



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**

Centro de Apoio Operacional Criminal, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública

Ofício-Circular CAOCRIM nº 052/2016

Fortaleza, 31 de outubro de 2016

Exmo(a). Senhor(a)

Procurador(a) de Justiça e Promotor(a) de Justiça Criminal

Assunto: Nota Técnica orientativa sobre tráfico privilegiado e decisão do STF no HC 118533

Exmo(a). Sr(a).,

Cumprimentando-o cordialmente, e considerando a atribuição do Centro de Apoio Operacional Criminal de buscar a atuação uniforme dos órgãos do Ministério Público, estabelecendo orientações tendentes ao aprimoramento do exercício da atividade-fim, ainda que sem caráter vinculante e respeitando o princípio da independência funcional, tudo na forma do Provimento 024/2015, apresentamos a V. Exa., a seguir, Nota Técnica orientativa acerca da decisão exarada por maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do “Habeas Corpus” 118.533, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que decidiu, por maioria, que o denominado “tráfico privilegiado” (art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006¹) não deve ser considerado crime de natureza assemelhada a hediondo, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Marco Aurélio.

Tal decisão, ainda que careça de efeito *erga omnes*, posto que analisada de forma singular, representa inédito precedente da Suprema Corte pátria, tendo gerado, inclusive, divergência entre STF e STJ, a qual conserva jurisprudência consolidada sobre o tema, sumulada no Verbete 512, que dispõe que “*A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas*”.

1 Que assim dispõe: “§ 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”.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Centro de Apoio Operacional Criminal, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública

O art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, dispõe 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”*.

A interpretação conceitual do que seja “tráfico ilícito de entorpecentes” ou “tráfico de drogas” é remansosa no sentido de abarcar os delitos tipificados nos arts. 33, “caput”, §1º, e art. 34, seja pelo entendimento doutrinário, jurisprudencial ou pela Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, recepcionada no Brasil pelo Decreto 154/1991.

Dito isto, é de lembrar-se que o reconhecimento do privilégio no crime de tráfico de drogas não constitui tipo penal autônomo, tratando-se de causa de diminuição de pena para os delitos definidos no “caput” e parágrafo primeiro do artigo 33 da Lei 11343/2006, e o legislador ordinário reiterou o dispositivo da Constituição Federal equiparando o delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins a hediondo, consoante art. 2º da Lei 8072/1990, não tendo em nenhum momento excetuado o tráfico privilegiado do rol de crimes hediondos e assemelhados, valendo pontuar que poderia tê-lo feito caso desejasse, visto que a Lei de Crimes Hediondos sofreu modificações posteriores à Lei de Drogas².

Assim sendo, apesar de o legislador, por razões de política criminal, ter optado por diminuir a sanção penal do autor do crime de tráfico em caso de privilégio, tal redução não retirou a natureza hedionda do crime de tráfico, visto que, qualquer que seja a pena aplicada, o crime continua listado no art. 2º, “caput”, da Lei 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), não sendo possível criar uma nova infração penal a partir da mera aplicação de causa de diminuição de pena.

Em outras palavras, a minorante do parágrafo quarto do art. 33 da Lei 11343/2006 não possui o condão de diminuir a gravidade da conduta praticada, mas apenas assegurar ao réu diminuição da pena por razões de política criminal.

Demais disso, resta inviável a tentativa de estabelecer analogia entre o homicídio privilegiado-qualificado e o tráfico privilegiado, tese difundida por parte dos que sustentam a ausência de hediondez de ambos, visto que a prevalência do privilégio no homicídio privilegiado-qualificado demonstra a subsunção dessa espécie ao “caput” do art. 121 do Código Penal (homicídio simples), o qual não é classificado como crime hediondo, diversamente do que ocorre no art. 33, §4º, da Lei 11343/2006, cuja hediondez é prevista na Constituição Federal e na Lei específica, sendo causa de diminuição ligada diretamente às características e à situação pessoal do agente, não relacionada aos motivos determinantes do delito.

Por fim, em que pesem os argumentos vencedores dos nobres Ministros do STF no aludido HC, não cabe ao Poder Judiciário deixar de aplicar o mandamento constitucional e legal sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade, por deficiência na proteção de direitos fundamentais.

2 Modificações trazidas pelas Leis 11464/2007, 12978/2014 e 13142/2015.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Centro de Apoio Operacional Criminal, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública

Por todas estas razões, o Centro de Apoio Operacional Criminal, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública resolve apresentar a V. Exa. o entendimento de que, não obstante o plenário do STF ter afastado a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, a decisão carece de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, destoando do entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, visto que a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11343/2006 não afasta a natureza assemelhada a hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes determinada por imperativo constitucional, tendo como consectário lógico a aplicação *in concreto* dos dispositivos legais que regem os crimes hediondos, tanto no processo penal quanto na execução penal respectiva.

Sendo o que havia para o momento, consigno votos de elevado apreço e distinta consideração.

Flávia Soares Unneberg
Promotora de Justiça
Coordenadora do CAOCRIM