

ASPECTOS RELEVANTES DO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO

Amanda Da Silva Peres¹
Marcos Túlio Fernandes Melo²

RESUMO

O objeto do respectivo trabalho científico será referente às principais nuances do crime de tráfico privilegiado, fazendo uma imersão mais aprofundada, no hodierno posicionamento do Supremo Tribunal Federal pela descaracterização da natureza hedionda do crime de supramencionado, uma vez que havia divergência entre o reconhecimento ou afastamento da característica hedionda. A análise iniciará com o estudo da lei 11.343/2006 e legislações específicas, seguindo para o inteiro teor do acórdão do STF. Cada tópico abordará um assunto particular relacionado ao tema, como a conceituação do tráfico de drogas, do tráfico privilegiado, o julgamento do *habeas corpus* 118.533 – MS, além do exposto em alguns julgados, com o intuito de demonstrar as alterações que ocorreram e a devida aplicação do entendimento e a superação da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Palavras-chave: Tráfico de Drogas; Tráfico Privilegiado de Drogas; Supremo Tribunal Federal; Jurisprudência.

ABSTRACT

The goal of the following scientific work will refer to the main nuances of the privileged traffic crime, doing a more detailed immersion, about the present position of the Supreme Federal Court which detached the hideous characteristic of the aforementioned crime, since there was divergence between the recognition or remoteness of the hideous feature. The analysis is going to begin with the study of the law 11.343/2006 and specific legislation, following the entire content of the SFC judgment. Each topic will address a particular subject related to the main theme, such as the conceptualization of drug trafficking, privileged trafficking, the habeas corpus 118.533-MS trial, besides to what was exposed in some cases, in order to demonstrate the arrangement that occurred and the legal application of the understanding and the overcoming of the Summary 512 from the High Court of Justice.

Key-words: Drug Trafficking; Privileged Drug Trafficking; Supreme Federal Court; Jurisprudence.

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 131/BM. E-mail – amandasp16@hotmail.com.

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Mestre, Orientador. E-mail – marcostulioadvocacia@hotmail.com

1.INTRODUÇÃO

O Tráfico de Drogas é um dos crimes que mais perturbam a sociedade e o Estado. Tal preocupação é evidente tendo em vista as inúmeras criações e atualizações de normas reprimindo o delito em comento, uma delas fora a lei 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre as drogas.

Nessa toada, o presente trabalho tem objetivo de trazer á baila, o julgamento do *habeas corpus* (HC) 118.533, que após várias divergências entre tribunais, a matéria atingiu o Supremo Tribunal Federal (STF) para ser apreciada.

A problematização discorre acerca do tráfico privilegiado de drogas, modalidade originada pela doutrina, prevista no §4º, do artigo 33 da lei supra, que era considerado pelos tribunais superiores por meio de precedentes que o mesmo era equiparado a crime hediondo.

Com o referido entendimento, os agentes que praticavam o delito eram submetidos à lei n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que rigorosamente agravava os crimes previstos no seu bojo, de modo que, o procedimento adotado ao crime, era da respectiva lei.

O julgamento do HC concedeu a ordem afastando a modalidade hedionda do tráfico privilegiado, ao condenado por este crime, que preencher os requisitos do §4º, do art. 33 os benefícios descritos na Lei de drogas e a execução da pena pelo procedimento pela Lei de execução Penal.

2.CONCEITUAÇÃO

O uso de drogas pelo homem existe desde a Antiguidade. Alimento nutricional, remédios para doenças. Sua utilização acontecia de acordo com cada povo e cultura.

É de suma importância conceituar a palavra droga, em razão de não ser um trabalho simples, pois a mesma é definida por distintos ramos da ciência, de modo que, cada um tem uma interpretação.

Assim, faz-se necessário listar alguns conceitos relevantes para o devido entendimento do tema.

Na mesma toada, para o Departamento de Psicobiologia da Universidade Federal de São Paulo –UNIFESP:

a origem da palavra droga vem de *droog* (holandês antigo) que significa folha seca. E sua definição é qualquer substância que é capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento.(UFSP, s.d)³

Insta salientar que a Lei de Drogas, atualmente, Lei 11.343/2006, também contém uma definição para o assunto em seu artigo 1º, parágrafo único:

Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (BRASIL, 2006).

