

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Habeas Corpus nº 118.533 - MS

CONECTAS DIREITOS HUMANOS, INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA – IDDD, INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM E PLATAFORMA BRASILEIRA DE POLÍTICA DE DROGAS¹, vêm a presença de V. Exa., diante da relevância do caso sob apreciação deste Supremo Tribunal Federal que discute a hediondez do tipo penal do Art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, apresentar **MEMORIAIS** para contribuir com o processo decisório.

1. O REGIME CONSTITUCIONAL DOS CRIMES HEDIONDOS

A Constituição de 1988 positivou um sistema diferenciado de penalização para as condutas entendidas como as mais degradantes à dignidade humana, denominadas de crimes hediondos. Para estes, o constituinte estabeleceu uma série de limitações a direitos e garantias individuais, como a vedação da fiança, da possibilidade de anistia ou graça.

¹ A Plataforma Brasileira de Política de Drogas é uma rede para a atuação conjunta de entidades e especialistas de diversos campos de atuação que busca debater e promover políticas de drogas fundamentadas na garantia dos direitos humanos e na redução dos danos. Disponível em: http://pbpd.org.br/wordpress/?page_id=2789

A Lei 8072/90, que regulamenta esta sistemática constitucional, é entendida por muitos como inconstitucional, por tecer limitações a garantias fundamentais que extrapolam a previsão constitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento limitando a aplicação da lei sob diversos primas, a fim de aproximá-la do ordenamento constitucional que impõe balizas claras e restritas às interpretações que limitem direitos básicos.²

A sistemática constitucional dos crimes hediondos deve ser sempre interpretada da maneira mais restrita possível, por sua destinação declarada às condutas mais repulsivas humanamente possíveis. Se o direito penal é a *ultima ratio* do sistema jurídico, as condutas hediondas são ainda mais raras e exceções a qualquer regra.

Neste espírito, a Lei 8072/90 traz restrito rol de crimes previstos como hediondos, em seu Artigo 1º; à luz dos princípios constitucionais da legalidade e subsidiariedade, que regem a sistemática penal e da hediondez, todas as condutas que o legislador visou classificar como hediondas estão positivamente discriminadas, com seu nome jurídico e dispositivo legal exato.

Em todas as condutas do rol, o legislador teve o cuidado de especificar qual forma do tipo penal estava ali inserida, não deixando brechas para interpretações extensivas. Por exemplo, o delito de homicídio simples não está entre as condutas previstas como hediondas, mas suas formas qualificadas sim. O mesmo acontece para o crime de roubo-simples, vis a vis suas formas qualificadas.

No caso da equiparação, entretanto, a lei é aberta, limitando-se a nomear os crimes sem apontar dispositivo legal exato.

A análise infraconstitucional do Superior Tribunal de Justiça sobre a hediondez de todas as modalidades de tráfico de entorpecentes sustenta-se na redação da lei dos crimes hediondos, que é obscura e internamente conflitante, abrindo perigosa indeterminação. Dentro

² Por exemplo, Súmula 672 e HC 111840.

da sistemática constitucional da hediondez, que exige a máxima restrição interpretativa, tal compreensão é insustentável.

A decisão do STJ não estipula diferenciação entre o tipo penal base, sua forma qualificada e privilegiada, sustentando que o §4º do Art. 33 não é um tipo penal independente, mas apenas uma forma de diminuição de pena do tipo previsto no *caput*. Sustentou seu posicionamento no sentido de que tipos penais autônomos – aos quais cabe a inclusão neste rol hediondo – tem limites mínimos e máximos de pena autônomos, enquanto que as causas de diminuição de pena apresentam “*uma variação, a partir de quantidades fixas (metade, dobro, triplo)*”. **Olvidou-se a Colenda Corte Especial de que foi o legislador que optou por construir a figura do tráfico privilegiado, dando este *nomem juris* à conduta do §4º.**

A sistemática constitucional da hediondez é tão restritiva, entretanto, que não se ancora nestas definições doutrinárias, mas em prever precisamente a conduta hedionda e suas peculiaridades. A opção legislativa se torna cristalina no inciso VII do referido artigo 2º: tal dispositivo traz a forma qualificada pelo resultado morte do delito de epidemia, previsto no art. 267, §1º do Código Penal. Só que, ao contrário do que sustenta o colendo STJ, tal parágrafo não traz novas balizas de fixação de pena, mas, somente, “*uma variação, a partir de quantidades fixas (metade, dobro, triplo)*”.

