PROJETO DE LEI 37/2013**NOTA TÉCNICA DO CAO-CRIM****I – Relatório:**

Cuida-se de PL 37/2013 aprovado pelo Congresso Nacional, já encaminhado ao Chefe do Executivo para sanção, visando a alterar a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), definir as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e tratar dos financiamentos das políticas sobre drogas, além de dar outras providências.

Em apertada síntese, a proposta altera o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), que coordena medidas relacionadas à prevenção do uso de psicoativos, à atenção de usuários e à repressão ao tráfico.

O texto regula temas controversos como internação compulsória de dependentes, comunidades terapêuticas e a figura do tráfico “privilegiado”. Aumenta a pena mínima para o traficante que comandar organização criminosa.

O projeto altera, ainda que minimamente, o procedimento de incineração dos entorpecentes, bem como detalha o uso, por parte das autoridades policiais, dos bens apreendidos. A alienação dos referidos bens também está sendo alterada.

A reforma é ampla e, na sua maior parte, merece aplausos e respectiva sanção. Ao CAO-CRIM chamam a atenção – causando preocupação – as mudanças projetadas no art. 33, mais precisamente na figura do tráfico “privilegiado”, bem como na novel qualificadora do traficante que liderar organização criminosa e na definição de organização criminosa.

Vejamos.

II – Tráfico “privilegiado”.

Lei 11.343/06	PL 37/2013
§4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1.º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), vedada a conversão em penas restritivas de	§4º. Nos delitos definidos no caput e no §1º., as penas deverão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando:

direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.	I – o agente não for reincidente e não integrar organização criminosa; ou II – as circunstâncias do fato e a quantidade das drogas apreendida demonstrarem o menor potencial lesivo da conduta.
--	---

No delito de tráfico (art. 33, *caput*) e nas formas equiparadas (§ 1.º), a **Lei atual** anuncia que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles, inviável a benesse legal.

O entendimento dominante era no sentido de que a causa de diminuição de pena não retirava a hediondez do crime, tanto que, em 2014, o STJ editou a súmula nº 512 exatamente nesses termos. Ocorre que, em 23/06/2016, julgando o *habeas corpus* 118.533/MS, relatado pela Min. Cármen Lúcia, o STF decidiu que o privilégio não se harmoniza com a hediondez do crime de tráfico, razão pela qual, uma vez aplicada a minorante, afasta-se o caráter hediondo do delito. Em razão disso, o STJ cancelou a súmula nº 512.

Em decorrência dessa nova orientação, o STJ passou a adotar o entendimento de que é permitida a concessão de indulto a condenado pelo crime de tráfico privilegiado, considerando inviável negar o benefício com base em entendimento jurisprudencial já superado (HC 435.156/SP, j. 19/04/2018).

De acordo com julgados recentes dos Tribunais Superiores, é motivo para a não incidência da minorante o fato de o agente responder a inquéritos ou a ações penais. Sabe-se que, na aplicação da pena, o juiz só pode considerar maus antecedentes as condenações transitadas em julgado. Não é possível exasperar a pena com fundamento em inquéritos policiais e em ações penais em andamento (súmula nº 444 do STJ). No entanto, a Terceira Seção do STJ firmou o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa de diminuição de pena no tráfico sob o argumento da dedicação do agente a atividades criminosas. De acordo com o tribunal – cujas 5ª e 6ª Turmas eram divergentes –, o fato de o agente ser investigado ou réu em outros feitos criminais não impossibilita automaticamente a aplicação da minorante, mas tampouco impede que o juiz deixe de aplicá-la se, analisando as circunstâncias, considerar que o agente não faz jus ao benefício legal. A cláusula de diminuição de pena não pode ser aplicada de forma desmedida, pois se destina a beneficiar somente aqueles que praticaram de forma eventual o crime de tráfico (EREsp 1.431.091/SP, j. 14/12/2016).

Discute-se a aplicação da causa de diminuição de pena em favor do agente que serve de transportador da droga (o conhecido “mula”). Há quem sustente que o fato é indicativo bastante de participação em organização criminosa, fator impeditivo da minorante. O STJ tem tanto decisões nas quais aplica a minorante quanto outras nas quais a afasta, sempre considerando o caso concreto. Em síntese, o tribunal não considera que o fato de o agente servir de transportador da droga caracterize uma presunção absoluta de que integra a organização criminosa à qual esteja servindo. São as circunstâncias da prática criminosa que indicam a extensão de sua colaboração. E, note-se, este papel pode servir inclusive para balizar a quantidade da diminuição da pena, caso a minorante seja aplicada:

“A condição de agente colaborador de crime organizado no tráfico internacional de drogas (“mula”) constitui fundamento idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, razão pela qual é válida a aplicação do percentual de redução em 1/6, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes” (AgRg no REsp 1.354.656/SP, DJe 18/08/2017).