No Brasil, as drogas proibidas estão determinadas na Lista E e F, elencando as plantas e as substâncias entorpecentes proscritas do ANEXO I da Portaria nº 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Tal Portaria é atualizada periodicamente, sujeitando-se a alterações e/ou inclusões por Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC). A modificação mais recente fora a RDC nº 186, ocorrida no dia 25 de outubro de 2017, incluindo 9 (nove) adendos. Notemos:

LISTA – E

LISTA DE PLANTAS QUE PODEM ORIGINAR SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E/OU PSICOTRÓPICAS:

1. CANNABIS SATIVUM
2. CLAVICEPS PASPALI
3. DATURA SUAVEOLANS
4. ERYTHROXYLUM COCA
5. LOPHOPHORA WILLIAMSII (CACTO PEYOTE)
6. PRESTONIA AMAZONICA (HAEMADICTYON AMAZONICUM)

ADENDO: 1) ficam também sob controle, todos os sais e isômeros das substâncias obtidas a parti das plantas elencadas acima.

LISTA – F

LISTA DAS SUBSTÂNCIAS DE USO PROSCRITO NO BRASIL

LISTA F1 - SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES

- | | | |
|---------------------------------------------------------|-------------------------------------|---------------|
| 1.3-METILFENTANILA
PIPERIDIL]PROPIONANILIDA) | (N-(3-METIL | 1-(FENETIL-4- |
| 2. 3-METILTIOFENTANILA
PIPERIDIL]PROPIONANILIDA) | (N-[3-METIL-1-[2-(2-TIENIL)ETIL]-4- | |
| 3. ACETIL-ALFA-METILFENTANILA
PIPERIDIL]ACETANILIDA) | (N-[1- α -METILFENETIL)-4- | |
| 4. ALFA-METILFENTANILA
PIPERIDIL]PROPIONANILIDA) | (N-[1- α -METILFENETIL)-4- | |

³ Disponível em: <<http://www2.unifesp.br/dpsicobio/drogas/index.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2017

5. ALFAMETILTIOFENTANIL (N-[1-[1-METIL-2-(2-TIENII)ETIL]-4-PIPERIDIL]PROPIONANILIDA)
6. BETA-HIDROXI-3-METILFENTANILA
7. BETA-HIDROXIFENTANILA
8. COCAÍNA
9. DESOMORFINA (DIIDRODEOXIMORFINA)
10. ECGONINA
11. HEROÍNA (DIACETILMORFINA)
12. MPPP (1-METIL-4-FENIL-4-PROPIONATO DE PIPERIDINA (ESTER))
13. PARA-FLUOROFENTANILA (4-FLUORO-N-(1-FENETIL-4-PIPERIDIL)PROPIONANILIDA)
14. PEPAP (1-FENETIL-4-FENIL-4-ACETATO DE PIPERIDINA (ESTER))
15. TIOFENTANILA (N-[1-[2-TIENIL]ETIL]-4-PIPERIDIL]PROPIONANILIDA) (ANVISA, 344/98)⁴

É importante frisar, que o artigo 61 do aludido anexo, é cristalino ao dizer que, em ambas as listas, E e F, as plantas e/ou substâncias não poderão ser prescritas ou manipuladas para fins de medicamentos alopáticos e homeopáticos. O artigo 61 da Portaria aduz:

Art. 61 As plantas constantes da lista “E” (plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas) e as substâncias da lista “F” (substâncias de uso proscrito no Brasil), deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, não poderão ser objeto de prescrição e manipulação de medicamentos alopáticos e homeopáticos. (ANVISA, 344/98)⁵.

Dessa forma, é da Portaria supra que a lei 11.343/2006 reporta-se para fixar quais as substâncias proscritas serão subordinadas às tipicidades descritas no bojo da legislação.

3. DO TRÁFICO DE DROGAS

Estudar o crime de Tráfico de Drogas é de suma importância, visto que é indispensável à exploração do tipo penal, especificamente, o tipo misto alternativo.

Para Masson (2017, p. 289) o tipo penal “é o modelo genérico e abstrato, formulado pela lei penal, descritivo da conduta criminosa ou da conduta permitida”.

