

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ANDRÉ FARIAS LEAL

**HC 118.552: ANÁLISE SOBRE A DECISÃO DO STF QUE DESCONSIDEROU O
CARÁTER HEDIONDO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

Campina Grande – PB

2016

ANDRÉ FARIAS LEAL

**HC 118.552: ANÁLISE SOBRE A DECISÃO DO STF QUE DESCONSIDEROU O
CARÁTER HEDIONDO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito pela referida
instituição.

Orientador: Professor Esp. Bruno César
Cadé

Campina Grande – PB

2016

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

- L436h Leal, André Farias.
HC 118.552: análise sobre a decisão do STF que desconsiderou o caráter hediondo no crime de tráfico de drogas / André Farias Leal. – Campina Grande, 2016.
50 f.~~~~~
- Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2016.
"Orientação: Prof. Esp. Bruno César Çadé".
1. Tráfico de Drogas – Crime Hediondo. 2. Lei Antidrogas. I. Çadé, Bruno César. II. Título.

CDU 343.575(043)

ANDRÉ FARIAS LEAL

**HC 118.552: ANÁLISE SOBRE A DECISÃO DO STF QUE DESCONSIDEROU
O CARÁTER HEDIONDO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

Aprovada em: 02 de Dezembro de 2016.

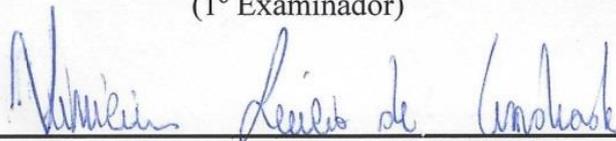
BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Bruno Cezar Cadé
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Orientador)



Prof. (a) Dra. Sabrina de Sousa Correia
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1º Examinador)



Prof. Ms. Vinicius Lucio de Andrade
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2º Examinador)

Dedico este trabalho à toda minha família, em especial ao meu pai João Leal (*in memoriam*), a minha mãe Odacir que possibilitou e tornou possível este sonho, a minha esposa Cláudia, sempre ao meu lado, e aos meus filhos: Rafaelle e Gabriel. Aos meus irmãos, pois todos respondem pela minha felicidade e alegria nessa conclusão; aos meus professores e mestres, que me acompanharam durante o meu período de estudos; a todos os meus amigos, que direta ou indiretamente contribuíram para o meu sucesso nessa caminhada. A todos vocês, minha mais sincera demonstração de apreço, carinho e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos, primeiramente a Deus, que sempre está ao meu lado, protegendo, guardando e guiando ao longo de minha vida. Aos meus pais, que cuidaram de mim e me proporcionaram sempre a melhor educação e me ensinaram o caminho certo a percorrer. A minha família, minha esposa e meus filhos, que sempre permaneceram do meu lado mesmo nos momentos mais difíceis. Aos nossos professores, pelos ensinamentos e orientações dadas no decorrer de nossos estudos; aos nossos orientadores, pela ajuda na concretização desta estimada conquista, e aos colegas, pelo companheirismo durante esta jornada que se finda com início de uma nova. Enfim a todos que fazem parte do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, assim como também todos os seus colaboradores e funcionários. Agradeço a todos.

“O homem tem que estabelecer um final para a guerra, senão, a guerra estabelecerá um final para a humanidade.”

John Fitzgerald Kennedy

RESUMO

Com o advento da nova Lei antidrogas os usuários, dependentes e viciados passaram a receber um tratamento diferenciado ao dos traficantes. A nova lei também reacendeu o tema sobre o crime hediondo e o tráfico privilegiado, hoje passado uma década de sua publicação ainda existe muitos pontos polêmicos e controversos que levantam muita discussão. O presente estudo traz alguns destes pontos e o atual enfoque sobre a matéria que mostra que a lei buscou aspectos como Assistência Social, Economia, Políticas Públicas, Criminologia e demais coisas afins no combate ao mal deste século. A lei procurou fazer alterações significativas a respeito da " tipificação da conduta" e ao "aumento de pena" para quem se associa ao tráfico, tratando o tema mais afundo com estas mudanças objetivas do texto da lei, que fizeram com que estas cominassem em diferentes penas as condutas, o que é uma inovação na lei, e contribuiram para que essas circunstâncias revelassem ser decisivas no processo de construção de uma nova política antidrogas.

Palavras-chave: Lei antidrogas. Traficante. Crime Hediondo. Tráfico Privilegiado.

ABSTRACT

With the advent of the new Anti-drug Law, users, addicts and addicts began to receive a treatment different from that of drug traffickers. The new law also rekindled the theme of heinous crime and privileged trafficking, today a decade after its publication there are still many controversial and controversial points that raise much discussion. The present study brings some of these points and the current focus on the matter that shows that the law sought aspects such as Social Assistance, Economics, Public Policy, Criminology and other similar things in the fight against the evil of this century. The law sought to make significant changes to the "typecasting of conduct" and to the "increased sentence" for those who associate with trafficking, by treating the subject more deeply with these objective changes in the text of the law, which caused them to commence in different Penalties, which is a breakthrough in the law, and contributed to making these circumstances decisive in the process of building a new anti-drug policy.

