

Eduardo Oliveira: STF criou norma jurídica que não corresponde à lei

Na sessão do dia 23 de junho de 2016 o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 118.533, por maioria de votos, entendeu que o denominado tráfico privilegiado, em que há diminuição da pena aplicada (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06), não deve ser considerado crime de natureza hedionda. Ficaram vencidos os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Marco Aurélio[1].

Pois bem! Em artigo anterior discorremos um pouco sobre a mudança repentina da jurisprudência da Corte Suprema. Neste ensaio, o objetivo será analisar os fundamentos do voto vencedor.

O voto do relator ministro Ricardo Lewandowski[2], fundou-se em três bases argumentativas. Primeiro, que a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas privilegiado não permite a concessão do indulto e da comutação de penas. Segundo, que no Brasil 28% dos encarcerados são condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, e que, desse percentual, 68% são mulheres. Além disso, sustenta o relator que, segundo criminólogos, essas mulheres são cúmplices “involuntárias” de homens com quem, na maioria das vezes, mantêm relação afetiva. Terceiro, que o tráfico de drogas acaba sendo um recurso alternativo à crise econômica, já que absorve boa parte da mão de obra que é expelida do mercado de trabalho formal.

E, nas palavras do ministro relator,

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.

Na atividade interpretativa é tarefa principal do intérprete extrair a norma do enunciado normativo. Ou seja, o enunciado normativo corresponde ao conjunto de frases, signos linguísticos que compõem o dispositivo legal ou constitucional que descrevem uma formulação jurídica deontológica, geral e abstrata, que corresponde ao texto normativo isoladamente ou ao conjunto do sistema. A norma é o resultado extraído da atividade interpretativa que corresponde ao comando específico que dará solução ao caso em análise. Em outras palavras, as normas são extraídas dos enunciados normativos.

O intérprete dispõe de vários métodos ou elementos de interpretação, que representam importantes instrumentos para o alcance do núcleo semântico da norma. Os métodos clássicos de interpretação do enunciado normativo são gramatical, lógico, sistemático e histórico[3].

A atividade interpretativa parte do conjunto de enunciados normativos que estão à disposição do intérprete, devendo ele utilizar os métodos clássicos de interpretação para alcançar o real sentido e

alcance dos enunciados, extraindo, assim, a norma a ser aplicável ao caso concreto. Ou seja, a atividade interpretativa é realizada no campo abstrato, de seleção da constelação de enunciados potencialmente aplicáveis. Após extrair a norma jurídica dessa gama de enunciados o intérprete irá aplicá-la ao caso concreto. Enfim, o intérprete inicia o seu trabalho no campo abstrato para, após, realizar o juízo de subsunção. Não há dúvidas que o intérprete conhece os fatos quando inicia o seu trabalho, caso contrário não teria condições mínimas de selecionar os enunciados a serem utilizados. No entanto, os fatos não são relevantes para a atividade interpretativa de extração da norma jurídica constante dos enunciados normativos, sob pena de se inverter a ordem de subsunção. Isso porque interpretação não se confunde com aplicação[4]. Pois bem, após esse breve esboço, passemos à análise do julgado.

Os enunciados normativos constantes do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 c/c artigo 5º, XLIII da Constituição Federal[5] dão conta de que o tráfico de substância entorpecente é crime equiparado a hediondo, recebendo o mesmo tratamento destes, por força do artigo 2º, da Lei 8.072/90[6].

A interpretação literal do artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06 não dá margens para extrair norma no sentido de que o tráfico de drogas ilícitas que recebe causa de diminuição de pena (decorrentes das circunstâncias da primariedade, dos bons antecedentes e da não integração a organização criminosa) deixa de ser crime equiparado a hediondo. Ora, o artigo 5º, XLIII da Carta Magna dispõe que será tratado com o mesmo rigor dos crimes hediondos o “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”. O parágrafo 4º do artigo 33 dispõe que “Nos delitos definidos no caput e no parágrafo 1º deste artigo – tráfico de drogas -, as penas **poderão** ser reduzidas [...]” (grifei). Ou seja, em nenhuma das palavras empregadas pelo legislador é possível extrair que a causa de diminuição de pena expressa no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 retirou o caráter de hediondez da conduta delituosa.