Greco (2016, p.211) ratifica que “[...] quando a lei em sentido estrito descreve a conduta (comissiva ou omissiva) com o fim de proteger determinado bem cuja tutela mostrou-se insuficiente pelos demais ramos do direito, surge o chamado tipo penal”.

⁴ Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisaegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>. Acesso em: 23 de nov. de 2017.

⁵ Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisaegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>. Acesso em: 23 de nov. de 2017.

Cabe mencionar, que a doutrina é divergente em relação à constitucionalidade do tipo penal arguido, por entender que há violação ao princípio da individualização da pena, expresso no inciso XLVI, artigo 5º, da Carta Magna, dado que, toda ação receberá sanção legalmente instituída, conforme o ato praticado.

Isto posto, leia-se o artigo 33 da Lei de drogas:

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. (BRASIL, 2006).

O caput do artigo acima possui várias condutas em seu tipo penal, totalizando 18 (dezoito), diversificando as ações que serão punidas com a mesma pena, não havendo a devida individualização.

A referida normativa é considerada norma penal em branco, posto que, as substâncias entorpecentes ilícitas citadas na lei são desenvolvidas por portarias proferidas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

A lei penal em branco, também conhecida como norma aberta ou cega, é uma espécie de lei penal que necessita de uma complementação, seja por outra lei ou ato normativo, posto que, há lacunas vazias que precisam ser preenchidas, assim assevera Cleber Masson (2016).

É pertinente ressaltar que o delito em apreço é equiparado a crime hediondo pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVIII, tornando-o inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

4.DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

O Tráfico Privilegiado fora criado como um instituto beneficente previsto no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, sendo mais uma espécie de tipo penal de diminuição de pena, dispendo de pressupostos para sua caracterização. Assim, Greco estabelece:

Os tipos penais derivados são espécies de infrações penais que estão ligadas, umbilicalmente, ao caput do artigo, ou seja, à sua modalidade fundamental, por intermédio de seus parágrafos. Isto quer dizer que os tipos derivados, sejam eles qualificados ou privilegiados, não possuem vida autônoma, sendo considerados,

portanto, circunstâncias que permitem maior ou menor punição do agente. [...] considera-se como privilegiado o delito quando as penas previstas no parágrafo são inferiores àquelas cominadas no caput do artigo. [...] a doutrina, majoritariamente, também considera privilegiado o delito na hipótese de aplicação de causas de redução de pena. (GRECO, 2009, p.112).

Por consequência, faz-se necessário analisar o parágrafo supracitado:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, 2006).

À vista disso, nota-se a possibilidade da aplicação do privilégio ao agente primário, ou seja, que não possui condenação transitada em julgado, de bons antecedentes e que não se dedique ou integre organização criminosa. Assim, o sujeito conservará o direito, que nada mais é do que o agente receber o benefício da redução da pena desde que cumpra os requisitos ensejadores de tal direito.

Nesse sentido, conclui-se que o referido proveito torna o crime mais ameno, favorecendo o sujeito ativo.

Por conseguinte, a magnitude de entender ao examinar o contexto que será aplicado o privilégio, é que o delito deverá ser compreendido como mais brando, e por este pretexto, analogias favoráveis ou normativas precisarão ser aplicadas às consequências penais e processuais.

4.1 DOS REQUISITOS

Conforme dito anteriormente, há requisitos que os sujeitos condenados por tráfico de drogas deverão cumular, para ser concedido o benefício de diminuição de pena, previsto no §4º, do artigo 33, da lei de drogas.

É considerado primário todo sujeito que não for reincidente, ou seja, não tenha sido condenado por um crime, de acordo com Fernando Capez (2014).

Bons antecedentes na visão de Capez (2014, p. 480): “[...] anterior envolvimento em [...] processos criminais”.

Um dos requisitos é a vedação ao sujeito de dedicar-se às atividades criminosas, não praticar crimes.

E por fim, não integrar organização criminosa, que consoante a § 1º da Lei de organização criminosa:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas,

ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013).

Tais quesitos são cumulativos, necessitando o agente preencher todos para obter a respectiva diminuição de pena de um sexto a dois terços. Faltando alguma exigência, o benefício não será concedido.