“2. Em consonância com o entendimento desta Quinta Turma, foi ressaltado que a simples atuação do indivíduo flagrado no transporte eventual de droga alheia (“mula”) não pode levar à conclusão de que integre organização criminosa para efeito de afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. Todavia, a referida minorante foi afastada pois, no caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de prova, que o réu “não se trata indivíduo que se apresente totalmente desvinculado de organizações criminosas ou sobre quem não parem indicativos de que tenha como meio de vida a dedicação ao crime, notadamente em razão “das anotações de viagens anteriores havidas no passaporte do acusado, viagens estas de curta duração (Azerbaijão – 1 semana; Geórgia – 1 dia) e cujo propósito evidentemente não foi aquele mencionado pelo réu na versão que trouxe à baila em seu interrogatório (procura de um trabalho temporário) tudo a indicar que foram realizadas com o mesmo propósito que a viagem feita ao Brasil e que culminou com sua prisão, ou seja, a traficância de drogas.” 4. Com efeito, “esta Corte tem entendido que a atuação como transportador de droga, aliada à presença de elementos que demonstram, concretamente, a vinculação com organização criminosa, é fundamento idôneo para afastar a redução aqui pleiteada.” (AgRg no AREsp 736.510/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 10/05/2017)” (AgRg no HC 241.072/SP, DJe 18/08/2017).

Com isso, o tribunal segue o entendimento firmado pelo STF:

“2. Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que o réu integre organização criminosa. Precedentes. 3. O exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em

caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga. Precedentes” (HC 134.597/SP, DJe 09/08/2016).

A simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, prevalece que, preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração minorante (esta orientada pela quantidade e/ou espécie da droga apreendida).

Pois bem, com a reforma proposta pelo **PL 37/2013**, percebe-se um retrocesso **ao admitir a minorante para o reincidente ou integrante de organização criminosa**, desde que as circunstâncias do fato e a quantidade das drogas apreendidas demonstrarem o menor potencial lesivo da conduta. Os incisos do benefício são alternativos (e não cumulativos, como apresentado na Lei em vigor). Ora, indaga-se: o que se entende por “menor potencial lesivo da conduta” de traficante reincidente ou membro de organização criminosa?

É sabido que, em casos tais, os Tribunais Superiores negam, inclusive, a aplicação da bagatela, exatamente por inexistir, nos comportamentos do reincidente, portador de maus antecedentes e criminoso habitual a mínima ofensividade da conduta.

Não se olvide que uma boa parte dos traficantes presos são flagrados com pequenas porções de drogas para venda. Isto ocorre em razão da própria estratégia que envolve o delito, na medida em que o traficante de varejo difunde pequenas porções e esconde seu estoque em locais seguros, de modo a dificultar a repressão policial. De outro lado, o grande traficante, sabidamente, não coloca “as mãos” nas drogas e comanda toda operação de traficância sem ser visto ou identificado. Se há uma maior dificuldade para a prisão dos barões do tráfico, a novel proposta blinda também os traficantes que atuam na linha de frente deste comércio proscrito. Se a alteração for sancionada, aplicado o redutor de dois terços (no mais das vezes a opção dos juízes) sobre a pena mínima de cinco anos abstratamente cominada para o tráfico, o resultado será uma condenação de um ano e oito meses, substituída por penas alternativas, a indivíduos de acentuada periculosidade.

Sabendo que a norma projetada no projeto aprovado será recebida como *novatio legis in mellius*, irá retroagir para alcançar os fatos passados, beneficiando certamente milhares de condenados, mesmo que as condenações estejam transitadas em julgado, nos exatos termos do art. 2º., parágrafo único, do CP.

III – Traficante comandante, individual ou coletivo, de organização criminosa.

Lei 11.343/06	PL 37/2013
Sem artigo correspondente	<p>§5º. Se os crimes previstos no caput e §1º. forem cometidos por quem exerce comando, individual ou coletivo, de organização criminosa, a pena é de 8 (oito) a 15 (quinze) anos e pagamento de 800 (oitocentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa.</p> <p>§6º. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.</p>

O projeto aprovado acrescenta no art. 33 dois parágrafos relativos a organizações criminosas.

O primeiro (§ 5º) qualifica o crime de tráfico, nas formas básica e equiparadas, para quem exerce comando individual ou coletivo de organização criminosa. A pena, que no *caput* e no § 1º é de reclusão de cinco a quinze anos, passa a ser de reclusão de oito a quinze anos.

A inserção da qualificadora tem, obviamente, o propósito de tornar mais grave a punição do tráfico de drogas, mas, não obstante, na verdade abranda as consequências advindas do crime cometido na forma de organização criminosa.

