver, até para ela não saber quem é o traficante, e não poder entregar na organização criminosa. Essa é uma das técnicas usadas. E firmar-se essa tese, que o Ministro Toffoli chamou a atenção para essa circunstância, temos até nas duas Turmas decisões que reconhecem, a partir de hoje, nenhuma mais vai poder reconhecer, porque nós estamos dizendo que não existe mais, pelo Plenário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É uma

HC 118533 / MS

equiparação que fará mal ao sistema e eu gostaria de reiterar o meu apoio ao voto de Vossa Excelência. E esse mesmo memorial da Conectas e do Instituto do Direito de Defesa esclarece que a maioria das pessoas que é presa por tráfico, é presa com quantidades inferiores a 100 gramas. Portanto, nós vamos equiparar isso a crime hediondo, com todas as implicações que tem sobre o Sistema Penitenciário?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)- Como eu disse, neste caso, não é bom. Eu visitei, no sábado, uma penitenciária acompanhada de um psicólogo, de um capelão e de um especialista em drogas, um médico, e ele dizia isso: "O que cresceu é assustador em termos de serem considerados todos traficantes". Nessa penitenciária que eu visitei no sábado, ele disse: "É impossível ter crescido aqui 800% do tráfico. Impossível, porque inclusive eles se degladiariam entre eles". Não é isto. É porque eles usam e aí são pegos. E são pegos, muitas vezes, estes. No caso das mulheres, eu não tenho dúvida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Teríamos intermediários – o "aviãozinho", por exemplo, na entrega do tóxico, que não poderia mais ser enquadrado como traficante!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Marco Aurélio, não é nem que não possa ser. É uma questão um pouco de política criminal e de política judiciária.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Ele será enquadrado, mas nessa característica.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Essa pessoa, ela é presa e colocada no sistema, e é imediatamente reposta. Portanto, nós criamos uma imensa sobrecarga para o sistema sem

HC 118533 / MS

nenhuma consequência relevante para o problema que queremos enfrentar que é a continuidade do tráfico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Combate ao tráfico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, eu acho que a equiparação que exacerba o regime de prisão e dificulta as medidas alternativas, eu acho que sobrecarrega o sistema com as pessoas erradas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Eu acho que, além da sobrecarga, um outro dado. Na PPP, Penitenciária da Parceria Público- Privada de Minas, um dos presos me disse o seguinte: "Vocês dizem, professora, que querem ressocializar. Por que vocês acham que eu não me socializo? Eu não sou bicho!" Literalmente, estou repetindo o depoimento dele: "Eu não sou bicho. Então, me ponha aqui dentro, porque, separando por crime, eu sou traficante, eu vou conviver com estes, porque eu não vou ficar sozinho. Eu estou socializado. Quando eu for lá pra fora, eu vou procurar um outro tipo de gente, porque agora eu não tenho mais como voltar para o meu grupo."

Quer dizer, o modelo é um modelo perverso e errado. Nada a ver com este julgamento, mas significa que nós temos que repensar isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Talvez o sistema, considerada a situação das próprias penitenciárias, é que seja ruim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu queria aproveitar esse ensejo, não vou ler o meu voto, mas eu trago alguns dados. A minha posição tradicional, neste Supremo Tribunal Federal, que está expressa, por exemplo, no HC 110.884, sempre foi no sentido de não permitir que o tráfico privilegiado possa se afastar dessa classificação de hediondo. Mas eu queria trazer alguns dados que realmente são impactantes.

HC 118533 / MS

O InfoPen, do Ministério da Justiça, colacionou algumas informações, que datam de dezembro de 2004, e dão conta – e os números impressionam – que, entre as já 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade, homens e mulheres, 28%, mais precisamente 174.216 presos ali estão por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. Portanto, quase 30% desses mais de 600.000 estão presos por tráfico de drogas. Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% são mulheres encarceradas. E hoje nós temos a quinta maior população do planeta, levando em conta o número de mulheres presas, que estão envolvidas com tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico.

Um outro dado que impressiona, só para ajudar aqui na discussão: estima-se que a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente, ou seja, algo em torno de 80.000 pessoas, em grande maioria mulheres, tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio.

Portanto os números impressionam: 30% dos presos, dos mais de 600.000 presos estão lá no sistema penitenciário porque praticaram algum delito ligado ao tráfico de drogas, e 45% desse contingente, na sua maioria mulheres, ou seja, 80.000 pessoas tiveram na sentença o reconhecimento do privilégio. A situação é dramática. É uma questão de política criminal. Eu acho que, aqui, além da questão propriamente de interpretação, de hermenêutica jurídica, há um fato que o Supremo Tribunal Federal deve considerar que é esse.

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
PACTE.(S) : **RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA**
PACTE.(S) : **ROBINSON ROBERTO ORTEGA**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

VISTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, após o voto da eminente Ministra-Relatora, eu me encaminhei em sentido diverso. E um dos fundamentos foi exatamente um acórdão da lavra de Vossa Excelência, como Vossa Excelência acabou de registrar, que era - ou ainda é - nesse sentido, o posicionamento de Vossa Excelência no HC 118.351, em cujo julgamento perante a Segunda Turma Vossa Excelência inclusive foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia pelo registro que tenho aqui.

A divergência que acabei inaugurando foi, a rigor, no sentido de manter aquilo que depreendi ser a orientação deste Supremo Tribunal Federal, inclusive do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, que tenho aqui alguns precedentes também nessa direção.

Mas eu entendo que o tema tem uma repercussão imensa, como Vossa Excelência acaba de dizer, e um impacto inegavelmente também imenso sobre o sistema carcerário. E as consequências deste julgamento, ainda que o caso concreto não seja uma boa moldura na qual caiba a fotografia da tese, eu tomaria a liberdade de propor ao Plenário, em forma de diálogo, a suspensão da emissão de meu posicionamento e pediria vista para examinar essa matéria quiçá com esta dimensão mais elástica. E trarei, mantendo ou não o posicionamento que havia adotado, precisamente no sentido de seguir a orientação majoritária do Tribunal.