5.CRIME HEDIONDO

Na visão de Farabulini (2004, p. 231): “Podemos, com toda acuidade, definir como hediondos, os crimes cometidos com crueldade, com sadismo, mostrando-se repugnantes aos olhos humanos”.

Vale somar o posicionamento de Masson (2016), o autor ensina que os crimes hediondos são aqueles definidos pela respectiva lei, alcançados pelo rol taxativo do artigo 1º da Lei de hediondos:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

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

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

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

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

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

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

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

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. (BRASIL, 1990).

É significativo registrar que, segundo publicado no site do Planalto (2017) há pouco tempo, o presidente da República, Michel Temer, sancionou uma lei específica tornando os delitos de genocídio e a posse ou o porte ilegal de armas de fogo de uso restrito, reservadas aos agentes de segurança pública e às Forças Armadas como crimes hediondos, assim alterando o texto do parágrafo único do artigo supra.

Nota-se que o artigo supracitado não traz em seu rol taxativo o tráfico de entorpecentes como crime hediondo, entretanto, no artigo 2º lei 8.072/90, assemelha-o como tal: “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:”.

Em seguida, os artigos tratam da regulamentação penal e processual, especificando o tratamento adequado para cada crime citado. Há que se falar que, os crimes praticados no referido artigo, deverão cumprir a pena inicialmente em regime fechado, e em presídios de segurança máxima. (BRASIL, 1990).

A condenação por tais crimes se sujeita a progressão de regime estipulado no §2º, do artigo 2º da Lei de Hediondos, ou seja, “[...] após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

A prisão temporária exibida no artigo 283 do Código de Processo Penal e citada na lei de crimes hediondo surgiu da medida provisória nº 111 de 1989 que, posteriormente, convertida na lei nº 7.960, de 21 de dezembro exhibe a previsão dos delitos que cabem a patente prisão, conjuntamente, o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Todavia, a aludida normativa nada explana referente aos crimes hediondos.

Entretanto, verifica-se o §4º do artigo 2º da lei 8.072/90, aduz que a prisão temporária dos crimes hediondos deterá o prazo de 30 (trinta) dias, sendo permitida a prorrogação por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (BRASIL, 1990).

Destarte, não restam dúvidas de que o legislador tratou de forma rigorosa os crimes considerados hediondos, preocupando em diferenciar seu tratamento dos delitos comuns.

6.DO JULGAMENTO DO HC 118.533/ MS

O HC n. 118.533 foi impetrado pela Defensoria Pública da União com requerimento de medida liminar em favor de pacientes condenados no juízo *a quo* como incurso no art. 33, caput e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a 07 (sete) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 700 (setecentos) e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade.

O intuito da medida de urgência era a remoção do caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado de entorpecentes, dado que, esta alteração traria diversas

mudanças nas datas definidas para a concessão dos benefícios descritos na Lei de execução penal de nº 7.210/1984.

Vale lembrar que, conforme dito anteriormente, o tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo tendo vista a previsão constitucional e na Lei 8.072/90. É cediço que tal modalidade torna o crime mais severo, de forma a dificultar a autorização de benefício, aumentando os períodos de privação de liberdade para conseguir a progressão de pena e livramento condicional.

O assunto primordial abordado no HC acima referenciado é a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas. Tal modalidade prevê a possibilidade da redução da pena quando o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, (BRASIL, 2006).

Desta feita, é mister relatar que a sentença de primeiro grau afastou expressamente a incidência do caráter hediondo do delito em análise. Em visto disso, á época dos fatos, o Ministério Público interpôs o recurso de Apelação, o qual pleiteou pelo reconhecimento da natureza hedionda do crime estudado, argumentando que a equiparação do tráfico de droga da lei n. 8.072/90 a crime hediondo nada declara a respeito ao tráfico privilegiado, pois, o §4º do artigo 33 é apenas uma causa de diminuição de pena, não constituindo novo tipo penal, não havendo motivos para a descaracterização da condição hedionda.

Um dos condenados também interpôs recurso de apelação requerendo a redução da pena imposta. Entretanto, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul negou provimento para os ambos os recursos e manteve a decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Não satisfeito, o *parquet* interpôs Recurso Especial, o qual fora provido por decisão monocrática, sendo reconhecida a natureza hedionda do crime em discussão. Os apenados recorreram de tal decisão, ocorrendo à rejeição dos mesmos pela Quinta Turma do STJ.

