



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ 1ª VICE-PRESIDÊNCIA - PROJUDI

Autos nº. 4000659-09.2022.8.16.0014/2

Recurso: 4000659-09.2022.8.16.0014 Pet 2

Classe Processual: Petição Criminal

Assunto Principal: Tráfico de Drogas e Condutas Afins

Requerente(s): • Emerson Fustinoni Floriano

Requerido(s): • MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMERSON FUSTINONI FLORIANO interpôs tempestivo recurso extraordinário, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça.

O recorrente alegou violação ao artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, sustentando que o comando constitucional equiparou o tráfico de drogas somente para fins de vedação de fiança, graça ou anistia, não empregando a natureza hedionda irrestrita ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

O Recorrente cumpriu o requisito previsto no artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, apresentando a repercussão geral da matéria debatida de maneira formal e fundamentada.

2. Diante da multiplicidade de recursos extraordinários, com fundamento em idêntica questão de direito, qual seja, **saber se o crime de tráfico de drogas continua equiparado a delito hediondo após a revogação, pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), do artigo 2º, §2º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos)**, a demanda deve ser submetida ao procedimento dos recursos repetitivos, como representativo da controvérsia, nos termos dos artigos 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil e 326-A e ss. do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

RETROSPECTO DOS AUTOS.

O presente instrumento tem origem no recurso de Agravo em Execução Penal.

Rememorando os autos, o juízo a quo deferiu o pedido do recorrente de afastamento da equiparação do tráfico de drogas a delito hediondo para fins de progressão de regime.

Irresignado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ interpôs o recurso de agravo em execução, argumentando, em síntese, que a equiparação do crime de tráfico de drogas a delito hediondo decorre de imposição constitucional e que o disposto no § 5º, do artigo 112 da LEP "traz uma exceção à regra ao estabelecer que uma determinada modalidade do tráfico de drogas não se insere no conceito de crime equiparado a hediondo como as demais".

O referido manejo foi conhecido e provido pela 3ª Câmara deste Tribunal, para o fim de anular a decisão monocrática, ao posicionamento de que, segundo o ordenamento jurídico nacional, o delito de tráfico de droga continua sendo equiparado a hediondo, mesmo após as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019. Veja-se:



"(...) Veja-se que, diferentemente do que decidiu o Juízo a quo, como ressaltado pelo agravante, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII, desde 1988, estabeleceu 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". Ademais, a revogação do §2º do art. 2º da Lei de crimes hediondos alterou tão somente o lapso temporal necessário para a progressão de regime, inexistindo qualquer modificação quanto à hediondez por equiparação do crime de tráfico de drogas. Aqui, ante o minucioso trabalho empregado na exposição das razões do recurso, valho-me dos seguintes trechos para embasar também as razões de decidir o presente agravo:

'(...) Na lição de Alberto Silva Franco, a propósito, "os delitos enquadrados no comando incriminador do inc. XLIII do art. 5.º da Constituição Federal revelam, por seus termos, que o legislador constituinte emprestou-lhes a mais alta gravidade – insuperável danosidade social estabelecida em nível constitucional, colocando no topo de todo o sistema penal. Assim, pode o legislador ordinário estabelecer graduações punitivas diversificadas, mas todos os delitos que pertencem ao rol constitucional fazem parte de um só microsistema, com igual gravidade em abstrato". Daí a inequívoca necessidade "de o legislador ordinário estar submetido às limitações penais e processuais penais procedentes do comando constitucional. Diante delas, não lhe compete aferir se são pertinentes ou não. Encontra-se ele diante de um expediente comunicatório de deliberação de nível superior e só lhe cabe obedecer, incluindo, no texto legal, as restrições preestabelecidas" (Crimes Hediondos. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p.75-6). Por oportuno, recorde-se que, na doutrina, por definição, os mandados constitucionais de incriminação não só indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas sim a obrigatoriedade, como também a forma adequada e proporcional de proteção de determinados bens jurídicos integralizados e reunidos de forma ordenadamente sistematizada nas disposições textuais da Carta Maior. E esses mandados constitucionais, por sua vez, são implícitos e explícitos, encontrando-se dentre estes, num núcleo lógico e simétrico, o tráfico, juntamente, com a tortura, o terrorismo (a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático, os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes a emendas constitucionais) e os crimes hediondos. (...) Ao contrário, as alterações trazidas pela Lei n.º 13.964 /2019 no âmbito da legislação da execução penal alicerçam a construção do termo jurídico posto em debate. Um bom exemplo é a ressalva encontrada no parágrafo 5.º do artigo 112 da Lei de Execução Penal: (...). Interessante observar que o preceito normativo em referência traz uma exceção à regra ao estabelecer que uma determinada modalidade do tráfico de drogas não se insere no conceito de crime equiparado a hediondo como as demais. Isto é, a norma logicamente subentendida no dispositivo é que o tráfico de entorpecentes e drogas afins é crime equiparado a hediondo, salvo sua modalidade privilegiada. ...) Aqui impende destacar que o entendimento pacificado nos Tribunais Superiores, segundo o qual o "tráfico privilegiado" não possui natureza hedionda ou equiparada, tem como premissa a categorização do crime de tráfico ilícito de drogas como delito equiparado a hediondo, destacando-se, a propósito, que a defesa da legalidade jamais pode violar a lógica jurídica, nem pode confrontar o histórico do instituto ou do termo jurídico, salvo se a própria lei expressamente o modificar como resultado de um processo evolutivo do



Direito, o que não ocorreu na hipótese em comento, tanto que nossos Tribunais Superiores utilizam-se – e sempre se utilizaram – da expressão “crime equiparado a hediondo” para designar os delitos de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, (...).

Frise-se: a revogação do §2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 em nada alterou a hediondez por equiparação do crime de tráfico de drogas, mesmo porque o dispositivo revogado tão somente previa a exigência do cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado fosse primário, e de 3/5 (três quintos) se reincidente, para fins de progressão. Inclusive, a matéria acabou sendo incorporada à Lei de Execução Penal, quando da aprovação do chamado Pacote Anticrime (Lei 13.964 /2019). Veja-se que vêm subindo a este Tribunal elevada quantidade de agravos na execução penal, com o mesmo intento do presente recurso, baseados em decisão proferida pelo 1ª Vara de Execuções Penais da Comarca de Porto Alegre, nos autos de execução da Pena nº 8000015-46.2020.8.21.0008, na qual se reconheceu a lacuna legislativa aqui aventada, afastando o caráter hediondo do tráfico de drogas. (...). Finalmente, em recente julgado sobre o tema, no Habeas Corpus Nº 726162 - SC (2022/0054560-2), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é “importante mencionar que a legislação ordinária não poderia dispor ou contrariar dispositivo previsto na Constituição, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, vislumbra-se que a tese defensiva não tem qualquer base legal, muito menos apoio em doutrina e jurisprudência”, (STJ - HC Nº 726162 /SC (2022/0054560-2 – Relator: Ministro Ribeiro Dantas Relator. Data de publicação: DJ 16/03/2022). Portanto, uma vez que a decisão proferida se mostra contra legem, porquanto o tráfico de drogas na modalidade comum continua sendo crime equiparado a hediondo, forçoso o reconhecimento da nulidade da decisão agravada, acolhendo-se a pretensão recursal do Ministério Público” (Agravo, mov. 25.1, fls. 7/10).

DA TESE DA HEDIONDEZ DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGA.

Da análise dos fundamentos do acórdão impugnado, infere-se que a Corte Estadual concluiu que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, embasa a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e, que a revogação do §2º, do artigo 2º, da Lei n.º 8.072/90, teve apenas o condão de alterar os lapsos temporais necessários à progressão de regime, agora estabelecidos no artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

Por outro lado, o Recorrente defendeu que a ordem constitucional impôs aos crimes hediondos - prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo - tão somente a vedação de anistia, graça, indulto e fiança, não havendo mais a equiparação irrestrita dos demais efeitos advindos da hediondez, de modo que, após a reforma introduzida pela Lei 13.964/2019, deve ser aplicado ao crime de tráfico de drogas as frações concernentes aos crimes de natureza comum para fins de progressão de regime.

Em contraposição, o representante do Ministério Público deste Estado, apresentou contrarrazões do recurso extraordinário, sustentando que a suposta ofensa ao dispositivo constitucional perpassa por normas infraconstitucionais, caracterizando mera ofensa reflexa e que o tratamento da Suprema Corte não destoaria do empregado na decisão impugnada.

DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL EM DISCUSSÃO.



O dispositivo invocado na controvérsia a fundar o presente representativo é o **artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.**

DO ANTAGONISMO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA.

A pretensão extraordinária invocada pela defesa do recorrente tem como base julgados do Supremo Tribunal de Federal que afastam interpretações extensivas e analogias *in malan partem* diante da ausência de previsão constitucional. É o que se extrai:

“A Constituição da República (art. 5º, XXXIX) assegura que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, postulado que exige a subsunção estrita das condutas e das sanções criminais à moldura normativa. (...). Como, in casu, está a se avaliar circunstância que impede a aplicação de patamar mais benéfico para a progressão de regime é vedada à analogia in malam partem, incidindo o princípio da legalidade estrita (...). deve-se, de toda sorte, tomar o termo em sua acepção mais favorável à acusada, em atenção ao princípio do favor rei” (HC 200630, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 19/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 18-11-2021 PUBLIC 19-11-2021).

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, postulado que exige a subsunção estrita das condutas e das sanções criminais à moldura normativa. (...). Como, in casu, está a se avaliar circunstância que impede a aplicação de patamar mais benéfico para a progressão de regime é vedada à analogia in malam partem, incidindo o princípio da legalidade estrita” (HC 183610, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 19/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 18-11-2021 PUBLIC 19-11-2021).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou no sentido de que as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 não retiraram a equiparação do delito de tráfico de drogas a crime hediondo, haja vista que tal classificação advém da expressa previsão constitucional disposta no artigo 5º, inciso XLIII, da CF. A respeito:

“É que, conforme exposto pelo ato dito coator: ‘Compreendi que o entendimento do Tribunal de origem não mereceria reparos, isso porque, tal como está consignado na decisão agravada, ao contrário do que alega a defesa, não há como reconhecer que, após a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, o crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006) deixou de ser equiparado a hediondo, porquanto tal previsão encontra alicerce nos arts. 2º, caput, da Lei n. 8.072/1990 e 5º, XLIII, da Constituição Federal’.

No mesmo sentido é o entendimento adotado por esta Suprema Corte, valendo transcrever, por sua relevância, o seguinte trecho da decisão proferida pelo ministro Alexandre de Moraes no julgamento do HC 214.747:

‘Nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição da República, “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”. Como se verifica do próprio texto constitucional, o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo não são crimes hediondos, porém a eles se aplicam as regras



previstas na lei (ALEXANDRE DE MORAES, Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, p. 238, item 5.70, 8ª ed., 2011, Atlas). São, portanto, infrações penais equiparadas aos delitos hediondos e, por consequência, terão o mesmo tratamento a eles destinado. Nesse sentido, salienta RENATO BRASILEIRO DE LIMA: Como o constituinte inseriu a conjunção aditiva “e” logo após fazer referência à tortura, ao tráfico e ao terrorismo, fazendo menção, na sequência, aos crimes definidos como hediondos, depreende-se que, tecnicamente, tais delitos não podem ser rotulados como hediondos. Logo, como o dispositivo constitucional determina que lhes seja dispensado tratamento idêntico, tortura, tráfico e terrorismo são tidos como crimes equiparados a hediondos. A justificativa para o constituinte originário ter separado os crimes hediondos dos equiparados a hediondos está diretamente relacionada à necessidade de assegurar maior estabilidade na consideração destes últimos como crimes mais severamente punidos. Em outras palavras, a Constituição Federal autoriza expressamente que uma simples Lei Ordinária defina e indique quais crimes serão considerados hediondos. No entanto, para os crimes equiparados a hediondos, o constituinte não deixou qualquer margem de discricionariedade para o legislador ordinário, na medida em que a própria Constituição Federal já impõe tratamento mais severo à tortura, ao tráfico de drogas e ao terrorismo (Legislação criminal especial comentada, Volume único, 8. ed. Editora JusPodivm, 2020, p. 350). Na mesma linha de consideração: ROGÉRIO GRECO (Crimes Hediondos e Tortura: Comentários às leis 8.072/1990 e 9.455/1997, 2. ed, Editora Impetus, 2019, p. 89; GUILHRME DE SOUZA NUCCI (Leis penais e processuais penais comentadas, Volume 1, 14. ed. Editora Forense, 2021, p. 566). Nesse contexto, irretocável a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a revogação do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 não tem o condão de retirar do tráfico de drogas sua caracterização como delito equiparado a hediondo. Isso porque a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre da previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal’.

Dessa forma, inexistente ilegalidade passível de correção na presente via, porquanto conforme afirmado “a revogação do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 não tem o condão de retirar do tráfico de drogas sua caracterização como delito equiparado a hediondo. Isso porque a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre da previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal’. No mesmo sentido, em casos fronteiriços, cito as seguintes decisões monocráticas: HC 215.785, ministro Dias Toffoli; HC 215.786, ministro Alexandre de Moraes; HC 215.789, ministro Roberto Barroso” (HC 217148 MC; Relator(a): Min. NUNES MARQUES, Julgamento: 27/06/2022, Publicação: 01/07/2022).

Cumprido referir que a matéria em questão foi debatida no acórdão, bem como é suscitada nas razões recursais, estando, portanto, atendido o requisito de prequestionamento.

Ademais, a interposição do Recurso Extraordinário mostra-se tempestiva e regular, assim como o Recorrente trouxe argumentos relevantes e pontuais sobre o acórdão, o que permite a exata compreensão da controvérsia posta em debate, sem que demande análise probatória.



Desse modo, seleciona-se este Recurso Extraordinário como representativo da controvérsia, submetendo ao Supremo Tribunal Federal a seguinte questão controvertida: **“saber se o crime de tráfico de drogas continua equiparado a delito hediondo após a revogação, pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), do artigo 2º, §2º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos)”** (Código de Assuntos do Conselho Nacional de Justiça: 287 - Direito Penal; 3603 - Crimes Previstos na Legislação Extravagante; 3607 - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas; e 3608 - Tráfico de Drogas e Condutas Afins).

Diante da multiplicidade de recursos extraordinários, com fundamento em idêntica questão de direito, submeto, juntamente com esta, as demandas nº 4000809-87.2022.8.16.0014 PET 2 e 4000514-50.2022.8.16.0014 Pet 2 ao Supremo Tribunal Federal, como representativas da controvérsia, nos termos dos artigos 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil e 326-A e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

3. Diante do exposto, **admito** o recurso extraordinário interposto por EMERSON FUSTINONI FLORIANO, **como representativo da controvérsia**, nos termos dos artigos 1.030, incisos IV e V, alíneas “a” e “b”, e 1.036, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.

4. Em que pese o disposto no artigo 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil, **deixo de determinar a suspensão de ações e/ou recursos** em trâmite no Estado do Paraná, nos quais se discute a matéria objeto da presente proposta de afetação pelo Supremo Tribunal Federal, a qual poderá ser revista pelo Ministro encarregado da análise da proposta de afetação.

5. Intimem-se, publique-se e, após o cumprimento das formalidades legais, remetam-se os autos ao Supremo Tribunal Federal.

6. Comunique-se, com urgência, aos eminentes Desembargadores, Juízes Substitutos em 2º Grau, Juízes de Direito e Juízes Substitutos deste Tribunal.

7. Encaminhe-se cópia da presente decisão ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP, para que expeça Ofício à Presidência do Supremo Tribunal Federal, para informar acerca da remessa do presente Recurso Extraordinário.

8. Comunique-se à Assessoria de Recursos.

Intimem-se.

Curitiba, data da assinatura digital.

Luiz Osório Moraes Panza

1º Vice-Presidente