Portanto, proponho isso ou uma solução que o Plenário entenda

HC 118533 / MS

coerente, porque acredito que estamos a debater aqui algo que transcende este julgamento específico deste *habeas corpus*.

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência me permitir, Ministro Fachin, na sequência do meu voto, que não lerei, trago um pouco da preocupação da Ministra Cármen Lúcia, mostrando que a grande maioria, se não a imensa maioria das mulheres condenadas por tráfico de drogas ou associação para o tráfico foram induzidas a isso por motivos pessoais, sentimentais, íntimos, familiares. E que a grande maioria das pessoas que estão envolvidas nesta atividade delituosa o estão por razões da crise econômica, porque estão expelidas do mercado formal de trabalho, inclusive do mercado informal, que permite que atuem como camelôs ou outros tipos de atividades correlatas. Este é um aspecto extremamente dramático que eu quero trazer à consideração da Corte – que eu queria, mas que deixarei, portanto, para trazê-lo oportunamente – e que agora, convivendo por quase dois anos com a realidade carcerária de forma mais íntima e mergulhando no âmago dessa questão, me parece que o Supremo Tribunal Federal realmente deve trazer para esta discussão considerações outras que não as meramente de caráter hermenêutico, de caráter formal, com a devida vênia daqueles que atuavam de forma mais técnica.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O voto do Ministro Fachin será decisivo, porque não sei ainda o voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

HC 118533 / MS

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu não quero antecipar meu voto, mas eu pretendia mergulhar mais profundamente nesta realidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu gostaria de louvar a iniciativa e a disponibilidade intelectual e filosófica do Ministro Fachin de todos recolocarmos a questão, porque ela não é banal nem do ponto de vista jurídico, nem do ponto de vista social, nem do ponto de vista moral, e trazê-la num dia em que eu possa participar do debate.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Presidente, eu não quero deixar de fazer uma referência. Claro que os números, Vossa Excelência certamente, no seu voto, vai esmiuçar melhor, mas só para não ficar parecendo que o número de mulheres é muito maior. Do total de presos, as mulheres representam, hoje no Brasil, 6% do total de condenados penalmente e de 5 a 8% do total de presos. Isso não muda nada, porque a gente queria que não houvesse mulher nenhuma no sistema, mas apenas para dizer que o número realmente cresceu muito mais de homens do que de mulheres e há até uma diversificação de crimes. No caso de drogas é mais grave do que outros pela circunstância de que não poucas vezes elas são levadas. Quer dizer, é um marco civilizatório melancólico para nós mulheres, que até nisso somos carregadas. Como somos mais invisíveis - e está-se vendo cada vez mais isso -, somos completamente invisíveis, 54% do eleitorado brasileiro, mas parece que ninguém enxerga nem que existe, então até nesta hora de levar para o crime... Nós somos mais da metade dos advogados brasileiros e não há ninguém numa diretoria da OAB nacional. Então nós continuamos sendo uma maioria completamente invisível. Para o crime, isso é usado por este dado cultural.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu queria trazer mais dois dados de ordem estatística. Eu, na segunda-feira, participei de um evento da Associação dos Advogados de São Paulo e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, e lá foi feita uma exposição técnica do resultado que até hoje logramos com

HC 118533 / MS

relação às audiências de custódia, mas que ainda se mostram insuficientes para resolver os problemas do nosso sistema carcerário. Mas, mantidos a proporção e o ritmo de encarceramento que nós temos hoje, em poucos anos nós alcançaremos um milhão de pessoas presas. Quer dizer, temos que enfrentar uma solução de natureza política criminal.

Sou informado agora pelo meu coordenador do DMF – o juiz Luís Lanfredi, um magistrado paulista que há mais de vinte anos trabalha apenas no setor criminal – que uma decisão no sentido da concessão da ordem, que eventualmente o Supremo Tribunal venha a tomar neste julgamento, levará à libertação imediata de 45% das mulheres presas atualmente. Isso é um dado estatístico comprovado que nos é revelado pelo coordenador do DMF do CNJ. Então são números impressionantes.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É o que eu insisto o tempo todo. Eu concordo que o quadro é gravíssimo, e não é o melhor caso. Aliás, fiz questão de chamar atenção. Mas a tese que foi trazida e que foi afetada ao Plenário infelizmente... Inclusive, eu e o Ministro Barroso, naquela primeira assentada, insistimos nisso: reconhecíamos a gravidade, mas a tese era maior do que o caso.

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu só queria fazer um registro: quando votei, votei também prestigiando a jurisprudência do Supremo. Estava agora quase pedindo vista, mas o Ministro Fachin se antecipou e me deixou muito confortável, permitindo que eu melhor reflita e, se o caso, reajuste o meu voto.

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade, eu estava animado a sugerir essa medida, mas constrangido. Parecia que era um tentar vencer no "tapetão" e fiquei um pouco incomodado. De modo que queria cumprimentar o ministro Fachin por essa iniciativa exemplar.

01/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu mesmo, que já votei, vou manter o voto por ora, até porque, no caso concreto, não vejo como conceder a ordem. Mas podemos - e conversávamos há pouco - até denegar a ordem no caso concreto, mas fixar alguma tese.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É porque, realmente, o caso tem peculiaridades.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O caso é ruim.

Cumprimento o Ministro Edson Fachin por sua disponibilidade intelectual e por sua sensibilidade jurídica. Seja qual for o resultado que Vossa Excelência trazer, mas apenas esse fato de se dispor a reestudar a matéria, em face das discussões travadas, foi extremamente louvável.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Fui estimulado, Senhor Presidente, especialmente pelas reflexões de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Muito obrigado.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 118.533

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S) : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA

PACTE.(S) : ROBINSON ROBERTO ORTEGA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), concedendo a ordem para afastar a natureza hedionda do crime praticado, no que foi acompanhada pelo Ministro Roberto Barroso, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, denegando a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelos pacientes, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor-Público, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.06.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, concedendo a ordem, e os votos dos Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, denegando-a, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin, para reexame da matéria e eventual reformulação de seu voto. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 01.06.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**V O T O-VISTA**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, trata-se de *habeas corpus* em que se discute se há, ou não, tratamento equiparado a hediondo ao delito de tráfico de drogas na hipótese em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, cabível *“desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”*

Conforme bem registrado pela eminente Relatora, Ministra Cármen Lúcia, a aplicação da causa de diminuição, no caso concreto, constitui tema já vencido pelas instâncias antecedentes. A dúvida cinge-se à submissão, ou não, do tráfico de drogas minorado ao regime jurídico dos crimes hediondos e equiparados, bem como quanto à exigência dos requisitos mais severos de livramento condicional.