Em razão disto, houve a impetração do HC 118.533, objeto do presente estudo. Decorrente da impetração supracitada, a matéria alcançou a suprema Corte, tendo em vista a repercussão geral do caso, a mesma competente para julgar o respectivo conflito, de modo a interpretar corretamente a legislação à luz da Constituição Federal e promover a segurança jurídica do ordenamento brasileiro.

O julgamento perdurou por vários anos, até que em junho de 2016, o Plenário decidiu por maioria dos votos excluírem a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas.

O Tribunal Pleno estava sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, como Relatora a iminente Ministra Cármen Lúcia, a qual conduziu a votação favorável à concessão da ordem do HC aos pacientes.

Sabidamente, em seu voto, inicialmente, a Relatora enfatizou que como estava em sede de *habeas corpus* não poderia reformar para pior a situação dos pacientes.

Em seguida, expôs para os demais presentes à razão de seu voto, uma delas fora a seguinte:

A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente. [...] Assim, no meu entendimento, há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores legais destinados ao tráfico de entorpecentes equiparado ao crime hediondo. [...] Pelo exposto, voto pela concessão da ordem. (HC N. 118.533, Relator: Min. Cármen Lúcia, Supremo Tribunal Federal, Julgado em 23/06/2016, Publicado no DOU 23/06/2016).

Consentindo com a Relatora, acompanharam o voto, os Ministros Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber. Foram vencidos, os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Luiz Fux que não concordaram com a eminente Relatora, denegando a ordem.

Para o Ministro Dias Toffoli, afastar a incidência do §4º, do art.33, da lei 11.343/2006, o tráfico privilegiado, a diminuição de pena, é algo extremamente alarmante, visto que, as organizações criminosas irão aproveitar de tal lacuna para induzir pessoas com bons antecedentes a praticarem crimes por valores razoáveis.

Dessa maneira, haverá o risco de aumentar o número de delitos com indivíduos primários, estimulados pelas organizações criminosas, pois à eles caberão a diminuição de pena.

Assim, finalizando seu voto, o ministro Dias Toffoli (STF, 2016) arguiu “então, Senhor Presidente, peço vênica à eminente Relatora e aos eminentes Colegas que preferiram votos substanciosos no sentido de acompanhá-la, para acompanhar a divergência [...]”.

Discordando da respeitável Relatora, o min. Marco Aurélio explanou que o crime de tráfico de drogas detém procedimento próprio, como por exemplo, o regime inicial para cumprimento da pena fechado e a progressão da mesma de 2/5 ou 3/5 se o agente for reincidente.

Em seguida, o min. assevera (STF, 2016) “recuso-me a considerar que um delito pode ser privilegiado. Trata-se de apelido dado pela jurisprudência. Não existe crime privilegiado”.

Vários crimes são praticados em decorrência do tráfico de drogas, por isso, os legisladores, o Congresso Nacional, trouxeram maior rigor ao procedimento específico para o crime em tela.

In casu, o min afirmou que não poderia decidir que o §4º da lei 11.343/2006 era uma exceção não acolhida pelo legislador, uma vez que, encontra-se prevista na lei 8.072/90 consequências no tocante ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Desta forma, o min. (STF, 2016) concluiu que “reafirmando que simplesmente busco atuar como juiz, vinculado ao Direito positivo, acompanho o ministro Luiz Edson Fachin, no que divergiu da Ministra Relatora para indeferir a ordem”.

Faz-se necessário mencionar que o min. Luiz Edson Fachin havia divergido da Relatora, entretanto, após melhor análise do caso em julgamento, reformou seu voto a favor do paciente, concedendo a ordem.

Acompanhando a divergência, o min Luiz Fux, já de início assevera a importância da distinção entre usuário e traficante de drogas. Como é cediço, o tráfico é considerado uma tipicidade penal mais grave, tendo em vista o impacto ele provoca junto à sociedade, sem contar às inúmeras consequências sociais e econômicas.

