

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIA SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ANA CAROLINE COELHO

TRÁFICO PRIVILEGIADO HEDIONDO: análise do § 4º, Art. 33, da Lei nº.
11.343/2006 à luz da jurisprudência do STJ e STF

São Luís
2016

ANA CAROLINE COELHO

**TRÁFICO PRIVILEGIADO HEDIONDO: análise do § 4º, Art. 33, da Lei nº.
11.343/2006 à luz da jurisprudência do STJ e STF**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão, para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Valéria Montenegro

São Luís

2016

Coelho, Ana Caroline

Tráfico privilegiado hediondo: análise do § 4º, Art. 33, da Lei nº. 11.343/2006 à luz da jurisprudência do STJ e STF / Ana Caroline Coelho. – São Luís, 2016.

61f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2016.

Orientadora: Profa. Valéria Montenegro

1. Tráfico de drogas. 2. Crime hediondo. I. Título.

CDU 343.575

ANA CAROLINE COELHO

TRÁFICO PRIVILEGIADO HEDIONDO: análise do § 4º, Art. 33, da Lei nº.
11.343/2006 à luz da jurisprudência do STJ e STF

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Maranhão, para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Professora Valéria Montenegro (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador (a)
Universidade Federal do Maranhão

2º Examinador (a)
Universidade Federal do Maranhão

Aos meus pais, sem eles nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

A Deus, o ser todo poderoso, a quem sempre agradecerei em primeiro lugar.

Ao meu aita Manuel Caballero, a quem amo incondicionalmente, e que além de ser um pai presente e zeloso, fui presenteada também, com o meu melhor amigo.

A minha mãe, meu grande amor e inspiração para ser perseverante e corajosa na vida. Simplesmente a admiro.

A minha vó e Diana, responsáveis por me ensinarem, desde a tenra idade, o caminho correto a seguir.

A professora Valéria, por sua gentileza ao aceitar ser minha orientadora.

Ao magistrado Marco Adriano, pelo apoio ímpar e imprescindível para a conclusão desse curso.

A Lafaiete, minha amiga e chefe imediata, a quem sempre serei grata, cujo apoio e incentivo foram de suma importância.

Aos meus irmãos Yaiza e Alex, que sempre me apoiaram e compartilharam de meus ideais.

A Juan e Yosune, pela ajuda e torcida em momentos únicos.

Aos meus amigos e companheiros da 1ª Vara, por propiciarem um ambiente agradável de trabalho, onde prevalece o espírito da fraternidade.

A minha Shane, pelas incontáveis noites de estudo, sempre ao meu lado.

A todos aqueles que me ofereceram estímulo, conforto ou auxílio quando eu precisei.

“O que me preocupa não é nem o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética... O que me preocupa é o silêncio dos bons”

Martin Luther King

RESUMO

A presente Monografia visa analisar se a minorante prevista no Art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 retira o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas. Esse estudo faz-se importante, posto que, é um tema de dissenso na doutrina, bem como, entre as Cortes Brasileiras, ao consideramos que o Superior Tribunal de Justiça expedira a Súmula nº. 512, onde posicionou-se, no sentido de que a causa especial de redução da pena não afasta a hediondez do tráfico de drogas, em contraponto, aguarda-se o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* nº. 118553 quanto ao citado assunto. O presente trabalho de conclusão de curso foi dividido em três capítulos, sendo que no primeiro, intitulado de Crimes Hediondos, buscou-se o conhecimento sobre os crimes hediondos, previsto no Art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei nº. 8.072/1990, além de todas as explicações inerentes e necessárias a sua compreensão como tipo penal. O segundo capítulo, nomeado de Tráfico de Drogas, explorou-se a Lei nº. 11.343/2006, bem como, examinou-se, de forma pormenorizada, o tráfico de drogas e sua forma privilegiada. No terceiro e último capítulo, titularizado de Tráfico Privilegiado-Hediondo, realizamos a análise jurisprudencial sobre o enfoque do presente trabalho, dispondo ainda de pareceres de renomados doutrinadores, com ênfase, entretanto, nos posicionamentos do STJ e do STF. Constatou-se que há divergências doutrinárias e jurisprudencial quanto ao caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, entretanto, observou-se que prevalece o entendimento do caráter hediondo desse tipo penal. No entanto, ainda é imprescindível o parecer final da Suprema Corte Brasileira quanto ao tema, a fim de pacificá-la.

Palavras-chave: Hediondo. Tráfico de drogas. Privilegiado.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze whether the proposed lower bound in Art. 33, § 4º, of Law no. 11.343 / 2006 removes the hideous character of drug trafficking crime. This study is an important, since that is a subject of disagreement in doctrine, as well as between the Brazilian courts, to consider that the Superior Court had issued Precedent no. 512, which has positioned itself in the sense that the special cause for reduction of sentence does not preclude the hideousness of drug trafficking, in contrast, is awaiting judgment by the Federal Supreme Court, the Habeas Corpus no. 118553 on the aforementioned subject. This course conclusion work was divided into three chapters, with the first, titled Heinous Crimes, sought to knowledge about the heinous crimes referred to in Art. 5, item XLII of the Federal Constitution of 1988 and regulated by law no. 8.072/ 1990, as well as all the explanations inherent and necessary for their understanding and criminal type. The second chapter, named Drug Trafficking explored to Law no. 11.343/2006 as well, it was examined in detail, drug trafficking and its privileged way. In the third and final chapter, securitized Privileged-Dire Trafficking, held the jurisprudential analysis of the focus of this work is serviced with renowned scholars opinions, emphasizing, however, the Supreme Court of the positions and the Supreme Court. It was found that there are doctrinal and jurisprudential differences in the heinous nature of the drug trafficking crime, however, it was observed that prevailing understanding of the heinous nature of this criminal offense. However, it is still essential to the final decision of the Brazilian Supreme Court on the subject in order to pacify it.

Keywords: Heinous. Drug trafficking. Privileged.

ABREVIATURAS

art. artigo

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

HC: *Habeas Corpus*

nº. número

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

REsp. Recurso Especial

TJ-MA: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

SIGLAS

ANVISA: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

SISNAD: Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

SVS: Secretaria de Vigilância Sanitária

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 DOS CRIMES HEDIONDOS | 14 |
| 2.1 Aspectos Gerais..... | 14 |
| 2.2 Previsão Constitucional | 15 |
| 2.3 Lei nº. 8.072/1990 | 15 |
| 2.4 As consequências jurídicas da hediondez..... | 17 |
| 2.4.1 da insuscetibilidade de anistia, graça e indulto..... | 17 |
| 2.4.2 da fiança e da liberdade provisória..... | 18 |
| 2.4.3 da do regime inicial de cumprimento da pena | 21 |
| 2.4.4 do direito de apelar em liberdade | 23 |
| 3 TRÁFICO DE ENTORPECENTES..... | 24 |
| 3.1 Noções Gerais..... | 25 |
| 3.2 Hediondez do Tráfico de Drogas..... | 30 |
| 3.3 Tráfico Privilegiado | 38 |
| 4 TRÁFICO PRIVILEGIADO-HEDIONDO | 45 |
| 4.1 Da descaracterização da hediondez..... | 45 |
| 4.2 Da equiparação ao hediondo | 50 |
| 5 CONCLUSÃO | 56 |
| REFERÊNCIAS..... | 58 |

1 INTRODUÇÃO

A presente Monografia visa analisar se a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 retira o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas. Esse estudo faz-se importante, posto que, é um tema de dissenso na doutrina, bem como, entre as Cortes Brasileiras, ao consideramos que o Superior Tribunal de Justiça expedira a Súmula nº. 512, onde posicionou-se, no sentido de que a causa especial de redução da pena não afasta a hediondez do tráfico de drogas, em contraponto, aguarda-se o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* nº. 118553 quanto ao citado assunto.

Além de requisito imprescindível para a conclusão do curso e a consequente obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Maranhão, o presente trabalho de conclusão de curso ganha importância, visto que, estuda um tema ainda não pacificado e que, na atualidade, gera dissenso entre doutrinadores e nos tribunais brasileiros.

Ressalva-se ainda, que a uniformização do posicionamento das maiores cortes brasileira, *in casu*, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, é de suma importância, posto que, o reconhecimento ou não do caráter hediondo ao crime de tráfico de drogas privilegiado, irá incidir reflexos jurídicos em diversos âmbitos, tais como a área penal, a processual penal e a de execução da pena.

Deste modo, como objetivo geral, pretende-se estudar o § 4º, art. 33, da Lei nº. 11.343/2006, assim como, a fim de melhor compreensão do tema principal, necessário se faz, analisar a Lei nº. 8.072/90, onde equipara-se o crime de tráfico de drogas aos hediondos.

Como objetivo específico, visa-se discorrer e analisar, de forma pormenorizada, as normas penais, as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da equiparação aos crimes hediondos ou não do tráfico privilegiado.

O objetivo institucional do presente trabalho acadêmico é a obtenção do Título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Maranhão, Centro de Ciências Sociais, *campus* São Luís.

O estudo doutrinário realizar-se-á, principalmente, sobre as diretrizes teóricas defendidas por Fernando Capez, Damásio E. de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini, Ricardo Antonio Andreucci, Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci e Paulo de Souza Queiroz.

A pesquisa desenvolveu-se a partir da necessidade de analisar o caráter hediondo do tráfico de drogas em sua forma privilegiada, descrita no art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006.

O problema em análise comporta duas hipóteses: na primeira, considera-se o tráfico de substâncias ilícitas, em sua forma privilegiada, como equiparado a crime hediondo, portanto, possuirá as mesmas restrições e tratamento mais rigoroso, nos âmbitos penal, processual penal e da execução da pena. A segunda hipótese, refere-se a não atribuição da hediondez quando presente a causa especial de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei nº. 11.343/2006.

As duas hipóteses a serem exploradas, serão norteadas e alinhadas, primordialmente, consoante as posições jurisprudenciais do STJ e STF, sendo embasadas e ratificadas, também, por pareceres doutrinários.

O presente trabalho de conclusão de curso foi dividido em três capítulos, sendo que no primeiro, intitulado de Crimes Hediondos, buscou-se o conhecimento sobre os crimes hediondos, previsto no art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei nº. 8.072/1990, além de todas as explicações inerentes e necessárias a sua compreensão como tipo penal.

O segundo capítulo, nomeado de Tráfico de Drogas, explorou-se a Lei nº. 11.343/2006, bem como, examinou-se, de forma pormenorizada, o tráfico de drogas e sua forma privilegiada.

No terceiro e último capítulo, titularizado de Tráfico Privilegiado-Hediondo, realizou-se a análise jurisprudencial sobre o enfoque do presente trabalho, dispondo ainda de pareceres de renomados doutrinadores, com ênfase, entretanto, nos posicionamentos do STJ e do STF.

A metodologia adotada, durante a pesquisa foi o método dedutivo, e os resultados obtidos da fase investigativa, foram expostos na base lógico dedutiva, em razão de formularmos o problema geral, estudando-o com embasamento científico que sustentem ou neguem as hipóteses elencadas, a fim de alcançarmos o posicionamento predominante.

Dentre os procedimentos existentes, em razão do objeto de estudo, fora adotada a pesquisa bibliográfica, realizadas por intermédio de um levantamento bibliográfico em livros, revistas, periódicos e internet. Sendo que foram observados os diferentes pontos de vista acerca do tema, no entanto, sempre direcionando o trabalho a um olhar crítico.

Por fim, a presente monografia se encerra com a Conclusão, onde são expostos e elencados os pontos conclusivos com relação ao tema, onde visa-se constatar o posicionamento preponderante doutrinário e jurisprudencial quanto ao caráter hediondo do crime de tráfico de drogas em sua modalidade privilegiada.

Ressalva-se, entretanto, que é imprescindível, a fim de garantir a segurança jurídica dos julgados nas instâncias de 1º e 2º grau, observar o parecer final da Suprema Corte Brasileira, no julgamento do *Habeas Corpus* nº.118553, que se encontra atualmente suspenso, com vistas para o ministro Gilmar Mendes desde junho de 2015.

2 DOS CRIMES HEDIONDOS

2.1 Aspectos Gerais

A Lei de Crimes Hediondos encontra respaldo no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição da República de 1988, onde “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”.

O Constituinte, buscando embasamento no princípio da proporcionalidade, concedeu aos crimes de menor potencial ofensivo tratamento penal mais brando, enquanto que, aos que possuíam maior repercussão social e jurídica, assegurou-lhe consequências jurídicas (penais, processuais penais e de execução penal) mais rigorosas e severas.

Assim, empenhou-se em atribuir maior gravidade aos crimes tidos como hediondos e aos seus equiparados, como a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo, permitindo ainda, que o legislador ordinário determinasse quais seriam os crimes hediondos mediante lei específica.

Ademais do esperado, a Lei nº. 8.072/90 não trouxera definição específica do que seria hediondo, optando por catalogar as infrações penais assim consideradas em seu art. 1º. Evitando, deste modo, uma possível ofensa ao princípio da legalidade que, dentre os seus principais corolários, tem o da *lex certa*.

Portanto, os delitos tidos como hediondos, a contrassenso do comum, não são cometidos, necessariamente, com índices elevados de violência e repugnância social ou requintes de crueldade. Mas sim, aqueles que o constituinte originário e o legislador infraconstitucional entendem que merecem maior reprovabilidade do Estado.

Semanticamente, segundo o dicionário Aurélio, por hediondo tem-se aquilo “que é repulsivo, horrendo, sórdido, imundo”.

Em que pese a Lei nº. 8.072/1990 possuir fundamento constitucional, ao enquadrar sua edição, no contexto histórico da década de 90, infere-se que fora elaborada a fim de oferecer respostas aos clamores populares e midiáticos da época, considerando que a população estava aterrorizada pelos “altos índices de criminalidade”.

2.2 Previsão Constitucional

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII, dispõe quais crimes serão considerados hediondos e equiparados a eles, determinando que tais delitos tivessem um tratamento jurídico diferenciado e mais rigoroso que os demais.

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;

Portanto, infere-se que o constituinte incluíra, expressamente, *a priori*, apenas três (03) infrações penais tidas como equiparadas aos hediondos: tráfico, tortura e terrorismo.

O Constituinte preocupou-se em vedar alguns benefícios penais e processuais penais aos autores dos ilícitos penais de natureza hedionda: a fiança, a graça e a anistia, sendo que caberia ao legislador infraconstitucional estabelecer outras hipóteses de rigidez e recrudescimento em matéria penal e processual penal, aos crimes considerados hediondos.

2.3 Lei nº. 8.072/1990

Após a promulgação da Carta Magna, fora elaborada a Lei nº. 8.072 em 1990, denominada Lei dos Crimes Hediondos, onde define-se quais delitos são dessa natureza ou equiparados a eles, bem como, prevê medidas de ordem penal, processual penal e de execução penal.

A legislação brasileira estabelece que a natureza hedionda de um delito depende, necessariamente, de expressa previsão legal, desse modo, o art. 1º da Lei nº. 8.072 elenca, taxativamente, quais crimes assim são considerados, logo, este não pode ser ampliado pelo a critério do órgão julgador:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº_2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, **caput**, e §§ 1º e 2º).

Percebe-se ainda, que a Lei nº. 8.072 não conceituara os crimes hediondos, encarregando-se, apenas a indicar quais condutas delituosas revistas no Código Penal (CP) e em Leis Especiais possuiriam natureza hedionda, fossem na forma tentada ou consumada.

Com o fito de sintetizar a conceituação jurídica da Lei de Crimes Hediondos, nesse sentido, colaciona-se, *in litteris*, a lição do doutrinador Mirabete (2013, p. 122):

Com o fim de tornar mais eficientes os instrumentos jurídicos de combate às infrações penais mais graves, dispôs a Constituição Federal de 1988 que são considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia os crimes definidos como hediondos (art. 5º, inc. XLIII). Tais crimes que, por sua natureza ou pela forma de execução, se mostram repugnantes, causando clamor público e intensa repulsa, são relacionados no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25-7-1990. [...]¹

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Fato Típico. In: _____. **Manual de direito penal**. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

2.4 As consequências jurídicas da hediondez

2.4.1. da insuscetibilidade de anistia, graça e indulto

A Constituição Federal de 88 determinou que os crimes hediondos eram insuscetíveis de anistia e graça, sendo que a Lei nº. 8.072/90 ampliara a restrição para o indulto.

O art. 107, inciso II, do Código Penal Brasileiro determina que a anistia, graça e o indulto são formas de extinção de punibilidade, onde o Estado renuncia ao seu *ius puniendi*.

Faz-se *mister* diferenciar esses três tipos de clemência soberana, foram motivadas por política criminal, bem como, visando a individualização da pena, a fim de moderar os rigores na execução da lei e da pena, onde a anistia aplica-se ao fato, enquanto que a graça e o indulto referem-se a pessoas.

Quando se concede a anistia, ocorre o esquecimento jurídico do crime e de suas consequências, sendo retroativo e irrevogável. Nesse sentido, transcrevo, *in litteris*, a precisa definição jurídica de Mirabetti (2013, p. 379):

A anistia pode ocorrer antes ou depois da sentença, extinguindo a ação e a condenação e se destina a fatos e não a pessoa, embora possa exigir condições subjetivas para ser aplicada ao réu ou condenado. Tem a finalidade de fazer-se olvidar o crime e aplica-se principalmente aos crimes políticos. Pode ser geral ou restrita e incondicionada ou condicionada².

A graça e o indulto são formas de concessão de clemência pelo Presidente da República, diferenciam-se, no entanto, por este possuir caráter genérico, ou seja, cunho coletivo e sem necessidade de requerimento. Enquanto que aquele é de ordem individual e deve ser solicitado pelo condenado, por intermédio de petição. Em suma, a graça seria uma espécie de indulto individual.

Acerca dos institutos acima citados, o doutrinador Rogério Greco (2009, p. 714) pormenoriza o tema:

A graça e o indulto são da competência do Presidente da República, embora o art. 84, XII, da Constituição Federal somente faça menção a este último, subentendendo-se ser a graça o indulto individual. A diferença entre os dois institutos é que a graça é concedida individualmente a uma pessoa

² Ibid., p. 379

específica, sendo que o indulto é concedido de maneira coletiva a fatos determinados pelo Chefe do Poder Executivo.³

As cortes brasileiras possuem jurisprudência pacífica quanto a inaplicabilidade desses três institutos (anistia, graça e indulto) aos autores de ilícitos hediondos:

Habeas corpus. 2. Extorsão mediante seqüestro seguido de morte. **Crime hediondo. Vedação de graça, anistia e indulto.** Art. 5º XLIII, da Constituição Federal e Lei n.º 8.072/90, art. 2º, inciso I. Precedentes. 3. Comutação de pena. Espécie de indulto. Impossibilidade. 4. Habeas corpus indeferido⁴. **(Grifo nosso)**

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. **INDULTO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO. CF/88 E LEI 8072/90. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.** O art. 2º, I, da Lei 8.072/90, ao regulamentar o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, vedou a concessão de graça, anistia e indulto aos condenados por crime hediondo e por tráfico de drogas (hediondo por equiparação). Nem a Constituição Federal nem a Lei dos Crimes Hediondos fez qualquer exceção, seja quanto à pena privativa de liberdade aplicada seja quanto à sua substituição por restritivas de direitos. Recurso de Agravo provido.⁵ **(Grifo nosso)**

2.4.2 da fiança e da liberdade provisória

Os crimes hediondos e os equiparados são insuscetíveis de fiança, conforme depreende-se da redação originária do art. 5º da Constituição e da Lei n.º 8.072, bem como, vedava-se ainda, a concessão de liberdade provisória a tais delitos.

Entretanto, com a edição da Lei n.º 11.464/2007 fora modificado o art. 2º, inciso II da Lei de Crimes Hediondos, ainda são incabíveis a fiança, porém nada obsta a concessão de liberdade provisória sem o arbitramento de fiança.

A priori, os doutrinadores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), não possuíam entendimento pacífico e afins quanto a

³ GRECO, Rogério. Extinção da Punibilidade. In: _____. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas Corpus nº 81566/SC. Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, 19 marc. 2002. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748888/habeas-corpus-hc-81566-sc>>. Acesso em : 17 fev. 2016.

⁵ BRASIL. TJ-DF (1ª Turma Criminal). RAG nº 20150020217914. Relator: Min. MARIO MACHADO. 17 set. 2015. Disponível em: < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/243155252/recurso-de-agravo-rag-20150020217914>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

possibilidade de liberdade provisória. Por oportuno, cita-se o doutrinador Fernando Capez (2004, p. 331-332)⁶:

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII, preceitua que a lei considerará inafiançável a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos com hediondos. O art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90, por sua vez, vedava expressamente a concessão de fiança e liberdade provisória para tais crimes. [...] Muito embora o crime continue inafiançável, o condenado por crime hediondo (estupro, latrocínio etc.), que or preso provisoriamente, poderá obter o benefício da liberdade provisória, caso não estejam presentes os pressupostos para a manutenção de sua segregação cautelar. Assim, somente se admitirá que o acusado permaneça preso cautelarmente quando estiverem presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva (CPP, arts. 310, parágrafo único, e 312), ou seja, somente se admitirá a prisão antes da condenação quando for imprescindível para evitar que o acusado continue praticando crimes durante o processo, frustre a produção da prova ou fuja sem paradeiro conhecido, tornando impossível a futura execução da pena.

Recentemente, o Plenário do STF expressou o entendimento de que a regra proibitiva de liberdade provisória não se coaduna com os Princípios da Liberdade Provisória como Regra, do Devido Processo Legal e da Presunção de Inocência.

Nesse sentido, são os recentes julgados das maiores cortes brasileiras:

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE HOMOLOGADA. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DOS FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA. **A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo penal. Precedentes desta Corte.** Em razão da supressão, pela lei 11.646/2007, da vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão. A análise do pleito de afastamento da qualificadora surpresa do delito de homicídio consubstanciaria indevida incursão em matéria probatória, o que não é admitido na estreita via do *habeas corpus*. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida.⁷ **(Grifo nosso)**

⁶ CAPEZ, Fernando. Prisão In: _____. **Curso de processo penal**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷ BRASIL. STF (Segunda Turma). HC nº 92824. Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA. 18 dez. 2007. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754497/habeas-corpus-hc-92824-sc>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **LIBERDADE PROVISÓRIA**. AUSÊNCIA DE JUNTADA PELA PARTE DO ACÓRDÃO INDEFERITÓRIO DO BENEFÍCIO PELO TRIBUNAL A QUO. ACESSO À DECISÃO POR CONSULTA AO SÍTIO DA CORTE ESTADUAL. **POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO PEDIDO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO**. PEDIDO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA. 1. É possível o conhecimento do pedido quando se tem contato com a cópia do acórdão do Tribunal que denegou a ordem lá interposta por meio de consulta ao sítio na internet, mesmo sem que a parte tenha providenciado a sua juntada. **2. A proibição da liberdade provisória com fiança não compreende a da liberdade provisória sem a fiança.** **3. A Lei 11.464/07 não impede a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, sendo de natureza geral em relação a todos os crimes dessa natureza.** 4. Se não estão presentes os elementos fáticos, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, para conceder ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta. 5. Ordem concedida para permitir ao paciente a liberdade provisória, nos termos do voto da Relatora.⁸

Em suma, o artigo 2º, inciso II, da Lei nº. 8.072/90, impede unicamente a fiança, enquanto que para a concessão da liberdade provisória sem fiança deve-se observar a regra geral, ou seja, a real necessidade processual da custódia, segundo os fundamentos, necessários, da prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal).

Necessário fazer um adendo, referente a Lei de Drogas, que por sua vez, vedava expressamente, a possibilidade de liberdade provisória nos crimes previstos no art. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37 da Lei nº. 11.343/2006. Inicialmente, o STJ manifestou-se no sentido de que a edição da Lei nº. 11.464/2007, ainda que especial, não se aplicava a derrogação tácita do art. 44 da Lei de Tráfico de Entorpecentes.

Em que pese esse posicionamento inicial das Cortes brasileiras, o STF, por maioria de votos, concedera, parcialmente, *Habeas Corpus* (HC 104339) a um homem preso em flagrante, por tráfico de drogas:

Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, *caput*, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos

⁸ BRASIL. STJ (Sexta Turma). HC nº 98620/SC. Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). Julg. 26 maio 2008. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7087091/habeas-corpus-hc-98620-sc-2008-0008126-0/relatorio-e-voto-12830867> >. Acesso em: 17 fev. 2016.

termos da liminar anteriormente deferida.⁹

2.4.3 do regime inicial de cumprimento da pena

A lei nº. 8.072 determinava que os autores de crimes hediondos e os equiparados ou assemelhados a eles deveriam cumprir a pena privativa em regime integral fechado, logo, verificava-se a vedação a progressão de regime, com expressa previsão no art. 2º, § 1º da citada lei.

Houve intenso dissenso quanto a constitucionalidade do regime integralmente fechado, onde doutrinadores defendiam que se afrontava o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CF/88, sustentando ainda, alguns que havia ofensa também, ao princípio da humanização da pena, já que constituía um tratamento severo ao condenado.

Interessante transcrever o parecer de Mirabete (2013, p. 243) quanto ao tema:

Segundo alguns doutrinadores, a disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em sua redação original, que previa o regime integral fechado, era inconstitucional por violar o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI), que deve informar não apenas a aplicação da pena, mas também a sua execução. Entretanto, a individualização no curso da execução da pena somente pode ocorrer no âmbito do conjunto das normas que regulam a aplicação dos diversos institutos e meios previstos para o ajustamento da sanção às condições pessoais de cada condenado com a finalidade de favorecer a sua reintegração social, segundo os parâmetros estabelecidos pelo legislador. Não tendo os regimes de cumprimento de pena e o sistema progressivo *status* constitucional, à lei ordinária foi confiada a disciplina da matéria, não se podendo falar em ofensa ao princípio da individualização da pena tão somente porque não permitida pelo legislador ao juiz a opção da progressão de regime na hipótese de condenação por crime hediondo ou assemelhado, referidos na própria Constituição como merecedores de tratamento mais rigoroso. Assim, não padecia de inconstitucionalidade o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que fixava o regime integral fechado para os crimes considerados mais graves, por hediondez, impossibilitando a progressão.¹⁰

Entretanto, após extensa discordância doutrinária e jurisprudencial, que alegavam ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, o Supremo

⁹ BRASIL. STF (Tribunal Pleno). HC nº 104339. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julg. 10 maio 2012. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869940/habeas-corpus-hc-104339-sp-stf>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

¹⁰ Ibid., p. 243.

Tribunal Federal dirimiu este impasse, ao julgar o HC nº. 111.840/ES¹¹, onde afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados a eles, cabendo ao juízo da execução penal analisar, individualmente, os pedidos de progressão.

Com as alterações impostas, o art. 2º da Lei nº. 8.072/90, a progressão de regime dessa natureza jurídica far-se-á, após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos) da pena, se reincidente.

Importante salientar a **Súmula 471 do Superior Tribunal de Justiça**, que figura com o seguinte: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”.

Dessa forma, a progressão de regime para crimes não-hediondos continua tendo como critério objetivo o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena; já a progressão de regime para crimes hediondos segue ao novo texto legal. Em síntese, para a progressão de regime em crimes hediondos, deve-se observar como critérios objetivos.

A fim de maiores esclarecimentos, cita-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

¹¹ Habeas corpus. Penal. **Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.** 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que a paciente, condenada a cumprir pena de cinco (5) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Embora as instâncias ordinárias tenham indicado elementos que, no seu entendimento, eram aptos a demonstrar a necessidade de imposição do regime mais severo à ora paciente, não foi concretamente justificada a necessidade da imposição do regime mais gravoso. 6. Ordem concedida. (STF - HC: 114568 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 16/10/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012) **(Grifo nosso).**

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRA. DECRETO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. CRIMES HEDIONDOS. DELITOS COMETIDOS ANTES DA LEI Nº 11.464/2007. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 122 DA LEP. SÚMULA VINCULANTE 26. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o habeas corpus utilizado em substituição ao recurso adequado. 2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes. 3. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, ex officio, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente. 4. A proibição de progressão de regime para estrangeiro expulso constitui generalidade que vai de encontro ao princípio da individualização da pena, ademais, deve ser resguardado o princípio da igualdade, garantido pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal, tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no País. Precedentes. 5. O fato de a paciente ser estrangeira e estar em processo de expulsão do país não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento de pena. 6. **Segundo a Súmula Vinculante 26: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (...)"**. Assim, o requisito objetivo temporal necessário para a progressão de regime no cumprimento de penas relativo a crimes hediondos praticados antes do advento da Lei n.º 11.464/07, deve ser o previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo da Execução que aprecie o pedido de progressão de regime, nos termos do artigo 112 da LEP. **(Grifo nosso)**.¹²

2.4.4 do direito de apelar em liberdade

O art. 2º, § 3º da Lei de Crimes Hediondos estabelece que na sentença condenatória caberá ao juízo de conhecimento determinar se o condenado poderá apelar em liberdade, desde que a decisão esteja devidamente fundamentada.

O STJ e STF possuem jurisprudência pacificada quanto ao assunto em análise:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. **NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. CRIME HEDIONDO. ÚNICO FUNDAMENTO. FALTA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM CONCEDIDA**. 1. A prisão em flagrante só deve ser mantida se presentes os requisitos que autorizam a custódia preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. O simples fato de se tratar de crime hediondo ou equiparado, in casu, tráfico de entorpecentes, não impede a concessão de liberdade provisória, só se mostrando válido o provimento

¹² BRASIL. STJ (Sexta Turma). HC nº 163871/SP. Relator: Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE). Julg. 16 maio 2013. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23354141/habeas-corpus-hc-163871-sp-2010-0036537-4-stj/inteiro-teor-23354142> >. Acesso em: 17 fev. 2016.

que esteja devidamente fundamentado, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal. 3. **Não apresentando a sentença condenatória, de igual maneira, qualquer elemento concreto revelador da necessidade da segregação antecipada, mostra-se ilegal a negativa do direito de recorrer solto.** 4. Habeas corpus concedido para assegurar ao paciente o direito de apelar em liberdade, mediante a assinatura de termo de comparecimento aos atos do processo. **(Grifo nosso).**¹³

Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. **Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal.** 5. **Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP.** Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida.¹⁴ **(Grifo nosso).**

3 TRÁFICO DE DROGAS

Após 30 (trinta) anos de vigência, a Lei nº. 6.368/76¹⁵ fora revogada expressamente pela Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que passara a vigorar no país 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação, ou seja, em 08 de outubro de 2006. Acrescenta-se ainda, que a nova Lei de Tráfico de Drogas revogara também a Lei nº. 10.409/2002¹⁶.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) fora instituído por intermédio da Lei nº. 11.343/2006, elaborada pelos legisladores infraconstitucionais, onde visou-se assegurar a prescrição de medidas com o intuito de prevenção ao uso indevido, atenção e a reinserção social dos usuários e dependentes de drogas ilícitas, tendo também, determinado normas com a finalidade de coibir à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes.

Vejamos a redação conferida ao art. 33 na Lei de Tráfico de Drogas, objeto de estudo do presente Trabalho de Conclusão de Curso:

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

¹³ BRASIL. STJ (Sexta Turma). HC nº 34860/DF. Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO. Julg. 16 dez. 2004. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7133925/habeas-corpus-hc-34860-df-2004-0052152-0/inteiro-teor-12849895> >. Acesso em: 17 fev. 2016.

¹⁴ BRASIL. STF (Tribunal Pleno). HC nº 104339/SP. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julg. 10 maio 2012. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869940/habeas-corpus-hc-104339-sp-stf> >. Acesso em: 17 fev. 2016.

¹⁵ Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

¹⁶ Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.

que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 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.

3.1 Aspectos Gerais

O Tipo penal descrito no artigo 33¹⁷, *caput*, da Lei nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas), conhecido como tráfico de drogas, contempla 18 (dezoito) verbos (ou núcleos), tratando-se de crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado), razão pela qual, a prática de qualquer das condutas nele previstas, configura o crime referido. Quanto ao tema, *mister* citar o doutrinador e jurista Rogério Sanches:

Crime de ação múltipla ou crime de conteúdo variado também é conhecido como crime plurinuclear, com vários comportamentos descritos no tipo. O art. 33, da lei de drogas é um crime de ação múltipla genuíno. São 18 núcleos. 18 verbos. [...] Porque se o sujeito ativo praticar mais de um núcleo no mesmo contexto fático, o crime continua sendo único¹⁸.

¹⁷ **Art. 33.** Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: **PENA - RECLUSÃO DE 5 (CINCO) A 15 (QUINZE) ANOS E PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) A 1.500 (MIL E QUINHENTOS) DIAS-MULTA.**

¹⁸ SANCHES, Rogério. **Legislação Penal Especial** – Intensivo II. LFG: 2011.

Importante salientar, que a Lei de Drogas, embora criminalize 18 (dezoito) núcleos, não especifica quais substâncias seriam consideradas drogas ilícitas, sendo que será de competência de um órgão governamental, subordinado ao Ministério da Saúde, *in casu*, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Essa instituição será responsável por regulamentar e expedir listas atualizadas das substâncias e produtos consideradas drogas e que estejam em desacordo com determinação legal ou desautorizadas.

Portanto, a Lei nº. 11.343/2006 é um tipo penal em branco, visto que necessita de norma complementar, onde estarão relacionadas quais as substâncias serão consideradas ilícitas, portanto, vedadas o seu uso ou circulação em território nacional, ou seja, desautorizadas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em relação as normas penais em branco, Julio Fabbrini Mirabete¹⁹ disserta que são tipos com conteúdo incompletos e/ou vagos, havendo a necessidade de complementação por outra norma jurídica como, leis, decretos, regulamentos ou portarias, a fim de que possam ser aplicadas a um caso concreto.

Deve-se ressaltar que a lei que criminaliza o tráfico de drogas é completa ao descrever quais ações são consideradas típicas e seus elementos essenciais, bem como, comina a respectiva sanção penal. Entretanto, faz-se necessário sua complementação, em norma heterogênea para definir quais substâncias serão consideradas em desacordo com determinação legal ou desautorizadas. Nesse sentido, interessante colacionar os ensinamentos do doutrinador Paulo de Souza Queiroz:

As assim chamadas leis penais em branco - expressão que procede de Karl Binding – são tipos penais que, embora cominem a sanção penal respectiva, seu preceito, por ser incompleto, remete, expressa ou tacitamente, a sua complementação a uma outra norma de mesmo grau hierárquico (lei etc.), ora de grau hierárquico inferior (portaria etc.), de modo a precisar-lhe o significado e conteúdos exatos; os tipos penais em branco são estruturalmente incompletos, portanto²⁰.

¹⁹ Ibid., p. 33.

²⁰ QUEIROZ, Paulo. **Notas sobre a Lei de Drogas**. Disponível em: < <http://www.pauloqueiroz.net/notas-sobre-a-lei-de-drogas/> >. Acesso em 17 fev. 2016.

Quanto ao exposto acima, alinha-se também a essa corrente, Guilherme Nucci²¹, entretanto, acrescenta que:

Significa ser o tipo penal dependente de um complemento a lhe dar sentido e condições para aplicação. O termo *drogas* não constitui elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do juiz. Na realidade, representa um *branco* a ser complementado por norma específica, originária de órgão governamental próprio, vinculado ao Ministério da Saúde, encarregado do controle das drogas, em geral, no Brasil, que, por ora, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O delito de tráfico de drogas possui como bem jurídico a proteger, a saúde pública. Nesse sentido, partilha-se o entendimento de Guilherme Nucci (2014, *Ibid.*): “A saúde pública, bem jurídico imaterial, mas que significa a possibilidade de várias pessoas, em número indefinido, adoecerem e, por fim, morrerem, é atingida quando há tráfico ilícito de drogas. ”

Quanto ao resultado naturalístico, no crime de tráfico não há necessidade que ocorra o dano efetivo previsto no tipo penal, sendo, portanto, dispensável a ocorrência de um resultado separado da ação que o precede. Desta forma, classifica-se esse delito como formal. Colaciono, *in litteris*, a explanação quanto ao tema de Cezar Roberto Bitencourt:

O crime *formal* também descreve um resultado, que, contudo, não precisa verificar-se para ocorrer a consumação. Basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial, isto é, do *eventus periculi* (ameaça, a injúria verbal). Afirma-se que no crime formal o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente [...]²²

Deve-se acrescentar ainda, que o perigo é presumido em caráter absoluto, posto que, para configurar-se o delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/2206 exige-se, apenas, que a conduta do agente se enquadre em um dos 18 (dezoito) verbos descritos. Nesse sentido, manifesta-se Mirabete:

Nos crimes de perigo, o delito consoma-se com o simples perigo criado para o bem jurídico. O perigo pode ser *individual*, quando expõe ao risco o interesse de uma só ou de um número determinado de pessoas (arts. 130, 132 etc.), ou *coletivo* (comum), quando ficam expostos ao risco os interesses

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Drogas. In: _____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. v.1.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

jurídicos de um número indeterminado de pessoas, tais como nos crimes de perigo comum (arts. 250, 251, 254 etc.).
 Às vezes a lei exige o perigo *concreto*, que deve ser comprovado (arts. 130, 134 etc.); outras vezes refere-se ao perigo *abstrato*, presumido pela nora que se contenta com a prática do fato e pressupõe ser ele perigoso (arts. 135, 253 etc.).

Ad argumentandu tamtum e a fim de sintetizar as assertivas acima, Nucci:

Em conclusão, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é infração penal de perigo, representando a *probabilidade* de dano à saúde das pessoas, mas não se exige a produção de tal resultado para a sua consumação. É de perigo abstrato, pois não se permite ao infrator a prova de que seu comportamento *pode* ser inofensivo, pois regras de experiência já demonstraram não ser conveniente à sociedade a circulação de determinados tipos de drogas, pois geradoras de maiores problemas do que vantagens a quem delas faz uso.

A jurisprudência pátria corrobora os ensinamentos doutrinários expostos, visto que suas decisões são uníssonas, no sentido de não há a necessidade de comprovação de perigo, posto que a lesividade da droga é presumida. Nesse sentido, são os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. **TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE. PRECEDENTES.** 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. **Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante.** 3. Habeas corpus não conhecido.²³ **(Grifo nosso)**

O sujeito ativo do delito tipificado no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 pode ser qualquer pessoa, considerando-se que é um crime comum. Quanto ao sujeito passivo é a sociedade.

O tráfico de ilícito de entorpecentes possui como objeto material a droga, entretanto, esta deve ser capaz de causar dependência física ou psíquica ao usuário. O parágrafo único da citada lei, estabelece, textualmente, em seu art. 1º que:

²³ BRASIL. STJ (Sexta Turma). HC nº 195985/MG. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Julg. 09 jun. 2015. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/200476558/habeas-corporus-hc-195985-mg-2011-0020238-5/relatorio-e-voto-200476582> >. Acesso em: 17 fev. 2016.

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

Mister ressaltar que essas substâncias entorpecentes encontram-se sob o controle da Portaria SVS/MS nº. 344, de 12 de maio de 1998, conforme previsto no art. 66 da Lei de Antidrogas:

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 substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Para que um agente seja enquadrado no tipo penal descrito no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, além de praticar, no mínimo, uma das condutas elencadas no *caput*, é necessário que seja cometido **sem autorização ou desacordo com determinação legal ou regulamentar**. Logo, essas expressões são fatores vinculados à ilicitude, uma vez que, ausente um desses elementos normativos, o fato torna-se atípico.

A consumação do tráfico ocorre com a prática de quaisquer dos verbos expressos no art. 33, sendo desnecessário a constatação de efetivo resultado. No entanto, importante ressaltar que dos 18 núcleos integrantes do referido tipo penal, há os que constituem crimes instantâneos (importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas) e permanentes (expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar). Discorre sobre o disposto acima, o penalista Damásio de Jesus (2003, p. 193-194):

Crimes instantâneos são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal. [...]

Crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protraí no tempo, como diz a doutrina²⁴.

²⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – parte geral**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

É essencial a classificação quanto ao momento consumativo do crime de tráfico de drogas, pois remete à análise da possibilidade do **instituto da tentativa**. Posto que, é admitida, apenas em crimes instantâneos. Rogério Sanchez²⁵ assinala que diante da quantidade de núcleos do *caput* do art. 33, tornou-se inviável a tentativa, ainda que haja ramos da doutrina que defendam a possibilidade, na hipótese de aquisição frustrada. Ratifica ainda esse posicionamento o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão:

PROCESSO PENAL - PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - CRIME ATÍPICO - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO - RECURSO PROVIDO. - É necessário destacar que o Apelante não se enquadra em nenhum dos núcleos incriminadores do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que, a droga nem mesmo chegou a entrar em sua posse devido à intervenção policial. - **Considerando que o recebimento da substância entorpecente seria o instante da consumação do delito que não se concretizou em virtude da ação policial, não merece prosperar a sentença condenatória, pois não se admite a tentativa no crime de tráfico de entorpecentes.** - Recurso conhecido e provido²⁶. **(Grifo nosso).**

3.2 A hediondez do Tráfico de Drogas

A Constituição Federal de 1988 define em seu art. 5º, inciso XLIII, quais crimes seriam considerados infrações penais mais graves, inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, os assim denominados hediondos. Necessário, portanto, colacionar a citada previsão constitucional:

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;

O legislador infraconstitucional, embora tenha enumerado, de forma taxativa, quais crimes são hediondos em seu art. 1º da Lei nº. 8.072/1990, não elenca neste rol, o Tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, tendo sido este delito considerado equiparado pelo constituinte originário.

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL. TJ-MA. ACR nº 162672008/MA. Relator: RAIMUNDO NONATO DE SOUZA. Julg. 30 jan. 2009. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3629391/apelacao-criminal-acr-162672008-ma>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

A jurisprudência é pacífica e clara quanto ao caráter hediondo dos crimes de Tráfico de Drogas, o Supremo Tribunal Federal assim o reconhece:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. **TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENSÕES DE CARÁTER INFRINGENTE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.** 1. Não há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão nos acórdãos questionados, o que afasta a presença de qualquer dos pressupostos de embargabilidade, nos termos do art. 619 do CPP. Os embargos declaratórios não se prestam para a renovação de julgamentos que se efetivaram regularmente. 2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou inconstitucional a “obrigatoriedade da fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado”, enunciada no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 (redação da Lei nº 11.464/2007).** 3. Possibilidade de imediata fixação do regime prisional semiaberto (art. 33, § 2º, b, do Código Penal), tendo em vista que a pena privativa de liberdade a ser cumprida pelos recorrentes é inferior a oito anos e as instâncias de origem consideraram plenamente favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Precedentes: HC 118.880, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; HC 122.571, Rel. Min. Luiz Fux; HC 121.449, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 115.151, Rel.^a Min.^a Rosa Weber. 4. Embargos desprovidos. Concessão de habeas corpus de ofício para remover o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, fixando, desde logo, o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento das reprimendas.²⁷

Depreende-se da decisão acima citada, que o crime tipificado no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 é considerado como **equiparado a hediondo**. Ademais, em seu art. 2º, *caput*, a Lei de Crimes Hediondos materializa a intenção do constituinte, ao lhe aplicar, consequências jurídicas iguais, referentes aos âmbitos penal, processual penal e de execução criminal.

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 inicialmente em regime fechado.

2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

²⁷ BRASIL. STF (Primeira Turma). ARE nº 778332. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julg. 04 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000253933&base=baseAcordao>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Portanto, ainda que, apenas equiparado aos crimes hediondos, o Tráfico de Drogas sofrerá as mesmas restrições impostas como se assim o fosse. Alinha-se a tais entendimentos e posiciona-se, Guilherme Nucci (2014, *Ibid.*):

[...] Desta forma, os três crimes que pareceram, desde logo, muito graves ao constituinte foram destacados no próprio texto do art. 5.º, XLIII, deixando-se ao legislador ordinário a tarefa de definir *outros* delitos igualmente repugnantes e gravíssimos, tachados de hediondos. Portanto, parece-nos solução simplista dizer que o tráfico ilícito de entorpecentes não é hediondo, mas *apenas* a ele equiparado. Tecnicamente, essa é a solução a ser adotada. Porém, ontologicamente, voltando-se ao tratamento mais rigoroso destinado aos crimes mais graves, o tráfico ilícito de drogas não difere dos outros delitos hediondos, como o homicídio qualificado ou o latrocínio.

Em síntese, conforme o disposto no art. 5º, inciso XLIII, da CF/88, ratificada pelo art. 2º da Lei nº. 8.072/90, tanto os crimes hediondos quanto os equiparados a eles não comportam anistia, graça e a fiança.

O legislador ainda vedou a concessão da liberdade provisória, a impossibilidade de indulto, bem como, definira que a pena, para os crimes hediondos e semelhantes fossem cumpridas em regime, integralmente, fechada. Além da restrição da conversão de suas penas em restritivas de direito.

Entretanto, com a edição da Lei nº. 11.464, de 28 de março de 2007, responsável pela nova redação do art. 2º da Lei nº. 8.072/90, fora permitida a possibilidade de liberdade provisória sem fiança aos autores do tipo em comento, embora ainda esteja vedada a estipulação e arbitramento da fiança.

A jurisprudência nacional divergia da doutrina quanto a aplicabilidade da nova redação dada ao art. 2º da Lei de Crime Hediondo, posicionavam-se no sentido de que essa restrição legal em relação aos crimes de tráfico de substância entorpecentes persistia, em razão do contido no Art. 44²⁸ da Lei de Drogas.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, deferira o *Habeas Corpus* nº. 104339/SP, impetrado em favor do condenado que praticara o crime

²⁸ 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.

descrito no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei nº. 11.343/2006, onde determinaram que fossem apreciados e analisados os requisitos determinados no art. 312²⁹ do Código de Processo Penal, e após análise do caso em concreto, se necessário e conveniente, fosse mantida a segregação cautelar.

Habeas corpus. 2. **Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006.** 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. **Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP.** Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida.³⁰

Em consequência do declarado pela Suprema Corte Brasileira, configurou afastado o antigo entendimento, onde a vedação à fiança significava, corolário, impedimento a liberdade provisória. A partir da referida decisão, esclareceu-se que a inafiançabilidade descrita no art. 5º, inciso XLIII, da Carta Magna objetiva evitar o seu arbitramento por autoridade policial, sem a devida análise pormenorizada do caso pelo magistrado.

Ressalta-se ainda, que, incidentalmente, fora declarada a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante no art. 44, *caput*³¹, da Lei de Tráfico.

Fora declarada pelo Plenário do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 111.840/ES, incidentalmente, a inconstitucionalidade da regra contida no art. 2º³², parágrafo 1º da Lei nº. 8.072, que determina a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do

²⁹ **Art. 312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

³⁰ BRASIL. STF (Tribunal Pleno). HC nº 104339. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julg. 10 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000197758&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

³¹ 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.

³² § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. **2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.** 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.³³ **(Grifo nosso)**

Infere-se que o STF declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos crimes hediondos e equiparados amparados na ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI³⁴ da CF/88), assim como, na impossibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena, vedação esta, que inviabilizava a ressocialização do apenado.

Diante dessa decisão do Supremo, conclui-se que o regime inicial para cumprimento das penas por condenação em crime hediondos e equiparados, *in casu*, pelo tráfico de drogas não deve ser, necessariamente, o fechado, devendo ser aplicado o regime de acordo com o exigido no art. 33, § 2º, alíneas b e c do Código Penal³⁵.

³³ BRASIL. STF (Tribunal Pleno). HC nº 111840/ES. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Julg. 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807820/habeas-corpus-hc-111840-es-stf>>. Acesso em 20 març. 2016.

³⁴ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

³⁵ **Art. 33** - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). **§ 2º** - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). **b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado**

Imprescindível esclarecer que, a declaração de inconstitucionalidade ocorrerá de forma incidental, ou seja, em sede de controle difuso em um *habeas corpus*, logo, ela não possui eficácia *erga omnes* ou efeito vinculante.

A Lei nº. 11.464, de 28 de março de 2007 editada pelo Congresso Nacional modificara o disposto no § 1º, do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, onde a expressão “integralmente” fora substituída por “inicialmente”.

Necessário frisar que a nova redação conferida pela Lei nº. 11.464 é válida, apenas, para os delitos cometidos após a sua vigência. Em decorrência do reconhecimento da inconstitucionalidade da progressão de regime para os crimes hediondos e assemelhados, aos autores dessa infração fora concedido progredir com o cumprimento de um sexto da pena (regra geral), diferentemente do previsto na supracitada lei.

Em relação a matéria acima exposta, o Supremo consolidou o seguinte no *Habeas Corpus* nº. 91300/DF:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. FATO ANTERIOR À LEI 11.464/07.** PRECEDENTES DESTA CORTE. PROVIMENTO PARCIAL. 1. **A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.** 2. O julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (na sua redação original). 3. **Houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que - considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP - o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.646/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada.** 4. No mesmo sentido: HC 94.025/SP, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 03.06.2008. Neste último julgado, ficou expressamente consignado que "relativamente aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais, aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica". O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (na sua redação original) não pode ser utilizado como parâmetro de comparação com a Lei nº 11.464/07, diante da sua declaração de inconstitucionalidade, ainda que no exercício do controle concreto, no julgamento do HC nº 82.959/SP (rel. Min. Marco Aurélio). 5. Recurso ordinário

não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

em habeas corpus parcialmente provido e, assim, concedeu-se a ordem para considerar possível a progressão do regime prisional desde que atendido o requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, cabendo ao juiz da execução da pena apreciar o pedido de progressão, inclusive quanto à presença dos demais requisitos, considerado o fator temporal acima indicado.³⁶

Do tema em tela, Mirabete (2013, p. 123) presta maiores esclarecimentos:

Previa a Lei nº 8.072/90, que a pena aplicada por crimes hediondos ou equiparados deveria ser executada integralmente em regime fechado. A Lei nº 11.464, de 28-3-2007, afastou a vedação à progressão de regime, estabelecendo, porém, que o regime inicial será sempre o fechado e que a progressão de regime depende do cumprimento de dois quintos da pena ou, se o condenado for reincidente, de três quintos (art. 2º, §§ 1º e 2º).³⁷

Quanto a constitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, descrita nos arts. 33, parágrafo 4º e 44, *caput*, da Lei nº. 11.343, o STF, por intermédio de Plenário virtual, reconheceu a repercussão geral da questão abordada, em um Recurso Extraordinário com Agravo nº. 663261, interposto pelo Ministério Público Federal onde discutia-se a referida vedação.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.³⁸ (**Grifo nosso**)

Como consequência da hediondez do tráfico de entorpecentes, tem-se ainda, a prisão temporária que possui como prazo limite, 30 (trinta) dias, sendo prorrogáveis, por igual período, desde que o fato seja extremo e comprovada a real necessidade, consoante dispõe o art. 2º, § 4º³⁹ da Lei nº. 8.072.

³⁶ BRASIL. STF (Tribunal Pleno). RHC nº 91300. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julg. 05 marc. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087748&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 marc. 2016.

³⁷ Ibid., p. 123.

³⁸ BRASIL. STF. RG ARE nº 663261/SP. Relator: Min. LUIZ FUX. Julg. 13 dez. 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629174/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-rg-are-663261-sp-sao-paulo>>. Acesso em: 20 marc. 2016.

³⁹ § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Com as alterações inseridas pela Lei nº. 11.719, de 20 de junho de 2008, o Código de Processo Penal, em seu art. 378, § 1º⁴⁰, determina que caberá ao juiz, quando da prolação da sentença condenatória, decidir, com fundamentos, sobre a manutenção da segregação cautelar do condenado, que tenha sido decretada no transcorrer da instrução criminal, ou sobre a decretação da preventiva.

O STF posicionou-se no *Habeas Corpus* nº. 84.078/MG, onde julgara que a execução provisória da pena não se adéqua ao disposto no art. 5º, incisos LIV⁴¹ e LVII⁴² da Carta Magna, posto que, entendimento diverso, estaria em confronto e oferecia ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Ademais, deve-se fazer um adendo que, embora a Suprema Corte não permita a execução provisória da pena, a segregação cautelar do condenado, ou seja, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado, em liberdade, da sentença penal condenatória, será de competência do juiz de conhecimento, onde a decisão deverá ser devidamente fundamentada, consoante o parágrafo único, do art. 387 do CPP⁴³, sendo condicionada ainda, a real comprovação da “extrema” necessidade da constrição.

O direito a recorrer em liberdade, da sentença condenatória, é um dissídio jurisprudencial, visto que, não há uniformização, entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça direciona-se para a manutenção da prisão do condenado, nos crimes de tráfico de drogas, quando este tenha permanecido preso durante toda a instrução criminal. Nesse sentido, cita-se a recente decisão dessa Corte, proferida em 1º de março de 2016, no *Habeas Corpus* nº. 336763/SP, cujo ministro relator fora Jorge Mussi:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE

⁴⁰ **Art. 387.** O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008). **§ 1º** O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

⁴¹ **LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁴² **LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴³ **Art. 387.** O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008). **Parágrafo único.** O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

TÓXICOS. DIVERSIDADE E NATUREZA DELETÉRIA DAS DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. **COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.**

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada.

3. A diversidade, a natureza altamente danosa de uma das drogas e a excessiva quantidade de porções localizadas em poder dos envolvidos - quase 800 g (oitocentos gramas) de maconha, embaladas em 696 (seiscentos e noventa e seis) unidades, e 110g (cento e dez gramas) de crack, distribuídos em 791 (setecentos e noventa e uma) pedras - são fatores que, somados à apreensão de elevada quantia em dinheiro e de apetrechos comumente utilizados no preparo do material tóxico revelam maior envolvimento com a narcotraficância, justificando a preservação da preventiva.

4. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se persistem os motivos para a segregação preventiva.

5. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

6. Habeas corpus não conhecido.⁴⁴ **(Grifo nosso).**

3.3 Tráfico Privilegiado

O art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006 prevê uma redução da pena dos crimes previstos no *caput* e § 1º, portanto, trata-se de uma causa especial de diminuição da pena, hipótese esta, não prevista na revogada Lei nº. 6.368/65 (antiga Lei Antidrogas), logo, a doutrina a denomina de tráfico privilegiado.

Ressalva-se que o benefício descrito no § 4º, do art.33, não incide sobre os §§ 2º e 3º. Assim dispõe o citado parágrafo:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário,

⁴⁴ BRASIL. STJ (Quinta Turma). HC nº 336.763/SP. Relator: Ministro JORGE MUSSI. Julg. 01 marc. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57934051&num_registro=201502390867&data=20160308&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 20 marc. 2016.

de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A doutrina pátria defende que se trata de *novatio legis in mellius*, uma vez que, o agente, se atender aos requisitos legais exigidos nesse tipo penal, será beneficiado com uma pena mais branda que o previsto no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tráfico de Drogas. O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão assim também o reconhece:

PENAL. APELAÇÃO. CRIME DE TRÁFICO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO INCONTESTES. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 16, DA LEI Nº 6.368/76. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. **LEI Nº 11.343/06. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS**. RETROATIVIDADE DA NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. UNANIMIDADE. 1. Ante a inequívoca demonstração da prática do crime de tráfico de entorpecentes, com a comprovação da autoria e materialidade delitivas, incabível a pretensão de desclassificação para o art. 16, da Lei nº 6.368/76. 2. É uníssono o entendimento de que o depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presenciou o momento do flagrante possui absoluta validade, enquanto instrumento de prova. 3. **In casu, faz-se mister a incidência da Lei nº 11.343/06, visto que mais benéfica ao recorrente diante da aplicação de minorante prevista no § 4º do art. 33 do referido diploma legal.** 4. Cabível a substituição da pena por uma restritiva de direitos, já que a lei nova não pode retroagir para prejudicar o réu. 5. Apelação parcialmente provida. Unanimidade⁴⁵. **(Grifo nosso)**.

A nova Lei de Drogas inova em relação a Lei nº. 6.368 em dois aspectos: modificara a escala penal, que antes era estabelecida de 03 (três) a 15 (quinze) anos e passara a ser de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, ambos em regime de reclusão, deste modo, houve um aumento da pena básica; no entanto, o § 4º possibilita uma causa inédita de redução da pena, desde que preenchidos os requisitos legais, onde permitiu-se a redução da sanção em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), portanto, confere um tratamento mais brando para quem comete as infrações previstas no *caput* e § 1º.

⁴⁵ BRASIL. TJMA (2ª Câmara Criminal). Apelação nº 016959/Penalva. Relator: Des. Jaime Ferreira de Araujo. Julg. 17 jan. 2008. Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNoFwdERwBAMXDDQXSzQowg6QOelJJx-al_L_n1vI5CKweyIIIPVlxcjjW0hnB6lkZkE9YtXVwnv_dCPR5dY39LWSYNNNcPm2oVyA,>. Acesso em: 22 marc. 2016.

Da análise acima, logo, questionou-se então, a possibilidade da supracitada minorante, descrita no parágrafo 4º, retroagir para incidir sobre os fatos cometidos na vigência da Lei nº. 6.368/76.

Damásio de Jesus (2009, p. 128) ensina a respeito do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o seguinte:

O redutor previsto no dispositivo é digno de encômios, porém, tem uma razão de ser: cuida-se de causa de redução de pena vinculada aos novos limites mínimo e máximo previstos no caput do art. 33 da Lei. A lei pretendeu temperar os rigores da punição ao traficante primário, de bons antecedentes, que não tenha envolvimento habitual com o crime ou que não faça parte de associação criminosa. Por esse motivo, não há razões plausíveis, com o respeito às opiniões contrárias, para que seja aplicado o redutor sobre as penas cominadas no preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76.⁴⁶

Em sentido contrário ao manifestado pelo doutrinador Damásio, defende a combinação das leis, bem como, a retroatividade, Rogério Greco⁴⁷:

[...] Assim, deverá o julgador, na hipótese de crime de tráfico ocorrido na vigência da Lei nº 6.368/76, além de partir, obrigatoriamente, da pena mínima de 3 (três) anos, aplicar, se o caso concreto permitir, a causa de redução prevista na Lei nº 11.343/2006, conjugando, assim, em benefício do agente, os dois diplomas legais, em estrita obediência ao disposto no inciso XL, do art. 5º da Constituição Federal, que, prevendo os princípios da ultra e da retroatividade benéficas, determina que *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.*

Diverge dos doutrinadores supracitados, o Superior Tribunal de Justiça que entendera ser possível a aplicação retroativa da Lei nº. 11.343/2006, com aplicação na íntegra de suas disposições, desde que sejam mais benéficas ao réu que a lei anterior. Veda, no entanto, a combinação das leis. Decorrente desse posicionamento, fora expedido a Súmula nº. 501:

É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento sobre a impossibilidade de combinação de leis, com intuito de beneficiar o réu, ao julgar o

⁴⁶ JESUS, Damásio E. de. **Lei Antidrogas anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁷ Ibid., p 117.

Recurso Extraordinário Agravo nº. 600.817/MS, com Repercussão geral reconhecida, cujo relator fora o Ministro Ricardo Lewandowski:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade. IV - Recurso parcialmente provido.⁴⁸

O agente que atender aos 04 (quatro) requisitos legais estipulados, fará jus ao benefício, portanto, se trata de um direito subjetivo do réu. Entretanto, é imprescindível que a cumulação dessas condições legais requeridas no § 4º, do art. 33. São eles: a primariedades, bons antecedentes, não dedicação as atividades criminosas e não integre organização criminosa.

Guilherme Nucci (2014, *Ibid.*) tece algumas ponderações quanto ao assunto:

Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, *caput* ou § 1.º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, que não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se de pena mais branda.

Em relação a primariedade, o agente não deve ser reincidente, conforme preceituam os arts. 63 e 64 do Código Penal, sendo que há a necessidade da caracterização de três fatos para que não ocorra a reincidência: a) prática de crime anterior; b) trânsito em julgado da sentença condenatória; e c) prática de novo crime, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no prazo de cinco anos. Colaciona-se os citados verbetes legais:

⁴⁸ BRASIL. STF (Tribunal Pleno). RE nº 600817. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julg. 07 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000251066&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 marc. 2016.

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Os antecedentes criminais referem-se a todo e quaisquer envolvimento que um civil já tenha tido com o Poder Judiciário no âmbito criminal. Cezar Bitencort (2012, *Ibid.*) preceitua que:

Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional, e “constitucionalizando o Direito Penal”, somente podem ser valoradas como “maus antecedentes” decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valoradas como antecedentes. Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia.

Ratificando o posicionamento doutrinário, tem-se a Súmula nº. 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

Por atividades criminosas, ainda que a doutrina e a jurisprudência não o definam, entende-se que se excluindo a reincidência e os maus antecedentes, representa todos os atos da vida pregressa do autor do crime, *in casu*, o traficante de drogas, que ofenda o ordenamento jurídico pátrio, bem como, cause mácula à sua personalidade. Assim sendo, para comprovar-se a dedicação do agente à prática de atividades criminosas, infere-se ser necessário, a constatação da habitualidade, ou seja, a ação reiterada de condutas ilícitas.

A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem configurar o amparo probatório, suficiente, para o reconhecimento da dedicação do agente infrator à atividade criminosa.

Há decisões do STF que se alinham ao exposto, como o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº. 94806/PR, de 09 de março de 2010, cuja ministra relatora fora Cármen Lúcia:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.** DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O entendimento deste Supremo Tribunal é de não ser possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada qual das leis. Precedentes. 2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de condicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas. **3. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.** 4. O habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento.⁴⁹ **(Grifo nosso).**

A Lei nº. 12.850, de 02 de agosto de 2013, conceitua a **organização criminosa**, bem como, dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser adotada, referente aos delitos praticados por organizações. Seu art. 1º, § 1º assim o definira:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Ainda sobre o tema, vejamos as considerações de Guilherme Nucci (2014, *Ibid.*):

⁴⁹ BRASIL. STF (Primeira Turma). RHC nº 94806. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julg. 09 marc. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000166890&base=baseAcordao>>. Acesso em: 22 marC. 2016.

A relevância da conceituação se deve também ao fato de ter sido criado um tipo penal específico para punir os integrantes dessa modalidade de associação. Sob outro prisma, não se pode escapar da etimologia do termo de *organização*, que evidencia uma estrutura ou um conjunto de partes ou elementos, devidamente ordenado e disposto em bases previamente acertadas, funcionando sempre com um ritmo e uma frequência ponderáveis no cenário prático. Em suma, cuida-se da associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes.

Ressalva-se que os requisitos de “não se dedicar às atividades criminosas” e “não integrar organização criminosa” são cláusulas finais negativas e devem beneficiar o agente, em consequência, o ônus da prova caberá ao Estado, ou seja, a competência será do Ministério Público.

O *quantum* da diminuição da pena, varia **de um sexto a dois terços**, conforme a natureza da droga apreendida, assim como, será observada também, as demais circunstâncias judiciais do art. 59⁵⁰ do CP, sem considerar, contudo, os antecedentes, em razão desta ser um requisito imprescindível para a aplicação do próprio privilégio a ser concedido.

É *mister* ressaltar que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 666334/RG, com Repercussão Geral, decidira que a variação do *quantum* da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº. 11.343/2006, não poderá considerar a quantidade da droga, visto que, essa circunstância fora analisada na fixação da pena-base, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Colaciona-se a ementa desse julgado:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. **Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes.** 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência.⁵¹**(Grifo nosso).**

⁵⁰ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

⁵¹ BRASIL. STF. ARE nº 666334/RG. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julg. 03 abr. 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000172521&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 marc. 2016.

4 TRÁFICO PRIVILEGIADO-HEDIONDO

Debate-se, atualmente, na doutrina e nos Tribunais Superiores brasileiros, se a causa de redução especial da pena prevista no § 4º, art. 33, da Lei nº. 11.343/2006, também conhecida como tráfico privilegiado, deve ser considerada como equiparada a crime hediondo, dado que a Lei nº. 8.072/90 reconhece o tráfico descrito no *caput* do citado artigo como assim o sendo.

Assevera-se ainda, que o caráter hediondo da figura do tráfico privilegiado é um tema de dissenso na doutrina, bem como, entre as Cortes Brasileiras, ao consideramos que o Superior Tribunal de Justiça expedira a Súmula nº. 512⁵², onde posicionou-se, no sentido de que a causa especial de redução da pena não afasta a hediondez do tráfico de drogas, em contraponto, aguarda-se o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* nº. 118553 quanto ao citado assunto.

Ressalva-se também, que a uniformização do posicionamento das maiores cortes brasileira, *in casu*, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, é de suma importância, posto que, o reconhecimento ou não do caráter hediondo ao crime de tráfico de drogas privilegiado, irá incidir reflexos jurídicos em diversos âmbitos, tais como a área penal, a processual penal e a de execução da pena, além de conferir segurança jurídica à sociedade.

4.1 Da descaracterização da hediondez

Os defensores da não atribuição do caráter hediondo à figura do tráfico privilegiado, a defendem sob o argumento de que deve haver consonância aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

O art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna preconiza que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...)”, logo, o princípio da individualização da pena é tido como um direito fundamental do agente condenado na esfera penal. Alexandre de Moraes (2011, p. 267) preceitua quanto ao exposto:

⁵² Súmula nº. 512 do STJ: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

O princípio da individualização da pena exige uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta)⁵³.

O princípio da individualização da pena determina que haja harmonia entre a sanção penal e o fato delituoso, a ser avaliada pelo magistrado. Individualizar a pena, significa, em suma, garantir uma punição adequada e proporcional ao ilícito cometido, observando-se, todavia, a culpabilidade do agente, evitando-se assim, uma possível padronização da sanção penal. Em análise pormenorizada, Guilherme Nucci, assevera:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

Deve-se observar que delitos de igual natureza, podem ter circunstâncias próprias e desiguais em seu *modus operandi*, dessa forma, há possibilidade das penas serem fixadas em quantidades diferentes, ainda que possuam a mesma cominação legal, ou seja, igual *quantum*. Esse fato ocorre, em razão dos agentes e suas condutas possuírem características próprias e distintas entre si, de forma que se torna inaplicável uma pena-padrão, cabendo ao órgão julgador examinar cada circunstância judicial relativa ao delito e ao seu respectivo autor, de maneira individualizada, a fim de alcançar uma sanção justa e proporcional.

A causa de diminuição da pena do § 4º, art. 33 da Lei de Tráfico de Drogas possui requisitos legais que possibilita a aplicação individualizada da pena, posto que, não se considera apenas a conduta negativa do traficante, mas permite fixar a pena concreta, com a observância da culpabilidade e a condição pessoal do agente, respeitando-se, conseqüentemente, os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, além de garantir ao magistrado um parâmetro individual para cominações de reprimenda na seara penal.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

O princípio da proporcionalidade busca garantir a aplicação adequada da sanção penal, entretanto, deve estar em consonância com a culpabilidade do agente e o grau de lesividade do delito praticado, verificando-se, portanto, uma associação direta com a individualização da pena. Disserta sobre o princípio em tela, Alberto Silva Franco (2007, p. 67):

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).⁵⁴

Há doutrinadores que defendem ofensa ao princípio da proporcionalidade, se o tráfico privilegiado for considerado equiparado ao hediondo, asseguram que não haveria razoabilidade punir severamente crimes tão distintos.

Sobre o tema, Kaster Franco⁵⁵ manifesta-se:

O "mula" ou o "aviãozinho", agentes facilmente substituíveis, contratados como mão-de-obra barata, não podem quedar à mercê de resposta penal semelhante àquele agente que comete assalto à mão armada – com fuzis e metralhadora – em uma agência bancária, ou mesmo daquele que comete homicídio simples. Beccaria, em 1764, lecionava que "os meios de que se utiliza a legislação para impedir crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas"⁵⁶.

Percebe-se que o legislador ordinário conferiu um tratamento assimétrico aos traficantes:

- a) tráfico comum (art. 33, *caput*);
- b) condutas equiparadas ao tráfico (§ 1º);

⁵⁴ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵⁵ Magistrado. Doutorando em Direito pela UMSA (Buenos Aires-Argentina). Especialista em Ciências Penais pela UNISUL. Professor Universitário. Associado ao IBCCrim.

⁵⁶ FRANCO, José Henrique Kaster. Tráfico privilegiado: a hediondez das mulas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2031, 22 jan. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12234>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

- c) condutas de induzir, instigar e auxiliar o tráfico (§ 2º);
- d) tráfico para uso em grupo (§ 3º);
- e) traficantes com circunstâncias judiciais favoráveis (§ 4º).

Infere-se, conseqüentemente, que a própria legislação vigente objetivou, a depender das hipóteses e circunstâncias de cada caso concreto, adotar sanções penais mitigadas, ao reconhecer desnecessária a aplicação da pena descrita no *caput* do art. 33, se não presentes os fatos em que se reconheça no autor do delito a condição de traficante contumaz.

Desse modo, a minorante do mencionado art. 33, possibilitou a aplicação de uma pena mais proporcional e condizente à conduta da figura do pequeno traficante, em início de atividades ilícitas, não necessitando assim, de uma sanção igual a descrita no *caput* do citado artigo, incluindo também, ao agente que realiza o tráfico sem finalidade mercantil. Por conseguinte, houve a possibilidade da aplicação de uma reprimenda penal proporcional ao fato delituoso praticado, quando tratar-se de pequenas infrações de tráfico de drogas, ou seja, há a inexistência de maior potencial ofensivo.

Interessante a reflexão do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação nº. 1.0024.11.311459-9/001⁵⁷, de Relatoria do Desembargador Eduardo Machado, de 23.09.2014:

⁵⁷ **EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O USO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – COLABORAÇÃO PARA O TRÁFICO – NÃO COMPROVAÇÃO DE FORMAÇÃO DE GRUPO, ORGANIZAÇÃO OU ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - INVIABILIDADE – FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO – POSSIBILIDADE – RECURSOS PARCIALMENTE PROVÍDOS.** 1. Comprovado nos autos que os acusados incorreram em uma das condutas do art. 33, “caput”, da Lei 11.343/06, em vista da prova material e oral colhidas, confirmadas sob o crivo do contraditório, sobretudo pelos depoimentos dos policiais militares que efetuaram as prisões em flagrante, não há que se falar em absolvição ou desclassificação para o delito de uso de drogas. 2. Os depoimentos de policiais militares como testemunhas gozam de presunção *iuris tantum* de veracidade, portanto, prevalecem até prova em contrário. 3. O tipo penal descrito no art. 37 da Lei 11.343/06 pune o informante que colabora com grupo, organização ou associação criminosa, tipos de reuniões de pessoas inexistentes *in casu*. 4. Considerando que a Corte deste Egrégio Tribunal consolidou, no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº. 1.0145.09.558174-3/003, a possibilidade de fixação de regime prisional aberto ou semiaberto aos condenados pelo delito de tráfico de drogas em sua figura privilegiada, considerando que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já convergiram para este mesmo entendimento, e considerando, ainda, a desproporcionalidade de fixação de regime fechado quando a pena privativa de liberdade é passível de substituição por sanções restritivas de direito, é de rigor que se analise, para efeitos de fixação de regime, as regras estabelecidas no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c. art. 59, ambos do CP, respeitando-se, assim, os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, com a finalidade, sempre, de privilegiar a ressocialização do condenado. V.V. A incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º,

Vê-se, portanto, que o privilégio não se harmoniza com a hediondez. São conceitos incompatíveis, antagônicos. Não se pode ter por repugnante, asqueroso, nojento, um tipo derivado benéfico, cuja estrutura indica um crime menor, mais brando, merecedor de tratamento penal benigno.

O denominado tráfico privilegiado merece resposta penal menos gravosa exatamente porque se considera que o agente se envolveu ocasionalmente com esta espécie delitiva, não é reincidente, não ostenta maus antecedentes, não se vincula a qualquer organização criminosa e não faz da prática de crimes, em especial de crimes contra a saúde pública, seu meio de vida, não está a usufruir, costumeiramente, dos lucros desta atividade ilícita.

Outra linha de defesa adotada por doutrinadores a fim de descaracterizar a hediondez quando incidente a minorante em análise, seria que o legislador ordinário não incluía nas vedações do art. 44 da Lei de Tráfico de Drogas, a hipótese de tráfico privilegiado, onde houve referência, apenas, ao *caput* e ao § 1º, ambos do art. 33 e aos arts. 34 a 37. Aduzem, ainda, que o privilégio não fora objeto de previsão no *caput*, art. 2º, da Lei nº. 8.072/90.

Outro argumento utilizado, seria que o art. 44 possuísse o intuito de incluir o tráfico privilegiado, o legislador não faria a mesma vedação, de forma expressa, no art. 33, § 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, [...]'*). Asseveram também, que o objetivo fora oportunizar um trato específico e diferenciado, se presentes os requisitos, para concessão da causa de redução da pena no tráfico.

A Constituição Federal de 1988 veda a graça, ou seja, o indulto individual, enquanto que a Lei nº. 11.343/2006 proíbe a sua concessão aos crimes arrolados em seu art. 44. Todavia, o Presidente da República, por intermédio do Decreto nº. 6.706, de 22.12.2008, concedera, com a imposição de certas condições, o benefício do indulto, a réus condenados pelo delito do § 4º, do art. 33 da citada lei. Reforçando, em síntese, a tese de não equiparação a hediondo do tráfico privilegiado.

Outra defesa adotada quanto a ausência de hediondez quando presente a minorante, a fim de ratificar esse posicionamento, buscam embasamento jurídico,

da Lei 11.343/2006, não retira a hediondez do delito, impondo-se a aplicação do regime inicial fechado. A aplicação do § 4.º, do art. 33, da Lei 11343/06, traz à baila a figura do tráfico privilegiado, que não está elencado no rol de crimes hediondos ou a esses equiparados.
Disponível em: <
<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=10024113114599001201410674>
>. Acesso em: 20 marc. 2016.

também, na decisão do Supremo que afastara a hediondez do crime de homicídio qualificado-privilegiado.

Realizando-se uma analogia ao crime de homicídio qualificado-privilegiado, a corrente doutrinária nesse sentido, sustenta que se não o é hediondo, visto que, a Lei nº. 8.072/90 não previra, expressamente, essa figura híbrida, assim, também não ocorrera com o tráfico privilegiado. Desta forma, não se deve conferir tratamento distinto, posto que não há argumento jurídico razoável e verossímil.

4.2 Da equiparação ao hediondo

Em sentido contrário ao esposado no subitem anterior, há os juristas que consideram o tráfico privilegiado, mesmo quando presente a minorante do parágrafo 4º, equiparado a crime hediondo.

Asseguram que o § 4º, do art. 33, da Lei nº. 11.343/2006 refere-se a um tipo autônomo em relação ao descrito no *caput*, assim como, asseveram que o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos e a de Tráfico de Drogas não pretenderam conferir distinção alguma, quando incidente a causa de diminuição de pena. Coaduna-se com esse seguimento, Guilherme Nucci (2010. p. 361.):

Lembremos de alertar que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, *caput*, e no § 1º, que assim são considerados.⁵⁸

Alinha-se também a esse entendimento, o doutrinador Rogério Greco:

Partindo da análise do dispositivo legal, já nos manifestamos no sentido de que “o § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas ofende o princípio constitucional da proporcionalidade e, por isso, é inconstitucional” (*Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 789). De fato, a referida previsão legal já se mostra incompatível com a vontade do constituinte, que, ao editar autêntico mandado expresso de criminalização, classificou o crime de tráfico de drogas como equiparado a hediondo, impondo, em consequência, uma série de vedações (anistia, graça, fiança), bem como outros efeitos importantes, merecendo destaque a progressão de regime em prazos mais rigorosos. Ao permitir a generosa redução de pena de 1/6 a 2/3 ao “traficante de primeira viagem”, o legislador já demonstrou postura contrária à exigida pela CF/88,

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

tornando possível que o indivíduo seja sentenciado como a pena simbólica de 1 ano e 8 meses de reclusão.
 Considerar que a aludida minorante também seria apta a afastar a hediondez do delito representaria choque frontal aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, já fragilizados pela branda previsão do legislador ordinário.⁵⁹

No âmbito jurisprudencial, cabe observar o posicionamento adotado quanto ao tema pelo Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

O STJ aprovava a Súmula nº. 512, onde consolida a tese de que o caráter hediondo não deixa de incidir, mesmo, nos casos em que estejam presentes as circunstâncias exigidas para a causa de diminuição de pena, do art. 33, da Lei de Tráfico de Substâncias Entorpecentes. A tese fora utilizada pela 3ª Seção e pelas duas Turmas a ela vinculadas (Quinta e Sexta), no Recurso Especial nº. 1329088/RS⁶⁰, com relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 13 de março de 2013.

Os ministros sustentaram que a aplicação da minorante para o tráfico, quando presentes os requisitos de primariedades, bons antecedentes, não integrar organização criminosa não significa o reconhecimento da menor gravidade do crime, bem como, da existência da figura do privilégio. Asseguram que o legislador visava conceder um benefício ao pequeno traficante, com pouco envolvimento com a criminalidade, a fim de lhe assegurar uma rápida ressocialização.

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Súmula 512 do STJ**. Disponível em: < <http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/sumula-512-do-stj/>>. Acesso em 20 marc. 2016.

⁶⁰ RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE. **1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.** 2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização. 3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26655741&num_registro=201201242080&data=20130426&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em 20 marc. 2016.

Cita-se, por oportuno, o esclarecedor voto do ministro relator, no REsp. nº. 1329088/RS:

Outrossim, observa-se que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 elenca como requisitos necessários para a sua aplicação circunstâncias inerentes à pessoa do agente, e não à conduta por ele praticada.

Destarte, a primariedade, os bons antecedentes, bem como a não dedicação a atividades criminosas, nem a integração em organização criminosa são fatos que dizem respeito à pessoa do apenado. Em razão dessas circunstâncias – e não de uma eventual menor gravidade da conduta de traficar –, entendeu o legislador que poderia ser reduzida a pena do condenado.

A hipótese é diferente da situação paradigma que é sempre invocada, referente ao homicídio privilegiado, uma vez que, neste, a redução da pena é feita em razão de circunstâncias inerentes à razão da prática da conduta, as quais o legislador entendeu diminuir a gravidade da conduta.

É a conclusão que se extrai da leitura do art. 121, § 1º, do Código Penal, o qual estabelece que, *se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 a 1/3 (um terço).*

Essa, entretanto, não é a mesma hipótese do crime de tráfico de drogas.

A causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não é aplicada por ser a conduta menos grave, mas surge por razões de política criminal, como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma mais rápida oportunidade de ressocialização.

Necessário colacionar, o parecer da ministra Assusete Magalhães, em seu voto, no REsp. supracitado, quanto a criação de um tipo autônomo:

Ora, a causa de redução da pena, inscrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não altera a tipificação do tráfico de drogas. Ela somente permite a diminuição da pena a ser aplicada. Em outras palavras, não gera um tipo privilegiado ou qualificado do crime, o que poderia ensejar o entendimento de criação de delito autônomo, com o afastamento do caráter de hediondez.

Consoante o parecer do STJ, filia-se o jurista Luiz Flávio Gomes:

De acordo com o ministro Gilson Dipp, “a redução da pena, em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição, não implica desconsiderar as razões que levaram o legislador constituinte a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas”.

Os crimes hediondos, no Brasil, ganharam um regramento jurídico específico. Quando se fala em crime hediondo imediatamente todos voltamos nossas atenções para a Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII), para a Lei 8.072/90 e suas modificações posteriores. O tráfico privilegiado, de acordo com o

julgado acima citado, entra nesse regramento especial. A única cautela que o operador jurídico tem que ter é a seguinte: nem tudo que está nas leis (sobre o assunto) vale. Há muita inconstitucionalidade nessa área. Por exemplo: a proibição genérica de liberdade provisória, a proibição de substituição da pena de prisão por penas alternativas etc⁶¹.

No Supremo Tribunal Federal tramita o *Habeas Corpus* nº. 110884/MS, que foi submetido ao Plenário, onde discute-se, a equiparação aos crimes hediondos do chamado “tráfico privilegiado”.

O HC fora impetrado pela defesa, a um homem condenado a 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão por tráfico internacional de drogas. A tese adotada pelos advogados do réu, sustentam que sua conduta se enquadra na figura privilegiada, razão pela qual, não deve ser equiparada a hediondo, visto que, não fora expressamente identificada no art. 2º da Lei nº. 8.072/90. Argumentam ainda, que a hediondez refere-se tão somente ao *caput*, da Lei nº. 11.343.

O ministro Celso de Mello sugerira que o HC fosse submetido ao Plenário do STF, em razão de não haver posição pacífica quanto ao tema. O ministro relator, Ricardo Lewandowski, e os demais integrantes da Segunda Turma acolheram a proposição, em função da “dada a sua relevância e caráter constitucional da matéria”.

O julgamento do HC nº. 110.884/MS encontra-se suspenso, por pedido de vista do ministro Gilmar Mendes. Todavia, já fora proferido 06 (seis) votos, dentre os quais, o da ministra-relatora Cármen Lúcia, e dos ministros Teori Zavascki, Luis Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fuz.

A ministra-relatora do recurso manifestou-se a favor da defesa do réu e da manutenção da sentença de primeiro grau, no sentido, de que o tráfico privilegiado não deve ser equiparado a figura do hediondo. Argumentara que quando presentes os requisitos de primariedade, bons antecedentes, e desde que, o agente não integre uma organização criminosa, a ele não podem ser aplicadas as mesmas penas severas que aos hediondos.

Acompanhara o voto da relatora, o ministro Roberto Barroso, onde afirmou:

O crime de tráfico privilegiado comporta uma pena de bem menos que quatro anos. Se aplicadas todas as diminuidoras de pena, ela cai para um ano e oito meses. E se o ordenamento jurídico apena a conduta com um ano e oito

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. **Tráfico de Drogas, ainda que privilegiado, é hediondo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-02/coluna-lfg-traffic-drogas-ainda-privilegiado-hediondo>>. Acesso em: 20 març. 2016.

meses de prisão, evidentemente não a está tratando como uma conduta que possa receber o tratamento de crime hediondo.

A divergência iniciou-se com o voto do ministro Luiz Edson Fachin, segundo o qual, a minorante da Lei de Tráfico de Drogas fora estabelecida pelo legislador por razões de política criminal, e não por considerarem a conduta menos gravosa. Alinharam-se a ele, os ministros Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux.

Zavasscki sublinhou que o § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas, se refere a conduta do autor do crime, não havendo relação com “a situação pessoal do agente”. Pontuou ainda que:

Não posso conceber que um crime seja hediondo no caso de o agente ter maus antecedentes e não seja porque ele tem bons antecedentes. Essa distinção não é suficiente para estabelecermos uma concessão que a Constituição não estabelece.

Luiz Fux também acentuara que: “A causa de diminuição da pena não descaracteriza o tráfico de drogas como crime hediondo”, acrescentando que “o chamado tráfico privilegiado é figura inexistente no Código Penal”.

Destarte do esposado, na esfera do Supremo, cabe ressaltar, que a Primeira Turma do STF consolidara entendimento de que a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei de Tráfico de Drogas, não afasta a sua natureza hedionda. Para tanto, colaciona-se a ementa do HC nº. 114.452/RS, com relatoria do ministro Luiz Fux, julgado em 16 de outubro de 2012.

Constitucional e penal. Agravo regimental no Habeas corpus. HC substitutivo de recurso ordinário. Inadmissibilidade. Entendimento recente da Turma. Tráfico de entorpecentes. Progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena. Improcedência: Exigência legal do cumprimento de 2/5 da pena, se o réu for primário, e de 3/5, se for reincidente. Ausência de error in iudicando que justifique a concessão, ex officio, do writ. 1. A Primeira Turma desta Corte, em acórdão recente, proferido no HC n. 109.956, decidiu “não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC)”, não fazendo sentido qualquer retrocesso. **2. A minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior.** 3. O reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se as frações de 2/5, se primário, e de 3/5, se reincidente, previstas na Lei de Drogas, constituirá incentivo a que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que

permanecerão presas. 4. Agravo regimental desprovido.⁶² **(Grifo nosso)**.

Verifica-se que a segunda Turma também possui precedente nesse sentido, com o HC nº. 118.557/MS, de relatoria de Ricardo Lewandowski.

⁶² BRASIL. STF (Primeira Turma). HC nº 114452 AgR. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julg. 16 out. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000195354&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 marc. 2016.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, no presente trabalho acadêmico, que a Constituição Federal conferiu tratamento diferenciado aos crimes hediondos e os a ele equiparados, como o tráfico de drogas, vedando ainda, a concessão de fiança, anistia, graça e indulto.

Verificou-se que a Lei nº. 8.072/90, objetivou definir e regulamentar os crimes hediondos e os seus assemelhados, onde, definira regras de cunho penal, processual penal e de execução criminal.

Embora, o art. 44 da Lei nº. 11.343/2006 vedara a aplicação de diversos institutos aos crimes previstos no Art. 33, *caput* e § 1º, e dos arts. 34 ao 37, tais como, a fiança, o *sursis*, graça, indulto, anistia, a liberdade provisória e a conversão de suas penas em restritivas de direito, observou-se, que a jurisprudência brasileira passara a possibilitar a concessão de alguns institutos aos crimes hediondos, a fim de garantir que o acusado da prática de crimes de qualquer natureza, goze de todas as garantias materiais e processuais inerentes ao devido processo legal, em respeito também, aos princípios da presunção de inocência, proporcionalidade e da individualização da pena.

O tráfico de drogas, em sua modalidade privilegiada, é uma causa de diminuição de pena, com o condão de reduzir a sanção a um *quantum* inferior a 04 (quatro) anos, tendo sido estudado, todavia, que o STF, no julgamento do HC nº. 97256/RS, entendera como inconstitucional a expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito”, presente no art. 33, § 4º, assim como, no Art. 44 da Lei de Tráfico de Drogas.

A causa de redução da pena, do art. 33 da supracitada lei, impõe a observância de 04 (quatro) requisitos legais para que o autor de tráfico faça jus ao benefício, dentre os quais, a primariedade, possuir bons antecedentes, não se dedicar as atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha dirimido a matéria, objeto do presente estudo, verificou-se que o STJ já consolidara posicionamento acerca da manutenção da natureza hedionda ao tráfico privilegiado, observando-se ainda, que o Supremo inclina-se nesse sentido, ao analisarmos os seus recentes julgados quanto ao tema, bem como, ao constatar-se, a posição majoritária da 1ª Turma desta Corte, que alinha-se ao Superior Tribunal.

Ademais do esposado, ainda que o agente que cometa o tráfico atenda aos requisitos do § 4º, do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, ou seja, possua bons antecedentes, seja réu primário, em suma, não se enquadre no perfil do traficante contumaz, e, por conseguinte, ao que expõe a droga com fins de lucro, deve-se atentar, todavia, que continua sendo traficante, havendo, em consequência, estímulo à traficância.

Correto, portanto, a posição doutrinária e jurisprudencial no tocante ao caráter hediondo do tráfico de drogas, ainda que privilegiado, pois, trata-se de uma causa de redução de pena concedida a um crime equiparado a hediondo.

Ademais, o legislador, ao possibilitar a aplicação da citada minorante, deixara de considerar, preponderantemente, a valoração negativa do resultado ou da conduta, garantindo a devida importância, à análise da culpabilidade e condição pessoal do agente, respeitando, com as devidas ressalvas, os princípios da proporcionalidade, culpabilidade e da individualização da pena, concedendo ao magistrado um parâmetro para reprovação individual de cada infrator.

Em conclusão, embora, este Trabalho de Conclusão de Curso filie-se a posição majoritária da doutrina e do STJ, é imprescindível, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal dirima essa questão controversa, posto que, trata-se de assunto de cunho constitucional que interfere no cotidiano da sociedade, necessitando, deste modo, garantir segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1 .

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000-2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Novas penas alternativas**. 3. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado,1998.

_____. Decreto-Lei no 2.484 de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Senado Federal. 1.940.

_____. Decreto-Lei no 3.688 de 03 de Outubro de 1.941. **Lei das Contravenções Penais**. Brasília, DF: Senado Federal. 1.941.

_____. Decreto-Lei no 3.914 de 09 de Dezembro de 1.941. **Lei de Introdução do Código Penal**. Brasília, DF: Senado Federal. 1.941.

_____. Decreto-Lei no 3.925 de 17 de Setembro de 2.001. Brasília, DF: Senado Federal. 2.001.

_____. Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de Dezembro de 1.941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal. 1.941. BRASIL. Lei 8.072 de 25 de Julho 1.990. Brasília, DF: Senado Federal. 2.006.

_____. **Lei 11.343**, de 23 de Agosto de 2.006. Brasília, DF: Senado Federal. 2.006.

CAPEZ, Fernando. **Súmula 512 do STJ**. Disponível em:
<<http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/sumula-512-do-stj/>>.
Acesso em 20 marc. 2016.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas: reeducação adequada ou estímulo a impunidade?**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CRUZ, Walter Rodrigues da. **As penas alternativas no direito pátrio**. Leme: LED, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Podivm, 2011.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **Nova lei de drogas comentada: artigo por artigo à luz da lei n. 11.343/2006**. Leme, SP: Cronus, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343, de 23.08.2006**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Tráfico de Drogas, ainda que privilegiado, é hediondo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-02/coluna-lfg-traffic-drogas-ainda-privilegiado-hediondo>>. Acesso em: 20 març. 2016.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito penal**. 10. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008. v. 1.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 26. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Lei antidrogas anotada: comentários à lei n. 11.343 de 2006**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010-2011. v. 1.

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

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1, parte geral: arts. 1ª a 120. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Paulo. **Notas sobre a Lei de Drogas**. Disponível em: < <http://www.pauloqueiroz.net/notas-sobre-a-lei-de-drogas/> >. Acesso em 17 fev. 2016.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. Política criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SANCHES, Rogério. **Legislação Penal Especial** – Intensivo II. LFG: 2011.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei n.7.209 de 11-07-1984 e a Constituição Federal de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.