Pedi vista a fim de reexaminar a matéria. Na assentada anterior, por constatar que eminentes integrantes desta Corte já haviam manifestado em precedentes entendimento contrário à tese da impetração, inclinei-me pelo caminho da estabilização de tais precedentes. Todavia, diante da nova reflexão que se espelhou nos debates que se seguiram ao meu voto, voltei a analisar o tema, razão pela qual peço vênia para reajustar a proposta de voto anteriormente apresentada.

1. De início, aponto que o sistema normativo brasileiro, quanto à definição dos crimes hediondos, adota o **critério legal**, de modo que, observadas as diretrizes constitucionais, incumbe à **lei ordinária** criminalizar condutas e estabelecer quais delas receberão ou não a pecha de hediondas.

Em relação ao regime mais gravoso destinado aos delitos hediondos e equiparados, prescreve a CF (art. 5º, XLIII) 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*

HC 118533 / MS

crimes hediondos (...)”.

Diante do mandamento constitucional, emerge controvérsia acerca da liberdade de conformação do legislador quanto à previsão de específicas figuras penais que incriminem transações ilícitas que envolvam drogas e que, mesmo assim, não se submetam ao regime jurídico dos crimes equiparados a hediondos.

Ao meu sentir, a determinação constitucional não revela tamanho alcance e deve ser compreendida à luz da individualização da pena, cuja materialização primeira recai sobre os ombros da lei ordinária, sob pena de esvaziamento da atribuição conferida pela própria Constituição (art. 5º, XLVI - “a lei regulará a individualização da pena...”)

Ademais, o gravoso regime em comento constitui âmbito de cunho excepcional e, de acordo com essa condição, deve ser reservado ao legislador espaço para opção de incidência do regime geral a hipóteses específicas que não se ajustem aos respectivos pressupostos ou que não exijam retribuição penal em tamanha dimensão.

A primeira premissa de meu voto, portanto, alinhando-me ao explanado pelo Ministro Gilmar Mendes, reside na conformidade constitucional na atribuição ao legislador ordinário da definição de quais condutas demandam submissão ao regime dos crimes hediondos e equiparados, o que inclui, ainda que de forma excepcional, condutas que envolvam circulação de entorpecentes.

2. A previsão e dosagem, qualitativa e quantitativa, da resposta penal, sob o prisma legislativo, submete-se a **juízo de meios e fins, e, nessa perspectiva, pressupõe decisão de índole legislativa**. Nesse cenário, impende assinalar que o legislador detém ampla margem para selecionar quais condutas carregam repugnância suficiente a legitimar o tratamento penal mais gravoso.

É indubitável que essa definição não pode, em prejuízo do acusado, ser realizada pelo Estado-Juiz, tampouco consubstanciar decorrência de critérios doutrinários ou meramente axiológicos. Assim, como desdobramento do Princípio da Legalidade, de intensa aplicação na seara

HC 118533 / MS

penal, considera-se que **o rol dos crimes elencados na Lei 8.072/90 é de caráter estrito**, ou seja, **não admite ampliação mediante analogia**.

Entre outras razões, é nessa linha, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça compreende que o delito de homicídio qualificado-menorado não integra o rol taxativo dos crimes hediondos, visto que não indicado, **de forma precisa**, nas hipóteses legalmente traçadas.

Com efeito, o regime dos crimes hediondos é de aplicação excepcional, de modo que o afastamento das regras gerais aplicadas aos demais crimes somente se justifica, na minha ótica, mediante afirmação legislativa expressa.

Adoto como segunda premissa, portanto, que, **para qualificar um crime como hediondo ou equiparado, é indispensável que haja previsão legal expressa e estrita**.

3. A Lei 8.072/90, ao elencar os crimes **hediondos**, faz remissão explícita aos correspondentes artigos e eventuais incisos, descritos no Código Penal ou em lei especial, bem como abrange, de forma expressa e estrita, os delitos consumados e **tentados**:

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, **consumados ou tentados**:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (**art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII**);

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (**art. 129, § 2º**) e lesão corporal seguida de morte (**art. 129, § 3º**), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - latrocínio (**art. 157, § 3º, in fine**);

HC 118533 / MS

III - extorsão qualificada pela morte (**art. 158, § 2o**);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (**art. 159, caput, e §§ 1o, 2o e 3o**);

V - estupro (**art. 213, caput e §§ 1o e 2o**);

VI - estupro de vulnerável (**art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o**);

VII - epidemia com resultado morte (**art. 267, § 1o**).

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (**art. 273, caput e § 1o, § 1o-A e § 1o-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998**).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (**art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º**).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto **nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado.**"

Nota-se que, em relação aos crimes **hediondos**, a lei é meticulosa ao apontar a capitulação jurídica que reclama referido tratamento. Ademais, é explícita ao prescrever que isso alcança os crimes **tentados**.

Já em relação aos **equiparados**, a norma limita-se a apontar "*a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo*", de modo que não se afigura determinação precisa de hediondez, já que o tráfico pode ser permeado por uma multiplicidade de circunstâncias.

Cumprase asseverar que nenhuma das figuras típicas previstas na Lei 11.343/06 ostenta *nomen iuris* correspondente a "*tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*", de modo que se mostra necessário construir uma interpretação que estabeleça o real alcance da categorização legal, o que passa por uma investigação da proporcionalidade do tratamento mais gravoso e, de forma indissociável, da interpretação sistemática do ordenamento penal e processual penal.

