

## HABEAS CORPUS 118.533 MATO GROSSO DO SUL

### VOTO-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 vênica 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 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 indubitoso 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 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-minorado 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**);

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.

Cumpra 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 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 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 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 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 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 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*).

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 facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso;** 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 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.

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 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 atribuísse hediondez dissociada das demais nuances 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.

Em suma, após o intercâmbio dialógico levado a cabo nesta Corte sobre a matéria em pauta, pedindo vênias às compreensões que se

formaram em sentido diverso, 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 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.**

Cópia