O min. destacou que o Estado possui como direito fundamental de impor sua ordem penal, ou seja, poder de punir o agente que descumpra suas leis ressaltou também que a Constituição Federal visa garantir a saúde das pessoas, pelo Princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, entende-se que a equiparação do tráfico de drogas a crime hediondo é devido, tendo em vista a sua previsão constitucional.

Continuando, o min. Luiz Fux questiona:

[...] o que é tráfico privilegiado? Tráfico privilegiado é uma figura inexistente na lei penal. Não existe tráfico privilegiado. Não há essa figura. Se alguém encontrar, no Código Penal e nas leis especiais, essa

figura, aí, realmente, vou me convencer desse posicionamento. (STF, 2016).

Abraçado pela legislação, pela Constituição Federal e pela jurisprudência vigente, o eminente min. Luiz Fux seguiu a divergência dos votos, denegando à ordem ao HC, “de sorte que estou pedindo todas as vênias, Senhor Presidente, para acompanhar a divergência [...], com a vênia da eminente Ministra- Relatora”.

O Plenário fora presidido pelo Min. Ricardo Lewandowski, que antes de expressar seu voto, expôs alguns dados, que segundo ele (STF, 2016) “realmente são impactantes”.

Presidente Min. Lewandowski explanou que, segundo o InfoPen, do Ministério da Justiça, informações de dezembro de 2004, relata que 622.202 pessoas estão presas, entre homens e mulheres, num percentual de 28%, exatamente 174.216 presos em virtude à Lei 11.343/2006, ou seja, mais de 30% de 622.202 presos por tráfico de drogas. (STF, 2016).

Desses 30%, feita a análise de gênero, percebe-se um resultado chocante: 68% desse percentual são mulheres presas. É imprescindível relatar que, o Brasil está em 5º lugar no ranking com a maior população feminina encarcerada por crimes envolvendo tráfico de drogas ou associação. (STF, 2016).

Com esses dados exibidos, o Presidente quis demonstrar que o julgamento não se tratava apenas de interpretação jurídica, mas sim de política criminal. Tal decisão terá impacto importantíssimo nos presídios brasileiros.

O voto do eminente Presidente deteve de vários fatores, um deles sociológico, acreditando que “forçoso é reconhecer que o desemprego estrutural e a precarização das relações de trabalho constituem fator fundamental que leva à inserção de jovens e de mulheres nessa prática delituosa [...]”.

A maioria dessas pessoas presas são primárias, de bons antecedentes, ou seja, que nunca cometeram crime e por falta de oportunidades, acabam se adentrando no mundo da criminalidade.

Por isto, é não seria justo essa pessoa receber o mesmo tratamento que um criminoso habituado, reincidente, que utiliza-se de crimes para viver, como se fosse trabalho. É inescusável a aplicação do Princípio da Isonomia e o Princípio da Individualização da Pena, ambos assegurados pela Constituição Federal.

Após manifestar seu voto e explanar seus argumentos, o Presidente Min. Lewandowski concedeu a ordem de *Habeas corpus* (STF, 2016) dizendo: “Ante o

exposto, concedo a ordem para afastar os efeitos da hediondez em relação ao tráfico de drogas na modalidade privilegiada. É como voto”.

Depois de proferido todos os votos, por maioria, conforme o teor do voto da relatora, a ordem do HC foi concedida aos pacientes, afastando a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas.

Por consequência de tal decisão, a Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça que aludia “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas” fora cancelada pelo respectivo Tribunal por convergir com o hodierno posicionamento da Suprema Corte.

7. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal afastando a natureza hedionda do tráfico privilegiado, faz-se necessário a devida análise das jurisprudências dos Tribunais, verificando se está ocorrendo à aplicação do entendimento, visto que, mesmo não possuindo caráter vinculante, houve bastante repercussão do tema.