Da mesma forma, o art. 44 da Lei 11.343/06 menciona que:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e

HC 118533 / MS

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."**

Como se vê, o art. 44 da Lei 11.343/06 não consagra, de forma peremptória, o crime de tráfico, na hipótese em que aplicável a causa de diminuição, como um dos delitos que exigem a observância de condições especificamente nele previstas, cenário a recomendar análise mais detida à luz de uma interpretação sistemática e que se amolde ao Princípio da Proporcionalidade.

Passo, portanto, a investigar o alcance da hediondez equiparada prevista na Lei 8.072/90, bem como se os requisitos mais severos do livramento condicional, conforme previsto no art. 44 da lei de regência, são aplicáveis ao tráfico minorado.

4. Embora a causa de diminuição não consubstancie tipo penal autônomo, a repercussão na pena é potencialmente tão intensa a ponto de traduzir alteração penal deveras substancial. Assim, embora, de fato, reitere-se, não se divise a existência de novo tipo penal, diante da ausência de correspondência expressa e precisa, a conclusão de que o tráfico minorado é compatível com o regime geral da execução penal e de livramento condicional não se afigura irrazoável.

Importante mencionar que, salvo se elemento constitutivo (art. 142 do Código Penal Militar, por exemplo), **a tentativa também não configura tipo penal próprio**. Em verdade, trata-se de norma de extensão que denota modalidade de realização incompleta da tipicidade objetiva:

“É de se enfatizar, ainda, que a tentativa não é punível como delito autônomo (tipo subordinado/dependente/acessório – no tocante à forma), devendo ser referida ao tipo de uma

HC 118533 / MS

determinada figura de delito. **A ausência de autonomia tipológica para a tentativa leva à conclusão de que a regra ancorada no artigo 14, II, do Código Penal representa uma norma de extensão do tipo legal de delito consumado.**” (PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 11 ed. São Paulo: RT, 2011. p. 508, *grifei*)

Todavia, **mesmo diante da ausência de autonomia tipológica**, ao elege os crimes hediondos, a Lei 8.072/90 foi expressa ao inserir os delitos **tentados** no regime especial em comento. Vale dizer, quando o legislador pretendeu que causas que ensejassem intensa diminuição da pena não interferissem no juízo de hediondez, o fez de modo expreso e estrito, providência que se coaduna com o, repita-se, regime **excepcional e legal** que caracteriza os crimes hediondos e equiparados.

Assim, a ausência de derivação típica não obstaculiza, por si, a interpretação no sentido de que o regime excepcional não se estende ao tráfico minorado.

5. A discricionariedade legislativa não significa, naturalmente, que a opção do legislador esteja, de forma absoluta, imune ao crivo do controle judicial, notadamente sob a ótica dos limites constitucionais à produção legislativa no âmbito penal:

“A liberdade de conformação política do legislador e o âmbito de previsão não são incompatíveis com uma vinculação jurídico-constitucional, mas, por outro lado, **se as previsões ou prognoses são atos políticos, também isso não significa que esses atos não possam ser medidos pela Constituição.**” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 1538, jan./jun. 2015, *grifei*)

Nesse diapasão, observo que a aferição da compatibilidade da

HC 118533 / MS

norma frente ao Princípio da Proporcionalidade, que materializa a vedação ao excesso, mormente nas hipóteses voltadas a atingir o direito de locomoção, pode legitimar, excepcionalmente, o implemento do controle jurisdicional. Isso porque, *“o princípio da proporcionalidade não constitui, apenas, um critério de orientação das políticas criminais, mas também de controle sobre o legislador por parte da Corte Constitucional (...).”* (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 1538, jan./jun. 2015, grifei)

Ou seja, em casos extremos, é possível que o Princípio da Proporcionalidade atue como parâmetro normativo de controle de constitucionalidade. Sendo assim, com maior razão, é possível que referido princípio funcione como **instrumento interpretativo dirigido a desvelar o real alcance da norma infraconstitucional.**

Mesmo nessa medida, é importante que se ateste que o emprego do juízo de proporcionalidade não deve atuar de modo desvinculado do cenário técnico-normativo. Vale dizer, não se admite que inflexões meramente subjetivas do julgador, ainda que sob a envernizada roupagem normativo-principiológica, sirvam como fundamento jurídico da definição do âmbito de incidência normativa. Assim não fosse, o Estado-Juiz, a pretexto de investigar a juridicidade da lei, transformar-se-ia em juiz da discricionariedade legislativa, avaliando as razões políticas que deram azo ao ato normativo. Em relação ao preocupante tema, leciona **Leonardo Sarmiento:**

*“(...) A tradição no Direito brasileiro era o manejo de regras, e não de princípios, de modo que as dificuldades eram, a rigor, previsíveis. Realmente, a **vagueza de muitos dos princípios contidos na Carta de 1988 – cujo sentido se abre para compreensões diversas, variáveis em função das concepções pessoais do intérprete –**, associada ao pouco cuidado metodológico de alguns aplicadores, **tem desencadeado um fenômeno descrito pela doutrina por meio***

HC 118533 / MS

de expressões como “euforia principiológica”, “carnavalização dos princípios”, “embriaguez principiológica”, dentre outras similares. Em muitos momentos, a menção a um princípio constitucional passou a ser empregada como a palavra mágica que autoriza o intérprete a proferir qualquer decisão.

Até porque, do ponto de vista puramente retórico, a verdade é que praticamente qualquer solução pode ser reconduzida a princípios como, e.g., os da dignidade, da justiça social, da solidariedade e outros tantos. Qualquer pretensão de que alguém cogite pode ser descrita como algo relevante para sua dignidade humana. A justiça social e a solidariedade, dependendo da compreensão que se tenha delas, podem justificar a imposição de inúmeras obrigações a terceiros; uma série infinda de providências hipotéticas podem contribuir de algum modo para a proteção do consumidor, do meio ambiente, do idoso e da criança e dos adolescentes, até porque tais metas nunca estarão inteiramente satisfeitas, e assim por diante.