A recente alteração no rol de crimes hediondos introduzida pela lei 13142/2015 vai além. O legislador de 2015 incluiu no Inciso I-A a caracterização como hediondo do delito de lesão corporal de natureza grave ou com resultado morte, desde que contra membros de forças de segurança ou parentes. Desse modo, optou cabalmente pela caracterização exata da conduta que visava incluir, mesmo que a descrição precisa extrapolasse a figura penal à qual a conduta está subsumida.

Estes dois exemplos demonstram que a lei de crimes hediondos, por regular matéria constitucional, esforçou-se abertamente em delimitar a conduta exata a qual recaem as iras da hediondez. Para tal, seu rol é por vezes mais restritivo que o tipo penal ao qual se remete,

incluindo não necessariamente uma forma de determinado delito, mas a maneira, contra quem e por quem a conduta foi executada.

Pelo exposto, à luz da legalidade formal do Direito Penal-Constitucional, importa que seja interpretada de maneira restritiva o art. 2º da lei 8092/90, para não incluir a forma privilegiada do tráfico de entorpecentes prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06.

2. AS INOVAÇÕES DA LEI 11.343/06 – SEUS IMPACTOS ALMEJADOS E EFETIVOS

A Lei 11.343/06 foi criada em uma tentativa de ajustar o tratamento legal às diferentes pessoas que são envolvidas pelo fenômeno do tráfico e consumo de entorpecentes considerados ilegais. Enquanto foram aumentadas as penas para o primeiro, colaborando para o rápido crescimento da população carcerária do país.

Em um primeiro momento, diferenciou traficante e usuário, desencarcerando a conduta deste e agravando as penas daquele.

E foi além, laborando para criar diferenciações definitivas entre os diversos graus de envolvimento e gerência sobre o comércio de entorpecentes. A lei claramente reconhece a especificidade da conduta de quem ingressa no tráfico de maneira eventual, muitas vezes atraídos por pessoas próximas, sem violência ou reincidência. Para estes, deve incidir a conduta prevista no §4º do Art. 33.

A pesquisa “Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo”³ expõe os impactos desta incompatibilidade entre a aparente intenção do legislador e a constituição, de um lado, e as interpretações que a confusa redação permite. Embora 58,73% dos casos analisados ali tenham recebido pena inferior a quatro anos de reclusão e 38% tenha recebido a pena mínima de 1 ano e 8 meses (só possível para o crime na modalidade privilegiada), **somente em 5,24% dos casos houve a substituição por pena restritiva de direitos.**

³ Núcleo de Estudos da Violência - USP e *Open Society Institute*, 2011).

Nota-se que mesmo com a clara orientação do pretório excelso quanto à atividade de individualização da pena⁴, o caráter hediondo do delito ainda pesa na jurisprudência pátria, sobretudo em primeira instância. Senão vejamos:

Agravo em execução penal. Indulto requerido com fulcro no Decreto Presidencial no 8.380/2014. Impossibilidade. Tráfico de entorpecentes. Delito equiparado a hediondo, por força de mandamento constitucional. Concessão de indulto aos condenados por tais infrações que não é admitida à luz do Decreto debatido, em conformidade com a vedação reproduzida pela Lei no 8.072/90 e Constituição Federal. Tráfico dito “privilegiado” que não constitui tipo penal autônomo, tratando-se, tão somente, do crime com art. 33, caput, da Lei no 11.343/06, com penas mitigadas. Negativa ao indulto mantida. Recurso não provido.

(TJSP. Agravo de Execução Penal nº 0035544-30.2015.8.26.0000, 05 de outubro de 2015).

PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS RECURSOS INTERPOSTOS DENTRO DO PRAZO LEGAL POR ADVOGADOS DIFERENTES. PROCURAÇÃO POSTERIOR QUE REVOGA A ANTERIOR PEDIDO ARTICULADO EM PRELIMINAR PARA AGUARDAR EM LIBERDADE ATÉ DECISÃO FINAL DO APELO PREJUDICADO EM FACE DO JULGAMENTO DO RECURSO. **ATENUANTE QUE NÃO PODE REDUZIR A PENA AQUÉM DO MÍNIMO CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO, AINDA QUE EM SUA MODALIDADE “PRIVILEGIADA”. REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA.**

(TJSP - Apelação no 0019331-98.2014.8.26.0576, 28 de abril de 2016)

Ademais, a equiparação do Tráfico Privilegiado com suas formas mais graves sobrecarrega o sistema e atrapalha o real enfrentamento do mercado global de entorpecentes. **A grande maioria dos casos que envolvem tráfico de entorpecentes deriva de prisão em flagrante, ou seja, não há um trabalho de investigação por parte da polícia para combater os esquemas de tráfico de drogas.** A hediondez e suas mazelas recai, sobretudo, sobre o traficante de pequena monta, que sequer tem acesso à organização criminosa por trás do tráfico.