Vejamos alguns precedentes:

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NATUREZA HEDIONDA DO ILÍCITO AFASTADA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES – POSSIBILIDADE DE OS TRIBUNAIS ESTADUAIS ADOTAREM INTERPRETAÇÃO IDÊNTICA – PROGRESSÃO DE REGIME – INCIDÊNCIA DO ART. 112 DA LEP – ENTENDIMENTO MAIS BENÉFICO AO APENADO – RECURSO PROVIDO. É da jurisprudência dos tribunais superiores o entendimento de que o crime de tráfico de drogas, quando reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, deixou de ser equiparado a hediondo, não havendo óbice para que os tribunais estaduais adotem interpretação idêntica, especialmente por ser em benefício do réu. Afastada a hediondez do tráfico privilegiado, a progressão de regime se submete à regra do art. 112 da Lei de Execução Penal. (AgExPe 45500/2017, Relator: Des. Orlando De Almeida Perri, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 13/06/2017, Publicado no DJE 20/06/2017).

No julgado acima, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, aplicou o entendimento do STF, pois não há impedimento aos tribunais estaduais de adotarem a mesma interpretação, ainda mais quando é em benefício ao réu. Afastando a hediondez, a progressão de regime é sujeita à regra do artigo 112 da Lei de Execução penal.

Na mesma toada, alguns precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais aduzem:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO MINISTERIAL - PENA-BASE - NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA EM PODER DO ACUSADO - AUMENTO DA SANÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MINORANTE DO ART. 33, §4º DA LEI 11.343/06 - DETERMINAÇÃO DE FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA - ABRANDAMENTO DE REGIME - NECESSIDADE - NATUREZA HEDIONDA AFASTADA - PRECEDENTES DO STF. Observada a ausência de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, desfavoráveis ao acusado e em sendo quantidade e natureza da droga apreendida considerada na terceira fase da operação dosimétrica, inviável se mostra a exasperação da pena-base. Demonstrado o grau de lesividade da droga e quantidade considerável de entorpecente apreendido na posse do réu, possível se mostra a determinação de fração intermediária para redução da pena pelo tráfico privilegiado. A teor da decisão proferida pelo STF no julgamento do HC nº 118.533/MS, afastado o caráter hediondo do tráfico privilegiado, com fincas no art. 33, do CP, viável é o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena imposto ao acusado. (TJMG – Apelação Criminal 1.0145.12.052613-5/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 15/12/2016, publicação da súmula em 25/01/2017).

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL -TRÁFICO PRIVILEGIADO - NATUREZA HEDIONDA - AFASTAMENTO - PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Está correta a decisão do juízo da execução penal que, baseado em recente entendimento do STF determina a retificação do atestado de pena do réu afastando a hediondez do tráfico privilegiado. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 118.533/MS, ocorrido em 23.06.2016, de que o chamado tráfico privilegiado, no qual as penas podem ser reduzidas, não deve ser considerado crime de natureza hedionda, deve ser mantida a decisão. V.V.: EMENTA: TRÁFICO DE DROGAS - INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO §4º DO ART.33 DA LEI 11.343/06 - IRRELEVÂNCIA PARA O RECONHECIMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. O art. 2º, da Lei nº 8.072/90 é expresso no sentido de que o crime de tráfico de drogas é equiparado a hediondo. O reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos, não conduz à configuração de novo tipo penal, subsistindo a tipificação da conduta do agente no caput do referido dispositivo legal, e, portanto, a condenação por crime equiparado a hediondo. (TJMG – Agravo em Execução Penal 1.0105.15.000940-2/002, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 10/10/2017, publicação da súmula em 17/10/2017).

Consoante demonstrado, os Tribunais estão empregando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal aos processos de tráfico privilegiado conforme os julgados expostos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio da presente pesquisa, é concebível que o tráfico de drogas é e ainda será, um tema polêmico por muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro.

O intuito do vigente artigo é demonstrar de uma maneira descomplicada o que é o tráfico de drogas, tráfico privilegiado de drogas, a previsão legal de ambos.

Como explanado na pesquisa, a lei 11.343/2006 é uma norma penal em branco, carecendo de interpretações do Poder Judiciário para sanar as lacunas existentes, deixadas pelo legislador.

Por esta razão, o ponto crucial deste trabalho fora o julgamento do *Habeas Corpus* 118.533 pelo STF, onde estava discutindo-se a respeito do caráter hediondo do Tráfico Privilegiado de drogas, uma das falhas que necessitam de apreciação.

Consequentemente, foi imprescindível o estudo da decisão supra, que por maioria dos votos, nos termos do voto da Relatora Min. Cármen Lúcia, concedeu a ordem do HC aos pacientes, afastando a natureza hedionda do Tráfico Privilegiado de drogas.