Nessa linha, e com fundamento genérico em alguns princípios, passou-se a afastar a aplicação de regras validamente editadas pelo legislador sem muita cerimônia ou cuidado. Em muitas ocasiões o intérprete tem se sentido livre para simplesmente deixar de aplicar um dispositivo legal, não porque ele seja inconstitucional ou por se tratar de uma incidência inconstitucional do comando, mas simplesmente por assim “parecer bem” ao aplicador, à luz de sua compreensão pessoal acerca do sentido do princípio. (...) ” (SARMENTO, Leonardo. Controle de constitucionalidade e temáticas afins. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 46, grifei)

Comungando dessa posição, colho o escólio de Daniel Sarmento:

“Tornou-se extremamente comum, na jurisprudência brasileira, a invocação dos princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Porém, nem sempre se trata de um emprego racional e metodicamente controlado. Muitas vezes, estes

HC 118533 / MS

princípios são utilizados de forma pouco rigorosa, tornando-se instrumentos para a afirmação das preferências subjetivas dos magistrados. Trata-se de fenômeno preocupante, que gera insegurança jurídica, e que também pode ameaçar o princípio democrático, sobretudo quando a proporcionalidade e a razoabilidade são utilizadas para invalidação de atos administrativos aprovados pelo legislador, eleito pelo povo.” (SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade *in* Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 149-184, *grifei*).

Recomendável, em verdade, que o juízo de proporcionalidade, notadamente quando implementado pelo Poder Judiciário, observe como premissa as demais decisões políticas tomadas pelo próprio legislador. Assim, a fim de atribuir previsibilidade ao exame jurisdicional, é desejável que a avaliação do alcance da norma passe pelo juízo axiológico já empreendido pelo legislador, em nítida hipótese de aferição da extensão da autovinculação das proposições legislativas.

Mais que isso, como decorrência do Princípio da Unidade, indispensável que o ordenamento jurídico seja compreendido à luz de uma interpretação sistemática direcionada a conferir integridade ao conjunto de normas emanadas do legislativo. Nesse cenário, é tarefa do intérprete buscar uma solução que mantenha a higidez do sistema normativo, seja a partir de uma compreensão que lhe atribua harmonia, seja mediante a declaração de invalidade de dada regra:

“(…) um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a compatibilidade das normas. Se num ordenamento vem a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento tem certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento da compatibilidade, que

HC 118533 / MS

implica a exclusão da incompatibilidade.” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UNB, 1994, p. 80, *grifei*)

No âmbito penal, as ideias de Bobbio dão sustentação à compreensão de **tipicidade conglobante**, defendida por Zaffaroni, em que se assenta o necessário entrelaçamento nutrido entre as regras que compõem a ordem normativa, sob pena de que se forme uma completa “desordem”:

“Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma “desordem” arbitrária. **As normas jurídicas não “vivem” isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente.** Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*) (WELZEL).

Esta ordem mínima, que as normas devem guardar entre si, impede que uma norma proíba o que a outra ordena, como também impede que uma norma proíba o que a outra fomenta. (...)

Isto nos indica que **o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa.**” (ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: volume 1. 9. ed. São Paulo: RT, São Paulo, 2011. p. 400/401, *grifei*).

HC 118533 / MS

No mesmo caminhar, *mutatis mutandis*, compreendo que a definição de hediondez, decorrente da maior gravidade ou repugnância do delito, também se submete a um juízo conglobante. Vale dizer, as lições atinentes à tipicidade também podem ser aplicadas quanto à hediondez, cuja aferição desafia investigação do alcance normativo de acordo com a ordem jurídica globalmente considerada.

6. É nessa atmosfera que tomo o cuidado de aferir a proporcionalidade do tratamento equiparado a hediondo segundo as balizas do próprio juízo legislativo de retribuição penal, explicitado mediante a pena abstratamente cominada e pelas demais nuances associadas à resposta penal. Trata-se, portanto, de averiguação traçada a partir da necessária integridade do sistema normativo e que guarda compatibilidade com o critério legal que natura a definição dos crimes hediondos e equiparados.

Com efeito, os ensinamentos de Beccaria, desde os idos do século XVIII, já davam conta da necessidade de observância da proporcionalidade entre delito e resposta penal. A esse respeito, colaciono trecho da clássica obra “*Dos delitos e das penas*”:

“O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. **Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.**”

Se o prazer e a dor são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre os motivos que determinam os homens em todas as suas ações, o supremo Legislador colocou como os mais poderosos as recompensas e as penas; **se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais**

HC 118533 / MS

facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajosos; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quando freqüente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer.

Se se estabelece um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; destruir-se-ão no coração do homem os sentimentos morais, obra de muitos séculos, cimentada por ondas de sangue, estabelecida com lentidão através mil obstáculos, edifício que só se pode elevar com o socorro dos mais sublimes motivos e o aparato das mais solenes formalidades.

(...)

Se os cálculos exatos pudessem aplicar-se a todas as combinações obscuras que fazem os homens agir, **seria mister procurar e fixar uma progressão de penas correspondente à progressão dos crimes.** O quadro dessas duas progressões seria a medida da liberdade ou da escravidão da humanidade ou da maldade de cada nação.

Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, **não aplique os menores castigos aos maiores crimes.**"

Na mesma direção, **Claus Roxin** ensina que *"ao estruturar o injusto e a responsabilidade, deve-se buscar um equilíbrio entre a necessidade interventiva estatal e a liberdade individual."* (Estudos de direito penal, 2ª ed; tradução de Luís Grecco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70)

Desvela-se, portanto, que a quantidade da pena cominada atua como indicativo da intensidade do juízo político implementado pelo legislador quanto à gravidade do crime e à extensão da retribuição penal:

"Por outro lado, afere-se que **a pena legalmente cominada indica a importância que a ordem jurídica atribui ao preceito e ao bem jurídico tutelado.** Formula-se a pena com

HC 118533 / MS

fundamento na gravidade da infração, de maneira que aquela cumpra a função educativa, socialjurídica do direito penal, na definição dos valores cuja proteção é considerada necessária à segurança da coletividade.