Isto porque, de acordo com a legislação em vigor, caso cometido por indivíduos que se reúnem em organização criminosa, o crime de tráfico é imputado em concurso material com o crime relativo à organização criminosa tipificado no art. 2º da Lei 12.850/13, que consiste em “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa” e cuja pena cominada varia entre três e oito anos de reclusão, agravada em relação a quem exerce o comando individual ou coletivo do grupo, ainda que não pratique

pessoalmente atos de execução (§ 3º). Segundo a regra ainda em vigor, portanto, a pena aplicada ao traficante membro de organização criminosa pode chegar a vinte e três anos de reclusão, mas, a vingar o projeto a aprovado, o máximo da pena será de quinze anos, **o mesmo limite existente hoje para o crime de tráfico imputado isoladamente.**

Trata-se de evidente retrocesso, não somente porque futuras condutas passarão a ter consequências muito mais atenuadas – o que definitivamente não se harmoniza com os hercúleos esforços que vêm sendo despendidos pelos órgãos de segurança no combate a graves infrações penais cometidas por indivíduos de elevadíssima periculosidade –, mas também porque a nova lei deverá retroagir para beneficiar traficantes membros de organizações criminosas que estejam sendo investigados, processados ou que tenham sido condenados pela prática de ambos os delitos em concurso, tendo em vista que a natureza da norma será de *novatio legis in melius*.

O outro parágrafo que se acrescenta (§ 6º) traz a definição de organização criminosa para os efeitos de aplicação do parágrafo anterior, algo absolutamente dispensável, pois a lei que regula a matéria relativa a esta espécie de grupo criminoso (12.850/13) traz ela mesma a definição, que, evidentemente, não necessita de reiteração em outras normas. Se determinado dispositivo legal define um instituto, e outro dispositivo a ele faz referência, basta que o operador lance mão da definição já existente para que a lei seja aplicada com plena eficácia. Viola a boa técnica reproduzir conceitos de um instituto jurídico em normas diversas, não somente pela própria desnecessidade, mas também pelas controvérsias que podem advir da vigência concomitante de dois dispositivos legais que tratam basicamente da mesma matéria. Se, para os efeitos do crime de tráfico, “organização criminosa” corresponde à definição do novo § 6º, estaria o tráfico fora do âmbito dos meios de investigação de que trata a Lei 12.850/13, aplicável às demais organizações criminosas? Eis um exemplo da espécie de controvérsia que pode surgir.

IV – Inconstitucionalidade das alterações propostas

Naquilo que se refere à alteração do § 4º e à inserção dos §§ 5º e 6º, o projeto é, portanto, inconstitucional e contraria o interesse público.

É inconstitucional porque os dispositivos aprovados ferem o princípio da proibição da proteção deficiente.

A Constituição Federal traz implícito o princípio da proporcionalidade, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra a sua função, deve se ajustar à **relevância do bem jurídico tutelado, às circunstâncias do fato criminoso** e às condições pessoais do agente.

Este princípio, no entanto, não pode compreender apenas a proibição do excesso. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador a obrigação de **proteger os bens jurídicos de forma suficiente**. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto o é a insuficiência da resposta do Estado punitivo. Nesse sentido, o STF:

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como **proibições de proteção insuficiente** ou imperativos de tutela (Untermassverbote). [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)” (STF – Segunda Turma – HC 104410 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 27/03/2012).

Ora, as consequências advindas da sanção dos novos dispositivos provocarão claramente uma proteção deficiente do Estado em relação aos crimes de tráfico de drogas e de organização criminosa formada para o cometimento do comércio proibido. Haverá – repetimos – penas muito brandas – e portanto insuficientes – em razão da flexibilização da causa de diminuição de pena e da supressão do concurso de delitos.

Além disso, não se pode ignorar a que a Constituição Federal contém mandado de criminalização sobre o tráfico de drogas. O mandado de criminalização vincula o legislador ordinário, reduzindo a sua margem de atuação para obrigá-lo a proteger (de forma suficiente/eficiente) o bem jurídico atualmente tutelado pela Lei 11.343/06. Desta forma, a sanção de um projeto de lei que inviabiliza a devida punição de traficantes de drogas torna na prática sem efeito a norma constitucional.

Disto advém também a contrariedade ao interesse público, pois o abrandamento exagerado na punição de crime tão grave expõe a sociedade não somente ao próprio tráfico mas também a toda sorte de crimes decorrentes da atividade criminosa, como homicídios, extorsões, tráfico de armas, etc. Também não contribui nem um pouco para a adequada aplicação da lei a inserção de um dispositivo inútil e que inevitavelmente será fonte de controvérsia como o novo § 6º.

V – Conclusão

Posto isso, a presente NOTA TÉCNICA expressa posicionamento contrário do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO no que se refere às alterações do art. 33 da Lei 11.343/06. É crucial, portanto, que se atente a todo o exposto e que se vete, em nome da manutenção da ordem constitucional e do interesse público, os §§ 4º, 5º e 6º do referido artigo, aprovados no Projeto de Lei 37/2013.

São Paulo, 21 de maio de 2019.

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Promotor de Justiça – Coordenador do CAOCRIM

Fernanda Narezi Pimental Rosa

Promotora de Justiça – Assessora CAOCRIM

Marcelo Sorrentino Neira

Promotor de Justiça – Assessor CAOCRIM

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Promotor de Justiça – Assessor CAOCRIM

Rogério Sanches Cunha

Promotor de Justiça – Assessor CAOCRIM