Keywords: Anti-drug law. Dealers. Hediondo Crime. Privileged Traffic.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	13
1 ASPECTOS DA LEI 11.343/06	13
1.1 BREVE HISTÓRICO	13
1.2 CONCEITOS	15
1.2.1 Droga	15
1.2.2 Usuário	16
1.2.3 Traficante de Drogas	19
1.2.4 Tráfico Privilegiado	21
1.2.5 Crime Hediondo	21
CAPÍTULO II	23
2 PROCEDIBILIDADE PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS	23
2.1 INQUÉRITO POLICIAL	24
2.2 INSTRUÇÃO CRIMINAL	25
2.3 DEFESA PRÉVIA	26
2.4 REJEIÇÃO DA DENÚNCIA	27
2.5 RECEBIMENTO DA DENÚNCIA	27
2.6 REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO	28
2.7 REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA APLICADA AOS TRAFICANTES	28
2.8 COMPETÊNCIA	29
CAPÍTULO III	31
3 ANÁLISE DA DECISÃO DO HC 118.552 PELO STF	31
3.1 REQUISITOS PARA DESCONSIDERAÇÃO DO CARÁTER HEDIONDO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS	33
3.2 EXPECTATIVAS A PARTIR DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE	34

CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS	38
ANEXOS	40

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma análise sobre a decisão do STF que desconsiderou o caráter hediondo no crime de tráfico privilegiado no julgamento do HC118.552 que procura abordar os novos telos da lei antidrogas que em 23 de agosto de 2006 foi sancionada pelo Presidente Lula, e dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. A nova Lei Antidrogas não prevê prisão para o usuário ou dependente de entorpecentes. A posse de substâncias tóxicas para consumo pessoal continua sendo considerada conduta ilícita, mas não é imputável criminalmente. Portanto, houve somente a descriminalização, não concomitante a legalização. Contudo isso, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu em meados deste ano de 2016, tirar o caráter hediondo da condenação de réus primários, que tenham bons antecedentes e que não se dediquem ao crime nem integrem uma organização criminosa.

Com a decisão do STF, os condenados poderão sair da prisão em regime fechado e ir para o semiaberto com menos tempo, após cumprir 1/6 da pena, como os demais condenados por crime comum. A própria Lei Antidrogas atenua a gravidade do tráfico, prevendo que a pena seja reduzida de 1/6 a 2/3 o tráfico de drogas é considerado crime hediondo na lei. Com a decisão do STF, porém, perdeu essa classificação para o chamado "tráfico privilegiado".

A decisão do STF não obriga as demais instâncias a decidir dessa maneira, mas como se trata de decisão da mais alta corte do país, a tendência é que seja replicada nos demais tribunais.

Pessoas flagradas em crime hediondo não podem ser libertas por fiança e não têm direito a anistia, graça ou indulto (tipos de perdão da pena).

Além disso, devem ter penas cumpridas inicialmente em regime fechado, e a progressão de regime só pode acontecer após o cumprimento de dois quintos da pena, se o réu for primário, e de três quintos, se for reincidente.

Diante disso, abordaremos os fatores que poderão ser gerados a partir da recente decisão do STF e quais os reflexos que ocorrerão, quais são as críticas que surgiram a partir desse ato? Resultará em desafogamento das unidades prisionais?

Este trabalho procura fazer uma abordagem crítica descritiva, esmiuçando os critérios de distinção esculpados na atual lei Antidrogas, sendo demonstrado de suma importância a intervenção da ação estatal e a necessidade de políticas públicas, enfatizando os vocábulos: descriminalizar, despenalizar e abolitio criminis

O tema é muito polêmico e com certeza levanta muitos questionamentos, dúvidas e debates que neste trabalho abordaremos, para mostrar como está toda esta discussão no Brasil.

A metodologia adotada neste estudo monográfico reuniu as pesquisas bibliográfica e a descritiva. A pesquisa bibliográfica deu o principal embasamento para o desenvolvimento. A descritiva proporcionou compreensão do conhecimento acerca da nova Lei de Antidrogas.

Necessário é que se faça uma investigação que forneça as respostas esperadas referentes ao tema em questão. Desse modo diz Berviam (2002, p.34): “o interesse e a curiosidade do homem pelo saber levam-no a investigar a realidade sob os mais diversificados aspectos e dimensões”

Conforme o entendimento dos autores acima referenciados, os três tipos mais importantes de pesquisa são: a bibliográfica, a descritiva e a experimental. A bibliográfica é de grande importância, pois exige que se realize uma busca anterior para a fundamentação teórica ou, ainda, para justificar os limites e contribuições da própria pesquisa.

E isso é o que se buscou com essa fundamentação teórica ou, ainda, para justificar os limites e contribuições da própria pesquisa, deduzindo e procurando seguir os conceitos aqui apontados, de natureza básica e conceitual com abordagem qualitativa e objetivos descritivos, com todos seus procedimentos técnicos apontando ao final a bibliografia por este utilizado.

CAPÍTULO I

1 ASPECTOS DA LEI 11.343/06

1.1 BREVE HISTÓRICO

Ao olharmos para o passado podemos perceber que a legislação tem sempre sido desfavorável ao consumo de drogas, e isto foi feito por meio de várias leis e convenções internacionais criadas durante os anos. Por exemplo: os doutrinadores Greco Filho; Rassi (2007, p.1), tecendo comentários sobre a progressão da lei de drogas, destacam várias leis, ordenações e vários códigos que existiram. Senão vejamos:

As Ordenações Filipinas (1603), em seu título 89 dispunham, “Que ninguém tenha em casa rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso”. Tais ordenações eram uma compilação jurídica que sofria as influências do Direito Romano, do Canônico e do Germânico, considerados a base do Direito Português, logo seguiu-se o Código Criminal do Império do Brasil (1830), que, segundo Greco Filho; Rassi (2007, p. 1), “não tratou da matéria, mas o Regulamento, de 29 de setembro de 1851, disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos”

Depois, houve o Código Penal de 1890, que buscava viabilizar novas percepções acerca da ordem social bem como criar mecanismos de administração dessa ordem. Este código considerava crime “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades previstas nos regulamentos sanitários” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 2). Mas este dispositivo deixou de apresentar suficiência no combate à onda de tóxicos que invadiu o país após 1914. Por causa disso, foi criado, a seguir, “o Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921 [...], que depois foi modificado pelo Decreto nº 15.683, seguindo-se regulamento aprovado pelo Decreto n. 14.969, de 3 de setembro de 1921” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 2).