Na análise da parte especial do Código Penal, a **quantidade de pena cominada assume, desta forma, grande relevância. De um lado, fundamenta e constitui a hierarquia material dos valores penalmente protegidos e, de outro, a hierarquia das formas de tutela de um mesmo interesse, em relação às diversas modalidades de agressão.**” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 1538, jan./jun. 2015, *grifei*)

Nessa medida, a partir da exigência de proporcionalidade entre o delito e a pena, é imperioso que o Estado observe um equilíbrio mínimo entre as formas de materialização da tutela penal, de modo que a máxima de sopesamento, nessa perspectiva, desenvolve-se como instrumento de proporcionalidade conglobante. Ou seja:

“(...) o juízo de proporcionalidade deverá considerar se a qualidade e a quantidade da pena cominada ao delito é proporcional à sua gravidade, principalmente se a relação entre a pena e o delito é proporcional a outras relações entre penas e delitos dentro do ordenamento.” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 1538, jan./jun. 2015, *grifei*)

No caso dos autos, diversos aspectos normativos denotam a incongruência, e quiçá contradição, da possibilidade de tratamento equiparado a hediondo ao tráfico de drogas minorado.

HC 118533 / MS

7. Verifico que, na hipótese de aplicação da minorante em grau máximo, como bem registrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, **a pena mínima possível equivale a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.**

Referida reprimenda sequer ultrapassa o patamar estabelecido como marco definidor de infrações de menor potencial ofensivo, caracterizadas por pena máxima não superior a 02 (dois) anos (art. 61, Lei 9.099/95).

Da mesma forma, essa pena não impediria a substituição (art. 44, CP), e, salvo motivação idônea (Súmulas 718 e 719/STF), recomendaria a fixação de regime inicial aberto.

Além disso, sob a ótica da pena mínima cominada, se aplicável o procedimento comum previsto no CPP, não se exigiria rito processual de maior robustez (art. 394, CPP). Ademais, a pena mínima não preenche o pressuposto autorizador da prisão preventiva previsto no art. 313, I, CPP.

Na fase da execução, o tempo mínimo de pena não configuraria óbice à suspensão condicional (art. 156, LEP) ou ao livramento condicional (art. 83, CP).

Não bastasse, cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, **que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não** é equiparado a hediondo.

Ou seja, afirmar que o tráfico minorado é hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual, a escancarar que tal inferência consubstanciaria violação aos limites que regem a edição legislativa penal.

É óbvio que não se cuida de atribuir ao tráfico minorado o caráter de infração de menor potencial ofensivo, ou de afirmar que o tempo de pena confere, *ipso facto*, direito subjetivo aos benefícios listados.

Trata-se, tão somente, de, sob o prisma da quantidade mínima de pena, signo a traduzir, por excelência, a gravidade do crime e a extensão da necessidade de punição penal, extrair que o tratamento equiparado a

HC 118533 / MS

hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade. Isso porque, sob todos os ângulos elencados, o ordenamento jurídico confere ao delito de tráfico minorado, segundo a perspectiva da quantidade de pena, tratamento que não se coaduna com a agressividade ínsita à hediondez por equiparação.

Considerando que a intensidade do tratamento penal deve guardar uniformidade por parte do legislador, à luz das demais respostas penais e institutos processuais, depreendo que a equiparação a crime hediondo não alcança o delito de tráfico na hipótese de incidência da causa de diminuição em exame.

Ao contrário, visto que tal consequência jurídica se amolda ao espírito da causa de diminuição, destinada a conferir tratamento penal diferenciado ao agente episódico consistente em rigor arrefecido que destoa das características inspiradoras dos delitos hediondos e equiparados.

É nessa linha que, no caso do tráfico de drogas, o encarceramento não é uma opção legislativa marcante na hipótese de agentes episódicos, âmbito normativo que não pode ser desprezado no momento de concretização do programa da norma.

Com efeito, não observaria a Constituição e a unidade do sistema jurídico a norma que atribuisse hediondez dissociada das demais nuanças da infração penal, as quais, repita-se, derivam das demais decisões políticas do próprio legislador. Nesse contexto, a partir de um juízo conglobante, compreendo que não se verifica hipótese de hediondez equiparada.

Diante da expressividade da minorante, bem como que se trata de norma excepcional e que, portanto, desafia interpretação restritiva, e na linha do bem lançado voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, compreendo que o legislador não desejou incluir o tráfico minorado no regime dos crimes equiparados a hediondos, tampouco nas hipóteses mais severas de concessão de livramento condicional, caso contrário, o teria feito de forma expressa e precisa. Além disso, a avaliação sistemática, sob o prisma da proporcionalidade, reforça essa conclusão.

HC 118533 / MS

Em suma, após o intercâmbio dialógico levado a cabo nesta Corte sobre a matéria em pauta, pedindo vênias às compreensões que se formaram em direção diversa, averbo que concluí no sentido da não equiparação do também (e impropriamente) denominado “*tráfico privilegiado*” aos delitos hediondos, sendo, assim, passível de indulto, como faculdade expressa no art. 84, inciso XII, da Constituição da República.

8. Diante do exposto, voto com a eminente Relatora para conceder a ordem, declarando que os regimes dos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII, CF), do livramento condicional (art. 44, parágrafo único, Lei 11.343/06) e da progressão de regime (art. 2º, §2º, Lei 8.072/90) não se aplicam às hipóteses que ensejem a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/06.

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, da mesma forma que o Ministro Fachin, o meu voto, na Sessão anterior que iniciou o julgamento do caso, teve como fundamento principal a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixada sobre a matéria em ambas as Turmas. Eu mesmo, na Segunda Turma, havia seguido a linha divergente da eminente Relatora.