A interpretação sistemática também nos conduz a um resultado idêntico, qual seja, de que o tráfico de drogas, seja ele privilegiado ou não, constitui crime equiparado a hediondo (artigo 5º, XLII da Constituição Federal; artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06; e, artigo 2º, *caput*, e parágrafos da Lei 8.072/90).

Não será diferente se utilizarmos o método histórico, pois o sentido da lei, conforme podemos extrair do processo de sua elaboração, evidentemente, foi de reprimir com maior rigor a prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que incidindo a causa de diminuição de pena. No relatório do deputado Paulo Pimenta, relator do projeto de lei 7.134/2012, que deu origem à Lei 11.343/06, contém o seguinte registro [7]: “Não nos olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso, mantivemos uma causa especial de diminuição da pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta se caracterize por ausência de habitualidade e caráter não profissional”. Ora, pequenos ou grandes, são todos traficantes de drogas. O fato de beneficiar aquele com causa de diminuição de pena não retira a natureza essencial de sua conduta, qual seja, de praticar o tráfico ilegal de drogas em território nacional. E como já dito, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins é crime equiparado a hediondo, seja de quantidade expressiva ou de quantidade diminuta. Enfim, o legislador, de maneira razoável, beneficiou o pequeno traficante com a causa de diminuição de pena, mas não com exclusão da natureza hedionda do crime praticado.

O mesmo resultado será alcançado se aplicarmos o método lógico ou teleológico, pois a finalidade do legislador foi, exatamente, coibir e reprimir com mais rigor o tráfico ilícito de entorpecentes, sem prejuízo de conferir causa de diminuição de pena aos agentes primários e que não tenham envolvimento

com organizações criminosas, sem, contudo, despir o tipo penal de seu caráter hediondo.

Fixadas essas premissas, podemos afirmar que os métodos clássicos de interpretação do enunciado normativo não sustentam a solução dada pelo e. Supremo Tribunal Federal. Ora, a regra jurídica é de clareza inquestionável. E, utilizar fatos como argumentos para alterar a regra não é papel do Poder Judiciário. Por mais louvável que seja a intenção do julgador, e por mais verdadeira seja a realidade cruel apontada pelo nobre Ministro em seu voto, não justifica a alteração da regra posta pelo legislador. E veja que estamos falando de regra e não de princípio. E mais, não estamos analisando a conformidade da regra com a Constituição – que poderá ser objeto de outro ensaio. Aqui, o objeto é a interpretação da regra esculpida no artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06. Enfim, não compete ao intérprete subverter o texto normativo, pois não está livre para produzir normas no exercício da discricionariedade judicial[8].

No julgamento do Habeas Corpus 118.533, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal não aplicou a regra ao fato, mas permitiu que o fato a alterasse, criando norma jurídica que em nada corresponde ao enunciado normativo.

[1] O crime de tráfico de drogas é descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, que no seu § 4º regula o denominado tráfico privilegiado[1]. A Constituição Federal de 1988 equipara a crime hediondo a prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, XLIII).

[2] Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638&caixaBusca=N> (acessado em 23/6/2016 às 22h).

[3] BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 36-43.

[4] Conforme Bastos, *ibidem*, pp. 60-61: “*Distinguem-se claramente, no processo de efetivação da norma jurídica, dois momentos distintos. Num primeiro, tem-se a seleção da norma aplicável ao caso, dentre as várias potencialmente incidentes. [...]. Num segundo momento, há então sua efetiva aplicação. Essa é imprescindível na medida em que se tem em vista que a norma é abstrata e genérica, necessitando, portanto, de uma concretude mínima pra poder incidir no mundo fático. [...]*”.

[5] 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



quinientos) dias-multa. [...].

§ 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.

[5] 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.

[6] 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.

[7] Relatório disponível em: “

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=66174>” (acessado em 7/8/2016 às 11h25).

[8] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 206-208.