No decorrer do tempo, a situação foi se modificando, e a criação de novas leis e decretos ia se tornando necessária. Por isso, em seguida, passou a vigorar o

Código Penal de 1940, que “fixou as normas gerais para cultivo de plantas entorpecentes, e para a extração, transformação e purificação de seus princípios ativos terapêuticos” (GRECCO FILHO; RASSI, 2006, p. 2), buscando-se também a repressão ao uso de substâncias que causam dependência física ou psíquica.

Mesmo assim, certas alterações às leis aqui mencionadas tornaram-se necessárias para que fosse feito o ajuste às novas realidades do período. De acordo com Greco Filho; Rassi, criou-se, então a Lei n. 5.726/71, que dispôs sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 3).

Apesar de todo esforço empregado na criação de leis inibidoras do consumo e tráfico de drogas, percebe-se que a luta se torna mais ferrenha a cada dia, pois, ao mesmo tempo em que se criam mais leis no combate às drogas, mais formas de violá-las são criadas. Após a criação da Lei n. 5.726/71, percebeu-se que necessitava-se de uma mudança. Dessa forma, a Lei acima citada foi substituída pela Lei n. 6.368/76, de 21 de outubro de 1976, que tratava da expulsão de estrangeiro que praticasse o tráfico de entorpecentes.

Ainda de acordo com Greco Filho; Rassi (2006, p. 3), foi criada a Lei n. 10.409/2002, que “pretendeu, enquanto projeto, substituir a Lei nº 6.368/76 integralmente, mas dada a péssima qualidade no aspecto da definição do crime, o Poder Executivo teve que vetar todo o Capítulo III “dos crimes e das penas”.

Greco Filho; Rassi (2006) passam, então, a mostrar que, em 2006, criou-se a Lei 11.343/2006, que revogara a anterior, com o intuito de melhorar a sua eficácia e aplicabilidade no que tange ao tráfico ilícito de entorpecentes no tocante ao tratamento penal relativo aos usuários e dependentes de droga, com punições mais severas aos demais tipos penais.

Esta lei recebera apoios devidos para a sua promulgação, tratando dos princípios e diretrizes que guiam a atividade de prevenção do uso indevido de drogas, mas as considerações no que tange à legislação antidroga em vigor serão oportunamente mais aprofundadas nos capítulos posteriores.

Dessa maneira, para que se possa compreender qualquer lei que estabeleça a proibição ou permissão do consumo de produtos entorpecentes, precisa-se buscar entender o que significa a palavra “droga”. Buscaram-se várias fontes de definição, de acordo com o exposto abaixo.

1.2 CONCEITOS

1.2.1 Droga

Droga é um nome genérico dado a todo o tipo de substância natural ou não, que ao ser introduzida no organismo provoca mudanças físicas ou psíquicas.

Nas áreas de Medicina e Farmacologia, droga é qualquer substância que previne ou cura doenças ao causar alterações fisiológicas nos organismos.

No sentido corrente, o termo “droga” refere-se em geral às substâncias ilícitas que provocam dependência, afetam o Sistema Nervoso Central e modificam as sensações e o comportamento do indivíduo. Ou ainda às substâncias lícitas, aquelas permitidas por lei, como o álcool, o tabaco e os medicamentos que possuem tarja preta na sua embalagem.

Também denominadas entorpecentes ou narcóticos, as drogas podem ser:

- **Naturais:** produzidas a partir de plantas, por exemplo, da planta *Cannabis sativa* se extrai a maconha, da flor da Papoula se obtém o ópio etc.
- **Semissintéticas:** produzidas a partir de drogas naturais, porém passam por processos químicos em laboratórios. Exemplo: crack, cocaína, heroína etc.
- **Sintéticas:** são totalmente produzidas em laboratórios seguindo técnicas específicas. Exemplo: ecstasy, LSD, anfetamina etc.

Eis o que diz o Art. 1º, parágrafo único da Lei 11.343/06:

Considera-se droga todo o produto ou substância capaz de causar dependência com previsão em lei ou em listas emitidas pelo Poder Executivo da União. (BRASIL, 2006).

Quem faz a regulamentação do que é considerado droga, é a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Esse conceito genérico de droga e deixando a cargo da Anvisa a regulamentação dar-se propositadamente devido ao surgimento de novas drogas a cada dia e isso tornaria impossível a edição de uma nova lei a todo tempo, em função disso, podemos dizer que a Lei de Drogas contempla tipos penais em

branco. Normas penais em branco são disposições cuja sanção é determinada, ficando indeterminado o seu conteúdo; sua exequibilidade depende do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos atos administrativos; classificam-se em:

- Normas penais em branco em sentido lato ou homogênea, que são aquelas em que o complemento é determinado pela mesma fonte formal da norma incriminadora;
- Norma penais em branco em sentido estrito ou heterogênea, são aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância legislativa.