Todavia, desde a Sessão passada, quando se iniciaram aqui os debates a respeito e sobretudo agora com o voto do Ministro Edson Fachin, convenço-me de que também devo reajustar o meu voto para acompanhar a eminente Relatora.

É como voto, Senhor Presidente.

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

RETIFICAÇÃO DE VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, na mesma linha do que agora foi dito pelo Ministro Teori, também reajusto o meu voto.

A primeira vez em que o tema veio a debate, embora louvando o belíssimo voto da Ministra Cármen Lúcia, fiquei muito centrada na situação fática. Na verdade, pareceu-me que talvez o caso não fosse o mais adequado, porque envolvida uma tonelada de maconha. Realmente uma situação limítrofe...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O quadro - como eu disse na ocasião - não era dos melhores para o avanço da tese.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Para o exame da tese.

Mesmo assim, oscilei, mas termino agora convencida pelo voto do Ministro Fachin, que, Senhor Presidente, vindo ao encontro daquela minha primeira dúvida - e também a partir da reflexão que fiz, com base, inclusive em excelente memorial do Conectas Direitos Humanos -, me leva a reajustar meu voto, ainda que, repito, até me sentisse mais tranquila denegando a ordem ao exame do caso concreto, sem prejuízo de consagrar a tese proposta. Acompanho, contudo, o voto da eminente Relatora.

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL**ESCLARECIMENTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Presidente, Vossa Excelência me permitiria, apenas para secundar algo que não atentei no voto, mas que não poderia deixar de fazer nesta hora, em atenção específica ao que foi dito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto, principalmente quanto à população carcerária feminina.

É que, normalmente, nesses casos, o tráfico dito privilegiado, que é da doutrina, pela circunstância de que, ou por dependência econômica, ou por dependência psíquica ou afetiva, ela acaba realmente em subserviência total e prestando-se a papéis até, Ministra Rosa, em condições como esta. Não estou dizendo que seja este caso, porque, desde a leitura do relatório, na primeira sessão de julgamento, eu chamei atenção de que o quadro não é lá muito bom para discutirmos esse assunto. Mas mulheres são utilizadas, hoje mesmo, como motoristas para conduzir carros carregando drogas, em altas quantidades, exatamente por considerar que nós mulheres não teríamos uma aparência que facilmente fosse detectável. E há um aumento realmente significativo.

Hoje, a média de prisão de mulheres aumentou de 6 para 7 e pouco por cento em todas as carceragens brasileiras. Vossa Excelência referiu-se ao dado de 64, eu tenho um dado já chegando a 70% de mulheres que são apenadas ou aprisionadas exatamente por causa da questão das drogas.

Mas apenas pra chamar atenção de que, até mesmo sobre esse aspecto, este é um julgamento com importância social de enorme gravidade, porque temos as mulheres com filhos que ficam aprisionadas, porque o crime é hediondo.

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ministro Decano, Vossa Excelência tem toda razão ao fazer alusão às Regras de Bangkok, que representaram um avanço enorme no que diz respeito à sistematização do tratamento que se dá aos presos no mundo todo.

Também observo que, no dia 22 de maio de 2015, representantes das Nações Unidas, reunidos na África do Sul, elaboraram um novo conjunto de regras, chamadas de Regras de Mandela, que complementam as Regras de Bangkok e melhoram aquelas antigas regras mínimas para tratamento de presos, que vigoraram durante 55 anos no concerto internacional sobre essa matéria. E observo que o CNJ fez traduzir as Regras de Bangkok e as Regras de Mandela e distribuiu fartamente para todos os atores envolvidos com esse sistema prisional, revelando exatamente a preocupação que temos com esse magno assunto.

Portanto, vejo que Vossa Excelência, como sempre, apesar dos anos que passou aqui nesta Suprema Corte, está muito atualizado com relação a todas as novidades legislativas, tanto nacionais quanto internacionais, além, evidentemente, dos avanços doutrinários que se têm nos diversos campos do Direito.

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE): A discussão proposta neste *habeas corpus* transcende, a meu ver, os estreitos limites da proposta jurídica que nele se contém.

Com efeito, o impacto que resultará da consideração de que o tipo tráfico privilegiado de drogas (art. 33, §§ 1º e 4º, da Lei 11.343/2006) deve receber tratamento distinto daquele dispensado aos crimes hediondos não pode ser minimizado.

Resultado significativo dessa “equiparação”, entre tantas outras consequências, corresponde à impossibilidade de contemplar os condenados enquadrados nessa tipificação com os institutos do indulto e da comutação de penas.

Essa consequência pode ser extraída da conjugação da Lei de Drogas¹ e da Lei dos Crimes Hediondos², que impede possam esses instrumentos – sabidamente utilizados, de longa data, para ajustar e modular os rigores de uma sentença condenatória descontada em ambientes carcerários absolutamente inadequados – ser empregados na situação ora sob exame.

1 Lei 11.343/2006:

“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.”

2 Lei 8.072/1990:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [\(Vide Súmula Vinculante\)](#)

I - anistia, graça e indulto;”

HC 118533 / MS

A degradação de nosso sistema penitenciário, vale recordar, foi recentemente considerada por este Supremo Tribunal Federal como situação que configura um “estado de coisas inconstitucional”.

Mas, para subsidiar o meu voto, permito-me apresentar a este egrégio Plenário alguns números que se mostram deveras impressionantes.

Dados do último INFOPEN, do Ministério da Justiça, os quais colacionam informações que datam de dezembro de 2014, dão conta de que, entre as já 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade, homens e mulheres, 28% (ou, mais precisamente, 174.216 presos) ali estão por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas.

Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres que estão em situação de privação de liberdade (e hoje já, lamentavelmente, somos a quinta maior população do planeta levado em conta o número de mulheres presas) estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico.

