



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

CIÊNCIAS CRIMINAIS

PAULO VICTOR RODRIGUES CASTRO

NATUREZA AUTÔNOMA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO – NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO

SALVADOR - BA

2018

PAULO VICTOR RODRIGUES CASTRO

**NATUREZA AUTÔNOMA DO CRIME DE TRÁFICO DE
DROGAS PRIVILEGIADO – NECESSIDADE DE
AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Ciências Criminais.

SALVADOR - BA

2018

PAULO VICTOR RODRIGUES CASTRO

**NATUREZA AUTÔNOMA DO CRIME DE TRÁFICO DE
DROGAS PRIVILEGIADO – NECESSIDADE DE
AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2018

Para os meus pais, Tulio e Dilma, pelo incentivo e por sempre acreditarem nas minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus, por me permitir concluir uma importante etapa de mais uma jornada acadêmica e me ajudando a trilhar os caminhos da vida, por vezes, tormentosos.

Aos meus pais, Marcos Tulio de Assis Castro e Dilma Lessa de Assis Castro, minhas maiores fontes de inspiração e razões do meu viver. Serei eternamente grato pelo apoio, dedicação carinho e amor.

À minha irmã, Bruna Luísa Rodrigues Castro, pelo apoio e incentivo.

Ao meu querido Tio Adailton (*in memoriam*), pela torcida incansável. Mesmo tendo deixado precocemente esse mundo, tenho a certeza de que continua me olhando e guiando os meus passos.

Aos meus amigos/ irmãos do “TDP/PKB”. A distância não será capaz de dissipar ou encolher essa amizade verdadeira.

À Anna Clara, pelo companheirismo, carinho e apoio incondicional.

Aos professores e colegas da pós-graduação da Faculdade Baiana de Direito. Em especial, ao professor Gamil Foppel e a minha querida colega Daniele Ramos Martins, sempre prestativa e carinhosa.

“Maior que a tristeza de não haver vencido é a vergonha de não ter lutado”. Rui Barbosa.

RESUMO

Debruçado numa pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico, o presente trabalho de pesquisa monográfica objetiva demonstrar a necessidade (tanto na esfera social quanto na esfera jurídica) de diferenciar os diversos componentes no crime de tráfico de drogas, principalmente, buscar a distinção legal do tráfico de drogas para a conduta doutrinariamente denominado como tráfico de drogas privilegiado. Além da necessária distinção entre as condutas previstas na lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, será abordado o conceito e classificação dos denominados crimes hediondos. Existem algumas controvérsias, em relação ao afastamento da hediondez do crime de tráfico de drogas, sendo certo que, as diversas variações que caracterizam o tipo penal são desconsideradas. Objetiva-se através de um amplo estudo legislativo, doutrinário e jurisprudencial, analisar as contradições sobre o tema, buscando esclarecer os pontos dúbios, assim como, descrever os detalhes que o compõem. Toma-se como marco temporal a Constituição de 1988 e, as leis que influenciam diretamente o Direito Penal e o Crime de Tráfico de Drogas. A metodologia se dará por meio da pesquisa básica e bibliográfica, exemplificada pela abordagem jurídica, desde a análise do conceito de crime, passando pelos princípios constitucionais intrínsecos ao tema e, por fim, demonstrar através da doutrina e das leis os contornos acerca do que de fato são crimes hediondos e suas nuances. Como resultado, observa-se que é necessário um olhar crítico em relação aos crimes hediondos, levando em consideração que o Supremo Tribunal Federal já afastou a hediondez dos crimes de Tráfico de Drogas Privilegiado.

Palavras-Chave: Tráfico de Drogas – Tráfico de Drogas Privilegiado – Crime Autônomo – Benefícios Constitucionais – Crimes Hediondos.

ABSTRACT

The present work of a monographic research aims at demonstrating the need (both in the social sphere and in the legal sphere) to differentiate the different components in the crime of drug trafficking, in particular, to seek the legal distinction between drug trafficking for the conduct doctrinally termed as privileged drug trafficking. In addition to the necessary distinction between the conduct provided for in Law 11,343, dated August 23, 2006, the concept and classification of so-called heinous crimes will be addressed. There are some controversies regarding the removal of the heinousness of the crime of drug trafficking, although the various variations that characterize the criminal type are disregarded. It is intended through a broad legislative, doctrinal and jurisprudential study, to analyze the contradictions on the subject, seeking to clarify the dubious points, as well as to describe the details that compose it. The Constitution of 1988 and the laws that directly influence the Criminal Law and the Crime of Drug Trafficking are taken as the time frame. The methodology will be based on basic and bibliographical research, exemplified by the legal approach, from the analysis of the concept of crime, through the constitutional principles intrinsic to the theme, and, finally, to demonstrate through doctrine and laws the contours of what fact are heinous crimes and their nuances. As a result, it is noted that a critical eye is needed on heinous crimes, taking into account that the Federal Supreme Court has already removed the heinousness of the Privileged Drug Trafficking crimes.

Keywords: Drug Trafficking - Privileged Drug Trafficking - Autonomous Crime - Constitutional Benefits - Hediond Crimes.

LISTA DE ABREVIATURA

CF – Constituição Federal.

CP – Código Penal.

CPP – Código Processual Penal.

MP – Ministério Público.

MPF – Ministério Público Federal

STF – Supremo Tribunal Federal.

LEP – Lei de Execução Penal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS	12
2.1. Origem e Informações Iniciais	12
2.2. Evolução Histórica da Lei de Crimes Hediondos – Visão Constitucional em Torno da Lei.....	14
2.3. Aspectos Jurídicos	17
2.4. Aspectos da Lei de Crimes Hediondos Voltados para o Crime de Tráfico de Drogas	20
2.5. Consequências Impostas aos Crimes Hediondos.....	23
3. ANÁLISE ACERCA DAS PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS PARA OS CRIMES HEDIONDOS	24
3.1. Compreensão em Torno do Indulto	24
3.2. Aspectos Constitucionais do Indulto.....	26
3.3. Compreensão em Torno da Comutação.....	29
3.4. Compreensão em Torno da Anistia.....	31
3.5. Compreensão em Torno da Graça.....	32
3.6. Compreensão em Torno da Liberdade Provisória.....	32
3.7. Compreensão em Torno do Cumprimento de Pena.....	36
3.8. Compreensão em Torno das Penas Restritivas de Direito.....	42
3.9. Compreensão em Torno da Suspensão Condicional da Pena (Sursis).....	45
3.10. Benefícios Prisionais.....	46
3.11. Recolhimento à Prisão Para Apelar.....	49
3.12. Livramento Condicional.....	50
4. TRÁFICO DE DROGAS	50

4.1. Considerações Iniciais.....	50
4.2.Visão Social Envolvendo o Uso de Drogas e o Tráfico de Drogas Privilegiado	53
4.3. Divergências Doutrinárias e Jurisprudenciais – Tráfico de Drogas na Modalidade Privilegiada deve ter sua Hediondez Afastada?.....	57
4.4. Tráfico de Drogas Privilegiado – Crime Autônomo (Não Podendo ser Considerado Crime Equiparado a Hediondo) ou Apenas Causa de Diminuição De Pena (Devendo ser Mantido o seu Caráter de Crime Equiparado a Hediondo).....	64
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.....	76

1. INTRODUÇÃO

Logo de imediato, importante registrar que é completamente compreensível a revolta encontrada em diversas camadas da sociedade brasileira no que tange a segurança pública. O Brasil vivencia um cenário altamente violento e, sem sombra de dúvidas, o tráfico de drogas é o principal responsável por esse cenário brutal.

Porém, é necessário separar o “*joio do trigo*”, distinguir as condutas relevantes dentro do fato típico tráfico de drogas das condutas secundárias - distinguir o traficante real, aquele que integra de fato uma organização criminosa, que lucra demasiadamente com as vendas de drogas, que pratica diversos outros crimes autônomos em torno do crime de tráfico; daquele agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa.

Tal análise exige um olhar crítico para a situação que envolve o Tráfico de Drogas no Brasil. A distinção entre as diversas condutas em torno do texto normativo trouxe à tona a existência de um fato típico autônomo, qual seja: o Tráfico de Drogas Privilegiado.

O surgimento jurisprudencial/ doutrinário de um tipo penal específico e autônomo, alterou a aplicação das consequências estabelecidas para o rol de crimes tidos como hediondos.

De forma mais objetiva, o surgimento do reconhecimento da autonomia do crime de tráfico privilegiado, ocasionou o afastamento do caráter hediondo para os denominados “pequenos traficantes” (agentes primários, de bons antecedentes, que não se dedicam às atividades criminosas nem integram organização criminosa).

Será analisado e abordado – de forma crítica e objetiva – a possibilidade da concessão de diversos benefícios (vedados para os crimes hediondos) para o condenado pelo delito de Tráfico Privilegiado.

Doutrinadores renomados como: Cesare Beccaria, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio, Luiz Flávio Gomes, Cezar Roberto Bittencourt, Rogério Greco, Antonio García-Pablos de Molina, Paulo César Busato, Renato Brasileiro de Lima,

Zaffaroni, dentre outros, darão embasamento ao desenvolvimento do tema em questão.

A escolha do tema deu-se através de observações, leituras e conversas. É nítido que existem muitas dificuldades em estabelecer esse diálogo entre a interpretação literal da lei e as interpretações as quais podem esta compor.

Desse modo, esse artigo tem como questionamento principal a abordagem acerca do tratamento diferenciado para o Tráfico de Drogas Privilegiado, com o afastamento do caráter hediondo desse delito.

2. CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

2.1 ORIGEM - INFORMAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º algumas restrições envolvendo determinadas condutas típicas, veja-se:

Art. 5º, inciso 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". (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

Faz-se necessário frisar, que a Constituição da República Federativa do Brasil, demonstrou em seu escopo - trecho citado acima - algumas restrições legais direcionadas aos crimes hediondos, isso no ano de 1988.

Posteriormente, se fez necessário a criação de uma lei específica para tratar, conceituar e taxar quais seriam os crimes considerados hediondos, trataremos dessa lei logo em seguida.

De forma rasteira e superficial, pode-se afirmar que a lei dos crimes hediondos foi criada para tentar buscar a tranquilidade e a convivência pacífica entre todos, ou, pelo menos, minimizar os efeitos da violência.

Nas décadas de 80 e 90 houve um aumento real e exponencial da criminalidade. Diversos crimes violentos passaram a aterrorizar a sociedade brasileira. A sociedade – por sua vez - passou a exigir um tratamento mais duro e combativo contra determinados crimes.

O legislador – observando o aumento progressivo da criminalidade – buscando dar uma resposta efetiva para a sociedade, bem como tentando combater os crimes considerados mais gravosos, criou a Lei dos Crimes Hediondos (nº 8.072/90).

Ou seja, a Lei 8.072/90 tem seu nascimento atrelado à cobrança de penas mais rigorosas frente aos crimes mais bárbaros, não criando, no entanto, nenhum novo tipo penal, utilizando como base os delitos elencados no Código Penal Brasileiro e em leis esparsas.

Registra-se que muitas críticas foram feitas ao termo “hediondo”, haja vista que, não foi dada definição legal para o mesmo, criando certa esfera de incerteza quanto à interpretação a ser dada.

Para o senso comum, os crimes hediondos são aqueles conhecidos por serem mais bárbaros e cruéis, os quais são vistos socialmente como repugnantes, que aterrorizam a todos e, traz revolta em uma magnitude maior que os demais crimes existentes.

Competiu aos doutrinadores definir o emprego da palavra “hedionda”, que, nas palavras de Souza e Silva leciona-nos:

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

Com o passar do tempo, algumas outras leis modificativas da Lei dos Crimes Hediondos (n. 8.072/90) foram sendo criadas resultando em alterações na lei inicial e contribuindo para as nuances e questionamentos acerca da hediondez como balizadora dos crimes de Tráficos de Drogas.

As alterações legais serviram para adequar o texto inicial ao comando sentencial, incluir novos tipos penais e se amoldar ao entendimento jurisprudencial do momento.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS – VISÃO CONSTITUCIONAL EM TORNO DA LEI

Permita fazer uma abordagem acerca da evolução temporal na lei de crimes hediondos. A lei de crimes hediondos para ser realmente entendida não basta uma análise literal da sua redação positivada, é necessário interpretar a norma escrita com a origem do direito penal, como sendo um momento de reação social e repressão estatal, entretanto, tal revolução punitivista deve observar as garantias constitucionais. Nesse passo, objetiva-se não só demonstrar o porquê de seu surgimento, mas também afirmar que o ser humano, mesmo delinquente, goza de proteção constitucional.

Não há dúvidas em relação ao aumento dos conflitos causados em decorrência do agrupamento sociais implantado na sociedade moderna. Por essa razão, se torna necessário a alteração e modernização dos mecanismos de repressão e/ou solução de conflitos, se adequando as novas mudanças sociais.

Importante registrar logo nesse primeiro momento que o Brasil adotou na Constituição Federal o regime de Estado Democrático de Direito que, em síntese, abarca os chamados direitos fundamentais.

Como já afirmado anteriormente, na década de 1990, o Brasil sofreu um aumento nos casos de violência, principalmente em relação aos crimes de roubo, estupro, homicídios e extorsão mediante sequestro.

O aumento exponencial na criminalidade no Brasil, acarretou algumas alterações legislativas, culminando com a criação da Lei 8072/90, com o principal objetivo de elencar crimes que seriam tratados de maneira mais rigorosa.

Logo após a publicação do diploma legal, diversos doutrinadores teceram críticas ao comando legislativo. A principal crítica formulada é de que o rigor utilizado pelo legislador fere alguns princípios constitucionais como o da legalidade, quando houve a seleção abrangente de tipos penais, e o princípio da individualização da pena, já que o julgador fica restrito quando da fixação da pena.

As críticas doutrinárias foram encaminhadas e discutidas em julgamentos no poder judiciário. Diante disso, a redação criada pela lei originária foi alterada. O legislador criou duas leis posteriores aumentando o rol de crimes já previstos. As mudanças decorrem das seguintes leis: Lei nº 8.930/94, Lei nº 9677/98, Lei nº 9.695/98 e a Lei nº 12015/09.

A Lei nº 8.930/94 gerou mudanças significativas na redação originária da lei de crimes hediondos derivadas principalmente do momento histórico vivido pelo Brasil e dos anseios populares a repressões mais severas. Alguns doutrinadores apontam que dois fatos foram decisivos para a alteração do texto legal, quais sejam: as chacinas da Candelária e do Vigário Geral e a morte da atriz Daniela Perez.

A Lei nº 8.930/94 incluiu o crime de homicídio qualificado e aquele cometido por grupo de extermínio no rol de crimes hediondos.

A lei seguinte foi a de nº 9.677/98 que incluiu o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto, destinado a fins terapêuticos ou medicinais, posteriormente alterada sua redação pela lei e a nº 9.695/98.

Uma outra inovação à Lei 8.072/90, essa alteração decorre exatamente da observância dos princípios constitucionais, é a respeito da fiança e da liberdade provisória.

Antes da Lei 11.464/07 a fiança e a liberdade provisória eram proibidas em relação aos crimes hediondos. Com o advento da nova lei a fiança permaneceu proibida, entretanto a liberdade provisória passou a ter sua concessão permitida em relação aos crimes hediondos.

No entanto, entendo que a principal polêmica em torno da lei de crimes hediondos, gira em torno da vedação ao direito do apenado de progredir de regime, vedação esculpida no texto da lei 8.072/90.

A partir da edição do texto normativo, foi objeto de grande discussão no que tange a inconstitucionalidade de algumas de suas disposições, mais precisamente a respeito da proibição da progressão de pena.

A celeuma tomou proporções tão grandes que culminou na declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, o artigo afrontava diretamente os princípios da isonomia, da legalidade, da individualização, da humanização da pena e da dignidade da pessoa humana.

A respeitada doutrinadora Marisya Souza e Silva, em sua obra Crimes hediondos e progressão de regime prisional. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009, p.176, afirma que o dispositivo citado, que determinou a proibição da progressão de regime, afronta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, pois:

Estabeleceu pena cruel ao sentenciado, tratando-o como sujeito que merece o pior dos castigos, qual seja: ser mantido recluso nas dependências físicas do presídio durante todo o período da reprimenda.

Afirma, ainda, que a Lei de Crimes Hediondos viola também o chamado princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, já que não difere o caso concreto do fato típico, submetendo todas as situações a tratamento rigoroso, veja-se:

A antiga Lei dos Crimes Hediondos violou o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade ao estabelecer regime prisional cruel para todos os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, independentemente de qualquer circunstância particular, ou seja, considerou todos indistintamente perigosos e sem possibilidade de por méritos próprios exercer o direito à progressão de regime prisional. Na verdade, a referida lei denominou criminosos perigosos os autores, independentemente de o serem ou não.

Nesse aspecto, entende-se que o princípio da individualização da pena é o mais atingido pela Lei de Crimes Hediondos.

A discussão se iniciou quando a Lei nº 9.455/97, que previa os crimes de tortura, dispunha sobre a possibilidade de progressão de regime para esse delito. A partir dessa premissa, os doutrinadores se questionavam: porque o crime de tortura que é equiparado ao hediondo usufruía do benefício e os outros, não.

A partir daí, percebeu-se o flagrante desrespeito aos princípios constitucionais, tais como o da igualdade.

O Supremo Tribunal Federal sanou a problemática no julgamento do HC 82.959-7. Na corte foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90. A edição da Lei nº 11.464/07 culminou no encerramento definitivo dessa controvérsia, permita transcrever a Ementa do histórico Acórdão:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510)

2.3 ASPECTOS JURÍDICOS

A legislação penal, de maneira muito coerente, adotou um tratamento diferenciado - um regime mais rígido e severo - para algumas espécies de crimes, os denominados Crimes Hediondos.

Como observam os doutrinadores Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio, fazendo menção aos crimes hediondos:

Não é aquele que no caso concreto, se mostra repugnante, asqueroso, depravado, horrível, sádico ou cruel, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade do agente, mas sim aquele definido de forma taxativa pelo legislador ordinário. (2007, p. 28).

Dessa maneira, podemos afirmar que o rol de crimes hediondos é taxativo, e encontra previsão na Lei de Crimes Hediondos. São considerados crimes hediondos:

- O Homicídio quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e o homicídio qualificado;
- O Latrocínio (roubo seguido de morte);
- A Extorsão qualificada pela morte;
- A Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada;
- O Estupro;
- O Estupro de vulnerável;
- A Epidemia com resultado de morte, ou seja, propagação de vírus que cause epidemia e resulte na morte de pessoas;
- A Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e
- O Genocídio, tentado ou consumado.

Existem ainda, três tipos penais que não são considerados crimes hediondos, mas, a legislação penal deu um tratamento igualitário, são os chamados Crimes Equiparados a Hediondo, são eles:

- Tráfico de entorpecentes,
- Tortura e
- Terrorismo.

Alguns doutrinadores importantes entendem pela desnecessidade de um tratamento distinto para determinadas categorias de crime.

O respeitadíssimo doutrinador Renato Brasileiro de Lima, em sua obra denominada Legislação Criminal Especial Comentada, volume único, 5ª edição, entende como uma postura “*ingênua*” na busca de solucionar ou minimizar a problemática da segurança pública brasileira. O respeitado doutrinador menciona em

sua obra que o sistema insiste em apresentar “o *Direito Penal como a fórmula mágica capaz de resolver todos os conflitos sociais*”. Permita transcrever importante trecho do seu livro:

Influenciada por uma postura político-criminal 'ingênua, que insiste em apresentar o Direito Penal como a fórmula mágica capaz de resolver todos os conflitos sociais, solucionando os males causados por uma péssima distribuição de rendas, pela miséria, pela fome, pelo desemprego, pela corrupção e pela impunidade, a Constituição Federal dispôs em seu art. 50, inciso XLIII, que "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem." Como se percebe, a norma constitucional impõe um regime jurídico mais gravoso aos crimes de tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, assim como os delitos definidos como crimes hediondos. Nesse último caso, a aplicabilidade do referido preceito está condicionada à definição dessa novel categoria de infrações penais pelo legislador comum. Daí a importância da análise da Lei nº 8.072/90, objeto de nosso estudo nesse capítulo.

Importante esclarecer que o Tráfico de Drogas não se encontra no rol taxativo de crimes hediondos. Entretanto, é mencionado no artigo 50, inciso XLIII da Constituição Federal, do seguinte modo:

A lei considerara inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Como o constituinte inseriu a conjunção aditiva "e" logo após fazer referência à tortura, ao tráfico e ao terrorismo, fazendo menção, na sequência, aos crimes definidos como hediondos, depreende-se que, tecnicamente, tais delitos não podem ser rotulados como hediondos. Logo, como o dispositivo constitucional determina que lhes seja dispensado tratamento idêntico, tortura, tráfico e terrorismo são tidos como crimes **equiparados a hediondos**.

A justificativa para o constituinte originário ter separado os crimes *hediondos dos equiparados a hediondos* está diretamente relacionada ao grau de periculosidade de determinados delitos, bem como à necessidade de assegurar maior estabilidade na consideração destes últimos como crimes mais severamente punidos. Em outras palavras, a Constituição Federal autoriza expressamente que uma Lei Ordinária defina e indique quais crimes serão considerados hediondos.

No entanto, para os crimes equiparados a hediondos, o constituinte não deixou qualquer margem de discricionariedade para o legislador ordinário na medida em que a própria Constituição Federal já impõe tratamento mais severo à tortura, ao tráfico de drogas e ao terrorismo.

2.4 ASPECTOS DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS VOLTADOS PARA O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Apesar da lei de crimes hediondos abordar diversos fatos típicos, o presente trabalho tem o objetivo de concentrar as informações e discussões em torno de um fato típico específico, qual seja: O Tráfico de Drogas.

Embora tratado taxativamente na Constituição (art.05º, inciso XLIII), assim na Lei dos Crimes Hediondos (Art. 2º, caput), a expressão “*tráfico ilícito de entorpecentes*” não consta expressamente na Lei nº 11.343/06. A nova lei de drogas, assim como a anterior (Lei no 6.368/76), não traz um crime cujo *nomen iuris* seja “tráfico de drogas”.

Diante desse quadro nebuloso, objetivando definir e especificar qual crime seria o de tráfico de drogas, utiliza-se a interpretação dada pela jurisprudência na vigência da Lei nº 6.368/76.

As cortes superiores sempre entenderam que o tráfico de drogas abrangeria apenas as condutas dos artigos 12 e 13 da Lei nº 6.368/76. A conduta de associação para o tráfico, então constante do art. 14 da Lei no 6.368/76, não era propriamente tratado como crime equiparado a hediondo.

Após a vigência da nova legislação (nova lei de drogas - Lei nº 11,343/06), a jurisprudência adaptou o seu entendimento, no sentido de considerar como crime de tráfico de drogas os fatos típicos previstos nos artigos 33, *caput*, e §1º, e 34 da Lei nº 11,343/06, excluído desse conceito o art. 35, que traz a figura da associação para fins de tráfico.

Ainda em sede jurisprudencial, tendo em vista a não especificação legal, pode-se inserir, ainda, no conceito de tráfico de drogas o delito de financiamento ao tráfico, previsto no art. 36 da Lei no 11.343/06.

Importante apontar que antes da Lei nº 11,343/06, aquele que financiasse o tráfico de drogas ou de maquinários responderia pelo mesmo crime que o traficante, em concurso de agentes (CP, Art. 29, *caput*).

O legislador com o fito de diferenciar as condutas e punir mais severamente aquele que financia o tráfico, estabeleceu na nova legislação a previsão das condutas em tipos distintos, trazendo, assim, mais uma exceção pluralista à teoria monista. Logo, mesmo considerando que o financiamento se encontra inserido em artigo autônomo, deve-se interpretar que tal figura também se equipara ao "tráfico de drogas", sob pena de patente violação ao princípio da proporcionalidade.

Fica óbvio esse entendimento, na medida em que a lei não pode levar a interpretações absurdas. Explico: se o delito previsto no art. 33 é crime hediondo, é inegável que tal atributo também se estende ao delito que é considerado mais grave, qual seja: o financiamento ao tráfico, sobretudo se levarmos em consideração que, neste, o móvel do agente é a obtenção de bens, direitos e valores com a prática do tráfico de drogas por terceiro.

Utilizando a mesma linha de raciocínio, o tipo penal previsto no art. 37 da Lei nº 11.343/06 ("Colaborar, como informante, com grupo, organização, ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e §1º, e 34 desta Lei") também deve ser rotulado como equiparado a hediondo.

Afinal, o informante, que colabora com grupo destinado ao tráfico de drogas, concorre inegavelmente e de forma determinante para a prática do tráfico de drogas, daí por que esta conduta delituosa também deve ser equiparada a hedionda.

Analisando essa conjectura por outra vertente, entende-se que o art. 44 da Lei no 11.343/06, também não pode ser rotulado como "tráfico de drogas" e, portanto, equiparados a hediondos. De igual modo, os crimes previstos nos artigos 28 (porte ou cultivo de drogas para consumo próprio), 33, §2º (auxílio ao uso), 33, §3º (uso compartilhado), 38 (prescrição ou ministração culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave após o uso de drogas).

Por mais que a Lei nº 11.343/06 não defina expressamente quais seriam os crimes de tráfico de drogas, não se pode perder de vista que a palavra tráfico está vinculada à ideia de comércio, mercancia, trato mercantil, negócio fraudulento, etc, sendo essa a interpretação dada pela jurisprudência moderna. Assim, não se pode querer atribuir a natureza de tráfico de drogas à conduta daquele que divide com outrem um cigarro de maconha, mesmo considerando que tal conduta possui natureza de fato típico (Lei nº 11.343/06, art. 33, §3º), sob pena de rotularmos como equiparado a hediondo um crime cuja pena cominada é de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

O respeitado doutrinador Renato Brasileiro de Lima – na sua obra Legislação Criminal Especial Comentada, volume único, 5ª edição, 1013, explica de forma minuciosa a necessária distinção entre os tipos penais estabelecidos na Lei de Drogas em relação a aplicação da hediondez, descrevendo quais tipos penais podem ser equiparados ao tráfico de drogas - veja-se:

Com o objetivo de evitar que qualquer atividade relacionada à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas fique impune, o legislador descreve no art. 33, § 1º, três condutas equiparadas ao tráfico de drogas.

Há certa controvérsia acerca da possibilidade de concurso de crimes entre as modalidades delituosas do art. 33, caput, e aquelas constantes do § 1º do art. 33. De um lado, parte da doutrina entende que o agente que importa substância entorpecente e também importa matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente deve responder por dois crimes, em concurso material, formal ou crime continuado, a depender do caso concreto,⁸²

Prepondera, no entanto, o entendimento de que as condutas delituosas descritas no §1º do art. 33 têm caráter subsidiário, de modo que sua aplicação só é possível se o agente não for punido por qualquer das figuras previstas no caput. Portanto, desde que as

condutas sejam praticadas em um mesmo contexto - por exemplo, agente utiliza local de que tem a propriedade para o tráfico ilícito de drogas (art. 33, §1º, III) por ele mesmo executado (art.33, caput) —, não há falar em vários crimes de tráfico, mas apenas um (progressão criminosa). Afinal, se se trata de condutas incluídas dentro da cadeia progressiva de lesão ao mesmo bem jurídico tutelado — saúde pública —, seria ilógico buscar a punição do agente em concurso de delitos.

2.5 CONSEQUÊNCIAS IMPOSTAS AOS CRIMES HEDIONDOS

As primeiras consequências impostas aos crimes hediondos foram estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso XLIII, ao estabelecer que são 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.

A lei de Crimes Hediondos – em seu artigo 2º - definiu taxativamente as consequências para os crimes contidos no rol dos crimes hediondos e os equiparados, veja-se:

O Art. 2º da Lei de Crimes Hediondos define as consequências para tais crimes:

a) São insuscetíveis de anistia, graça e indulto; e concessão de fiança;

b) A pena é cumprida inicialmente em regime fechado.

C) A progressão de regime dar-se-á após o cumprimento de: 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente.

D). Em caso de sentença condenatória, o juiz deve decidir fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

E) A prisão temporária tem o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

F). No caso de condenação por quadrilha voltada para a prática de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, a pena é de três a seis anos de reclusão; mas o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

3. ANÁLISE ACERCA DAS PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS PARA OS CRIMES HEDIONDOS.

3.1. COMPREENSÃO EM TORNO DO INDULTO.

O Indulto, é um instituto jurídico muito discutido, mas pouco compreendido. Sua origem histórica se dá no mesmo período que a de outros importantes institutos, a graça e a anistia, que correlatamente guardam grande similitude entre si. Relatos indicam que, a anistia, o indulto e a graça, tenham surgido na Grécia, no período de 594 a.C, no governo de Sólon, que instaurou um regime democrático e concede atos de clemência ao reintegrar os direitos aos cidadãos perseguidos pelos regimes tirânicos antecedentes, concedendo assim o perdão a todos aqueles que foram perseguidos, exceto aos condenados por traição ou homicídio (BITTENCOURT, 2003, p.445).

Em Roma temos a figura do "*generalis abolitio*", que segundo Rui Barbosa, possuía os mesmos efeitos, quais sejam, esquecimento ou perdão. No período medieval, com a ascensão do feudalismo, observa-se uma "vulgarização" desse conceito, não havia nenhuma lei que regulamentasse sua concessão, era concedida a partir dos critérios pessoais de cada senhor feudal. Essa situação vai até a Revolução Francesa em 1791, onde a ideia de anistia graça e indulto, no texto da constituição, ficaram como uma atribuição privativa do Presidente da República. Após a Revolução Francesa, os três institutos foram incorporados em diversas constituições da Europa, e permanecem até os dias atuais.

No Brasil, assim como anistia e a graça, o indulto tem uma longa história. Data do período colonial, no processo de colonização com o surgimento das capitanias

hereditárias, os donatários tinham um amplo poder, tal poder ia desde a aplicação da pena de morte à clemência. Assim, diversos condenados à pena de morte obteriam perdão ao se comprometer a lutar contra os invasores e rebeldes, o que em princípio, se assemelha a remição pelo trabalho.

Entretanto, é apenas com a Independência e a Constituição de 1824 que o indulto, bem como a anistia, passa a figurar como institutos do nosso ordenamento jurídico, cabendo ao Imperador concedê-la ou não, seguindo-se daí em diante a evolução do instituto de forma a acompanhar a evolução do ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil, recepcionou o Indulto, prevendo em seu artigo 84, inciso XII, a competência privativa do Presidente da República para conceder tal benefício. Dessa maneira, o Código Penal, em seu artigo 107, inciso II, regulamenta a norma constitucional, trazendo taxativamente o indulto, como uma das causas extintivas de punibilidade.

Todos os anos, na véspera do natal, a Presidência da República expede o chamado Decreto de Indulto, que consiste no perdão da pena imposta ao sentenciado que se enquadre nas normas pré-estabelecidas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), do Ministério da Justiça.

É destinado a um grupo indeterminado de condenados e delimitado pela natureza do crime e quantidade da pena aplicada, além de outros requisitos que o diploma legal pode estabelecer. Esse benefício é coletivo, de competência exclusiva do Presidente da República, como já visto anteriormente.

Dessa maneira, a concessão do Indulto extingue a pena na sua totalidade ou parcialmente, a depender do texto do Decreto, visando a reintegração do apenado na sociedade.

3.2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO INDULTO

A problemática já se inicia com a interpretação do dispositivo Constitucional, nesse contexto surgem as primeiras divergências em torno da maneira de como aplicar o texto da Constituição.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, diz:

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.

A grande questão que deve ser abordada se refere ao termo "graça" em vez de "indulto". A doutrina de Guilherme de Souza Nucci, diz que o uso da palavra "graça" na Constituição decorreu de um "erro de redação", a interpretação correta, é substituir a palavra por "indulto", pois essa era a intenção do constituinte.

Guilherme de Souza Nucci, ao conceituar graça, define o que já foi pacificamente conceituado pela doutrina e jurisprudência pátrias:

Cuida-se, apenas e tão somente, de uma forma de Indulto, por isso é considerado o Indulto individual. Tanto é verdade que, dentro as atribuições do Presidente da República, previstas no art. 84, XII, da CF, está a possibilidade de conceder indulto, não se mencionando a graça. Não há necessidade, pois cuida-se do mesmo instituto.

E continua:

A graça e o indulto não diferem, na essência: são formas de clemência, concedidas pelo Poder Executivo, a condenados criminalmente. Logo, ao proibir a graça, por um lapso, deixou o constituinte de se referir ao indulto, mas cabe, neste caso, a aplicação da interpretação extensiva. Onde se lê indulto, leia-se igualmente graça. (...) De toda forma, preferimos sustentar que tanto o indulto quanto a graça são, na essência, o mesmo instituto. Proibida a aplicação de um aos crimes hediondos e equiparados, automaticamente está vedada a aplicação do outro.

Assim, se a Constituição da República veda expressamente a concessão de graça aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, é óbvia a conclusão de que esta vedação se estende ao indulto, pois, como já salientado, cuida-se do mesmo instituto.

O indulto é o mais e a graça é o menos. Quem proíbe o mais, evidentemente está proibindo também o menos. É justamente este motivo que sustenta a constitucionalidade o art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Na Suprema Corte, em julgamento de Habeas Corpus, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que o entendimento do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição deve ser amplo, e “graça” deve ser lida como “indulto”.

Dessa forma, o decreto presidencial avançou sobre o que a Constituição Federal proíbe — conceder indulto a condenados por crime de tráfico. *“Mostra-se forçoso reconhecer a configuração, na espécie, do vício de inconstitucionalidade material, por ofensa à regra do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República.”*

O respeitado doutrinador Renato Brasileiro de Lima – na sua obra Legislação Criminal Especial Comentada, volume único, 5ª edição, ano 2017, 227, estabelece o seguinte:

Ao se referir às vedações aos crimes hediondos e equiparados, o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, faz menção apenas à anistia e à graça, deixando de mencionar expressamente o indulto, por esse motivo, parte da doutrina sustenta que, ao ampliar as vedações para os crimes hediondos e equiparados, proibindo a concessão do indulto em seu artigo 2º, I, o legislador da Lei no 8.072/90 teria incorrido em flagrante inconstitucionalidade. De mais a mais, como a Constituição Federal se refere à competência exclusiva do Presidente da República para conceder indulto (art., 84, XII), sem estabelecer quaisquer limitações em virtude da natureza da infração penal, não poderia o legislador ordinário estabelecer uma vedação material não ressalvada expressamente pela Carta Magna.

Prevalece, no entanto, o entendimento de que a expressão graça a que se refere o art. 5º, XLIII da Constituição Federal, deve ser objeto de interpretação extensiva para também abranger a vedação da concessão de indulto, já que as duas causas extintivas da punibilidade são espécies de clemência soberana, com a única diferença de que

aquela é concedida de maneira individualizada e esta para um grupo indeterminados de condenados. Destarte, a proibição de um instituto — graça (indulto individual) — permite ao legislador infraconstitucional a proibição do outro — indulto coletivo. Consequentemente ao se referir à competência do Presidente da República para a concessão do indulto, o art., 84, XII da Carta Magna refere-se não apenas à concessão do indulto coletivo como também concessão do indulto individual (graça).

Nessa linha, entende o Supremo que é constitucional o art. 2º, I da Lei 8.072/90, porque, nele, a menção ao indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição. Na Constituição, a graça individual e o indulto coletivo — que ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena — são modalidades do poder de graça do Presidente da República (art. 84, XII) — que, no entanto, sofre a restrição do art. 50, XLIII, para excluir a Possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo.

No entanto, existem outros posicionamentos que ensinam que a palavra “graça” não pode ser interpretada de forma ampla, como se fosse indulto. Graça, é benefício individual, enquanto indulto é coletivo, é o apontamento que faz o respeitado doutrinador Campos Mello, veja-se:

A graça é individual, deve ser solicitada e só beneficia quem a postula. Já o indulto tem feição coletiva e é concedido espontaneamente, sem que se saiba de antemão quais os indivíduos destinatários do benefício.

Para muitos, declarar inconstitucional o indulto em relação a condenados por tráfico é interpretar a Constituição de forma extensiva para prejudicar o réu. “O certo é que mesmo aos criminosos o ordenamento assegura direitos e garantias fundamentais, que não lhes podem ser suprimidos por meio de restrições aplicáveis por interpretação analógica ou extensiva”. “É velho, aliás, o ensinamento de Carlos Maximiliano, segundo o qual as regras excepcionais devem ser interpretadas restritivamente, sem acréscimos ou supressões.”

3.3. COMPREENSÃO EM TORNO DA COMUTAÇÃO.

A mesma interpretação dada ao Indulto, é aplicável também a Comutação de pena, na medida em que esta diminuição de pena é tida como uma subcategoria do Indulto (espécie de indulto parcial), desse modo, também se revela inadmissível sua aplicação a crimes hediondos e equiparados.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, afirmando que “a comutação nada mais é do que uma espécie de indulto parcial (em que há apenas a redução da pena) -. Daí por que a vedação à concessão do indulto em favor daqueles que praticam crime hediondo – prevista no artigo 2º, I, da Lei n 8.072/90 – abrange também a comutação”.

Recentemente, a Procuradoria Geral da República ajuizou perante o STF uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, tendo como objeto o art. 9º, parágrafo único, do Decreto nº 8.380, de 24 de dezembro de 2014, da Presidência da República, que concede indulto natalino e comutação de penas.

O Ministro Dias Toffoli não julgou o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, por considerar que o pedido teria perdido o objeto, veja-se:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, tendo como objeto o art. 9º, parágrafo único, do Decreto nº 8.380, de 24 de dezembro de 2014, da Presidência da República, que concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências. Eis o teor da norma impugnada: Art. 9º O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas: I - por crime de tortura ou terrorismo; II - por crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do caput e § 1º do art. 33 e dos arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006; III - por crime hediondo, praticado após a publicação das Leis nº 8.072, de 25 de julho de 1990; nº 8.930, de 6 de setembro de 1994; nº 9.695, de 20 de agosto de 1998; nº 11.464, de 28 de março de 2007; e nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores; ou IV - por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II, exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no art. 290 do Código Penal Militar. Parágrafo único. As restrições deste artigo e dos incisos I e II do caput do art. 1º não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos X, XI e XII e XIII do caput do art. 1º. O autor alega ofensa ao art. 5º, inc. XLIII, da

Constituição Federal, que veda a concessão de graça ou anistia para os crimes de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e aqueles definidos como hediondos. Afirma que, embora o referido dispositivo constitucional não mencione o indulto, estaria ele abrangido pela vedação constitucional ali prevista, porquanto constitui espécie de graça. Assevera que a restrição veiculada no caput do dispositivo impugnado, a qual se mostrava compatível com a vedação do art. 5º, XLIII, da Constituição, foi excepcionada pela expressão deste artigo e, presente no parágrafo único do art. 9º. Ao assim dispor, a norma teria possibilitado a concessão de indulto em hipóteses vedadas pelo art. 5º, XLIII, da CF/88. Apliquei o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, a fim de que a decisão fosse tomada em caráter definitivo. O Presidente da República prestou informações (doc. 9). A Advocacia-Geral da República manifestou-se pela improcedência da ação (doc. 11) e a Procuradoria-Geral da República no sentido da procedência do pedido (doc. 12). É o breve relato. O indulto é uma forma de extinção da pena, conforme o art. 107, inciso II, do Código Penal e ainda a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) em seus artigos 187 a 193. Consiste em ato de clemência do Poder Público, concedido privativamente pelo Presidente da República. Tal benesse faz desaparecer as consequências penais da sentença. Observa-se, no entanto, que há prejuízo do pedido formulado, eis que houve perda da eficácia das normas ora impugnadas, restando prejudicado o julgamento do mérito da ação. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.041/DF, de minha relatoria, o Plenário da Corte assentou: EMENTA Agravo regimental Ação direta de inconstitucionalidade Medida provisória convertida em lei Crédito extraordinário Eficácia da norma – Exaurimento – Agravo regimental não provido. 1. Medida Provisória nº 420/08, convertida na Lei nº 11.708/08, que abriu crédito extraordinário em favor da União, com fundamento no art. 167, § 2º, da Constituição Federal. Créditos dessa natureza têm vigência temporalmente limitada ao exercício financeiro para os quais foram autorizados, salvo se editados nos últimos quatro meses desse exercício, circunstância em que suas realizações serão postergadas para o exercício financeiro seguinte. 2. Como a medida provisória objeto desta ação foi publicada em fevereiro de 2008, é possível concluir que os créditos previstos ou já foram utilizados ou perderam sua vigência e, portanto, não subsistem situações passíveis de correção no presente, na eventualidade de se reconhecer a sua inconstitucionalidade. Há, portanto, perda superveniente de objeto considerado o exaurimento da eficácia jurídico-normativa do ato hostilizado. 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade por perda superveniente de objeto, que tanto pode decorrer da revogação pura e simples do ato impugnado como do exaurimento de sua eficácia. Precedentes. 4. Não é passível o recebimento dessa ação como ação de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que não subsistem quaisquer efeitos jurídicos a serem regulados. 5. Agravo regimental não provido” (DJ 14.6.2011, grifos nossos). Em caso semelhante, vide decisão proferida pelo eminente Ministro Marco Aurélio (ADI 2.795/DF), cujo teor transcrevo: “2. Os preceitos impugnados revelam normas de caráter transitório, cujos efeitos já se

exauriram. O quadro autoriza a atuação individual, tendo em conta, até mesmo, a sobrecarga do Plenário consideradas as pautas publicadas no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do Tribunal. A ação direta de inconstitucionalidade pressupõe ato normativo abstrato autônomo em pleno vigor. A superveniente perda da eficácia do diploma contestado implica o prejuízo do pedido formulado. Pelo exposto, julgo prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto (art. 21, inc. IX, do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 28 de fevereiro de 2018. Ministro DIAS TOFFOLI Relator Documento assinado digitalmente. (STF - ADI: 5343 DF - DISTRITO FEDERAL 8622255-47.2015.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 28/02/2018, Data de Publicação: DJe-042 06/03/2018).

3.4. COMPREENSÃO EM TORNO DA ANISTIA.

A Anistia é uma espécie de indulgência soberana e deve ser compreendida como o esquecimento jurídico da infração penal. O benefício tem por objeto fatos definidos como crimes, e não pessoas. Pode ser concedida antes ou depois da condenação, podendo ser total ou parcial. Tem o condão de extinguir todos os efeitos penais, inclusive o pressuposto de reincidência. Subsiste, no entanto, a responsabilidade civil e a obrigação de indenizar.

Recai sobre o Congresso Nacional; por meio de lei federal, a competência para a concessão da anistia (CF, art. 48, VIII), que terá o condão de extinguir a punibilidade (CP, art. 107, II), independentemente da aceitação dos anistiados, sendo certo que, uma vez concedida, não pode ser revogada.

Geralmente, a anistia é concedida pelo Congresso acional penas em relação a crimes políticos, militares ou eleitorais. Nesse sentido, basta ver o exemplo da Lei nº 12.505/11, que concedeu anistia aos crimes militares e infrações disciplinares conexas praticados por policiais e bombeiros militares de diversos Estados da Federação que participaram de movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e de condições de trabalho. No entanto, não há vedação à concessão da anistia a todo e qualquer delito, inclusive crimes de natureza comum.

Por esse motivo, o constituinte originário teve o cuidado de vedar a concessão da anistia aos crimes hediondos e equiparados (CF, art. 50, XLIII), vedação esta que, obviamente, também consta da Lei dos Crimes Hediondos (art. 20; I).

3.5. COMPREENSÃO EM TORNO DA GRAÇA.

A graça tem por objeto crimes de natureza comum e é concedida pelo Presidente da República, através de Decreto, a um indivíduo determinado, condenado irreversivelmente; provocando a extinção da punibilidade (CP, art. 107, II).

Registra-se que a Constituição Federal fez menção expressa à graça ao vedar sua concessão aos crimes hediondos e equiparados (art. 50, XLIII). Entretanto, a mesma Constituição Federal não mais consagra essa espécie de clemência soberana como instituto autônomo.

Para clarear tal informação, basta observar o quanto disposto no art. 84, XII, da Carta Magna, que prevê que compete ao Presidente da República conceder indulto, sem que haja qualquer referência à graça.

Por essa razão, a graça acaba sendo tratada pela doutrina majoritária como espécie de *indulto individual*.

Resumidamente: Na hipótese de concessão de perdão a um único condenado, ter-se-á graça; na hipótese de o perdão abranger um grupo indeterminado de condenados, fala-se apenas em indulto.

3.6. COMPREENSÃO EM TORNO DA LIBERDADE PROVISÓRIA.

Assim como ocorre nos benefícios constitucionais mencionados acima, os crimes hediondos também encontram restrição no que tange a liberdade provisória.

Sabe-se que a liberdade provisória funciona como medida cautelar que permite ao investigado (acusado) permanecer em liberdade durante o curso do processo.

Está amparado na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. ” Trata-se de direito de direito subjetivo do cidadão preso, quando ausentes razões para manutenção da cautela.

Importante esclarecer que antes do advento da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória funcionava apenas como uma medida de contracautela que substituía a prisão em flagrante. Funcionava tão somente como sucedâneo da prisão em flagrante.

Nessa hipótese, em que a liberdade provisória funciona como medida de contracautela; que ainda subsiste como advento da Lei nº12.403/11 (CPP, art. 310, III); o acusado posto em liberdade fica submetido a certas obrigações que o vinculam ao processo e ao juízo, com o escopo de assegurar sua presença aos atos do processo sem a necessidade de que permaneça privado de sua liberdade.

Buscando esclarecer ainda mais o entendimento em torno do instituto da liberdade provisória, é importante pontuar que a partir do momento que se considera a liberdade provisória como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante, é errado dizer que a revogação da liberdade provisória acarreta a restauração de anterior prisão em flagrante.

Explico: o descumprimento das obrigações impostas na liberdade provisória acarretará a revogação do benefício. Entretanto, a revogação do benefício não implica obrigatoriamente no recolhimento à prisão. Cabe ao magistrado, analisando o caso em concreto, decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva (CPP, Art. 282, § 4º).

Ou seja, descumprida a obrigação imposta como condição para a concessão do benefício da liberdade provisória, não há que se falar em restauração de flagrante, até mesmo porque o próprio art. 310, inciso II, do CPP demonstra que a finalidade cautelar do flagrante se esgota precisamente na sua função probatória.

Com a alteração legal instituída pela Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória deixa de funcionar apenas como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante e passa a ser medida autônoma, que visa evitar justamente a decretação de qualquer estado prisional.

A liberdade provisória passaria a ser utilizada como providência cautelar própria, com a imposição de uma ou mais das medidas cautelares diversas da prisão ali elencadas.

Tal modificação da natureza jurídica da liberdade provisória é confirmada pela própria colocação da fiança dentre as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319, VIII).

A nova redação do art. 321 do CPP também comprova essa nova natureza emprestada à liberdade provisória. O art. 321 prevê que o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282, quando considerar que tais medidas são suficientes para produzir o mesmo resultado que a prisão preventiva.

A corte do STF já se reuniu para discutir o tema, seguindo o entendimento ora transcrito:

Ementa: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. INAFIANÇABILIDADE (INCISO XLIII DO ART. 5º DA CF/88). LIBERDADE PROVISÓRIA: POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL PARA A CONTINUIDADE DA PRISÃO. CARÁTER INDIVIDUAL DOS DIREITOS SUBJETIVO-CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte. Logo, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. 2. O instituto da prisão opera como excepcional afastamento da regra da liberdade de locomoção do indivíduo. Onde a necessidade do seu permanente controle por órgão do Poder Judiciário, quer para determiná-la, quer para autorizar a sua continuidade (quando resultante do flagrante delito). Vínculo funcional que se mantém até mesmo em período de “Estado de Defesa”, conforme os expressos dizeres do art. 136 da Constituição Federal. 3. A regra geral que a Lei Maior consigna é a da liberdade de locomoção. Regra geral que se desprende do altissonante princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e assim duplamente vocalizado pelo art. 5º dela própria, Constituição: a) “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz” (inciso XV); b) “ninguém será privado da liberdade ou de seus

bens sem o devido processo legal” (inciso LIV). Instituto da prisão a comparecer no mesmo corpo normativo da Constituição como explícita medida de exceção, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º). Mais ainda, desse último dispositivo ressaí o duplo caráter excepcional da prisão em flagrante: primeiro, por se contrapor à regra geral da liberdade física ou espacial (liberdade de locomoção, na linguagem da nossa Carta Magna); segundo, por também se contrapor àquela decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Daí a imprescindibilidade de sua interpretação restrita, até porque a flagrância é acontecimento fugaz do mundo do ser. Existe para se esfumar com o máximo de rapidez, de modo a legitimar o cânone interpretativo da distinção entre ela, prisão em flagrante, e a necessidade de sua continuação. 4. O fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhe sejam equiparados não tem a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, jungido que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena). A inafiançabilidade da prisão, mesmo em flagrante (inciso XLIII do art. 5º da CF), quer apenas significar que a lei infraconstitucional não pode prever como condição suficiente para a concessão da liberdade provisória o mero pagamento de uma fiança. A prisão em flagrante não pré-exclui o benefício da liberdade provisória, mas, tão-só, a fiança como ferramenta da sua obtenção. A inafiançabilidade de um crime não implica, necessariamente, vedação do benefício à liberdade provisória, mas apenas sua obtenção pelo simples dispêndio de recursos financeiros ou bens materiais. Tudo vai depender da concreta aferição judicial da periculosidade do agente, atento o juiz aos vetores do art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Nada obstante a maior severidade da Constituição para com os delitos em causa, não é possível minimizar e muito menos excluir a participação verdadeiramente central do Poder Judiciário em tema de privação da liberdade corporal do indivíduo. A liberdade de locomoção do ser humano é bem jurídico tão superlativamente prestigiado pela Constituição que até mesmo a prisão em flagrante delito há de ser “imediatamente” comunicada ao juiz para decidir tanto sobre a regularidade do respectivo auto quanto a respeito da necessidade da sua prossecução. Para o que disporá das hipóteses de incidência do art. 312 do CPP, nelas embutido o bem jurídico da “Ordem Pública”, um dos explícitos fins dessa tão genuína quanto essencial atividade estatal que atende pelo nome de “Segurança Pública” (art. 144 da CF/88). Forma de visualizar as coisas rimada com os objetivos traçados pela recém editada Lei 12.403/2011, notadamente ao enfatizar o caráter excepcional da prisão cautelar. Lei que estabeleceu diversas medidas alternativas à prisão instrumental. 6. Na concreta situação dos autos, o ato impugnado não contém o conteúdo mínimo da garantia constitucional da fundamentação real das decisões judiciais. Decisão constritiva que simplesmente apontou o óbice à liberdade provisória, contido no art. 44 da Lei 11.343/2006, para restabelecer a prisão cautelar do paciente. O que não tem a força de preencher a finalidade da garantia que se lê na segunda parte do

inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 da Constituição e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa, nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Garantia processual que circunscreve o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e possibilita às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 7. A garantia da fundamentação importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Pelo que a vedação legal à concessão da liberdade provisória, mesmo em caso de crimes hediondos (ou equiparados), opera uma patente inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Daí entender o Supremo Tribunal Federal que a mera alusão à gravidade do delito ou a expressões de simples apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar, sendo certo que a proibição abstrata de liberdade provisória também se mostra incompatível com tal presunção constitucional de não-culpabilidade. 8. Ordem concedida para cassar a decisão singular que restabeleceu a custódia do paciente, ressalvada a expedição de nova ordem prisional, embasada em novos e válidos fundamentos. Facultada, ainda, a adoção das medidas alternativas à prisão cautelar, descritas no art. 319 do Código de Processo Penal. (STF - HC: 110844 RS, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 10/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012)

Em síntese, por força das mudanças produzidas no CPP pela Lei no 12.403/11, a liberdade provisória deixa de ser tratada apenas como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante, e passa a ser dotada também de feição cautelar, desempenhando o mesmo papel que é atribuído à prisão cautelar, porém com menor grau de sacrifício da liberdade de locomoção do agente.

3.7. COMPREENSÃO EM TORNO DO CUMPRIMENTO DE PENA

- **REDAÇÃO ANTIGA – REGIME INTEGRAL FECHADO – PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Como já apontada anteriormente, as consequências para os crimes hediondos sofreram diversas alterações ao longo dos anos.

Marysia Souza e Silva (Crimes hediondos e progressão de regime prisional. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009, p.180/181) afirmava que a Lei de Crimes Hediondos viola também o chamado princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, já que não difere o caso concreto do fato típico, submetendo todas as situações a tratamento rigoroso. Nesse contexto, afirma:

A antiga Lei dos Crimes Hediondos violou o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade ao estabelecer regime prisional cruel para todos os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, independentemente de qualquer circunstância particular, ou seja, considerou todos indistintamente perigosos e sem possibilidade de por méritos próprios exercer o direito à progressão de regime prisional. Na verdade, a referida lei denominou criminosos perigosos os autores, independentemente de o serem ou não.

No texto original da lei de crimes hediondos, o artigo 2º, § 1º, estabeleceu que o condenado pela prática de crimes hediondos e equiparados deveria cumprir toda a sua pena em regime integralmente fechado, ou seja, não era cabível a progressão de regime.

Já foi afirmado no presente trabalho as diversas críticas feitas pela doutrina sobre esse ponto. A doutrina sustentava que essa vedação a progressão de regime feria o princípio da individualização da pena.

Mesmo com grande parte da doutrina sustentando a inconstitucionalidade da fixação do regime integralmente fechado para o cumprimento de pena por crimes hediondos, prevaleceu durante anos a legalidade da aplicação do o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

A primeira alteração legislativa sobre o tema aconteceu com o advento da Lei nº 9.455/97. A referida lei passou a prever que o condenado por crime de tortura deveria INICIAR o cumprimento da pena em regime fechado.

A partir daí a doutrina passou a entender que o preceito estabelecido no 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 estaria tacitamente revogado. Sobre o tema, o professor Renato Brasileiro de Lima – na sua obra Legislação Criminal Especial Comentada, volume único, 5ª edição, 245, afirma o seguinte:

Com o advento da Lei nº 9.455/97, que passou a prever que, pelo menos em regra, o condenado por crime de tortura deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado (art. 1, §7º), a doutrina também passou a sustentar a tese de revogação tácita da redação original do art. 2º, §10, da Lei nº 8.072/90. Explica-se: como o crime de tortura é equiparado a hediondo pela própria Constituição Federal (art. 5º, XLIII), isso significa dizer que a tais delitos deve ser conferido tratamento semelhante, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Logo, se o crime de tortura passou a admitir o cumprimento da pena em regime inicial fechado, idêntico benefício também devia ser concedido aos autores de crimes hediondos e equiparados. Esse entendimento, todavia, não foi aceito pelos Tribunais. A propósito, eis o teor da súmula no 698 do STF: "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de Progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura"

Em 23 de junho de 2006, o STF declarou a inconstitucionalidade do 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. A Suprema Corte entendeu que o dispositivo feria o princípio da individualização da pena. Por essa razão, o Supremo deliberou por afastar a vedação em abstrato à progressão de regimes. Veja-se EMENTA do Acórdão que mudou o entendimento sobre o tema:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF - HC: 82959 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENTA VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

Segundo Alberto Silva Franco (Crimes hediondos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 228), duas questões debatidas no referido HC

merecem destaque. A primeira diz respeito aos momentos em que o princípio da individualização da pena deve ser observado, ou seja, na fase legislativa, na fase de fixação da pena e na fase de execução. Assim dispõe:

O núcleo essencial da individualização da pena está centrado na perspectiva da pena particularizada em três momentos distintos: no momento legislativo, no qual são determinados os marcos penais e os parâmetros norteadores do processo individualizador; no momento judicial, no qual o juiz, dentro das pautas legais, explicita motivadamente a espécie, a quantidade da pena e o regime prisional inicial a serem aplicados; e no momento da execução penal, quando a pena concretizada na pessoa do condenado passa a ser cumprida dentro de um sistema de progressividade. Ao legislador ordinário, o texto constitucional permitiu regular, em cada etapa, a individualização da pena: só lhe não deu poder para excluí-la de qualquer um dos momentos já mencionados, tornando o cânon constitucional uma regra inócua.

- **NOVOS CRITÉRIOS PARA PROGRESSÃO DE REGIMES– REGIME INICIAL FECHADO**

Antes mesmo da decisão proferida pelo STF, o legislativo já teria modificado a aplicação da norma prevista no 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Com a alteração legislativa, o artigo passou a dispor da seguinte forma: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

A alteração legislativa também recebeu críticas doutrinárias. Como já afirmado, o STF havia declarado inconstitucional o 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, estabelecendo que a exigência de cumprir toda a pena em regime fechado feria o princípio da individualização da pena.

A Lei 11.464/07 - que estabeleceu que a pena por crime previsto no 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 será cumprida inicialmente em regime fechado, de igual modo fere o princípio da individualização da pena.

O texto normativo ao invés de estabelecer o mesmo regramento previsto no artigo 33, § 2º, do CP, passou a exigir regra mais severa a respeito do regime inicial

de cumprimento da pena. Ou seja, independentemente do *quantum* da pena aplicada ao condenado por crime hediondo e equiparado, mesmo considerando que a pena aplicada seja inferior a 8 (oito) anos e mesmo que se trata de réu primário e portador de bons antecedentes, ainda assim o regime inicial seria o fechado.

Além dessa alteração, a lei 11.464/07 também passou a prever regra diversa para progressão de regimes em crimes hediondos e equiparados. Ao contrário da regra geral, que demanda apenas o cumprimento de ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário, a Lei dos crimes hediondos passou a prever que a progressão só se daria após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos) da pena se for reincidente. Alberto Silva Franco, na sua obra Crimes hediondos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 228., faz a seguinte crítica:

Já o § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90, distanciando-se do projeto do Poder Executivo e dando ressonância ao clima de neurose instalado no País, o legislador estatuiu que a progressão de regime dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apelante for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Houve inquestionavelmente um alargamento da faixa de tempo para que o condenado em crime hediondo ou assemelhado pudesse transferir-se do regime fechado para o semiaberto. Se, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, havia a perspectiva de uma passagem antecipada de um regime para o outro, na Lei 11.464/2007 essa passagem é bastante retardada, de forma a influir poderosamente no próprio sistema de ressocialização do condenado, máxime em se tratando de reincidente. Apesar disso, não se pode afirmar que o legislador, por via oblíqua, tenha tangenciado o sistema progressivo, apesar de atuar com extremo rigor.

- **INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CRIMES HEDIONDOS**

Em 2012, o STF debateu sobre a exigência do obrigatório início de cumprimento de pena em regime fechado para crimes hediondos.

O Ministro Dias Toffoli foi o primeiro a relatar um processo sobre o tema, veja-se:

EMENTA 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 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 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. (STF - HC: 111840 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)

Como pode ser observado no julgado acima, o Plenário do Supremo também declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, na parte em que continha a obrigatoriedade de fixação de regime fechado para início de cumprimento de reprimenda aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados.

Muito acertadamente, o Supremo entendeu que, se a Constituição quisesse a fixação do regime inicial fechado com base no crime em abstrato, teria incluído a restrição no tópico específico, o que não ocorreu.

Assim, a Corte entendeu que, pelo menos em tese, deve ser admitido o início de cumprimento de reprimenda em regime diverso do fechado a condenados que preencham os requisitos legais.

Se o Plenário do Supremo afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, é evidente que essa interpretação também deve ser aplicada aos crimes equiparados a hediondo, a exemplo da tortura.

3.8. COMPREENSÃO EM TORNO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

O Artigo 43 do Código Penal enumera as seguintes penas restritivas de direito: prestação de serviço à comunidade, prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. São penas autônomas que substituem as penas privativas de liberdade.

Quando se tratar de crime culposos, o Juiz deverá analisar apenas as circunstâncias judiciais.

Em se tratando de crimes dolosos, o Juiz deve observar o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam:

- Pena não superior a 4(quatro) anos;
- Crime cometido sem o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa;
- Acusado não reincidente específico em crime doloso;
- Circunstâncias judiciais favoráveis.

A Lei de Crimes Hediondos não veda expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. Entretanto, grande parte da doutrina entende que a substituição da pena é incompatível em caso de crimes hediondos e equiparados.

Já a lei de drogas – em seu artigo 44, *caput*, veda expressamente a conversão da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos.

O STF – mais uma vez – ao julgar o HC 97.256, declarou a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direito”, por considerar que essa vedação seria incompatível com o princípio da individualização das penas, veja-se:

Trata-se de habeas corpus, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão cuja é a seguinte: 'PENAL ' HABEAS CORPUS ' TRÁFICO DE DROGAS ' CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006 ' REDUÇÃO MÍNIMA DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 ' AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ' EXAME FAVORÁVEL DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ' AGENTE PRIMÁRIO E POSSUIDOR DE BONS ANTECEDENTES ' REDUÇÃO MÁXIMA ' SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EXPRESSAMENTE PROIBIDA ' ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.1. Se o legislador da Lei 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas.2. Reconhecidos em favor do paciente os requisitos legais da causa especial de aumento, sendo-lhe favorável o exame de todas as circunstâncias judiciais, além de que pouca droga foi encontrada sob sua responsabilidade e o laudo se refere apenas à cocaína, afastada a diversidade da substância, ainda que apresentada de formas diferentes, a redução da pena pela minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 deve ser realizada no patamar máximo.3. A Lei Antidrogas proíbe expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo tráfico de drogas, não se tratando de norma inconstitucional, porquanto não contraria a Carta Magna, mas visa punir com maior severidade os autores desse crime hediondo.4. Admite-se, tão-só, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando se tratar de crime cometido sob a égide da Lei 6368/76, pois até então a restrição só alcançava os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não se podendo ampliar o leque de restrição então estabelecido naquela

oportunidade.5. Ordem parcialmente concedida para elevar o quantitativo de diminuição em virtude da minorante específica.' 2. Pois bem, a Defensoria Pública da União, impetrante, sustenta a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006. O que faz sob a alegação de que a vedação, no caso de tráfico de entorpecente, da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ofende a garantia da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal). Daí o pedido de medida liminar, formulado para suspender, até o julgamento do presente habeas corpus, a execução da pena imposta ao paciente.3. Fazendo-o, acentuo que o poder de cautela dos magistrados é exercido num juízo prefacial em que se mesclam num mesmo tom a urgência da decisão e a impossibilidade de aprofundamento analítico do caso. Se se prefere, impõe-se aos magistrados condicionar seus provimentos acautelatórios à presença, nos autos, dos requisitos da plausibilidade do direito (fumus boni juris) e do perigo da demora na prestação jurisdicional (periculum in mora), perceptíveis de plano. Requisitos a serem aferidos primo oculi, portanto. Não sendo de se exigir, do julgador, uma aprofundada incursão no mérito do pedido ou na dissecação dos fatos que lhe dão suporte, sob pena de antecipação do próprio conteúdo da decisão definitiva. No caso, não tenho como configurados os pressupostos da concessão da liminar. Motivo pelo qual indefiro o pedido. Estando o feito devidamente instruído, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2008.

Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator (STF - HC: 97256 RS, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/12/2008, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 02/02/2009 PUBLIC 03/02/2009).

Diante desse entendimento, não há como negar, pelo menos em tese, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos em casos de crime de tráfico de drogas, desde que os outros requisitos estejam preenchidos.

Consequentemente, considerando que o STF entendeu pela possibilidade da conversão de penas em caso de crimes de tráfico de drogas, crime que é equiparado aos crimes hediondos, entende-se, também, pela conversão da pena para qualquer crime hediondo, desde que os outros requisitos estejam preenchidos.

Ou seja, o entendimento do STF aplicado para o caso dos crimes envolvendo tráfico de drogas teve efeito extensivo para os demais crimes constantes no rol de crimes hediondos e os equiparados.

3.9. COMPREENSÃO EM TORNO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (SURSI).

Como se sabe o SURSIS funciona como um substitutivo da execução de penas privativas de liberdade de curta duração. O condenado fica sujeito ao cumprimento de algumas condições durante um período, após, sua punibilidade será extinta.

De acordo com o artigo 77 do Código Penal, para a ocorrência do SURSIS é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

- Pena privativa de liberdade não superior a 02 (dois) anos;
- Não seja o condenado reincidente em crime doloso;
- Análise acerca da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e os motivos e circunstâncias favoráveis;
- Não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A Constituição Federal e a Lei de Crimes Hediondos não vedam à concessão do SURSIS para os crimes hediondos e equiparados.

A divergência reside no fato do texto original da lei de crimes hediondos exigir que a pena devia ser cumprida integralmente em regime fechado, desse modo, os Tribunais entendiam que a Lei de Crimes Hediondos estaria a exigir o efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade, o que, em tese, vedaria a aplicação do SURSIS.

Por outro lado, grande parte da doutrina sempre entendeu que a Lei dos Crimes Hediondos não seria incompatível com a concessão do SURSIS.

O tema foi pacificado no momento em que o STF julgou o HC 97.256 e autorizou a substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direito em caso de crimes hediondos. A partir de então, passou-se a admitir pacificamente a aplicação do SURSIS para crimes hediondos.

Importante ressaltar que em se tratando de crimes de tráfico de drogas, ante a vedação expressa do Artigo. 44 da lei 11.343/06. Os Tribunais ainda consideram ser legítima a vedação da suspensão condicional da pena aos crimes dos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 da lei.

3.10. BENEFÍCIOS PRISIONAIS.

- **PRISÃO DOMICILIAR**

A substituição da prisão penal pela prisão domiciliar visa tornar menos desumana a segregação, permitindo que o agente permaneça em sua residência durante o cumprimento da pena.

O Artigo 117 da Lei de Execução Penal estabelece as possibilidades para a ocorrência da prisão domiciliar, quais sejam:

- Condenado maior de 70 (setenta) anos;
- Condenado acometido de doença grave;
- Condenado com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- Condenada gestante.

Além dos pontos acima estabelecidos, já é pacífico em nosso ordenamento jurídico que na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime a que faz *jus* o apenado, deve o apenado cumprir a reprimenda em regime aberto ou em prisão domiciliar.

Pela redação original da Lei dos Crimes Hediondos, por exigir o cumprimento integral da pena em regime fechado, era absolutamente incompatível a substituição da pena privativa de liberdade pela prisão domiciliar.

Entretanto, após o julgamento do HC 82.959/SP pelo STF, em que admitiu a possibilidade da progressão de regime em relação aos crimes hediondos e equiparados, e após a declaração de inconstitucionalidade da obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado, passou-se a admitir a possibilidade da substituição penal pela prisão domiciliar mesmo em casos de crimes hediondos e equiparados, desde que preencha os requisitos legais.

Nesse sentido é o pronunciamento do STF, veja-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE IDOSO CONDENADO POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO DE TRANSFERÊNCIA PARA PRISÃO DOMICILIAR EM RAZÃO DO PRECÁRIO ESTADO DE SAÚDE DO DETENTO. O fato de o paciente estar condenado por delito tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República (art. 1º, inciso III, da CF/88). Por outro lado, incontroverso que essa mesma dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionalíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado. No caso, deixou de haver demonstração satisfatória da situação extraordinária autorizadora da custódia domiciliar. Habeas corpus indeferido. (HC 83358, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 04/05/2004, DJ 04-06-2004 PP-00047 EMENT VOL-02154-02 PP-00312 RTJ VOL-00191-01 PP-00234 RMP n. 22, 2005, p. 441-444)

- **AUTORIZAÇÕES DE SAÍDA**

São duas hipóteses: A permissão de saída, prevista nos artigos 120 e 121 da LEP e a saída temporária, prevista nos artigos 122 a 125 da LEP.

Como acontece com os outros benefícios, considerando a inexistência de vedação legal na Lei 8.072/90, conclui-se que, após decisão do STF admitindo a progressão de regime para os crimes hediondos, não há qualquer óbice à concessão da permissão de saída e da saída temporária, desde que preenchidos os requisitos legais.

- **TRABALHO EXTERNO**

De igual modo, diante da ausência de vedação expressa acerca do assunto pela Lei dos Crimes Hediondos, não se pode estabelecer vedação em abstrato à concessão do trabalho externo aos acusados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

O STJ também já enfrentou a matéria, veja-se:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. CONDENAÇÃO. TRABALHO EXTERNO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal garantem ao preso o direito de trabalhar; 2. O condenado por crime hediondo, por força dos arts. 6º, CR, 34, § 3º, CP e 36, LEP, pode exercer atividade laboral externa, não havendo qualquer incompatibilidade desses dispositivos com o art. 2º, § 1º, Lei 8.072/90; 3. Ordem parcialmente concedida para que o Juízo da execução analise os requisitos legais para deferimento do pedido de trabalho extramuros (STJ - HC: 35004 DF 2004/0056009-9, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 24/02/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 18.04.2005 p. 395 REVFOR vol. 383 p. 437 RMDPPP vol. 5 p. 94)

3.11. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR

A Lei dos Crimes Hediondos – de forma muito semelhante ao quanto era estabelecido no CPP pelo revogado artigo 594– autoriza o juiz a impor o recolhimento do acusado à prisão como condição de admissibilidade do recurso.

Esse entendimento era tido como válido pelos Tribunais, inclusive com confecção de súmula: Súmula 09 do STJ “A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência”.

O STF – mais uma vez – em julgamento histórico, alterou esse entendimento. O STF entendeu que o dispositivo era conflitante com o Pacto de São José da Costa Rica, veja-se:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. DECRETO DE CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA SUBSISTENTE ENQUANTO PERDURAREM OS MOTIVOS QUE A MOTIVARAM. ORDEM CONCEDIDA I - Independe do recolhimento à prisão o regular processamento de recurso de apelação do condenado. II - O decreto de prisão preventiva, porém, pode subsistir enquanto perdurarem os motivos que justificaram a sua decretação. III - A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. IV - O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal. VI - A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior. VII - Ordem concedida. (STF - HC: 88420 PR, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/04/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00037 EMENT VOL-02279-03 PP-00429 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 466-474)

3.12. LIVRAMENTO CONDICIONAL

Após o preenchimento de determinados requisitos, o condenado é autorizado a sair do estabelecimento prisional antes do cumprimento integral da pena fixada na sentença condenatória, ficando, no entanto, submetido ao cumprimento de certas obrigações.

Requisitos para ter direito ao benefício:

- Ter sido condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 02 (dois) anos;
- Cumprir mais de 1/3 (um terço) da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes.
- Cumprir mais da metade da pena se o condenado for reincidente em crimes dolosos.
- Boa conduta carcerária;
- Tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

Em se tratando de crime hediondo ou equiparado, o condenado deve ter cumprido mais de 2/3 (dois terços) da pena, por força do Art. 5º da Lei 8.072/90.

4. TRÁFICO DE DROGAS

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei n.11.343/06, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, prescrevendo medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, bem como definiu vários crimes, cominando penas leves, médias e graves.

A referida Lei deixa claro que o seu principal objetivo é conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante de drogas. Sob a premissa de que a pena privativa de liberdade em nada contribui para o problema social do uso indevido de drogas.

A lei não diz quais substâncias são consideradas como “entorpecentes”. Coube aos órgãos administrativos - Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Ministério da Saúde – descrever quais substâncias podem ser consideradas “Drogas”. Por essa razão a Lei nº 11.343/06 é considerada uma norma penal em branco.

Muitos doutrinadores discordam da lei 11.343/06, que reformulou a penalização do crime em comento, isso porque segundo eles tornou-se um instrumento altamente repressivo e deficiente.

O texto normativo – de forma tímida – já apresentava um conteúdo no sentido de que o consumo de drogas é um problema relacionado com a saúde pública.

Nesse quesito, a Lei nº 11.343/06 inovou em relação à legislação pretérita, abolindo a possibilidade de aplicação de tal espécie de pena ao crime de porte de drogas para consumo pessoal.

Noutro giro, entre os artigos 20 a 26, a Lei de Drogas também busca implementar ações destinadas à redução dos riscos e dos danos à saúde através da controversa política da redução de danos.

No capítulo II trouxe as condutas criminosas, sem dizer o *nomem iuris* de cada delito, deixando para a doutrina essa tarefa, sendo que além do crime de tráfico de drogas (caput do art. 33), elencou vários outros crimes, tais como:

- O porte de drogas para consumo pessoal (art. 28);
- O plantio de drogas para consumo pessoal (art. 28, 1º);
- As condutas equiparadas ao tráfico de drogas (art. 33, §1º);
- O induzimento, instigação ou auxílio ao uso de drogas (art. 33, §2º);
- O compartilhamento eventual de drogas (art. 33, §3º);
- O tráfico de drogas privilegiado (art. 33, §4º);
- O crime de maquinário ou instrumentos para fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas (art. 34);

- A associação para o tráfico (art. 35) e associação para Financiamento do Tráfico (art. 35, parágrafo único);
- O crime de Financiamento e Custeio do tráfico (art. 36);
- O crime de colaboração ou informante do tráfico (art. 37);
- O crime de prescrição ou ministrar culposamente de drogas (art. 38) e
- O crime de condução de embarcação ou aeronave após o consumo de droga (art. 39).

Resta agora definir quais dos crimes acima elencados devam ser considerados como tráfico de drogas, para fins de equiparação com os crimes hediondos. O legislador, de forma equivocada, não trouxe essa previsão e definição expressa.

No art. 44 da referida Lei, o Legislador direciona algumas restrições legais para determinados artigos do texto normativo. Tal fato pode levar o interprete a acreditar que apenas os crimes relacionados no referido artigo, devam ser equiparados a hediondos, senão vejamos:

Art. 44. Os crimes previstos nos artigos. 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.

É pacífico na doutrina (CARRERO, 2012, CAPEZ, 2013, NUCCI, 2010, CUNHA, 2010) e na jurisprudência que o crime genuinamente considerando como tráfico de drogas, está tipificado no art. 33, caput e seu §1º, o qual merece ser transcrito:

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.

§ 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.

4.2. VISÃO SOCIAL ENVOLVENDO O USO DE DROGAS E O TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO

A Droga é um problema real da sociedade brasileira e que nunca sai de pauta. O controle, o consumo, a legislação são temas de estudos, pesquisas e discussão em todas as esferas.

Além dos pontos relacionados a não caracterização da hediondez nos crimes envolvendo o tráfico privilegiado, se pretende no presente trabalho chamar a atenção para o fato de que a questão envolvendo o consumo desenfreado de drogas no Brasil, trata-se de um problema de saúde pública e não um problema relacionado a segurança pública.

O assunto é extremamente delicado e demasiadamente polêmico. A problemática acerca do usuário deveria ser um problema de saúde pública, entretanto, no Brasil esses usuários são tratados como criminosos de alta periculosidade.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) classifica o uso de drogas como transtorno mental. Os usuários de drogas – no momento da abstinência ou sob o efeito alucinógeno da droga, praticam atos por impulso e sem o controle deles.

As prisões brasileiras estão superlotadas de usuários e pequenos traficantes, sendo certo que esses apenados, juntamente com aqueles que praticaram pequenos crimes contra o patrimônio, representam a grande massa da poluição carcerária brasileira.

Não se pode tratar o usuário de droga ou até mesmo aquele que é primário, de bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa, como os demais traficantes de drogas, aqueles que se dedicam de fato às atividades de drogas e fazem do tráfico um verdadeiro comércio.

Ao julgar a Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 143.798/SP, o Ministro ROBERTO BARROSO afirmou que:

A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas

de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.

Encerrou o seu voto afirmando que:

No caso de que se trata, o paciente, primário, está sendo processado por importar, pela internet, 14 sementes de maconha, ao que tudo indica, para uso próprio. De modo que se me afigura plausível a alegação de que a conduta praticada pelo paciente se amolda, em tese, ao artigo 28 da Lei de Drogas. Dispositivo cuja constitucionalidade está sendo discutida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o Jornal Americano *The Lancel Medical Journal*, a maconha ocupa no ranking de drogas de acordo com seu dano causado, a posição décima primeira, enquanto o álcool está em quinto e o tabaco em nono.

Não se pretende nesse momento buscar a descriminalização do uso das drogas ou a descriminalização de alguma droga específica, o que se busca no presente trabalho é o debate sobre o tema, o aperfeiçoamento dos argumentos e a abrangência nos estudos, inclusive com averiguação de danos.

A nova lei de drogas inovou em relação a esse ponto. O art. 28, inciso I, passou a prever, dentre as penas a serem aplicadas ao porte de drogas para consumo pessoal, a advertência sobre os efeitos das drogas.

A evolução é elogiável. De forma sábia, o legislador pretendeu buscar como pena uma espécie de esclarecimento a ser feito pelo magistrado ao agente quanto às consequências maléficas que o uso de drogas pode causar, não apenas a sua própria saúde, como também à saúde pública.

Nas palavras do Mestre Renato Brasileiro de Lima, 2017, *Legislação Criminal Especial Comentada*:

Esta advertência deve ser feita pelo próprio magistrado, não através da simples assinatura de um papel em cartório em um "termo de advertências". Para tanto, incumbe ao juiz determinar a notificação do acusado para comparecer a uma audiência admonitória.

A advertência deve ser feita de maneira enfática e direta, mas jamais de modo a humilhar o agente. É perfeitamente possível o uso de recursos como imagens e números com o objetivo de persuadir o agente acerca dos diversos males causados pelo consumo de drogas, assim como advertência de que, no caso de reincidência, as sanções de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos poderão ser aplicadas pelo dobro do prazo normal. De mais a mais, consoante disposto no Enunciado 83 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), "ao ser aplicada a pena de advertência, prevista no art. 28, da Lei no 11.343/06, sempre que possível deverá o juiz se fazer acompanhar de profissional habilitado na questão sobre drogas" (XX Encontro - São Paulo/SP),

Como o art. 28 refere-se à advertência sobre os efeitos das drogas como espécie de pena a ser aplicada ao usuário de drogas, o ato deve ser realizado na presença da defesa técnica, sob pena de nulidade absoluta. Não há qualquer motivo capaz de justificar a realização da advertência sem a presença do defensor, cuja presença é importante não apenas para fiscalizar a regularidade do ato, como também para prestar esclarecimentos a seu cliente acerca das consequências inerentes à reiteração delituosa. De acordo com o Enunciado no 84 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), "em caso de ausência injustificada do usuário de drogas a audiência de aplicação da pena de advertência, cabe sua condução coercitiva" (XX Encontro—São Paulo/SP).

4.3. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS – TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE PRIVILEGIADA DEVE TER SUA HEDIONDEZ AFASTADA?

A grande discussão, que se tornou tema para o presente trabalho, encontra-se na possibilidade ou não da concessão de benefícios para o crime de Tráfico de Drogas. A divergência é clara e evidente, tanto no aspecto Jurisprudencial, como no âmbito Doutrinário.

Aqueles que defendem a concessão do benefício do Indulto, para os crimes de Tráfico de Drogas, trazem na sua argumentação, a existência do (Tráfico Privilegiado), sendo aqueles condenados, incurso no art. artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06.

O Tráfico Privilegiado é reconhecido ao agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa. A própria Lei de Drogas, faz a exclusão lógica da hediondez (por equiparação) do artigo 33, § 4º.

Dessa forma, considera-se como crime autônomo, logo, o condenado por tráfico privilegiado pode ser agraciado com o indulto.

Ainda, há que ser dito que, ao entender que o tráfico privilegiado integra o rol proibitivo do decreto presidencial, estar-se-ia fazendo analogia *in mallan partem*, uma vez que o próprio dispositivo não menciona o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em seu rol taxativo.

É necessário realizar um comparativo, para facilitar o entendimento:

Da mesma forma que o delito de homicídio qualificado recebe a denominação de “privilegiado” em face da incidência da minorante prevista no §1º do art. 121 do CP (de um sexto a um terço), igualmente o crime de tráfico de drogas (na situação em tela) deverá receber esse tratamento, e também pela presença de uma minorante, aquela prevista no § 4º do art. 33 da Lei 10.343/06 (um a dois terços), deverá ser considerado como “tráfico privilegiado”.

Ademais, é bem mais importante do que primeira, porque pode reduzir a pena em quantum muito maior (duas vezes mais: dois terços x um terço). Demais disso, também não há previsão legal, na Lei dos Crimes Hediondos, para o tráfico de drogas privilegiado (exatamente como acontece com o homicídio qualificado-privilegiado).

Diante de tais constatações, indaga-se: se o crime de homicídio qualificado-privilegiado não é considerado hediondo, por que deveria sê-lo o delito de tráfico de entorpecentes privilegiado?

Apesar da resistência da doutrina e da jurisprudência em continuar afirmando que o tráfico de drogas privilegiado (causa de diminuição de pena), previsto no art. 33,

§1º, deva ser considerado equiparado a hediondo, há uma tendência do Supremo Tribunal Federal, através do seu pleno, decidir de forma contrária, uma vez que já entendeu como inconstitucional a vedação da substituição da pena de prisão por restritiva de direitos e, mais recentemente, vem admitindo a imposição do regime inicial aberto ao crime de tráfico de drogas privilegiado.

Como manter a hediondez do tráfico privilegiado e ao mesmo tempo autorizar o regime aberto e a possibilidade de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos.

Contrariando as teses esboçadas, muitos Doutrinadores e a grande Jurisprudência, considera inconstitucional e ilegal a concessão do indulto e outros benefícios para o Tráfico de Drogas, mesmo em se tratando do tráfico privilegiado.

O renomado Guilherme de Souza Nucci, na sua obra Código Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p.535, ao comentar o dispositivo constitucional inserto no art. 5º, inciso XLIII, assevera que:

Houve mera falha de redação (...) Onde se lê graça, leia-se indulto, pois ambos significam, na essência, a mesma coisa. Tanto é verdade que o Presidente da República tem competência expressa para conceder apenas indulto (art. 84, XII, CF), olvidando-se a graça. Ora, sempre o Chefe do Executivo concedeu graça e não deixou de fazê-lo em face da redação também lacunosa, do mencionado art. 84, XII.

Neste sentido, vejamos os seguintes arrestos do STJ:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO Nº 6.706/08. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da concessão de indulto a condenado por tráfico de drogas, independentemente do quantum da pena imposta, em face do disposto no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. Precedente.

2. Seguindo a mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de não ser possível o deferimento de indulto

a réu condenado por tráfico de drogas, ainda que tenha sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, circunstância que não altera a tipicidade do crime. Precedentes.

3. Ordem denegada. (HC 167.825/MS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE.

VIA INADEQUADA. (2) CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO Nº 7.420/2010. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IRRELEVÂNCIA. (3) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. No caso em apreço, inexistente manifesta ilegalidade pois o aresto impugnado está em consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores.

3. O Supremo Tribunal Federal já asseverou a inconstitucionalidade da concessão de indulto a condenado por tráfico de drogas, independentemente do quantum da pena imposta, diante do disposto no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. Precedente.

4. Seguindo a mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de não ser possível o deferimento de indulto a réu condenado por tráfico de drogas, ainda que tenha sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, circunstância que não altera a tipicidade do crime. Precedentes.

5. Writ não conhecido. (HC 263.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013).

A grande questão em torno do tema, é se o condenado pelo delito de tráfico de drogas privilegiado, isto é, aquele praticado por agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa, nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, deve ter o mesmo tratamento dos crimes hediondos e equiparados.

Fazendo uma análise isolado sobre o Indulto, percebe-se, pelo texto do Decreto, que alguns casos de tráfico de drogas podem receber indulto: indução,

instigação ou auxílio a alguém ao uso indevido de drogas; a cedência eventual; ou, ainda, quando “o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”, desde que a conduta típica não se configure a prática de “mercancia” passaram a ser passíveis de indulto.

Para muitos Doutrinadores, "o Decreto Presidencial em questão não pode conceder o que a Lei Federal nº 8.072/90 proibiu, razão pela qual se mostra visivelmente ilegal".

Ressaltam os autores também a inconstitucionalidade do Decreto que concede indulto a traficantes. "Se a Constituição da República veda expressamente a concessão de graça aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, é óbvia a conclusão de que esta vedação se estende ao indulto". "O indulto é o mais e a graça é o menos. Quem proíbe o mais, evidentemente está proibindo também o menos".

No que tange a alegação do tráfico privilegiado, o posicionamento é de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, artigo 33, da Lei 11.343/06, no tráfico de drogas, não afasta o caráter hediondo nem caracteriza forma privilegiada do crime.

A tese foi firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de recurso repetitivo. O relator, ministro Sebastião Reis Júnior, concluiu que a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas deve ser mantida, mesmo quando aplicada a referida minorante. Segundo esse dispositivo, deve ter redução de um sexto a dois terços a pena imposta ao réu que é agente primário, tem bons antecedentes, não se dedica ao crime e não integra organização criminosa.

O julgamento da Terceira Seção serve como orientação às demais instâncias da Justiça e impede que novos recursos defendendo posição contrária cheguem ao STJ.

Segundo recentemente noticiado no Informativo 503 do Superior Tribunal de Justiça, existe entendimento pacífico daquela Corte no sentido de não ser possível a concessão de tal benefício, por expressa proibição constitucional, prevista no art. 5º, XLIII, da Carta Magna.

Veja o teor da notícia:

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.

É pacífico o entendimento do STJ de não ser possível o deferimento de indulto a réu condenado por tráfico ilícito de drogas, ainda que tenha sido aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, já que remanesce a tipicidade do crime. O STF já asseverou a inconstitucionalidade da concessão do indulto ao condenado por tráfico de drogas, independentemente do quantum da pena imposta, diante do disposto no art. 5º, XLIII, da CF. Precedentes citados do STF: ADI 2.795-DF, DJ 20/6/2003; do STJ: HC 147.389-MS, DJe 17/11/2011; HC 160.102-MS, DJe 28/9/2011; HC 167.120-MS, DJe 21/3/2011; HC 149.032-MS, DJe 22/11/2010, e HC 147.982-MS, DJe 21/6/2010. HC 167.825-MS, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), julgado em 16/8/2012.

É este, por sinal, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como demonstra a ementa abaixo elencada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. 2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à indulgencia principis. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses.

(ADI 2795 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 20-06-2003 PP-00056 EMENT VOL-02115-22 PP-04558 JBC n. 49, 2004, p. 87-90)

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator em julgado de Habeas Corpus, afirmou:

A causa especial de redução de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 não tem o condão de afastar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, previsto no caput do mesmo artigo, para dar a ela definição jurídica diversa e autônoma”...“existe apenas uma diferenciação entre o tráfico praticado pelo grande traficante, pelo criminoso habitual que faz desse crime seu meio de vida, e aquele praticado por pessoas que embora processados pelo mesmo delito, possuem um histórico de vida que as diferenciam dos demais traficantes. Contudo, tanto numa hipótese quanto noutra, o crime é de tráfico de drogas.

O entendimento de que o fato de a pessoa ter sido presa com quantidade pequena de droga não afasta a equiparação a crime hediondo, previsto na Lei de Crimes Hediondos. Em termos práticos, significa que mesmo o réu tendo bons antecedentes e não integrando organizações criminosas, a caracterização de crime hediondo é reconhecida. Como resultado, exclui a possibilidade de benefícios que são vedados aos crimes hediondos e equiparados.

Nesse diapasão, leciona Guilherme de Souza Nucci, segundo o qual:

O fato de haver sido prevista uma causa de diminuição de pena para o traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações criminosas, não afasta a tipificação da sua conduta como incursa no art. 33, caput e parágrafo 1º, que são consideradas similares a infrações penais hediondas(...) (in Lei Penais e Processuais Penais Comentadas, 2ª ed. RT, 2007, p. 330)

Corroborando o posicionamento do festejado doutrinador, segue o entendimento da Eminente Ministra do Superior Tribunal de Justiça Maria Thereza de Assis Moura, para a qual a incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da lei 11.343, não afasta o caráter hediondo do crime, uma vez que persiste a traficância, assevera, ademais, a inexistência de crime autônomo.

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. INCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. NÃO OCORRÊNCIA. PROGRESSÃO. LAPSOS TEMPORAIS. PRAZOS RELATIVOS AOS CRIMES HEDIONDOS. APLICAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Em sendo o tráfico ilícito de entorpecentes equiparado aos delitos hediondos, a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4, da Lei n.º 11.343/06, não retira a hediondez do tráfico, ressalva, inclusive, que não foi sequer aventada pelo legislador.

2. Persiste a traficância, a conduta delitiva ainda é o tráfico, somente ocorre uma redução da reprimenda, inexistindo, portanto, delito autônomo, visto que não há cominação de pena exclusiva, apenas se estipula frações a incidir no quantum previsto para o caput do artigo 33 da referida lei.

3. Para o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, com a incidência da causa de diminuição, mantém-se o caráter hediondo por equiparação, ensejando, pois, os lapsos temporais previstos na Lei dos Crimes Hediondos, com os acréscimos feitos pela Lei n.º 11.464/07, para a obtenção dos benefícios em sede de execução penal.

4. Ordem denegada. (HC 182368 MS 2010/0150629-0, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, T6 - SEXTA TURMA).

4.4. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO – CRIME AUTÔNOMO (NÃO PODENDO SER CONSIDERADO CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO) OU APENAS CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (DEVENDO SER MANTIDO O SEU CARÁTER DE CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO)

Esse é o ponto crucial do presente trabalho e o estopim da discussão ora proposta.

Começo a fundamentação do presente tópico com o entendimento daqueles doutrinadores que consideram o crime de tráfico de drogas privilegiado como apenas uma causa de diminuição de pena em relação ao delito principal, não devendo, desse modo, ser afastado caráter hediondo do delito.

O já mencionado doutrinador – o respeitável Renato Brasileiro de Lima – em sua obra *Legislação Criminal Especial Comentada*, volume único, 5ª edição, ano 2017, afirma o seguinte:

Aliás, a simples incidência de uma causa de diminuição de pena em relação a tais delitos como ocorre, por exemplo, com o chamado tráfico privilegiado, previsto no art. 33, §4º, não tem o condão de afastar sua natureza hedionda. Nesse sentido, como já se pronunciou o STJ, "a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no S 40, do art. 33, da Lei no 11,343/2006 não tem o condão de afastar a equiparação constitucionalmente estabelecida entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos. Consequentemente, deve a execução da reprimenda, nesses casos, pautar-se pela Lei no 8.072/90".

A corrente doutrinária que acompanha o entendimento de Renato Brasileiro de Lima, fundamenta o seu posicionamento sustentando que o Tráfico de Drogas – mesmo o denominado privilegiado – não possui natureza autônoma, sendo, apenas, uma causa de diminuição de pena. Desse modo, o fato de ser enquadrado como tráfico privilegiado, não afastaria a hediondez do delito.

Acompanhando esse entendimento, o STJ confeccionou a súmula nº 512, que dizia que: “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. ”

De outro lado – vertente que entendo ser a mais adequada – temos o posicionamento no sentido de que o tráfico privilegiado de drogas não constitui crime de natureza hedionda.

Pontua-se, inicialmente, o importante posicionamento de Luiz Flávio Gomes ao comentar o art. 44 da Lei de Drogas, apesar de não fazer menção direta ao tráfico privilegiado, foi um dos primeiros posicionamentos que inspiraram a mudança no entendimento jurisprudencial:

Apesar de sofrer praticamente todos os consectários de um crime hediondo, não podem ser a ele equiparados os delitos dos arts. 34, 35 e 37, pois neles não ocorre o tráfico de drogas propriamente dito (ficando abrangidos somente os arts. 33, caput e 36).

Em relação aos crimes equiparados a hediondo, a lei 8.072/90 não teve o mesmo cuidado na descrição das condutas como teve em relação ao rol de crimes

hediondos, se limitando, no caso do tráfico a repetir *ipsis litteris*, no seu art. 2º a expressão consagrada pela CF/88 “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”.

É fato que o tráfico privilegiado não constitua crime autônomo, ou seja, não possui uma tipificação exclusiva para ele na Lei de Drogas, trata-se de uma situação que a lei reconheceu ser menos grave, devido a características subjetivas do agente, merecendo por isso sanção mais branda.

Diante da lacuna existente ao determinar quais seriam os crimes relacionados ao tráfico de drogas que estariam abrangidos como equiparados a hediondo, não pode o intérprete, em respeito ao princípio da legalidade, fazer uma interpretação extensiva.

Possuindo o mesmo entendimento, Paulo Rangel – em sua obra Direito processual penal. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 745, discorre da seguinte forma:

Todavia, perceba o leitor que o que a Lei diz expressamente é que nos arts. 33, caput, e § 1º, e 34 a 37, excluindo o § 4º do art. 33 onde se encontra o tráfico privilegiado (que não é crime hediondo). Nesse sentido, se houver redução de pena, caindo para o tráfico privilegiado, admissível será a concessão do sursis, pois a proibição do art. 44 não o alcança.

Importante pontuar que, a antiga lei de drogas (lei 6.368/76), não distinguia o traficante profissional e o traficante eventual, prevendo em seu art. 12, as mesmas sanções penais para ambos.

Com a vigência da nova legislação, o traficante eventual passou a ter um tratamento diferenciado do traficante profissional, o que pretendeu o legislador, foi individualizar a pena de acordo com o criminoso.

Não é razoável entender que o traficante eventual, primário, e sem envolvimento com facções criminosas tenha o mesmo tratamento dispensado ao traficante profissional, com condutas criminosas e integrante de organizações criminosas.

Por essa razão, o tratamento como hediondo do dito tráfico privilegiado fere o princípio constitucional da individualização da pena, no momento em que trata da

mesma maneira o réu primário, que possui uma conduta criminosa isolada em sua vida, e o criminoso profissional, que vive e se beneficia do tráfico de drogas.

Sendo assim, seja em atenção ao princípio da legalidade (reserva legal), seja em atenção ao princípio da individualização da pena ou em atenção ao princípio da proporcionalidade, tem-se que o tráfico privilegiado deve ter tratamento diferenciado do tráfico de drogas do *caput*, por ser uma conduta autônoma e distinta daquela.

Em 2016, o plenário do STF entendeu que o tráfico privilegiado, conforme o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), não deve ser considerado crime de natureza hedionda. Transcrevo o Acórdão do histórico julgamento, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA LEI 8.072/06. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. INFORMAÇÕES. VISTA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. Relatório 1. Habeas corpus, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega, tendo como objeto o Recurso Especial n. 1.297.936, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Março Aurélio Bellizze. 2. Tem-se nos autos que, em 15.6.2010, na Comarca de Nova Andradina/MS, os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sete anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado, e setecentos e dez dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade (Evento 6, fls. 88/97, e Evento 7, fls. 1/6). 3. Tendo a sentença expressamente afastado a incidência, no caso, do disposto na Lei n. 8.072/1990, o Ministério Público interpôs apelação, pleiteando o reconhecimento da natureza hedionda do delito (Evento 7, fls. 16 e 19/27). O Paciente Robinson Roberto Ortega também interpôs apelação, pleiteando a redução da pena (Evento 7, fls. 33/52). 4. Em 20.6.2011, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul negou provimento a ambas as apelações: “APELAÇÕES CRIMINAIS – RECURSO MINISTERIAL - ART. 33, § 4º, DA LEI N- 11.343/06 – RECONHECIMENTO DA HEDIONDEZ - RÉUS CONDENADOS POR TRÁFICO PRIVILEGIADO - INCOMPATIBILIDADE - APELO DEFENSIVO - REDUÇÃO DA PENA BASE E AMPLIAÇÃO DA FRAÇÃO REFERENTE A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS - INVIABILIDADE - GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS - RECURSOS IMPROVIDOS. Considerando que o crime de tráfico privilegiado não está elencado no rol previsto na Lei n' 8.072/90, não é admitido o reconhecimento da hediondez. Mantém-se a pena-base fixada na sentença, bem como a fração mínima da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n' 11.343/06,

quando se tratar da apreensão de grande quantidade de droga apreendida (772 kg de maconha). (Evento 8, fl. 17) 5. Contra o acórdão de 2ª instância, o Ministério Público interpôs o Recurso Especial n. 1.297.936 (Evento 8, fls. 34/51). 6. Em 30.4.2012, o Ministro Relator, em decisão monocrática, deu provimento ao recurso, reconhecendo a natureza hedionda do delito praticado pelos Pacientes: “PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA. 1. A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes. 2. Recurso especial provido. (Evento 8, fls. 95) 7. Contra essa decisão, o Paciente Robinson Roberto Ortega opôs embargos de declaração (Evento 8, fls. 109/116) e a Defensoria Pública da União, em benefício dos dois Pacientes, interpôs agravo regimental (Evento 8, fls. 118/127). 8. Em 18.3.2013, também em decisão monocrática do Ministro Relator, os embargos de declaração opostos pelo Paciente Robinson Roberto Ortega foram rejeitados diante da ausência de obscuridade, contradição ou omissão (Evento 8, fls. 129/132). Contra a rejeição dos embargos declaratórios, o Paciente Robinson Roberto Ortega interpôs outro agravo regimental (Evento 8, fls. 138/145). 9. Em 18.4.2013, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou seguimento a ambos os recursos: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E ADVOGADO CONSTITUÍDO. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA. 1. Vige no ordenamento jurídico processual pátrio o princípio da unirrecorribilidade, razão pela qual não há como se conhecer do segundo recurso interposto por um dos réus contra a mesma decisão, haja vista ter ocorrido a preclusão consumativa da via recursal. 2. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a reapreciação da matéria pelo órgão colegiado, no julgamento de agravo regimental, supera eventual violação ao princípio da colegialidade. 3. A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes. 4. Agravo regimental conhecido em parte, apenas no tocante ao agravante Ricardo Evangelista Vieira de Souza, e, na parte conhecida, negado provimento. (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.297.936 – www.stj.jus.br) “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. QUESTÃO PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS

PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o "tráfico privilegiado" tipo autônomo. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.297.936 – www.stj.jus.br) 10. Daí a presente impetração. Sustenta a Impetrante que “houve maltrato à CF pela exegese segundo a qual deva incidir a Lei 8.072/90 também sobre as condenações de tráfico de droga, mas com o privilégio do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06” (Evento 1, fl. 4). Salaria que “a incidência das agravantes da Lei dos Crimes Hediondos a toda condenação imposta pela Lei de Tóxico vem dando ensejo à desarrazoada situação de se tratar alguém que seja condenado a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses (por ser primário, ter bons antecedentes, não integrar organização criminosa, etc) de maneira mais severa do que a outro que tenha sofrido uma condenação de 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos de reclusão, pena imposta no patamar máximo, diante de suas péssimas condições judiciais e legais” (Evento 1, fl. 4). Aponta “a necessidade de afastar do tráfico privilegiado a pecha de hediondez” (Evento 1, fl. 5), impondo-se que se faça “uma analogia in bonam partem, a fim de se afirmar que o tráfico privilegiado possui a mesma justificativa do homicídio qualificado-privilegiado, qual seja, a necessidade de tratamento menos rigoroso para o agente delituoso que, por requisitos atenuantes, cometeu o crime (Evento 1, fl. 9). Conclui afirmando que “o tráfico privilegiado não pode ser equiparado ao crime hediondo e, conseqüentemente, deve ser concedida a possibilidade de início de cumprimento de pena nos regimes diversos do fechado, bem como seja autorizada a progressão de regime prisional após o cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 112 da LEP, qual seja, 1/6 da pena imposta, tempo este já cumprido pelo recorrente” (Evento 1, fl. 9). Este o teor dos pedidos: Por todo o exposto, restando configurado o fumus boni iuris, demonstrado no contexto da fundamentação jurídica do presente habeas corpus, em que a situação fática, de forma escoreita, subsumiu-se à orientação jurisprudencial deste Egrégio STF, bem como o periculum in mora, em vista do constrangimento ilegal imposto aos pacientes, vem requerer a Vossa Excelência que seja concedida LIMINARMENTE a presente ORDEM DE HABEAS CORPUS em favor dos pacientes, determinando a suspensão dos efeitos do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, para que os pacientes possam fazer jus aos benefícios do livramento condicional e a progressão de regime nos prazos dos crimes comuns e, no mérito, seja concedida a ordem para que seja reconhecida a inexistência da hediondez no crime de tráfico privilegiado, e, por conseqüência, o direito da paciente em ver lhe ver concedido o livramento condicional e a progressão de regime nos prazos dos crimes comuns, fazendo, finalmente, cessar o constrangimento ilegal, requerendo, ademais: a) seja o presente habeas corpus distribuído a um dos eminentes Ministros deste Tribunal; b) seja concedida a liminar conforme os termos expostos; c) sejam colhidas as informações de estilo; d) seja colhido o parecer do

Ministério Público; e) seja concedida a ordem no presente habeas corpus, nos termos solicitados.” (Evento 1, fl. 11) 11. Em 2.7.2013, o Ministro Joaquim Barbosa, Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferiu o seguinte “O caso não se enquadra na hipótese prevista no art. 13, VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Encaminhe-se o feito ao ministro-relator. Publique-se.” (Evento 10, fl. 1) 1) Examinados os elementos constantes dos autos, DECIDO. 12. Conforme relatado, pretende a Impetrante o afastamento da incidência da Lei n. 8.072/1990 em caso de tráfico de drogas privilegiado, ou seja, tráfico de drogas para o qual se determinou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, possibilitando aos Pacientes o livramento condicional e a progressão de regime nos moldes do que estabelece o regime geral da Lei n. 7.210/1984. 13. Neste exame preambular, a exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na ação conduzem ao indeferimento da medida liminar requerida, pois não se verifica, de plano, plausibilidade dos argumentos apresentados na inicial. 14. Extraí-se do voto condutor do acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.297.936: “O tráfico de entorpecentes é, nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, equiparado a crimes hediondos, assim definidos na Lei nº 8.072/90, sujeitando-se ao tratamento dispensado a tais delitos. As circunstâncias que criam privilégios a determinado crime, da mesma forma que as qualificadoras, só constituem verdadeiros tipos penais quando contiverem preceitos primário e secundário, com novos limites mínimo e máximo para a pena em abstrato. Por sua vez, as causas de aumento ou diminuição estabelecem somente uma variação, a partir de quantidade fixas (metade, dobro, triplo) ou frações de aumento ou redução - 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), por exemplo. Assim, a incidência de causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do delito, não sendo apta a afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. O mesmo fundamento foi exposto no voto condutor do acórdão proferido no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.297.936, acrescentando-se: “Registre-se que o suposto antagonismo que se tem entre a hediondez do delito de tráfico e o suposto privilégio trazido no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, se dá em virtude da indevida rotulação da causa redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 como tráfico privilegiado. Com efeito, o privilégio se refere, em regra, a fatores nobres, motivação social ou moral para a prática de um delito, como se dá no homicídio privilegiado. Entretanto, não se verifica no caso do tráfico de drogas nada que o torne um crime praticado por fatores nobres, portanto, parece-me duplamente indevida a nomenclatura “tráfico privilegiado”, quer por não se ter novo preceito secundário, quer por não se tratar de conduta praticada com relevante motivação. O benefício, em verdade, se dá por fator meramente de política criminal, visando apenas de forma mais branda aquele que é primário, sem antecedentes, não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa. No entanto, mencionados elementos não tornam o crime privilegiado, pois o crime de tráfico é o mesmo, a conduta é a mesma. Apenas foram reunidos fatores que, em regra, quando não estão presentes, tornam a

reprimenda maior ou tipificam até mesmo outro delito, dando uma chance de se redimir àqueles que ainda não estão totalmente inseridos no meio do crime. Note-se que a primariedade, nos demais delitos, não enseja nenhuma redução, apenas evita a majoração da pena pela agravante da reincidência. Da mesma forma, a ausência de antecedentes impede a majoração da pena-base e o fato de não integrar organização criminoso evita a punição pelo delito de quadrilha ou de associação para o tráfico. Portanto, a existência dos mencionados elementos não torna nenhuma conduta privilegiada, mas apenas evita o maior apenamento do indivíduo. In casu, foram agregados visando beneficiar a pessoa que ainda não está totalmente integrada ao crime, para estimulá-la a não mais traficar. Portanto, reitero que não há se falar em tráfico privilegiado, muito menos em ausência de hediondez, a qual, como é cediço, se refere ao delito praticado – tráfico - e não à pessoa. Assim, ainda que estejam presentes os elementos que ensejam a redução da pena, o crime praticado continua sendo aquele descrito no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006, tráfico ilícito de entorpecentes, que é equiparado a crime hediondo, nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal e do art. 2º da Lei 8.072/1990. Observe-se, ademais, que o argumento relativo à reduzida pena aplicada - o que segundo o agravante também denota a inexistência de hediondez na conduta – se desfaz diante da constatação que o crime de tortura, também equiparado a crime hediondo, tem pena mínima igual a 2 (dois) anos, conforme se verifica no preceito secundário do art. 1º da Lei 9.455/1997. Dessarte, deve ser mantido o caráter hediondo do delito de tráfico, independentemente da pena aplicada. Vale ressaltar, ademais, que a Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS, da Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não acarreta a perda da natureza hedionda do crime de tráfico de drogas.” (www.stj.jus.br) 15. Nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.297.936 não se vislumbra, em princípio, ilegalidade flagrante ou abuso de poder a justificar o deferimento da liminar pleiteada. 16. A questão da natureza hedionda ou não do crime de tráfico de drogas, com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é complexa, tendo sido afetada ao Plenário pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal no Habeas Corpus n. 110.884, ainda pendente de julgamento. A decisão pelo reconhecimento da hediondez do tráfico de drogas privilegiado não representa flagrante ilegalidade ou abuso, sem o que não se revela a plausibilidade jurídica necessária para o deferimento do pedido liminar formulado pela Impetrante. 17. Conquanto ausentes os fundamentos necessários ao deferimento da liminar, os argumentos carreados aos autos impõem o prosseguimento da presente ação para análise da questão de forma mais detida, após a conclusão da instrução do pedido com as informações a serem prestadas pela Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina/MS e com o parecer da Procuradoria-Geral da República. 18. Pelo exposto, sem prejuízo de novo exame no julgamento de mérito, indefiro a medida liminar requerida. Oficie-se à Vara Criminal da Comarca de Nova

Andradina/MS, para, com urgência e por fax, prestar informações pormenorizadas quanto ao alegado na presente impetração e sobre o atual estágio de cumprimento de pena dos Pacientes, fornecendo também cópia dos documentos pertinentes. Remeta-se com o ofício, a ser enviado com urgência e por fax, cópia da inicial e da presente decisão. 19. Prestadas as informações, vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2013. Ministra CÁRMEN LÚCIA. Relatora (STF - HC: 118533 MS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 01/08/2013, Data de Publicação: DJe-152 DIVULG 06/08/2013 PUBLIC 07/08/2013)

Acompanhando o entendimento do STF, o STJ – cancelando a súmula 512 - estabeleceu que o tráfico privilegiado de drogas não constitui crime de natureza hedionda. A nova tese foi adotada de forma unânime durante o julgamento de questão de ordem, veja-se inteiro teor do Acórdão:

HABEAS CORPUS Nº 431.751 - SP (2017/0335702-3) RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ALLINE DELBEM - SP0331173 IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: LUAN RODRIGO CARVALHO DE ANDRADE EMENTA HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ. NÃO CONFIGURAÇÃO. REVISÃO DO ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 512/STJ. ORDEM CONCEDIDA, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA. 1. A Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição nº 11.796/DF, reviu o entendimento consolidado no Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS (DJe 26/4/2013) e cancelou o enunciado nº 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. 2. Ordem concedida, ratificada a liminar anteriormente deferida, para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo das Execuções, que homologou o cálculo de penas no sentido de que a figura do tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não é delito equiparado a hediondo.

Essa, portanto, é a evolução jurisprudencial acerca da hediondez do tráfico privilegiado, que vinha numa posição solidificada pela hediondez, até uma guinada jurisprudencial por parte do STF em 2016, que inclusive, acabou ocasionando na

revisão da Súmula 512 por parte do STJ, vindo a ser cancelada, como forma de uniformizar a jurisprudência do STJ com o novo entendimento do STF.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo apresentado, conclui-se que deve haver o afastamento do caráter hediondo nas hipóteses de tráfico de drogas privilegiado e, conseqüentemente, a concessão de todos os benefícios vedados aos crimes integrantes do rol de crimes hediondos e aos equiparados.

O estudo buscou abordar e polemizar a distinção entre as diversas condutas contidas na Lei de Drogas. Abordando – de forma superficial – a conduta dos usuários de drogas, fazendo um paralelo com a problemática envolvendo a questão da saúde pública e se aprofundando na conduta praticamente pelos “pequenos traficantes” (aqueles que não vivem do tráfico, que são primários, com bons antecedentes, que não integram organização criminosa).

De acordo com o estudo, esse “pequeno traficante” – aquele que pratica o denominado tráfico privilegiado - previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não deve sofrer as mesmas conseqüências legais propostas para o real traficante.

Particularmente, entendo que o tráfico privilegiado deve ser tratado como crime autônomo, não se confundindo com a conduta estabelecida no Artigo 33 da Lei 11.343/06. Desse modo, por ser crime autônomo, não poderá ser considerado como crime equiparado a hediondo.

Mesmo aderindo aquelas correntes que entendem que se trata apenas de uma causa de diminuição de pena (natureza jurídica) do artigo 33, ainda assim, o caráter hediondo deve ser afastado com base nos princípios constitucionais já mencionados, quais sejam: princípio da legalidade (reserva legal); ao princípio da individualização da pena e o princípio da proporcionalidade.

Por qualquer análise, tem-se que o tráfico privilegiado deve ter tratamento diferenciado do tráfico de drogas do *caput*, por ser uma conduta autônoma e distinta daquela.

O ponto crucial para o desenvolvimento do presente trabalho, foi estabelecer critérios para o leitor buscar a sua própria interpretação e opinião sobre o tema.

Houve uma preocupação em esclarecer alguns pontos passíveis de dúvidas, assim como, explicar as duas teses divergentes sobre o assunto; aquela que entende que se trata apenas de causa de diminuição de pena, desse modo, não há o condão de afastar o caráter hediondo da conduta e a tese que entende que se trata de crime autônomo – distinto da conduta contida no *caput*, do artigo 33 da Lei 11.343/06 e, por essa razão, deve ter a sua hediondez afastada e ser beneficiado com todos os benefícios legais.

Além das teses acima mencionadas, foi abordado a tese jurisprudencial para afastar o caráter hediondo do tráfico de drogas privilegiado, principalmente, o apontamento dos princípios constitucionais.

Foi cumprido todos os objetivos que propostos, uma vez que, inicialmente buscou-se a conceituação dos pontos e institutos mais importantes em relação ao tema, em especial conceituando e explicando todos os benefícios legais e constitucionais (que em tese não seriam concedidos para as condutas constantes no rol de crimes hediondos e equiparados), explicando os crimes hediondos e equiparados e trabalhando com a lei de tráfico de drogas. Adentrando especificamente no tema, fundamentamos os pontos constitucionais, abordando opiniões de grandes doutrinadores e de tribunais.

Nesse contexto, o ápice do presente Artigo encontra-se nas divergências Doutrinárias e Jurisprudenciais e na evolução das Cortes Superiores sobre o tema.

Sendo assim, encerro o presente trabalho com o sentimento de dever cumprido, através de muita pesquisa, estudos de caso, leitura de doutrinas e jurisprudências, manuseio de processos referentes ao tema, podemos chegar à conclusão de que o tema envolvendo o “tratamento diferenciado ao tráfico privilegiado,

com o afastamento da sua hediondez”, já se encontra pacificado nos Tribunais, mas não ocorreu ainda uma pacificação doutrinária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Volume Único. 5ª Edição. Ano 2017.

RAMOS, Solange. **Comentários à Lei de Crimes Hediondos**. Disponível em: <http://www.facha.edu.br/biblioteca/dmdocuments/HEDIONDOS_Solange.pdf>. Acesso em: 02 novembro. 2013.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **O tráfico de drogas privilegiado: requisitos para o seu reconhecimento e análise da sua hediondez**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13401>. Acesso em: 02 novembro. 2013.

CANÁRIO, Pedro. **Indulto a traficantes é inconstitucional**, diz TJ-SP. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/indulto-natalino-trafficantes-inconstitucional-tj-sp>>. Acesso em: 15 novembro. 2013.

GUEDES, Lucio Ferreira. **O indulto e possibilidade de sua concessão aos condenados por crime hediondo após o cumprimento de 2/3 da pena**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-indulto-e-possibilidade-de-sua-concess%C3%A3o-aos-condenados-por-crime-hediondo-ap%C3%B3s-o-cumprim>>. Acesso em: 15 novembro. 2013.

MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. (2007, p. 28).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 612 e ss.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo. RT, 2008, p: 535.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 2ª ed. RT, 2007, p. 330.

Constituição da República Federativa do Brasil

Código Penal Brasileiro

Decreto nº 7873/2012

LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.