Por isso a lei faz uma referência genérica sobre a expressão "droga" e deixa a regulamentação a cargo da Anvisa com a portaria 344/98.

1.2.2 Usuário

Usuário de drogas é, conforme o artigo 28 da lei, quem: “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Os usuários dessas drogas podem ser classificados de acordo com a experiência e consumo em: experimental, ocasional, habitual ou dependente (viciado). Existem ainda os usuários de abuso e os usuários crônicos, que usam drogas de forma compulsiva.

Em geral, as drogas possuem elevada capacidade de causarem dependência química ou psicológica no indivíduo, e podem levar à morte em caso de consumo excessivo (overdose).

A lei procurou diferenciar o usuário ou dependente de drogas do traficante, assim diz Bacila; Rangel (2007, p. 2) que

A Lei aumentou as penas para os crimes equiparados ao tráfico, mas diminuiu as consequências penais para os usuários de drogas, mas que nada disso pretende solucionar a violência em torno das drogas. (BACILA; RANGEL, 2007, p. 02).

Com isso, o usuário passou a ser uma vítima do traficante, isso não era visto assim pela lei antes, a sociedade sim já viu o viciado como uma vítima, mas a Lei era fria e tratava todos igualmente, este viciado comprovadamente dependente tanto físico quanto psicologicamente, que tinha sua saúde comprometida, consumida, que não cumpria compromissos, que faltava aulas, que perdia o emprego não podia ser ainda mais penalizado, assim Del-Campo define:

É um verdadeiro estado de escravidão da pessoa à droga, podendo ser de natureza *física* ou *psíquica*. A *dependência psíquica* é caracterizada pela compulsão em consumir a droga de maneira periódica ou contínua, quer para a obtenção de prazer, quer para alívio de um mal-estar. (DEL-CAMPO, 2005, p. 256).

Cabe salientar que o STF apontou que a conduta, do usuário de droga, deve ser entendida como despenalização, uma vez que, evita a pena de prisão para usuário de droga, ressaltando que o artigo 28 da lei específica não foi atingida pela abolição criminis ou mesmo reduzida a uma contravenção penal.

Analisando os artigos 28 e 33 da referida lei objetivando apresentar uma visão doutrinária e da própria lei específica, de quem é o usuário, para este novel diploma e como ele deve ser encarado em uma visão social e por fim, chegamos a conclusão que a lei denota sentido que o usuário deve ser visto como algo diferente de um criminoso e que as sanções previstas para este usuário procura um tratamento punitivo mais brando e considera que este agente ainda não está inserido no mundo das drogas e merece um tratamento específico visto que é vítima do seu próprio vício.

O intuito da Lei foi o de evitar, a qualquer custo, a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Partindo-se da premissa de que a reclusão do usuário ou dependente não teria qualquer benefício seja à saúde individual, seja à saúde pública, o legislador determinou a aplicação de outras penas não privativas de liberdade, as quais chamou, eufemisticamente, de “medidas educativas”. (MENDONÇA e CARVALHO, 2008. p. 46).

As distinções da punição ao traficante foram feitas, elaborada pelo próprio legislador, que fez questão de individualizar a conduta destes em artigos distintos, prevendo penas e sanções diferenciadas e priorizando que usuário é refém de seu vício, já a figura do traficante é considerada uma conduta com efeito mais grave,

pois envolve além do próprio agente ,que expõe um sentido explorador do ilícito aliada a conduta de por em risco a saúde mental e física do usuário, havendo punições distintas essenciais e a conduta praticada pelo traficante impossibilita um tratamento igualitário ao do usuário.

Considerando que os critérios estabelecidos em lei, sobre os requisitos avaliados, sendo eles: a natureza, a quantidade, o local da substância apreendida e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e ao os antecedentes do agente. Tais critérios são necessários para classificar o agente como usuário ou traficante. Sintetizando as discussões teóricas, jurisprudenciais e lei específica, levantadas neste trabalho concluirão de parâmetros necessários para uma acertada classificação entre usuário e o traficante sob a égide da lei 11343/06, considerando em específico os artigo 28, parágrafo segundo da lei em comento, apontando essa tipificação de forma subjetiva, o que demonstra a fragilidade desta distinção, essa é uma questão a ser levantada pois no final tudo sempre apontará para a conduta de um agente em toda a extensão desta lei.

O professor Luís Flávio Gomes (2006) defende no sentido da descriminalização formal, considerando que diz a Lei 11.343/2006:

A Lei 11.343/2006 (art. 28) aboliu o caráter "criminoso" da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado "crime" (embora continue sendo um ilícito, um ato contrário ao Direito). Houve, portanto, descriminalização "formal", mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial). Cuida-se, ademais, de fato que não foi retirado do âmbito do Direito Penal. (GOMES, 2006).

Damos destaque também a posição apresentada pela corte maior, uma vez que, o Supremo Tribunal Federal – STF discorre no mesmo sentido apontando dirimir a problemática ressaltou o informativo 45611:

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*". (STF, BRASIL).

Assim sendo, que, a conduta de porte ou posse de droga para consumo pessoal não foi atingida pela descriminalização, entretanto, o presente instituto foi despenalizado vetando assim ao agente infrator pena diversa da restritiva de liberdade.

1.2.3 Traficante de Drogas

Traficante de Drogas é o nome popular dado ao criminoso que faz ou comanda o tráfico, isto é, o transporte e a comercialização de entorpecentes não legalizados tais como cocaína, heroína, maconha, crack, etc. entre cidades vizinhas, estados ou mesmo continentes. No pensamento atual, denomina-se traficante o sujeito ativo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, esse sujeito está descrito na Lei 11343/06 no seu artigo 33:

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. (BRASIL).