Rosa Del Olmo³ chama-nos a atenção para os tipos “esdrúxulos” de participação nesses delitos. É muito comum, explica a referida criminóloga, a prisão de mulheres em razão de colaborarem com um ou mais homens – quase sempre por razões afetivas ou familiares – no transporte de drogas ou simplesmente por estarem em lugares onde se produziam ou armazenavam tais produtos ilícitos, o que as tornam cúmplices, digamos assim, involuntárias, não obstante vinculadas à ação

3 “Reclusion de mujeres por delitos de drogas reflexiones iniciales. Reunión del Grupo de Consulta sobre el Impacto del Abuso de Drogas en la Mujer y la Familia”. Organización de los Estados Americanos O.E.A. Fundación José Félix Ribas. Disponível em: http://www.cicad.oas.org/reduccion_demanda/esp/Mujer/venezuel.pdfhttp://www.cicad.oas.org/reduccion_demanda/esp/Mujer/venezuel.pdf, último acesso em 1º/6/2016.

HC 118533 / MS

criminosa.

Luciana Chernicharo, por sua vez, adverte que, embora o tráfico de drogas não configure uma opção primária do delinquente, aquela atividade ilícita acaba por absorver boa parte da mão de obra que é expelida do mercado de trabalho formal pela crise econômica.

Por isso, forçoso é reconhecer que o desemprego estrutural e a precarização das relações de trabalho constituem fator fundamental que leva à inserção de jovens e de mulheres nessa prática delituosa, a qual é assumida como uma alternativa laboral e, até mesmo, para prover a própria subsistência.

Deixando de lado eventuais julgamentos morais, que não podem ser legitimamente exercidos longe do dia a dia dessas pessoas, a compreensão de tal realidade sociológica configura fator decisivo para melhor entender os motivos da participação de um enorme contingente de pessoas, sobretudo do gênero feminino, nessa modalidade de crime⁴.

Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico de drogas e, o que é mais grave, quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita.

Muitas participam como simples “correios” ou “mulas”, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica.

Enfim, são mulheres que foram consideradas culpadas, do ponto de vista penal, simplesmente porque guardavam alguma relação de

⁴ Sobre Mulheres e Prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil, p. 109-110. Disponível em http://www.neip.info/upd_blob/0001/1565.pdf.

HC 118533 / MS

causalidade com a ação criminosa, embora menor, mas, apesar disso, ficaram impedidas de ser contempladas, entre outros benefícios prisionais, com o indulto e a comutação de penas, porque pesa sobre essa capitulação (mesmo na sua forma privilegiada) uma condição impeditiva, que inviabiliza a utilização desses institutos.

Estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente (ou algo em torno de 80.000 pessoas, em sua grande maioria, repito, mulheres) tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio.

Quer dizer, são pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico, tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante. São, enfim, os “descartáveis”, dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade.

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.

Ante o exposto, concedo a ordem para afastar os efeitos da hediondez em relação ao tráfico de drogas na modalidade privilegiada.

É como voto.

23/06/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, como eu ia falando naquela oportunidade, queria só pela ordem, quer dizer, só em termos de defesa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Quando nós votamos, nós observamos que ambas as Turmas do Supremo tinham o entendimento de que efetivamente não se poderia excluir essa categorização jurídica do tráfico privilegiado, porque o tráfico privilegiado não é uma figura legal, ele é uma figura doutrinária. Então, o que está se operando, na verdade - e até Vossa Excelência traz esses dados impressionantes -, é uma certa mutação constitucional, porque o artigo é claro: a Lei considera inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Está previsto na Constituição. Então, há de surgir uma explicação que altere esse núcleo da Constituição Federal, que, por uma opção do constituinte originário, fez incidir, sobre o tráfico de drogas, uma grande preocupação, a ponto de categorizá-lo como um crime hediondo. É verdade que a Constituição não pode viver insulada da realidade social. E hoje nós verificamos que esse tráfico privilegiado, conforme os dados que Vossa Excelência trouxe, ele se refere a mulheres. E eu acho que só assim é que se explica realmente que se possa, digamos assim, alterar o espírito da Constituição, porque, em 1988, era um flagelo o tráfico de drogas, daí a preocupação do constituinte, nesse rol do art. 5º, considerar esse delito tão importante.

Por outro lado, a redação da Lei de Drogas considera privilegiado o tráfico que é realizado por um *freelancer*. Não existe mais isso; não existe traficante autônomo de drogas. Ele está sempre vinculado a uma organização criminosa.

De sorte que a jurisprudência do Supremo sempre foi essa exatamente por isso, mas agora Vossa Excelência traz esses novos dados.

Eu queria só... porque efetivamente é paradoxal que esses

HC 118533 / MS

parâmetros normativos mais evoluídos venham de Bancoque, onde o tráfico de drogas, e às vezes até o uso de drogas, é punido com pena de morte. Então, realmente essas normas se anulam pela bastardia da origem, porque vieram... talvez até um brasileiro, parece, ficou no corredor...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, foi na Indonésia, mas, em Bancoque, a pena de morte é aplicada aos usuários de drogas.

De sorte, Senhor Presidente, mantendo a fidelidade da jurisprudência, porque ela fez uma interpretação sem mutação da Constituição Federal, eu, impressionado com os dados que Vossa Excelência trouxe, eu vou pedir vênia para manter, muito embora, a partir de agora, eu vá me submeter à decisão do Plenário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu agradeço a explicação de Vossa Excelência. É importante porque, quando o Supremo dá uma guinada jurisprudencial, é importante que se sopesem todos os pontos de vista, e aqueles que se mantêm fiéis à jurisprudência explicitem o seu ponto de vista para que as pessoas que nos assistem, sejam leigos, sejam especialistas na matéria, possam bem compreender a razão de nossa evolução.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 118.533

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S) : RICARDO EVANGELISTA VIEIRA DE SOUZA

PACTE.(S) : ROBINSON ROBERTO ORTEGA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), concedendo a ordem para afastar a natureza hedionda do crime praticado, no que foi acompanhada pelo Ministro Roberto Barroso, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, denegando a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelos pacientes, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor-Público, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.06.2015.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, concedendo a ordem, e os votos dos Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, denegando-a, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin, para reexame da matéria e eventual reformulação de seu voto. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 01.06.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Reajustaram os votos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber. Ausente, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 23.06.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário

