



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA
LWANA BATISTA TORQUATO DE PAULA PINTO

**A DESCLASSIFICAÇÃO DA HEDIONDEZ NO TRÁFICO
PRIVILEGIADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO MUNDO JURÍDICO**

BACHARELADO
EM DIREITO

CARATINGA
2018



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA
LWANA BATISTA TORQUATO DE PAULA PINTO

A DESCLASSIFICAÇÃO DA HEDIONDEZ NO TRÁFICO PRIVILEGIADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO MUNDO JURÍDICO.

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal

Orientador: Prof. Luiz Eduardo Moura Gomes.



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

FORMULÁRIO 9

TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A desclassificação da hediondez no tráfico privilegiado e suas consequências no mundo jurídico, elaborado pelo aluno Lwana Batista Torquato de Paula Pinto foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

Lwana Batista Torquato BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga OS de dezembro 2018

[Signature]
Prof. Luiz Eduardo Moura

[Signature]
Prof. Ivan Lopes Sales

[Signature]
Prof. Almir Fraga Lugon

A Deus, pois sem Ele nada seria possível.

AGRADECIMENTOS

Encerro uma fase e dou início a tantas outras, altero metas e crio novas expectativas, sempre tendo em mente o agradecimento ao Senhor, pois conforme disse: "Não fui eu que ordenei a você? Seja forte e corajoso! Não se apavore nem desanime, pois o Senhor, o seu Deus, estará com você por onde você andar" (Josué 1:9). Resta agradecer, a meu esposo Noel, por superar minha ausência durante essa caminhada e pelo carinho e paciência que tem diariamente. Aos meus irmãos Romário e Maria Vitória pelas doses diárias de carinho. Agradecer a minha mãe Irene, que com tanta dificuldade me ensinou diariamente a necessidade de traçar o caminho da honestidade, mesmo que às vezes seja o mais difícil. Com ela aprendi o que força de vontade e determinação significa, e que nada é impossível se você realmente desejar.

Gostaria de agradecer a meu avô Sebastião Neves e minha sogra Dária Gonçalves que infelizmente não puderam ver essa conquista se concretizar, mas que sempre permanecerão presentes em minha memória e em meu coração.

Agradeço as demais pessoas que contribuíram para que eu me tornasse a pessoa que sou hoje; Professores que seguirão sendo minha inspiração. Ao Grules, composto pelos colegas Geilton Almeida, Nathalia Ferreira e Pollyane Cristina Neves, que fizeram minha caminhada ser muito mais prazerosa e divertida ao longo desses anos, saibam que os levarei em meu coração para sempre.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram de alguma forma, meu eterno agradecimento. Sou grata pela vida, e agradeço a Deus por tudo que já conquistei até hoje e por tudo que está por vir!

Nem tudo é fácil

*É difícil fazer alguém feliz, assim como é fácil fazer triste.
É difícil dizer eu te amo, assim como é fácil não dizer nada.
É difícil valorizar um amor, assim como é fácil perdê-lo para sempre.
É difícil agradecer pelo dia de hoje, assim como é fácil viver mais um dia.
É difícil enxergar o que a vida traz de bom, assim como é fácil fechar os olhos e atravessar a
rua.
É difícil se convencer de que se é feliz, assim como é fácil achar que sempre falta algo.
É difícil fazer alguém sorrir, assim como é fácil fazer chorar.
É difícil colocar-se no lugar de alguém, assim como é fácil olhar para o próprio umbigo.
Se você errou peça desculpas...
É difícil pedir perdão? Mas quem disse que é fácil ser perdoado?
Se alguém errou com você, perdoa-o...
É difícil perdoar? Mas quem disse que é fácil se arrepender?
Se você sente algo, diga...
É difícil se abrir? Mas quem disse que é fácil encontrar
alguém que queira escutar?
Se alguém reclama de você, ouça...
É difícil ouvir certas coisas? Mas quem disse que é fácil ouvir você?
Se alguém te ama, ame-o...
É difícil entregar-se? Mas quem disse que é fácil ser feliz?
Nem tudo é fácil na vida... Mas, com certeza, nada é impossível
Precisamos acreditar ter fé e lutar para que não apenas sonhemos,
Mas também tornemos todos esses desejos, realidade!*

Cecília Meireles

ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

GRULES – Grupo de leitura supervisionado;

INFOPEN - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias.

Lei de Drogas – Lei 11.343 de 2006.

MP – Ministério Público

STF – Supremo Tribunal Federal;

RESUMO

A presente monografia visa analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a desclassificação da hediondez no tráfico privilegiado de drogas contido na Lei 11.343/2006 em seu artigo 33, § 4º. Tema bastante controverso nas cortes brasileiras, como no Superior Tribunal de Justiça que chegou a editar a Súmula nº 512, onde se posicionava no sentido de que a causa especial constante em tal parágrafo que trazia especial redução, não descaracterizava a hediondez de tal crime, entendimento este superado após o julgamento do Habeas Corpus nº 118.553. Portanto o intuito final desta pesquisa visa demonstrar como um novo entendimento da corte Suprema sobre determinado aspecto pode influir em todas as áreas do Direito, e principalmente na vida do acusado. Ciente de que tal entendimento jurisprudencial pode ser alterado, pois cabe ao STF a interpretação hermenêutica da Constituição frente às superações da sociedade.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. Crimes Hediondos. Jurisprudência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	12
1. DOS CRIMES HEDIONDOS.....	14
1.1 Aspectos gerais da hediondez	14
1.2 Previsão Constitucional	17
1.3 Consequências jurídicas da hediondez	17
2. LEI DE DROGAS Nº 11.343/2006	20
2.1 Noções gerais	20
2.2 Análise do art. 33	22
2.3 Hediondez no tráfico de drogas.....	26
2.4 Tráfico privilegiado.....	28
3. SUPERAÇÃO DO ANTIGO ENTENDIMENTO	31
3.1 Principais argumentos para justificar o novo posicionamento do STF	31
3.2 Influência do novo entendimento na sociedade	36
3.3 Aspectos positivos e negativos	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

Este trabalho se baseia na interpretação do STF em acórdão proferido no julgamento do Habeas Corpus 118.533, que se trata do marco teórico desta pesquisa. Julgado no STF em 23 de junho de 2016, onde por maioria - 08 a 03 - foi decidido pela desclassificação da hediondez no §4º do art. 33 da lei 11.343/06, conhecido como tráfico privilegiado. A superação do antigo entendimento não ocorreu de maneira unânime, portanto, temos opiniões divergentes entre os próprios ministros, o que fundamenta a presente pesquisa, pois tais argumentos contrários possuem fundamentação lógica, o que faz suscitar a possibilidade de tal entendimento ser superado futuramente.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque é relevado o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida.¹

Embora a Constituição não tenha estabelecido a definição de crimes hediondos, estabeleceu no artigo 5º inciso XLIII que os crimes hediondos e equiparados, tais como o tráfico, o terrorismo e a tortura mereciam tratamento jurídico mais rigoroso.

Porém o STF não averiguou de forma positivada tal descrição. Ocorre que, se analisarmos de forma literal, qualquer conduta envolvendo tais substâncias ilícitas – drogas – seria equiparada ao crime hediondo. Para recepcionar essa nova interpretação, um dos exemplos utilizados pelos ministros para justificar o novo entendimento, seria a desmedida quanto à equiparação da hediondez ao art. 33, § 3º da lei de drogas, que se refere à conduta de “Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”.

¹HC 118.533 – Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP11677998>
Acesso em 21 de julho de 2018.

De acordo com o novo entendimento do STF deve ser feita uma interpretação restritiva da expressão constitucional, levando em consideração o que significa hediondo e o que vem a ser considerada a prática de atividades envolvendo drogas ilícitas.

Um dos exemplos contrários ao novo entendimento explana que quando a Lei de Drogas entrou em vigor, já havia regra dizendo que o crime de tráfico era equiparado a hediondo, por isso a desnecessidade de reafirmação no ordenamento. Inclusive é o ponto de vista de 03 dos 11 ministros do STF, pois embora a desclassificação da hediondez tenha sido obtida por maioria, tal entendimento não foi unânime.

O acórdão proferido no presente marco teórico foi de oito votos a favor da desclassificação da hediondez no tráfico privilegiado, contra três votos contra para manter o entendimento de que a lei por completo se enquadra no crivo da hediondez conforme a Constituição. Neste íterim, o plenário do STF decidiu que o tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da lei 11.343/06, não pode ser considerado crime de natureza hedionda, desta forma a pessoa condenada por este crime pode ter direito diversos privilégios penais e processuais penais.

Portanto o entendimento anterior abrangia a possibilidade de uma causa especial de diminuição da pena sem reflexos na natureza hedionda do delito e desta forma, o requisito objetivo para progressão de regime seria 2/5 ou 3/5 se o acusado fosse reincidente da pena aplicada e do Livramento após 2/3 da pena cumprida. O apenado não teria direito à anistia, graça ou indulto, devendo cumprir a pena no regime inicialmente fechado. Com o novo entendimento, não possui mais caráter de crime hediondo e por consequência a progressão de regime dar-se-ia após o cumprimento de 1/6 da pena ou remanescente e o Livramento após o 1/3 ou 1/2 reincidente, não se aplicando óbices aos benefícios de anistia, graça, indulto.

Para se qualificar um crime como hediondo ou equiparado é indispensável que haja previsão legal e estrita, segundo ministro Edson Fachin “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.” Pela mesma lógica, ao se interpretar o art. 44 da Lei 11.343/06 o legislador foi claro ao mencionar apenas os

crimes previstos nos artigos 33 caput, § 1º, 34 a 37 desta lei, ou seja, não mencionou o parágrafo 4º do artigo 33 (tráfico privilegiado).

Logo, o contrário sensu, o acusado que se encaixar nos moldes da primariedade, sem maus antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, não será punido com a severidade da hediondez. O problema será analisado frente às duas hipóteses: na primeira, considerando a aplicação da equiparação da hediondez e a segunda conforme novo entendimento, caracterizando o privilégio ao referido tipo penal. O que será minuciosamente detalhado no decorrer desta pesquisa acadêmica, objetivando fornecer ao leitor entendimento sobre como era à interpretação jurisdicional e como está atualmente, abordando suas implicações jurídicas frente à sociedade e ao acusado.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para entender o tema proposto é preciso analisar alguns pontos relevantes que ajudam a esclarecer o entendimento sobre a proposta desta pesquisa.

Um dos principais temas abordados é referente à Lei de crimes hediondos; segundo Professor Gabriel Habib esta lei foi criada em decorrência:

O legislador brasileiro da década de 1990, influenciado por toda uma ideia de Direito Penal Máximo, Movimento de Lei e Ordem (Law and Order), bem como pela Teoria das Janelas Quebradas (Broken Windows Theory) implantou um movimento de política criminal bastante severo como forma de tentar diminuir a criminalidade. Para isso, criou tipos penais, aumentou penas de tipos penais já existentes, recrudescer o regramento do regime de cumprimento de penas para alguns crimes etc. O Direito Penal Máximo constitui justamente o oposto do Direito Penal Mínimo, e traz em si a ideia de que o Direito Penal é a solução para todos os problemas existentes na sociedade. Por tal movimento, o Direito Penal é o meio de controle social mais eficaz por restringir o direito de liberdade do ser humano, devendo, portanto, ser a solução adotada sempre em primeiro lugar. O Movimento de Lei e Ordem (Law and Order) foi um movimento idealizado por Ralf Dahrendorf, que surgiu como uma reação ao crescimento dos índices de criminalidade. Tal movimento baseia-se na ideia da repressão, para o qual a pena se justifica por meio das ideias de retribuição e castigo. Os adeptos desse movimento pregam que somente as leis severas, que imponham longas penas privativas de liberdade ou até mesmo a pena de morte, têm o condão de controlar e inibir a prática de delitos. Dessa forma, os crimes de maior gravidade devem ser punidos com penas longas e severas, a serem cumpridas em estabelecimentos prisionais de segurança máxima. Foi, portanto, nesse contexto que surgiu a lei de crimes hediondos.²

Complementando, Alberto Silva Franco apud Couto:

A conclusão subsequente é a de que a Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos seguimentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa ideia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança.³

Portanto hediondo é o crime alarmante, que causa repulsa, indignação, certo desconforto maior que os demais, ou seja, indignação moral, ofendendo diretamente bens juridicamente tutelados.

² HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. Material para Delegado de Polícia MG, GO e BA 2018, pág. 58.

³ SILVA FRANCO, Alberto. Crimes Hediondos. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p 582 apud COUTO, Felipe Guimarães Do. **A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas**. 2012. 23 f. Monografia (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 21. Disponível em: . Acesso em: 16 de novembro de 2018.

Para Damásio de Jesus, “hediondo é o crime que, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva do resultado, provoca intensa repulsa”.⁴

Outro ponto que possui ênfase no presente trabalho se refere à Lei de Drogas, devido à complexidade da matéria e as constantes modificações das substâncias psicotrópicas, a lei 11.343/06 optou por não definir o conceito de droga, tampouco definir quais as substâncias têm a comercialização proibida no Brasil, se limitando a dizer em seu art. 66:

Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas algumas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS no 344, de 12 de maio de 1998.⁵

Por fim, a pesquisa gira em torno da superação do entendimento jurisprudencial acerca da equiparação da hediondez ao tráfico privilegiado constante no art. 33, § 4º da Lei de Drogas. Para melhor entendimento é necessário conceituar de forma sucinta o que seria jurisprudência, portanto, nada mais é que um conjunto de decisões jurídicas a respeito de determinado tema. Tendo valor argumentativo e devendo ser utilizada como uma forma de endosso a respeito de um assunto.

Em decorrência disso, a nova decisão proferida no marco teórico desta pesquisa, serviu como base para os julgados que ocorreram após a mudança de entendimento que será mais bem discutida no decorrer deste trabalho.

⁴ Jesus, Damásio Evangelista de. **Novas Questões Criminais**, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 28
⁵ BRASIL, Lei 11.343/2006. **Lei de Drogas**. In Vade Mecum Policial. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 66º.

CAPÍTULO I - DOS CRIMES HEDIONDOS

1.1 Aspectos Gerais da hediondez

Mediante o aumento de ocorrências relacionadas a crimes cometidos com emprego de violência nos anos 90, a sociedade passou a exigir do Poder Legislativo uma ação, a solução veio através da Lei 8.072 criada em 25 de julho de 1990, que passou a tratar dos crimes hediondos.

Como ainda não se dispunha de uma conceituação do que seria hediondo, coube aos doutrinadores criar e caracterizar tal conceituação. Nas palavras de Souza e Silva:

O legislador não definiu o que é hediondo, mas a população brasileira considera hediondo o crime que é cometido de forma brutal, horrível, repugnante e causa indignação às pessoas, o que acaba por revelar o significado qualitativo do crime definido pelo legislador constituinte. Pode ser então chamar de hediondas todas as condutas delituosas de excepcional gravidade, seja quanto a sua execução, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, bem como, a especial condição da vítima que causam reprovação e repulsão.⁶

O mandado de criminalização que inspirou a edição de tal lei está contido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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.⁷

A Lei 8.072/90 não criou novos tipos penais, ela apenas selecionou os que o legislador entendeu mais importantes e abrangentes ao caso, reforçando suas penas, tornando-os assim, hediondos.

⁶ SILVA, Marysia Souza. **Crimes hediondos e progressão de regime prisional**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009, p.130.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11 de Setembro de 2018.

Houve certa divergência entre os doutrinadores sobre qual seria a melhor definição de crime hediondo e de quais crimes deveriam fazer parte de tal definição, conforme expressa Silva Franco:

O texto legal pecou, antes de mais nada, por sua indefinição a respeito da locução “crime hediondo”, contida na regra constitucional. Em vez de fornecer uma noção, o tanto quanto explícita, do que entendia ser a hediondez do crime – o projeto de lei enviado ao Congresso Nacional sugeriu uma definição a esse respeito -, o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão “hedionda”, tipo já descrito no Código Penal ou em leis penais especiais. Dessa forma não é “hediondo” o delito que se mostre “repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, horroroso, horrível”, por sua gravidade objetiva ou por seu modo ou meio de execução ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador.⁸

Segundo artigo 1º da Lei 8.072/90 é considerado crime hediondo o homicídio, conforme art. 121º, quando este for 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), conjuntamente a lesão corporal dolosa e de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando estas forem praticadas contra autoridades ou agente descrito nos artigos 142º e 144º 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.

Junto com latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B); favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º), e por fim, genocídio (Lei 2.889/56), posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (Lei 10.826/17).

⁸ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6.Ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007, p.95/96.

Quando criada, a Lei trouxe em seu bojo o cumprimento da pena como regra em regime integralmente fechado, o que foi alvo de muitas críticas, em decorrência da ofensa ao princípio da individualização da pena, assim descrito no parágrafo primeiro do artigo segundo da Lei 8.072/90:

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. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.⁹

Tal fato ignorava totalmente as circunstâncias da ocorrência do tipo penal. Quanto ao suposto desrespeito do Princípio Constitucional da Individualização da Pena, opina Monteiro:

Como já tivemos oportunidade de mencionar, diversos foram os projetos de lei que cuidavam do tema. Alguns de forma mais abrangente deixavam a critério do juiz definir no caso concreto se a conduta tipificava ou não o crime hediondo. Neste caso ele ia analisar a presença da violência física ou da grave ameaça; o requinte na execução; a dimensão do bem jurídico atingido; a intensidade da repulsa causada na comunidade; enfim, o crime hediondo seria definido pelo chamado sistema judicial. Contudo, não foi este o adotado, como vimos pela Lei n. 8.072/90. Ela preferiu utilizar a forma mais fácil, não deixar nada em aberto. Definiu o crime hediondo pelo chamado sistema legal, ou seja, enumerou-os de forma exaustiva. Assim, crime hediondo é simples e tão somente aquele que independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no art. 1º da lei. Estamos assim diante de um grupo de crimes que, embora de objetos jurídicos distintos e de outros elementos de afinidade discutível, têm o mesmo tratamento processual pela simples razão de que a lei assim o quis¹⁰.

Tanto que pelo STF através do julgamento do Habeas Corpus nº 82.959-7, na data de 23 de fevereiro de 2006, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º da Lei 8.072/90, culminando com a criação da Lei 11.464 de 2007, que passou a dar a seguinte redação à lei: “Art. 2º [...] § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

1.2 Previsão Constitucional

Conforme disposto na Constituição, alguns crimes merecem tratamento semelhante aos crimes hediondos, estes são tratados como equiparados, tal

⁹ BRASIL, Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. **Crimes Hediondos**. In Vade Mecum Policial. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 2º.

¹⁰ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

equiparação é descrita no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Republicana de 1988, e a relação de crimes hediondos descrita no artigo 2º da Lei 8.072/90.

Os crimes hediondos e equiparados foram classificados desta forma em decorrência de sua gravidade, empregando para ambos, tratamento igualmente severo, sendo equiparados a hediondos os crimes de tortura (Lei 9455/97), tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins - tema do próximo capítulo - (Lei 11343/06) e Terrorismo (Lei 13260/16).

De acordo com a doutrina majoritária, o Brasil adotou o sistema legal, significa que somente serão hediondos os crimes definido na Lei 8072/90, por ordem estes são expressos taxativamente no art. 1º da mesma, portanto não cabe interpretação extensiva ou restritiva em casos concretos sobre tal instituto. Inclusive, se faz necessário confirmar que a tentativa não afasta a hediondez, portanto, na hipótese de tentativa de qualquer dos crimes expressos acima, deve ser aplicada as formalidades da hediondez.

1.3 As consequências jurídicas da hediondez

Os crimes considerados comuns possuem características distintas dos crimes hediondos e equiparados a estes. As tipificações e penas dos crimes comuns são atribuídas no próprio Código Penal, já os crimes hediondos e equiparados buscam suas especificidades na Lei 8072/90. Tal lei não inovou no ordenamento jurídico criando novos tipos penais, pois a intenção do legislador se voltou para a seleção de alguns dos tipos já existentes, atribuindo a estes, tratamento mais severo quando encaixassem em determinadas circunstâncias.

Quando a conduta descrita se encaixa dentro de um tipo penal considerado hediondo ou equiparado a este, as consequências para o réu/acusado serão mais severas, portanto apontaremos algumas diferenças.

Tais distinções ocorrem desde o oferecimento da denúncia até o livramento condicional, as primeiras fases como a denúncia no caso de ação penal pública e o inquérito procedem da seguinte forma. O prazo para oferecimento da denúncia nos crimes comuns é de cinco dias para o Ministério Público, se o réu estiver preso, e de

15 dias se solto. Porém, se o crime em tese for relacionado à Lei de drogas (considerado equiparado a crime hediondo), este prazo será de 10 dias, independentemente de o réu estar preso ou solto. Já o inquérito policial nos crimes comuns deve ser concluído no prazo de 10 dias se o réu estiver preso, e 30 dias solto. Entretanto, na Lei de drogas o prazo para conclusão será de 30 dias, estando o réu preso e 90 dias solto. Inclusive tais prazos podem ser duplicados pelo Juiz, ouvido o Ministério Público.

Durante o inquérito policial pode ocorrer à chamada prisão temporária, que também possui a seguinte diferenciação. Para os crimes considerados comuns, possui prazo para fins de investigação de cinco dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Já se o crime for hediondo ou equiparado a hediondo, este prazo será de 30 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Durante a prisão não poderia ser diferente, para a possibilidade de progressão de regime se faz necessário observar as diferenças entre crime comum, que neste caso a progressão de regime será concedida a partir do cumprimento de 1/6 da pena, junto com alguns outros requisitos, tal como o bom comportamento carcerário, e etc. Já nos crimes hediondo e equiparados a hediondos, considerando a reprovabilidade da conduta, a progressão de regime é possível desde que o sujeito tenha cumprido 2/5 da pena, se réu primário, e 3/5 da pena, se reincidente. Mas, esses prazos só se aplicam para crimes hediondos e equiparados praticados após a vigência da Lei 11.464/2007.

Por fim, tratamos do livramento condicional, que nos crimes comuns, quando a pena for igual ou superior a dois anos, dar-se com o cumprimento de mais de 1/3 da pena, desde que o sujeito não seja reincidente e tenha bons antecedentes, ou mais da metade da pena, se reincidente em crime doloso. Quando o crime for hediondo ou equiparado, é necessário o cumprimento de mais de 2/3 da pena para que o sujeito faça jus ao benefício, desde que não seja reincidente em crime específico dessa natureza, ou seja, se o condenado for reincidente em crimes hediondos ou equiparado, não fará jus ao livramento condicional.

Alem das diferenças supracitadas, é necessário afirmar que os crimes hediondos e equiparados a hediondos são insuscetíveis de graça¹¹, anistia¹², indulto¹³ e fiança, mas a estes não há proibição quanto à liberdade provisória sem fiança concedida pelo juiz.

Nota-se que a maior parte das diferenças citadas acima, relaciona-se com a Lei de Drogas n° 11.343/06. A partir desta, trataremos de forma detalhada no próximo capítulo as especificações e diferenças quanto aos crimes hediondos e equiparados. Inclusive, de suma importância tais definições, pois o entendimento do STF, objeto desta pesquisa parte dela para mudar o entendimento sobre a desclassificação da hediondez no tráfico constante do art. 33, § 4º, chamado pela doutrina de tráfico privilegiado.

¹¹ Graça (indulto individual) - é a clemência destinada a uma pessoa determinada, não dizendo respeito a fatos criminosos. Extingue a pena e não o crime. (De acordo com a doutrina embora não haja expressa previsão na Constituição Federal o indulto também é incabível. O termo “graça” foi usado em sentido amplo.)

¹² Anistia – é a declaração pelo Poder Público de que determinados fatos se tornem impuníveis por motivo de utilidade social. Dá clemência a determinado FATO

¹³ Indulto coletivo – é a clemência destinada a um grupo de sentenciados tendo em vista a duração das penas aplicadas, podendo exigir requisitos subjetivos e objetivos. Concedido pelo Presidente da República por meio de Decreto.

CAPÍTULO II - LEI DE DROGAS Nº 11.343/2006.

2.1 Noções Gerais

Embora existisse a Lei 6.368/76 que tinha por objetivo a repressão do tráfico de drogas focada na figura do traficante, a Lei 11.343 publicada em 2006, vulgarmente conhecida como “Lei de Drogas”, trouxe questões mais abrangentes, tratando o problema das drogas como uma questão de saúde pública, atenção nos casos de quem é usuário e dependente, com foco ressocializador e punição mais severa ao traficante de drogas, principalmente após equiparação aos crimes hediondos conforme expresso na Constituição da República de 1988.

A Lei 11.343/06 em seu art. 1º, parágrafo único trouxe a definição do que seria droga.

Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União¹⁴.

A norma que complementa a Lei 11.343/2006, definindo o que é considerado “droga”, e a Portaria 344 de 1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS), esta foi editada em 1998 pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, órgão extinto, transferindo suas atribuições para a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

A Portaria 344/1998 – SVS/MS sobeja o direito penal e regula não só entorpecentes, mas também medicamentos e outras substâncias ou produtos que, no âmbito da vigilância sanitária, são sujeitos a controle especial.

A Lei sob análise se trata de uma norma penal em branco, que nada mais é que um preceito incompleto, genérico ou indeterminado, que precisa da complementação de outras normas. Para Rogério Greco, define o conceito das normas penais em branco da seguinte forma:

Normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de outro diploma – leis, decretos, regulamentos etc. – para que possam, efetivamente, serem

¹⁴ BRASIL, Lei 11.343/2006. **Lei de Drogas**. In Vade Mecum Policial. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 1º.

entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível sua aplicação¹⁵.

Normas penais em branco são disposições cuja sanção é determinada, ficando indeterminado o seu conteúdo ou/e sua exequibilidade depende do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos atos administrativos para ser compreendida ou produzir seus efeitos. Tais normas classificam-se em: normas penais em branco em sentido lato ou homogênea, que são aquelas em que o complemento é determinado pela mesma fonte formal da norma incriminadora; e normas penais em branco em sentido estrito ou heterogênea, são aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância legislativa.

Como a Lei 11.343/06 traz referência do que seja considerada droga, mas não especifica quais é, sendo necessária complementação por outra norma, no caso a portaria 344/98 da ANVISA, podemos afirmar que se trata de norma penal em branco heterogênea.

Necessário cientificar que a Lei de Drogas busca a prevenção do uso indevido de drogas ilícitas, objetivando a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito. Conforme dito, o bem jurídico tutelado pela lei de drogas é a saúde pública.

Os crimes presentes na Lei de drogas são considerados materiais e de perigo abstrato, exceto o art. 39, considerado de perigo concreto. Essa conceituação se refere ao resultado naturalístico, estes podem ser materiais¹⁶, formais¹⁷ e de mera conduta¹⁸.

A Lei 11.343 implementou novos verbos para a incriminação do usuário de drogas. Quanto às condutas de “ter em depósito” e “transportar”, o tipo penal apresenta a hipótese de *novatio legis incriminadora*. Significa que só se podem punir

¹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 22.

¹⁶ Crime material é aquele em que há necessidade de um resultado, descrito na lei, (ex.: homicídio: morte)

¹⁷ Crime formal é aquele em que embora exista a descrição do resultado naturalístico, ele não é exigido para consumação, também chamado de crimes de consumação antecipada (ex.: no delito de ameaça, a consumação dá-se com a prática do fato, não se exigindo que a vítima realmente fique intimidada; no de injúria é suficiente que ela exista, independentemente da reação psicológica do indivíduo)

¹⁸ No crime de mera conduta a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente.

aqueles que praticaram tais condutas a partir do dia 08 de outubro de 2006. Aqueles que foram condenados por praticarem estas condutas (ter e depósito ou transportar drogas) antes do dia 08 de outubro de 2006, embora as evidências dos autos tenham demonstrado que ele era usuário, caberá revisão criminal.

É necessário definir o conceito de cada verbo inserido no art. 28 da Lei de drogas, para demonstrar a diferença entre os institutos, portanto adquirir significa comprar, obter mediante pagamento; já guardar significa armazenar para consumir em curto período de tempo, tomar conta de algo, proteger; trazer consegue, quer dizer junto ao corpo, no bolso, na carteira; ter em depósito supõe armazenamento, traz uma ideia de mais perpetuidade, maior quantidade e por fim, transportar significa levar de um lugar para outro, em malas, veículos, etc.

Há de se notar a classificação doutrinária sobre o princípio da alteridade, segundo o qual ninguém pode ser punido por fazer mal a si mesmo. Tal entendimento é de suma importância ao observarmos a não inclusão dos verbos relacionados ao uso, como injetar, fumar e tantos outros. Logo, conclui-se que usar drogas não é crime, o que é aderido por parte da doutrina.

2.1 Análise do art. 33 e seus parágrafos

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consegue, 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 cinco (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.¹⁹

No caput do artigo, está descrito o crime de tráfico ilícito de drogas em sua forma simples, que contem 18 núcleos/verbos, bastando que apenas um seja praticado, desde que em desacordo com a determinação legal, para que o agente responda criminalmente, conforme artigos abaixo:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos

¹⁹ BRASIL, Lei 11.343/2006. **Lei de Drogas**. In Vade Mecum Policial. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 33, caput.

quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Art. 31. É indispensável à licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observada as demais exigências legais.²⁰

O que não significa que se praticar mais de um núcleo responderá por diversos crimes, por se tratar de crime de conteúdo variado, o infrator responderá por apenas um crime. Inclusive, se trata de crime instantâneo, portanto a consumação se dará com a prática de qualquer das condutas descritas no caput.

No artigo, não a intenção de especificar o que é tráfico de drogas, nem quem se encaixa na figura de traficante ou usuário, este traz critérios subjetivos que serão analisados pela polícia em geral, Ministério Público e juiz, seja no inquérito, denúncia ou processo.

Trata-se de crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime. Contudo, o verbo “prescrever” exige qualidade específica de profissional da saúde, com a competência para fazer tal prescrição, como: farmacêutico, médico, entre outros. Tornando este verbo, crime próprio, exigindo características especiais do autor.

Consta a especificação no caput do artigo 33, que a gratuidade do fornecimento de drogas ilícitas não retira o caráter criminoso da conduta, cientes os legisladores que muitos traficantes conseguem a inserção desse tipo de mercadoria com amostras inicialmente grátis aos usuários, visando à dependência futura.

No parágrafo primeiro, constam tipificações das condutas consideradas equiparadas ao tráfico de drogas, prevendo a mesma pena cominada no caput.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

²⁰ BRASIL, Lei 11.343/2006. **Lei de Drogas**. In Vade Mecum Policial. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 2º e 31º.

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.²¹

No inciso I, a conduta tipificada enquadra a matéria-prima, insumo ou produto destinado à preparação. Já o inciso II, incorre na semeadura, cultivo e colheita de forma ilícita de plantas também destinada à preparação. Mas é necessário verificar a quantidade, pois caso o plantio seja para consumo pessoal e de pequena quantidade, deverá o agente responder pelo crime previsto no artigo 28, § 1º da Lei de drogas, inclusive assim ensina Sanches Cunha:

[...]. Agora, tratando-se de pequena quantidade, as mesmas consequências para o usuário são aplicadas àquele que, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (art. 28, § 1º). Se média ou grande quantidade (superior ao que necessário para o consumo próprio dos viciados), responde o agente nas penas do art. 33, § 1º, II (tráfico por equiparação)²²

A única distinção entre o parágrafo primeiro e o caput., se refere ao fato de que naquele, o infrator poderá ter sua propriedade expropriada, assim como outro bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes conforme art. 32, § 4º em consonância com art. 243 da CRFB/88.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelo delegado de polícia na forma do art. 50-A, que recolherá quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor²³.

²¹ BRASIL, **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006**. In Vade Mecum Policial. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 33, § 1º.

²² CUNHA, Rogério Sanches. “**Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas**”. Capítulo II: Dos crimes”. Lei de drogas comentada. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 186.

²³ BRASIL, **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006**. In Vade Mecum Policial. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 32, § 4º.

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo serão confiscados e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei²⁴.

No inciso III, a conduta avaliada é do agente que utiliza ou consente que outra pessoa utilize local ou outro bem que tenha propriedade ou posse para o comércio ilícito de drogas. Trata-se de crime próprio, pois exige que o sujeito seja proprietário do bem, inclusive este deve praticar a conduta de utilizar ou consentir ciente de que a exploração visada será a traficância, visto que se o seu intuito tenha a finalidade de facilitar que terceiros usem ilicitamente drogas, a conduta poderá se amoldar ao art. 33, § 2º, mas não ao art. 33, § 1º, III .

A materialidade delitiva é verificada através de laudo pericial comprovando que o produto apreendido é utilizado como matéria-prima, insumo ou produto químico na fabricação da droga ilícita, assim especifica o professor Vicente Greco Filho apud Cunha, que te uma forma sucinta sintetiza o assunto:

Não há necessidade de que as matérias-primas tenham já de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos; basta que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas.²⁵

Os §§ 2º e 3º são tipos derivados do delito, suas condutas são consideradas ofensivamente menores, portanto devem ser punidas de maneira menos severa. O § 2º serve para aquele que induz, instiga ou auxilia alguém ao uso indevido de droga ilícita, como alguém que exerce influencia sobre outrem, o provoca ou até contribui de outras formas para o uso, como através do empréstimo de valor, doação da droga, entre outras formas, dentro destes verbos.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de um (um) a três (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

²⁴ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 10 de outubro de 1988, in Vade Mecum Policial. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 243, parágrafo único.

²⁵ GRECO FILHO, Vicente. Lei de Drogas Anotada – Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2008, p 96 apud CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de seis (seis) meses a um (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.²⁶

Quanto ao momento da consumação do crime, leciona Amaury Silva que o crime ora em comento só será consumado se houver o efetivo uso indevido da droga²⁷. Outra parte da doutrina, de modo diverso, entende que o crime se consumará com o mero incentivo ao uso indevido da droga, independentemente do efetivo uso ou não, com destaque para Rogério Sanches Cunha, que informa “pense, hoje, aquele que induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga, consumando-se o crime ainda que a pessoa incentivada assim não faça (bastando a potencialidade lesiva).”²⁸

Já o § 3º, trata do oferecimento gratuito a pessoa de seu relacionamento. Crime formal de perigo abstrato, portanto o mero oferecimento conclui a consumação do delito. Inclusive além da pena privativa de liberdade e multa, fica o réu sujeito a advertência, prestação de serviços públicos e medida educativa, nos termos do art. 28.

2.2 Hediondez no tráfico de drogas

O tráfico de drogas conforme descrito na Constituição Federal, não é crime hediondo típico, mas equiparado a este. Na prática, conforme descrito acima, não gera muitas diferenças, pois aquele que é flagrado cometendo algum dos núcleos/verbos da Lei 11.343/06 será processado e condenado com base na Lei de Drogas, recebendo o mesmo tratamento dispensado a quem comete crime hediondo típico.

²⁶ BRASIL, **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006**. In *Vade Mecum Policial*. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 33, § 2º e 3º.

²⁷ SILVA, Amaury. Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: **Lei de Drogas Anotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 231.

²⁸ CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 190

Em decorrência do artigo 5º, inciso XLIII da Constituição, sempre houve a equiparação sob as mesmas regras restritivas aos crimes hediondos para com os crimes de terrorismo, tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes, em decorrência da equiparação.

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;²⁹

Porém a controvérsia inserida no presente trabalho, não gira em torno de toda a lei 11.343/06, mas apenas em seu artigo 33, § 4º que se refere ao conhecido como tráfico privilegiado, pois embora o restante da lei equipara-se as penalidades da hediondez, tal reflexo não atinge o artigo mencionado.

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 cinco (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) 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. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

Inclusive na própria Lei de Drogas, em seu artigo 44º consta a seguinte especificação:

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.³⁰

Podemos observar que o § 4º do artigo 33 não está elencado nas restrições que descrevem o artigo. Entendido pela maioria dos ministros do STF como sendo feito de forma intencional pelo legislador, visando à diferenciação para a penalidade

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11 de Setembro de 2018.

³⁰ BRASIL, **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006**. In Vade Mecum Policial. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 33, § 1º.

dos institutos desde a criação da lei. Assim, o atual entendimento do STF, no sentido de que o privilégio do crime de tráfico de drogas afasta a sua equiparação a crime hediondo. Mas tal entendimento sobre o tráfico privilegiado, não prevalece sobre toda a Lei 11.343, apenas sobre o art. 33, §4º, portanto os demais artigos da lei são hediondos.

2.3 Tráfico privilegiado

Mas o que seria o tráfico privilegiado? Neste tópico é necessário esclarecer que o privilégio não foi garantido apenas com o novo entendimento jurisprudencial, a própria Lei de Drogas trouxe esta inovação, criando a possibilidade de minorar a pena, efetuando a diferenciação entre as condutas do traficante profissional e o traficante ocasional. Entendendo o legislador, que este indivíduo, não pode ter a mesma punição do agente que habitualmente se dedica ao exercício de atividades criminosas. Notadamente essa diferença foi ampliada pela jurisprudência, a partir do Habeas Corpus objeto desta pesquisa, que além de esclarecer os requisitos, desclassificou o artigo do rol dos considerados crimes equiparados aos hediondos.

Aos acusados considerados “iniciantes” ou “pequenos traficantes” a própria Lei de Drogas trouxe uma punição de forma mais branda, pois o legislador antecipou a possibilidade de se diminuir a pena do agente de 1/6 a 2/3, desde que cumpra alguns requisitos. Tal causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes (sujeito que, anteriormente, não possuía condenações definitivas), não integre organizações criminosas e nem se dedique a atividades criminosas. Quanto à dedicação às atividades criminosas, explica Amaury Silva:

Sua constatação implica na reincidência plural ou múltipla, revelando mais apego pelo agente à empreitada criminosa. Apenas a partir de decisões definitivas em mais de um caso que se poderá fazer tal avaliação e, assim ocorrendo, pelo menos a ausência de bons antecedentes já terá acontecido, tornando-se ociosa a previsão de que a redução da pena se fará se o agente não se dedicar a atividades criminosas. Não há como se fazer uma leitura de tal dedicação seja extraída de peças investigativas, procedimentos cautelares ou outros que não contenham a chancela de uma

decisão judicial transitada em julgado, envolvendo o mérito de uma condenação criminal.³¹

Contudo, a Terceira Seção do STJ, por meio do Informativo 596, estabeleceu:

É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06³²

Inclusive havia vedação legal quanto à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, mas esta foi declarada inconstitucional em sede de controle difuso pelo STF. Agora quem deve dizer se pode haver substituição ou não, analisando o caso concreto, é o Juiz.

Quanto à natureza jurídica do art. 33, § 4º, da lei de drogas, embora apelidado de tráfico privilegiado pela doutrina e jurisprudência, tecnicamente, trata-se de uma causa de diminuição de pena e não de uma privilegiadora. Na teoria do tipo penal, temos o tipo básico e o tipo derivado. Greco explica o assunto da seguinte forma:

Entende-se por tipo básico ou fundamental a forma mais simples da descrição da conduta proibida ou imposta pela lei penal. A partir dessa forma mais simples, surgem os chamados tipos derivados que, em virtude de determinadas circunstâncias, podem diminuir ou aumentar a reprimenda prevista no tipo básico.³³

Quando se fala em tipo privilegiado, estamos tratando de um tipo derivado daquele previsto em sua forma simples, pois a ação fundamental do tipo derivado, é a mesma do tipo simples, com a inclusão de analise de elementares (objetivas ou subjetivas) e cominações de penas próprias, inferiores àquelas previstas nas formas simples, que servirão de base para a dosimetria da pena.

Damásio E. de Jesus, discorrendo sobre as causas de aumento e diminuição de pena, ensina:

São causas de facultativo ou obrigatório aumento ou diminuição da sanção penal em quantidade fixada pelo legislador (um terço, um sexto, o dobro, a

³¹ SILVA, Amaury. "Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes". In: **Lei de Drogas Anotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 244.

³² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo 596**. Terceira Seção. Julgado em 14/12/16. Disponível em: . Acesso em 2 de março de 2017.

³³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 174.

metade etc.) ou de acordo com certos limites (um a dois terços, um sexto até metade etc.). [...]. As causas de diminuição da pena são obrigatórias ou facultativas, de acordo com a determinação do Código. A expressão “causa facultativa” de redução da pena, aliada ao termo “pode” empregado pelo CP nas disposições que a contém, não indica poder o juiz reduzir ou não a sanção penal, segundo seu puro arbítrio, não obstante a presença das circunstâncias exigidas. Se estas se mostram presentes, a redução é obrigatória, reservando-se ao juiz a tarefa de determinar o quantum da diminuição.³⁴

Passada análise concisa da Lei de Drogas e do art. 33 principal para esta pesquisa, passaremos para o próximo capítulo, a fim de adentrarmos a discussão do tema e de como ele afeta a sociedade.

³⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral, volume I. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 579.

CAPÍTULO III – SUPERAÇÃO DO ANTIGO ENTENDIMENTO.

3.1 Principais argumentos para justificar o novo posicionamento do STF

A jurisprudência no âmbito dos Tribunais Superiores perdurou praticamente unânime até 2006, sobre o entendimento pela compatibilidade do tratamento excepcional previsto na lei de crimes hediondos ao tráfico privilegiado, proferindo acórdãos reconhecendo sua hediondez e “privilégio” – na verdade causa de diminuição de pena - sob o principal argumento de que o tráfico privilegiado não constitui figura autônoma, sendo apenas, o §4º do artigo 33 da lei 11.343/06, uma causa de diminuição de pena que de nenhuma maneira afastaria a reprovabilidade presente no tráfico de drogas e conseqüentemente seu caráter hediondo.

Crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda, decide STF:

Na sessão desta quinta-feira (23), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o chamado tráfico privilegiado, no qual as penas podem ser reduzidas, conforme o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), não deve ser considerado crime de natureza hedionda. A discussão ocorreu no julgamento do Habeas Corpus (HC) 118533, que foi deferido por maioria dos votos.

No tráfico privilegiado, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. No caso concreto, Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega foram condenados a 7 anos e 1 mês de reclusão pelo juízo da Comarca de Nova Andradina (MS). Por meio de recurso, o Ministério Público conseguiu ver reconhecida, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a natureza hedionda dos delitos. Contra essa decisão, a Defensoria Pública da União (DPU) impetrou em favor dos condenados o HC em julgamento pelo Supremo.

O processo começou a ser julgado pelo Plenário em 24 de junho do ano passado, quando a relatora, ministra Cármen Lúcia, votou no sentido de conceder o HC e afastar o caráter de hediondez dos delitos em questão. Para ela, o tráfico privilegiado não se harmoniza com a qualificação de hediondez do delito definido no caput e no parágrafo 1º do artigo 33 da Lei de Drogas. O julgamento foi suspenso em duas ocasiões por pedidos de vista formulados pelos ministros Gilmar Mendes – que seguiu a relatora – e Edson Fachin.

Na sessão de hoje, o ministro Edson Fachin apresentou voto-vista no sentido de acompanhar a relatora, reajustando posição por ele apresentada no início da apreciação do processo. Segundo ele, o legislador não desejou incluir o tráfico minorado no regime dos crimes equiparados a hediondos nem nas hipóteses mais severas de concessão de livramento condicional, caso contrário o teria feito de forma expressa e precisa.

“Nesse reexame que eu fiz, considero que a equiparação a crime hediondo não alcança o delito de tráfico na hipótese de incidência da causa de diminuição em exame”, disse o ministro Fachin, acrescentando que o tratamento equiparado à hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade. Os ministros Teori Zavascki e Rosa Weber também reajustaram seus votos para seguir a relatora.

Ao votar no mesmo sentido, o ministro Celso de Mello ressaltou que o tráfico privilegiado tem alcançado as mulheres de modo grave, e que a população carcerária feminina no Brasil está crescendo de modo alarmante. Segundo o ministro, grande parte dessas mulheres estão presas por delitos de drogas praticados principalmente nas regiões de fronteiras do país.

Dados estatísticos

O presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, também votou no sentido de afastar os efeitos da hediondez na hipótese de tráfico privilegiado. Ele também observou que a grande maioria das mulheres está presa por delitos relacionados ao tráfico drogas, e quase todas sofreram sanções desproporcionais às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita. “Muitas participam como simples ‘correios’ ou ‘mulas’, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica”, ressaltou.

O voto do ministro Lewandowski apresenta dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen) do Ministério da Justiça que demonstram que, das 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade (homens e mulheres), 28% (174.216 presos) estão presas por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. “Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres em situação de privação de liberdade estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico”, afirmou o ministro, ressaltando que hoje o Brasil tem a quinta maior população carcerária do mundo, levando em conta o número de mulheres presas.

De acordo com ele, estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% – algo em torno de 80 mil pessoas, em sua grande maioria mulheres – tenham recebido sentença com o reconhecimento explícito do privilégio. “São pessoas que não apresentam um perfil delinqüencial típico, nem tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante”, afirmou.

Resultado do julgamento

O voto da relatora foi acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Ficaram vencidos os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Marco Aurélio, que reconheceram como hediondo o crime de tráfico privilegiado.³⁵

Conforme relato acima, pela maioria, sendo vencidos os ministros Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio, o plenário do STF decidiu pela desclassificação da hediondez no crime de tráfico privilegiado, constante do art. 33, §4º, da Lei

³⁵ **Nova decisão do STF desclassifica a hediondez no crime de tráfico privilegiado.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638> Acesso em 02 de junho de 2018.

11.343/06. O entendimento foi proferido em julgamento do HC 118.533, impetrado pela DPU em favor de dois réus condenados a sete anos e um mês de reclusão pelo juízo da comarca de Nova Andradina/MS. Por meio de recurso, o MP conseguiu ver reconhecida, no STJ, a natureza hedionda dos delitos praticados pelos réus. Contra essa decisão foi ajuizado, no STF, o HC em questão.

Iniciada em junho de 2015, a análise do caso foi retomada com a apresentação de voto-vista do ministro Edson Fachin. Ao acompanhar o voto do ministro, percebemos que sua percepção sobre o tema foi alterada. De início o ministro negou a ordem, alegando que a diminuição prevista na Lei 11.343/06 não parecia a ele incompatível com o caráter hediondo do crime; inclusive cita que além da quantidade de drogas apreendidas chamarem atenção, seu entendimento gira sob a ótica monocrática das decisões jurisprudenciais que ratificam que a aplicação da diminuição ora citada, não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes.

Segundo Fachin:

Para se qualificar um crime como hediondo equiparado é indispensável que haja previsão legal e estrita. 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.³⁶

Em sua visão, o legislador não desejou incluir o tráfico minorado no regime dos crimes equiparados a hediondos. Seu voto é de suma importância para aqueles que queiram explorar ambos os motivos que justifiquem ou contrariem a desclassificação da hediondez no tráfico privilegiado.

Para afirmar seu primeiro posicionamento o ministro cita outras ordens de habeas Corpus concedidas no mesmo sentido, tais como HC 118.351 e HC 114.762. Tal posicionamento foi apresentado em 2015.

Em 2016, após a explanação dos motivos dos demais ministros, Edson Fachin muda seu entendimento, que se perfaz acerca da necessidade da superação do entendimento frente à realidade do país e das garantias constitucionais.

³⁶ Relato do Ministro Edson Fachin. **Habeas Corpus 118.533** - Supremo Tribunal Federal – 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638> acesso em 02 de junho de 2018.

Passa a citar não apenas o artigo 5º inciso XLIII, mas o inciso XLVI que aborda a individualização das penas, ou seja, o ministro passa a analisar o caso concreto, ou seja, por mais que o critério adotado pelo Brasil seja o legal, não seria correto esquecer o ensinamento constitucional sobre a individualização - Art. 5º, XLVI “a lei regulará a individualização da pena...” - para primar por uma lei ordinária (Lei 8.072/90 Crimes Hediondos).

Afirma o ministro,

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.³⁷

Inclusive cita que novo entendimento dado pela suprema corte, não abala a relação da separação dos poderes:

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.³⁸

O ministro cita que é necessário à busca através do princípio da Unidade, por um ordenamento compreendido à luz de uma interpretação sistemática direcionada a conferir integridade ao conjunto de normas emanadas do legislativo. Sendo tarefa de o 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 têm certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento da compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.³⁹

³⁷ Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118.533**. Voto ministro Edson Fachin - p. 73.

³⁸ 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)

³⁹BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1994, p. 80, 9 Cópia HC 118533 / MS grifei.

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, decidirá-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão 11 Cópias HC 118533 / MS notória quando frequente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer. 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.”⁴⁰

Conclui seu voto aderindo à nova interpretação, descaracterizando a hediondez somente no tráfico privilegiado, passando a conceder alguns institutos ora proibidos devido a natureza do crime.

Portanto entende o STF, que se deve analisar com base no princípio da individualização da pena, somente assim será possível perceber que descabe o rótulo de hediondo ao tráfico privilegiado, já que ao tratar de maneira uniforme e padronizada todos os tipos de traficantes, relegando a diferente medida da reprovabilidade presente no tráfico profissional e no tráfico privilegiado, fere-se as finalidades da pena, e ignora-se que um merece o tratamento mais abrandado em relação ao outro.

⁴⁰ Habeas Corpus 118.533 – voto ministro Edson Fachin p.80 apud BECCARIA, Cesar. **Dos delitos e das penas.**

3.2 Influência do novo entendimento na sociedade

A superação de entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, trouxe grandes alterações jurídicas significativas, principalmente quanto ao aspecto prático profissional. Ao retirar o caráter de crime equiparado a hediondo, o tráfico de drogas privilegiado ganhou tratamento diferenciado, admitindo a possibilidade da concessão de fiança, anistia, graça, indulto, progressão de regime com apenas 1/6 da pena e a possibilidade de livramento condicional com menor tempo de pena cumprido.

Mas, o aspecto fundamental justificado, certamente terá efeito prático quanto ao desafogamento no sistema penitenciário, uma vez que não é surpresa que o complexo carcerário carece de infraestrutura e abriga contingente muito superior a sua capacidade de lotação. A expectativa que visa ser alcançada, sobre a redução da população carcerária se baseia aos efeitos da desclassificação da hediondez; Os apenados terão direitos a novos institutos não concedidos anteriormente, cabendo à revisão criminal, uma conclusão da punição em tempo mais exíguo.

3.3 Aspectos positivos e negativos

Inicialmente, esclarece-se que o tráfico de drogas privilegiado tem previsão legal no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, cuja natureza jurídica consiste em causa de diminuição de pena. Tal privilégio aplica-se somente para os delitos tipificados no caput e no § 1º do art. 33, conforme abaixo se observa.

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 cinco (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) 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.⁴¹

⁴¹ BRASIL, **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006**. In Vade Mecum Policial. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 33, § 4º.

Quanto aos apenados, a partir do novo entendimento, o condenado pelo delito de tráfico de drogas privilegiado, passa a ter direito à concessão de fiança, anistia, graça, indulto, causas extintivas da punibilidade, que até então eram vedadas.

No que consiste ao critério de progressão de regime, o apenado passa a progredir com apenas 1/6 da pena cumprida, seja primário ou reincidente, pois, afastado o caráter hediondo do tráfico privilegiado, as frações de 2/5, se primário e 3/5, se reincidente, passam a ser desconsideradas, tendo em vista a não incidência da Lei dos crimes hediondos, mas sim a regra prevista no art. 112 da Lei de Execução Penal.

Por fim, mudam-se também às regras referentes ao livramento condicional, pois, até então, o sujeito condenado por tráfico privilegiado só teria direito ao benefício caso cumprisse efetivamente 2/3 da pena imposta, nos termos do parágrafo único do art. 44 da Lei de drogas. Pelo entendimento atual, basta que o apenado cumpra 1/3 da pena, se primário, ou metade, se reincidente, incidindo na regra geral prevista no art. 83 do Código Penal Brasileiro, conforme explicado anteriormente.

O raciocínio anterior foi visto como um verdadeiro engessamento da atuação jurisdicional, na exata medida em que não permitia ao Juiz aplicar a lei penal, com proporcionalidade, critério e segundo as características pessoais de cada criminoso. Buscava-se punir o crime de tráfico de drogas com a mesma severidade, tanto o traficante contumaz, flagrado com toneladas de cocaína e que possui uma vasta rede de distribuidores ao seu dispor, quanto àquele que é flagrado com pequenas quantidades de entorpecente, ou que entra nesse universo pela primeira vez, sem antes pertencer ao mundo do crime.

Um dos aspectos positivos que busca ser alcançado como o novo entendimento, visa amenizar um problema prático quanto à administração do sistema carcerário. Com efeito, dados do INFOPEN, pelo Ministério da Justiça demonstram que, das 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade (homens e mulheres), 28% (174.216 presos) estão presas por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. Dentro desse elevado número de

presidiários, certos acusados, fazendo benefício de certos institutos agora concedidos não necessitariam permanecer ou sequer ser encarcerados.

Cientes de que a ideia do encarceramento visa tanto à punição pelo cometimento do delito quanto a ressocialização do preso, infelizmente, não é o que acontece. As pessoas que fazem jus ao benefício do privilégio não possuem maus antecedentes, são primários e não se dedicam a atividades criminosas, muito menos integram organizações para cometer crimes. Quando essas pessoas passam a conviver com determinados detentos opostos, a chance de se filiarem a alguma organização, ou até mesmo a aprender a prática do crime é muito maior do que o ideal de ressocialização. Retirando essas pessoas do cárcere ou inserindo alternativas para que não sejam presas, mas não deixem de responder pelo crime, afeta de forma benéfica a sociedade.

Infelizmente quanto ao aspecto negativo, estamos cientes de que nem todo traficante se faz apedeuta, muitos possuem tamanha instrução que organizam tráficos milionários, inclusive entre países. Tais traficantes cientes da causa de diminuição, procurarão cada vez mais, pessoas mais jovens, sem instrução, necessitadas ou que não possuem ficha criminal para fazer parte de seu conluio.

Um dos alvos principais dos traficantes, sempre foram crianças e adolescentes, sob o aspecto de não cometerem crimes, mas ato infracional, de capacidade mais branda sobre a punição. O alvo agora só aumenta, cabendo as políticas públicas intervirem na forma de captação para o tráfico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desta pesquisa, vimos que é nítido que a política de segurança pública adotada em relação às drogas precisa ser revista, porquanto embora decorridos doze anos de vigência da Lei 11.343/06 a problemática que envolve o encarceramento em massa da população pelo delito de tráfico de drogas transcende às falhas governamentais e de políticas públicas.

Desse modo, cabe avaliar as consequências do novo entendimento conforme o passar do tempo, porque somente assim será possível estabelecer comparações acerca das mudanças jurídicas e suas consequências, inclusive a possibilidade de superação deste mesmo entendimento, assim como ocorreu com o anterior, pois na medida em que a sociedade se desenvolve cabe aos interpretes da lei acompanhar tal desenvolvimento.

Cientes os ministros de que a conduta de traficância desencadeia diversos outros crimes, a decisão da Corte Constitucional, não foi no sentido de abrandar a pena para este comportamento delitivo, ao inverso, a ideia que se buscou alcançar gira em torno dos princípios da proporcionalidade e individualização, atuando o STF em sua função típica, como interprete da norma, considerando as características do agente somado aos demais requisitos contemplados no tipo penal.

Ocorre que a superação do antigo entendimento não ocorreu de maneira unanime, portanto temos opiniões divergentes entre os próprios ministros. Ambos os votos contrários possuem fundamentação lógica, inclusive não houve nenhuma alteração legislativa quanto ao tema, o que faz suscitar a possibilidade de tal entendimento ser superado futuramente.

Sendo assim, através das pesquisas feitas ao longo deste trabalho, procurei abordar ambos os lados da decisão do STF sobre a desclassificação da hediondez no tráfico privilegiado. Dado que, tenho pretensão de causar a reflexão sobre o papel importante da hermenêutica jurídica no Direito brasileiro, com objetivo de despertar no leitor a própria opinião sobre o tema.

Portanto, após longa pesquisa, concluo que tal decisão possui uma gama maior de aspectos positivos do que negativos, tanto em relação ao acusado, quanto à sociedade. Ciente de que o papel do jurista é avaliar de acordo com a interpretação mais favorável, evitando a punição pelo que a pessoa é – direito penal

do inimigo – entendo que a avaliação da hediondez no caso concreto é muito mais humana.

Ao analisar o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, notamos que o mesmo faz a distinção do traficante contumaz, do acusado que foi pego pela primeira vez portando drogas em quantidade superior a classificação para uso. Da mesma forma que aspectos negativos são utilizados para agravar a pena, tais como a reincidência, maus antecedentes, entre outros, aspectos positivos também devem ser avaliados para favorecer o acusado, tais como: Não pertencer à organização criminosa, ou não se dedicar as práticas do crime, etc.

O crime hediondo, conforme explicado no decorrer desta pesquisa, é a parte mais repugnante do sistema penal, a meu ver, não seria perspicaz comparar um parágrafo que aborda atenuante, a um crime dessa espécie.

De fato, entendo que a Constituição deve ser respeitada, porém é necessário que seja interpretada conforme a contemporaneidade, a fim de se fazer com que permaneça justa e equânime frente às mudanças sociais.

Portando o entendimento jurisprudencial acerta desta pesquisa, aborda critérios humanos, respeita a necessidade de individualização da acusação e visa através deste, contribuir para as políticas criminais, a fim de reduzir a população carcerária e contribuir para que em um futuro seja possível colocar em prática a ideia da ressocialização.

REFERÊNCIAS:

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1994, p. 80, 9
Cópia HC 118533 / MS grifei.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 10 de outubro de 1988, in *Vade Mecum Policial*. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018. Art. 243, parágrafo único.

BRASIL, Lei 11.343/2006. **Lei de Drogas**. In *Vade Mecum Policial*. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018.

BRASIL, Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. **Crimes Hediondos**. In *Vade Mecum Policial*. Indaiatuba /SP. Editora Foco 18º Edição, 2018.

BRASIL, Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei dos crimes hediondos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em 10 de setembro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11 de Setembro de 2018.

Crimes Hediondos versus crimes comuns. Disponível em: <https://odireitoparatodos.com/direito-penal/crimes-comuns-versus-crimes-hediondos/> acesso em 01 de novembro de 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. “**Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas**”. Capítulo II: Dos crimes”. Lei de drogas comentada. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 186.

CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 190

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6.Ed. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2007, p.95/96.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.95/96.

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).

GRECO FILHO, Vicente. Lei de Drogas Anotada – Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2008, p 96 apud CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 22.

Habeas Corpus 118.533 – voto ministro Edson Fachin p.80 apud BECCARIA, Cesar. **Dos delitos e das penas**.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. Material para Delegado de Policia MG, GO e BA 2018, pág. 58.

HC 118.533 – Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP11677998> Acesso em 21 de julho de 2018.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Novas Questões Criminais**, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 28

LEAL, João José. Crimes hediondos. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2009.
Lei de Drogas comentada. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,comentarios-a-lei-de-drogas-lei-11-34306,31729.html> acesso em 03 de novembro de 2018.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

Nova decisão do STF desclassifica a hediondez no crime de tráfico privilegiado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638> Acesso em 02 de junho de 2018.

Relato do Ministro Edson Fachin. **Habeas Corpus 118.533** - Supremo Tribunal Federal – 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638> acesso em 02 de junho de 2018.

SILVA FRANCO, Alberto. Crimes Hediondos. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p 582 apud COUTO, Felipe Guimarães Do. **A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas.** 2012. 23 f. Monografia (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 21. Disponível em: . Acesso em: 16 de novembro de 2018.

SILVA, Amaury. Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: **Lei de Drogas Anotada artigo por artigo.** 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 231.

SILVA, Marysia Souza. **Crimes hediondos e progressão de regime prisional.** 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009, p.130.

Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118.533.** Voto ministro Edson Fachin - p. 73.