A atual Lei Antidrogas não indica expressamente qual a conduta (ou condutas) portadora deste *nomen juris*. Nem o art. 33, seus parágrafos e incisos, nem nenhum outro dispositivo incriminador são assinalados com a rubrica ou a denominação legal de tráfico de drogas. A Lei 11343/06 Seguiu a tradição da lei brasileira adotando o sistema de reconhecimento judicial ou policial, permanecendo no artigo 28, § 2º, que não trouxe qualquer inovação à questão dos critérios diferenciadores entre o usuário e o traficante, e não definiu a conduta do viciado em substâncias psicotrópicas de uso no país, cita o artigo 28, § 2º:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (BRASIL).

E quais serão os critérios utilizados para definir se estaremos diante de uma conduta de tráfico ou uma conduta de usuário, Gomes (2006, p. 161) diz que:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante. (GOMES, 2006, p.161).

Há mais uma mudança na lei, visando a repressão quanto ao comércio de entorpecentes e a nova lei deu um tratamento bem diferenciado aumentando a pena mínima do delito de tráfico de drogas para 5 anos e a máxima para 15 anos, anteriormente a mínima era três anos, a intenção neste sentido é totalmente em busca de reprimir o avanço do comércio da droga, é uma forma do Estado dizer: "Se você traficar pagará um alto preço", mas isso também traz consigo outro problema que é o aumento na população carcerária. Sendo assim:

A maior inovação foi no aumento da pena, seja privativa de liberdade, seja pecuniária. Realmente, a pena mínima cominada ao delito foi aumentada de três para cinco anos, enquanto a pena pecuniária foi elevada de 50 a 360 dias-multa para 500 a 1.500 dias-multa. Tendo em vista que a precípua finalidade do traficante é o lucro, entendeu por bem o legislador aumentar a sanção pecuniária para desestimular a prática delitiva. (MENDONÇA e CARVALHO, 2008. p.89).

Está aí a mudança com relação ao tratamento e o diferenciamento do usuário para o traficante, pois foram adotadas medidas mais rigorosas, mas outras condutas delitivas estão contempladas na lei, destacando-se a associação para o tráfico (art. 35) e o financiador das drogas ilícitas (art.36), que passaram a receber penas mais altas como esta *in verbis* na lei, a pena para o primeiro é de reclusão, de 3 a 10 anos, e pagamento de 700 a 1.200 dias-multa, já para o segundo é de reclusão, de 8 a 20 anos, e pagamento de 1.500 a 4.000 dias-multa.

Fica assim evidenciado aqui, as diferenças nos procedimentos em relação ao usuário e o traficante, mas que não param por aqui, desse modo decorreremos a respeito da última decisão mais polemica sobre o tráfico de drogas.

1.2.4 Tráfico Privilegiado

O tráfico privilegiado é aquele em que 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.

Assim, não é possível que um crime de tráfico privilegiado (art. 33, §§ 4º, da Lei 11.343/06) seja comparado com o crime máximo, o crime hediondo:

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:

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

1.2.5 Crime Hediondo

Crimes hediondos são os crimes entendidos pelo poder legislativo como os que merecem maior reprovação por parte do Estado.

Os crimes hediondos, do ponto de vista da criminologia sociológica, são os crimes que estão no topo da pirâmide de desvalorização axiológica criminal, devendo, portanto, ser entendidos como crimes mais graves, mais revoltantes, que causam maior aversão à sociedade. São considerados hediondos os crimes cuja lesividade é acentuadamente expressiva, ou seja, crime de extremo potencial ofensivo, ao qual denominamos crime “de gravidade acentuada”.

Os crimes hediondos são os crimes cometidos contra os bens que são protegidos pela Constituição Federal (CF). Um dos bens que a CF deve proteger, guardar é a vida. Logo, os crimes que atentam contra a vida são hediondos, assim como os que atentam contra a honra, e os demais direitos fundamentais inclusos nas cláusulas pétreas, pontos fundamentais dela.

No Brasil, encontram-se expressamente previstos na Lei Nº 8.072 de 1990: Homicídio quando praticado em atividade típica de extermínio, ainda que cometido por um só agente; Homicídio Qualificado; 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; Femicídio; Latrocínio; Extorsão qualificada pela morte; Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; Estupro; Estupro de vulnerável; Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; Crime de genocídio; Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; Epidemia com resultado morte.

CAPÍTULO II

2 PROCEDIBILIDADE PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Na Lei 11.343/06 é aplicado um procedimento especial que tem uma diferenciação em relação ao procedimento como ordinário previsto no código do processo penal, a lei prevê que usuário, o viciado, o dependente químico (descrito no art. 28 desta lei), foi agraciado pela lei com o regime próprio, com a nova lei de drogas, usuário não pode mais ser preso e o seu procedimento passa para o JECRIM. Enquanto que o traficante que está no artigo 33, escrito terá um tratamento bem mais rigoroso.

O procedimento no tráfico de drogas já traz mudanças desde o inquérito policial que durará 30 dias se o acusado estiver preso e 90 dias se estiver solto, ainda podem ser prorrogados por igual período havendo necessidade, essa já foi uma das mudanças iniciais, em se tratando do usuário temos no art.48 o seguinte:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.
§1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais. (BRASIL).

No que compreende o rito procedimental, a nova Lei 11343/06 trouxe inovações acerca dos prazos processuais, tornando-os mais longos que os da Lei nº 10.409/02, somando-se todos os prazos do atual diploma, não mais existe aquele total de 36 (trinta seis) dias previsto na lei anterior, que após a entrada em vigor da Lei nº. 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, passou a ser de 72 (setenta e dois) dias. Tampouco é aplicado o prazo de 81 (oitenta e um) dias previsto no rito ordinário do Código de Processo Penal. Com a chegada da nova lei, a soma total dos prazos que rege seu rito passou a ser de 180 (cento e oitenta) dias.

2.1 INQUÉRITO POLICIAL

Anteriormente na Lei nº. 10.409/02 que previa um prazo de 15 (quinze) dias, se o indiciado estivesse preso, e 30 (trinta) dias, se estivesse solto, com a nova Lei Antidrogas, isso mudou, os prazos para a conclusão do inquérito policial foram ampliados, quando o agente for flagrado em delito, deverá a autoridade policial proceder à lavratura do respectivo auto, comunicando ao juiz competente no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, devendo concluir o inquérito policial no prazo de 30 (trinta) dias, se o acusado estiver preso, ou 90 (noventa) dias, se estiver solto, conforme dispõe o seu art. 51, *in verbis*:

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária. (BRASIL).

De fato, o prazo de trinta ou noventa dias para a conclusão do inquérito policial, em se tratando dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, com as suas peculiaridades, consiste, de acordo com os processualistas modernos, num razoável lapso temporal para que a autoridade policial possa, efetivamente, providenciar todas as formalizações e diligências necessárias para encaminhá-lo com segurança ao juízo competente, para que este comunique ao Ministério Público, titular da ação penal pública.

O importante é ressaltar que o parágrafo único do artigo em destaque prevê em expresse a possibilidade de haver a prorrogação dos prazos, se houver necessidade para que a autoridade policial possa proceder a eventuais diligências que se façam necessárias para o encaminhamento do inquérito a juízo, no que tange essas diligências no Inquérito Policial, Fernando da Costa Tourinho Filho diz que:

De qualquer sorte, instaurado o inquérito, a Autoridade Policial deve determinar uma série de diligências visando ao esclarecimento do fato e à descoberta da autoria, observada a regra programática prevista no art. 6º. Do CPP. Ali há uma série de diligências que podem ou devem ser realizadas conforme a natureza da infração. O item I, com a redação dada

pela Lei n. 8.862, de 28-3-1994, por exemplo, determina deva a Autoridade Policial “dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais”. Evidente que o Delegado de Polícia não tomará essa providência em qualquer crime. Se houver um crime de calúnia, de lesão corporal, por exemplo, não será realizada tal diligência. E as razões são óbvias. (TOURINHO FILHO, 2006, p. 05).

Decretado os novos prazos para a conclusão do inquérito policial como procedimento administrativo que tenha por escopo apurar os delitos previstos na Lei nº. 11.343/06, quis o legislador apenas estabelecer um limite de tempo razoável a fim de que seja juntado o necessário material comprobatório garantindo que o Ministério Público tenha as melhores condições possíveis para agir dentro da Ação Penal Pública, entendendo que os prazos não possam ser estendidos caso a complexidade da investigação exija.

2.2 INSTRUÇÃO CRIMINAL

No que tange à instrução criminal, observaremos que a Lei nº 11.343/06 trouxe importantes mudanças, o art. 54 da nova lei assim dispõe:

Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

- I - requerer o arquivamento;
- II - requisitar as diligências que entender necessárias;
- III - oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes. (BRASIL).

Dessa forma houve 03 inovações, a primeira é a inserção da possibilidade de o juiz receber relatório de Comissão Parlamentar de Inquérito. A segunda mudança ocorreu é a possibilidade de o magistrado receber qualquer outra peça informativa. A respeito dessa alteração, Marcello Granado afirma que:

À luz do art. 40 do CPP, a referência pode parecer desnecessária. Entretanto, não é. É que, conforme o citado art. 40 do CPP quando, em autos, ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação penal pública, remeterão ao Ministério Público

as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia. Nota-se que o disposto no CPP confere aos juízes a possibilidade de um juízo de valor acerca da existência de crime como condição para as remessas das peças ao MP. (GRANADO, 2006 et al, p. 193).

Logo, o magistrado irá aguardar do representante do MP se manifestar para proceder ao arquivamento das peças de informação. Por fim, os incisos I e IV do art. 37 da Lei nº 10.409/02. Tais dispositivos estabeleciam respectivamente que poderá o representante do Ministério Público, ao receber os autos do inquérito policial, adotar as seguintes providências: “I – requerer o arquivamento”, ou ainda; “IV – deixar, justificadamente, de propor ação penal contra os agentes ou partícipes dos delitos”.

2.3 DEFESA PRÉVIA

Ao ordenar que seja notificado o denunciado, deverá o juiz exercer o “juízo de admissibilidade prévio”, averiguando se a denúncia obedece às formalidades previstas no art. 41 do Código de Processo Penal.

Sendo o referido juízo positivo, a nova Lei 11343/06 manteve a fase de defesa preliminar do denunciado. O art. 55 do atual diploma estabelece que o acusado terá 10 dias para apresentar sua defesa prévia, contados a partir da notificação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento de que o magistrado, antes do recebimento da denúncia, possibilite ao acusado o oferecimento da defesa prévia, sob pena de nulidade absoluta de todo o processo desde o recebimento da denúncia.