Pesquisa da SAL/MJ, UFRJ e UNB aponta que **a maioria das pessoas foi presa sob a acusação de portar pouca quantidade de entorpecentes (até 100g)**⁵.

⁴ HC 111.247 e HC 112.195.

Na pesquisa do NEV, a média das apreensões comuns foi de 66,5 gramas de droga⁶. Considerando ser a média das drogas apreendidas na abordagem, há um grande número de pessoas apreendidas por tráfico portando uma quantidade extremamente baixa que poderia perfeitamente ser voltada para consumo pessoal.

A pesquisa desenvolvida pelo NEV-USP destacou a relação entre os aspectos da indeterminação dos critérios de distinção, o poder destinado às autoridades que aferem a ocorrência do delito e as conduções e resultados dos procedimentos instaurados para apuração da suposta conduta de tráfico.

Indagados sobre prisões em flagrante por tráfico que suscitam dúvidas, os entrevistados da pesquisa afirmaram: *o delegado (3) respondeu que mantinha a pessoa presa, mesmo ela podendo ser usuária e não traficante. Segundo ele, caberia ao juiz definir o delito. O promotor (3) respondeu que prefere denunciar como tráfico porque, segundo ele, no curso do processo haveria “a possibilidade de reformar” sua condenação*⁷.

As conclusões da pesquisa ressaltam a ausência de um trabalho estratégico e científico de investigação voltado para o combate à estrutura do tráfico: apreende-se apenas uma pessoa presa por ocorrência com apenas a testemunha da autoridade policial que efetuou a prisão; a grande maioria dos flagrantes são realizados pela Polícia Militar, em via pública e em patrulhamento de rotina; os acusados não tem defesa na fase policial; e em cerca de 7% dos casos a pessoa ficou presa durante todo o processo e, ao final, houve desclassificação de porte para uso⁸.

Ou seja, a linha que separa o tráfico privilegiado do porte para consumo previsto no art. 28 é mais tênue que a linha que o separa do tráfico comum do Art. 33, caput.

⁵ “Tráfico de Drogas e Constituição” (Série Pensando o Direito – nº. 1/2009 – Secretaria de Assuntos Jurídicos do Ministério da justiça (SAL), Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e Faculdade de Direito da UNB)

⁶ Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo” (Núcleo de Estudos da Violência - USP e *Open Society Institute*, 2011).

⁷ Idem.

⁸ Idem.

Na prática, é comum que o usuário contumaz seja aliciado à atividade comercial para sustentar o seu vício, sendo que a diferenciação entre o crime de porte, ao qual o legislador não cominou encarceramento, e a conduta privilegiada a qual se tenta enquadrar como hedionda é feita geralmente na abordagem da Polícia Militar em patrulhamento de rotina nas vias públicas, em que o acusado estava sozinho⁹.

Por fim, é importante lembrar que sofre por esta discrepância sistêmica. A pesquisa do NEV-USP aponta um perfil claro nos flagrantes por tráfico de drogas: **Os acusados representam uma parcela específica da população: homens, jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais**¹⁰. No mesmo sentido, a pesquisa feita no Rio de Janeiro apresenta perfil semelhante de acusados por tráfico: **66,4% das pessoas condenadas eram primárias; 90% foram presas em flagrante e 65% não tinham vinculação com grupo criminoso.**

Os pesquisadores do NEV afirmam, entre as conclusões da pesquisa que: *a principal consequência dessa política de combate acaba sendo a geração de uma grande massa de jovens com passagem pela polícia, registros criminais e com os estigmas produzidos pela prisão.*

2.1. Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU sobre Drogas – UNGASS 2016

Impulsionada para rever o posicionamento que iniciou a Guerra as Drogas, sobretudo por países latino-americanos, a ONU aprovou documento que inaugura uma nova época de foco em políticas de saúde pública para tratar do problema das drogas.