Em decorrência do julgado, será possível o procedimento de progressão de regime entre outros benefícios aos condenados pelo tráfico privilegiado de drogas que antes não eram aceitos, não empregando mais a lei 8.072/90. Destarte, é viável mencionar que tal decisão não tem força vinculante, de forma que, caberá aos magistrados, desembargadores e ministros realizarem a devida aplicação do entendimento.

Logo, é claro e nítido a relevância que o referido acórdão possui, pois o mesmo influenciará vários setores, inclusive o sistema penitenciário brasileiro, onde ocorre a superlotação, havendo tratamento degradante aos reeducandos. Isto posto, é de grande valia a devida aplicação do novo entendimento pelos Tribunais, respeitando os princípios da Carta Magna, promovendo a segurança jurídica perante os Tribunais Superiores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Lista de substâncias sujeitas a controle especial no Brasil*. s.d. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/lista-de-substancias-sujeitas-a-controle-especial>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez 1940.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out 1941.

BRASIL. *Lei n. 7.960*, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Diário Oficial da União, Brasília, 22 dez 1989.

BRASIL. *Lei n. 8.072*, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 jul. 1990.

BRASIL. *Lei n. 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 ago. 2006.

BRASIL. *Lei n. 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 ago 2013.

BRASIL. Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS). *Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial*. Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998. Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1998, Seção I.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 512*. 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. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 11/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 118533*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Mato Grosso do Sul, 23 de junho de 2016. Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal.- vol 1, parte geral*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARABULINI, Ricardo. *Crimes Hediondos: Breves considerações sobre a Lei 8.072/90*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VII, n. 19, nov 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4847>. Acesso em: 11 nov. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – 18. Ed.* Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Agravo em Execução Penal 45500/2017*, da 1ª Câmara Criminal. Agravante: Misael Bezerra Cardoso Dos Reis. Agravado: Ministério Público. Relator: Des. Orlando De Almeida Perri. Cuiabá, 13 de jun. de 2017. Diário da Justiça Eletrônico em 20 jun. de 2017. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/470922758/agravo-de-execucao-penal-ep-7441720178110034-45500-2017/relatorio-470922786#>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo em Execução Penal 1.0105.15.000940-2/002*, da 1ª Câmara Criminal. Agravante: Ministério Público Do Estado De Minas Gerais. Agravado: Edson Júnio Modesto Cunha. Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite. _____, 10 de out. de 2017. Diário da Justiça Eletrônico em 17 out. 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=14&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=agravo%20execu%E7%E3o%20tr%E1fico%20privilegiado&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=2-1&listaOrgaoJulgador=2-1&listaRelator=2->

3176906&dataPublicacaoInicial=25/01/2017&dataJulgamentoInicial=13/12/2016&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal 1.0145.12.052613-5/001*, da 7ª Câmara Criminal. Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves. _____, 15 dez. 2016. Diário da Justiça Eletrônico em 25 de jan. de 2017. Disponível em:

<[MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado – Parte geral – vol. 1- 10ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.*](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=4&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=apela%20E7%E3o%20criminal%20tr%E1fico%20drogas%20recurso%20ministerial%20pena-base%20necessidade%20considera%20E7%E3o%20natureza%20e%20quantidade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=2-7&listaRelator=0-19943&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 20 nov. 2017.</p>
</div>
<div data-bbox=)

MASSON, Cleber. *Direito Penal – vol. 1- 11ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.*

PLANALTO, Presidência da República. *Temer sanciona lei que torna crime hediondo o porte ou a posse ilegal de armas de uso restrito*. 26, out 2017. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/10/temer-sanciona-lei-que-torna-crime-hediondo-o-porte-ou-a-posse-ilegal-de-armas-de-uso-restrito#wrapper>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO. *Departamento de Psicobiologia. Drogas*. São Paulo. s.d. Disponível em: <<http://www2.unifesp.br/dpsicobio/drogas/index.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

VARGAS, Jonas. *O homem as drogas e a sociedade: um estudo sobre A (des)criminalização do porte de drogas para Consumo pessoal*. 2011. 31 f. Artigo Científico - Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2011.