Porém, é necessário ressaltar que apenas a não concessão da oportunidade para apresentação da defesa prévia é que vai gerar a nulidade do processo, uma vez que, dado o referido prazo ao acusado, não há que se falar em nulidade, já que não houve violação do contraditório e a ampla defesa.

É preciso ficar atento que essa defesa não é obrigatória. Mas, deve ser concedido ao acusado o prazo para a sua apresentação, como bem esclarece Fernando da Costa Tourinho Filho:

Muito embora a defesa prévia não tenha caráter de obrigatoriedade, como se constata pela leitura do art. 396 e parágrafo único do art. 401, ambos do CPP, não deve o Advogado descurar-se daquele prazo de três dias a que se refere o art. 395 do mesmo código. Em outras palavras: embora a defesa prévia não seja peça essencial do processo, o Advogado não deve deixar passar em brancas nuvens aquele prazo para oferecê-la. Por quê? Em virtude do que se contém nos arts. 395, 397 e 399 do CPP. (TOURINHO FILHO, 2006, p 206).

É importante salientar a necessidade prévia do acusado exercer sua defesa, evitando os conhecidos “julgamentos paralelos”, feitos frequentemente pela mídia, que possuem uma ampla repercussão.

Quanto ao prazo estabelecido ao MP para se manifestar após a apresentação da defesa prévia, no que pese não haver qualquer proibição para que o magistrado escute a opinião do Ministério Público dentro do prazo de 05 dias previsto no art. 55, §4º, da Lei nº 11.343/06 para exercer o juízo de prelibação e decidir.

2.4 REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

O legislador absteve-se em preceituar expressamente a respeito das hipóteses de rejeição da denúncia. Sendo assim, deverão ser aplicadas as regras de rejeição de denúncia dispostas no CPP, ao afirmar que naturalmente, aplicam-se as regras dos arts. 41, a contrário sensu e 43, I, II e III, do CPP.

O Juiz poderá rejeitar a denúncia ou queixa:

- a) se ausente uma das condições genéricas (possibilidade jurídica do pedido, legitimatio ad causam ou interesse de agir);
- b) se ausente a condição específica;
- c) em se tratando de queixa, se o instrumento procuratório não obedecer ao disposto no art. 44;
- d) quando inobservado o disposto no art. 41; (BRASIL).

2.5 RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

A Lei nº 11.343/06, no seu art. 56, diz que recebida a denúncia pelo juiz, “designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais”.

Há de se observar que o § 2º do mesmo artigo preceitua que “A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias”.

2.6 REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Na audiência de instrução e julgamento, percebe-se que há uma ordem de atos processuais a ser seguida pelo juiz, nessa oportunidade, os atos processuais seguirão a seguinte ordem:

- a) interrogatório do acusado: após o interrogatório, o juiz indagará as partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes, se entender pertinente e relevante;
- b) inquirição de testemunhas de acusação e de defesa;
- c) sustentação oral do Ministério Público: o prazo será de 20 minutos, prorrogável por mais 10, a critério do juiz;
- d) sentença: poderá ser proferida de imediato ou no prazo de 10 dias. Nessa oportunidade, não tendo havido controvérsia no curso do processo sobre a natureza ou quantidade da substância ou do produto, ou sobre a regularidade do respectivo auto, determinará o juiz que se proceda a destruição da droga, preservando-se, para eventual contraprova, a fração que determinar. Deve o juiz, ainda, decidir sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, sequestrado ou declarado indisponível.

2.7 REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA APLICADA AOS TRAFICANTES

A Lei antidrogas se omitiu diante do cumprimento da pena privativa de liberdade, vigorando, em princípio, o preceito estabelecido pelo § 2º da Lei n 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, que impõe o regime integralmente fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e assemelhados.

Contudo, foi instaurado recentemente uma contradição quanto à possibilidade ou não da progressão de regime para os crimes hediondos e assemelhados, sendo que, atualmente, a orientação jurisprudencial é no sentido de que cabe a progressão, conforme decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal.

2.8 COMPETÊNCIA

Lei 11343/06 no seu art.70 foi direto ao prevê que nos casos dos crimes previstos nos arts. 33 a 37, se ficar caracterizado “ilícito transnacional”, a competência para o processamento e julgamento do feito será da Justiça Federal. Já o parágrafo único do art. 70 estabelece que: Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

Note que além garantir mais objetividade, o legislador infraconstitucional buscou modificar o termo delimitador dos crimes de competência da Justiça Federal, que passaram a ser os crimes em que se caracterize o “ilícito transnacional”.

Para definir quais os crimes de competência da Justiça Federal, a doutrina e jurisprudência modernas passaram a empregar o termo “internacionalidade”, como informa Marcello Granado:

Nos casos de crimes de tráfico de substância entorpecente, na Lei nº 6.368/76, o legislador utilizou o termo “tráfico com o exterior”, tanto para representar os casos de delegação da competência federal (art. 27), como para definir a causa de aumento de pena (art. 18). Estes dispositivos legais foram recepcionados pela Constituição, pois a utilização do termo “tráfico com o exterior” está em consonância com a regra constitucional do art. 109 da Constituição, que determina a competência da Justiça Federal. A jurisprudência e a doutrina reiteradamente utilizam o termo “internacionalidade” para representar o tráfico de substâncias entorpecentes nos casos de competência da Justiça Federal. (GRANADO et al, 2006, p. 227).