Dentre as diversas recomendações aos países para interromper a falida lógica de guerra total está a necessidade de políticas avançadas para diferenciar imputação de todas as pessoas que tem contato com o comércio de entorpecentes, de maneira proporcional a suas responsabilidades:

⁹ “Tráfico de Drogas e Constituição” (Série Pensando o Direito – nº. 1/2009 – Secretaria de Assuntos Jurídicos do Ministério da Justiça (SAL), Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e Faculdade de Direito da UNB)

¹⁰ Idem

(1) Promote proportionate national sentencing policies, practices and guidelines for drug-related offences whereby the severity of penalties is proportionate to the gravity of offences and whereby both mitigating and aggravating factors are taken into account, including the circumstances enumerated in article 3 of the 1988 Convention and other relevant and applicable international law, and in accordance with national legislation;

2.2. Impacto da Hediondez do Tráfico Privilegiado no Encarceramento Feminino

O impacto da nova lei de tóxicos impulsionou surpreendente crescimento da população carcerária feminina; no período de 2005 a 2014, a quantidade de pessoas presas condenadas por tráfico de drogas (homens ou mulheres) cresceu **340%**. Quando se faz o recorte de gênero, percebe-se que, no mesmo período, o número de mulheres presas condenadas por tráfico de drogas aumentou em aproximadamente **600%**.

Os dados mais recentes apontam que atualmente, **68%¹¹ das mulheres encarceradas no Brasil estão detidas por delitos de drogas**, número proporcionalmente três vezes maior que o de homens detidos pelos mesmos delitos. A pesquisa e os dados recentes do Ministério da Justiça demonstram o perfil destas mulheres

Em geral, as mulheres em submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento. **Em torno de 68% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas.** A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico.

As mulheres têm sido usadas de modo descartável pelos grandes donos do mercado ilícito de entorpecentes. O perfil comum da mulher detida por tráfico de drogas é aquela

¹¹ INFOPEN Mulheres – Junho de 2014.

carregando pequenas quantidades de drogas e sem passagem anterior pela polícia, em atividade de complementação de renda. Não exercem controle sobre o mercado, repartindo seus lucros e controlando a distribuição, mas apenas papel acessório, remunerado.

A interpretação extensiva do Art. 2º da Lei 8092/90 esvazia o aproveitamento dos indultos às mulheres. Muito embora estas apresentem, em regra, todos os requisitos subjetivos para a obtenção do benefício, bem como sejam frequentemente mães solteiras ou responsáveis por familiares debilitados, a altíssima incidência dos delitos relacionados ao tráfico impede que o indulto alcance seu fim desencarcerador.

2.3. Impacto no Sistema Socioeducativo

Embora a orientação sumulada do Superior Tribunal de Justiça seja no sentido de reafirmar o Estatuto da Criança e Adolescente para garantir a internação de adolescentes somente em casos excepcionais, sem consideração à gravidade abstrata da conduta, a prática jurisprudencial de piso demonstra que a caracterização de determinada conduta como hedionda influi na justificação para imposição da medida:

“No que tange à medida socioeducativa a ser aplicada ao adolescente, não assiste razão à defesa, visto que a internação é a única medida que se coaduna com o grave ato infracional praticado pelo adolescente, equiparado ao hediondo crime de tráfico de drogas.¹²”

A gravidade da situação torna-se ainda mais evidente se analisadas as presentes iniciativas de legislação que diminuem a maioria penal para adolescentes que cometam crimes hediondos. Novamente, embora a intenção do legislador esteja voltada somente aos casos mais graves e com extrema violência, de grande apelo midiático, a diminuição fatalmente recairá sobre o comércio de entorpecentes por adolescentes, geralmente feito no varejo, de maneira eventual e sem violência.

¹² TJSP - HC n. 2041434-13.2015.8.26.0000.

Se entende-se que as nossas prisões e centros de cumprimento de medida socioeducativa são universidades do crime, o tráfico de drogas de baixa monta e sem violência é certamente a porta de entrada. O encarceramento de pequenos traficantes que não integram organização criminosa leva estes a um ambiente superlotado e amplamente controlado por essas facções. Para sobreviver no cárcere este indivíduo terá que pagar com favores aos líderes das facções – que respondem por condutas tão hediondas quanto às do pequeno traficante – entrando no ciclo vicioso de saída e retorno ao cárcere. **A hediondez do tráfico em qualquer modalidade é certamente a maior causa de aliciamento de jovens por grandes facções.**

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, à luz da legalidade e individualização da pena, e com atenção à nova política internacional sobre entorpecentes, requer-se a interpretação constitucional do Art. 2º da Lei 8092/90, para afastar a hediondez do delito de tráfico privilegiado previsto no §4º do Art. 33 da Lei 11.343/06.

De São Paulo para Brasília, 31 de maio de 2016.



Rafael Carlsson Custódio
OAB/SP 262.284
Conectas Direitos Humanos



Andre Pires de Andrade Kehdi
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

Cristiano Maronna
Plataforma Brasileira de Política de Drogas



Augusto de Arruda Botelho
Instituto de Defesa do Direito de Defesa -IDDD