A Justiça Federal é competente quando houver prova inequívoca da internacionalidade do delito, apenas quando houver provas apteis da materialidade da internacionalidade do delito é que o crime poderá ser processado e julgado na justiça federal, ficando os outros crimes na esfera de competência da justiça estadual, ou, a depender do caso, dos tribunais superiores.

CAPÍTULO III

3 ANÁLISE DA DECISÃO DO HC 118.552 PELO STF

Em meados deste ano o STF, em um julgamento, decidiu conferir tratamento diferenciado para o crime de tráfico de drogas quando o acusado for réu primário (réu primário é uma pessoa que ainda não sofreu nenhuma condenação definitiva por algum crime. Isso só ocorre no chamado trânsito em julgado, quando uma eventual condenação já não pode ser revertida com recursos), de bons antecedentes e não integrar facções ou organizações criminosas, o chamado crime privilegiado.

A decisão do STF se deu em julgamento de um Habeas Corpus, relatado pela ministra Cármen Lúcia, impetrado pela Defensoria Pública da União. O ministro Ricardo Lewandowski, hoje presidente do STF e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao votar em favor dos réus, chamou a atenção para a superlotação carcerária causada por penas que considerou “desproporcionais” em relação a condutas de pequenos traficantes, sobretudo mulheres. Os estimativos oficiais, segundo ele, apontam que 45% das pessoas condenadas por tráfico – cerca de 80.000 pessoas – foram sentenciadas no “tráfico privilegiado”. Ele destacou que 68% das mulheres presas atualmente respondem por tráfico.

Muitas participam como simples ‘aviõezinhos’ ou ‘pombo correio’, ou seja, apenas levam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica”, exemplificou.

O reconhecimento da condição de “correio” ou “avião” (pessoa que faz o transporte de droga) não significa, necessariamente, que o agente integre organização criminosa. Com essa ideia continuou ainda dizendo:

Reconhecer que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça, mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da ‘individualização da pena’, sobretudo como um importante instrumento de reinserção.

Dados de 2014 do Ministério da Justiça apontam no país uma população carcerária de 622.202 pessoas, das quais 174.216 (28%) foram condenadas por delitos relacionados às drogas. São números usados pelo próprio presidente do Supremo ao justificar o seu voto em audiência.

A partir de agora para o STF, as condições do crime (como a quantidade de drogas) e a situação do acusado (como bons antecedentes) influencia na avaliação sobre o enquadramento de delito hediondo, com isso o traficante neste caso poderá ter uma situação jurídica diferenciada, como, por exemplo, começar a cumprir a pena no regime semiaberto, em que o preso pode sair durante o dia para trabalhar e voltar à noite para a cadeia, além de pena reduzida de um sexto a dois terços, como os demais condenados por crime comum.

Se a pena pode ser reduzida é sinal de que o crime é um crime de dano menor. Entretanto, o problema está aqui: vedada a conversão em penas restritivas de direitos. Isto é, obrigatoriamente, por ser hediondo, o agente do delito, ainda que seja primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, deverá cumprir a pena em regime fechado.

Que sentido pode fazer de se querer manter preso alguém primário, com bons antecedentes e que não se dedica ao tráfico?

Aqui é onde nasce o problema: o resultado significativo dessa “equiparação” - tráfico privilegiado = crime hediondo - entre tantas outras consequências, corresponde à impossibilidade de contemplar os condenados enquadrados nessa tipificação (tráfico privilegiado) com os institutos do indulto e da comutação de penas, se ele não se dedica às atividades criminosas e nem integra organização criminosa ele não é traficante.

O crime privilegiado não existe para enfeitar o ordenamento jurídico. Ao tipo básico, a lei acrescenta circunstância que o torna menos grave, diminuindo, em consequência, suas sanções. Nessas hipóteses, as circunstâncias que envolvem o fato típico fazem com que o crime seja menos severamente apensado.

Desse modo, vez que o crime hediondo é o crime considerado de extrema gravidade e em razão disso recebe um tratamento diferenciado e mais rigoroso do que as demais infrações penais, não faz sentido algo ser privilegiado e hediondo ao mesmo tempo.

Sendo assim, ao julgar que crime privilegiado não é hediondo o STF agiu conforme a lógica, o bom senso e a justiça. Em tempos de ataques à Constituição, é bom ver o STF cumprir o seu papel de Guardião do Estado Democrático, um ponto positivo desta decisão que elimina a hediondez do tráfico privilegiado é alcançar o princípio da proporcionalidade.

3.1 REQUISITOS PARA DESCONSIDERAÇÃO DO CARÁTER HEDIONDO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

O tráfico de drogas privilegiado, previsto no art. 33, §4º, deve ser considerado crime equiparado a hediondo ou não, pois a omissão do legislador tem trazido insegurança jurídica na doutrina no trato com o tema, sendo que o tribunal também vem oscilando nas suas decisões, inclusive com pendência no Supremo Tribunal Federal que aguarda manifestação do plenário.

O tema é importante porque decorre do fato de que ao se optar por considerar o crime de tráfico de drogas na sua modalidade privilegiada equiparado a hediondo, haverá reflexo em vários institutos da execução penal, tais como prazo para progressão de regime prisional, concessão de indulto, anistia, graça, fiança, além de reflexo no livramento condicional.

Analisando o §4º, do art. 33 da Lei de Drogas, Lei n. 11.343/2006, bem como as disposições da Lei n. 8.072/90 que equipara o tráfico de drogas aos crimes hediondos procuramos saber realmente quais os requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado, visando chegar a uma conclusão que possa dar segurança jurídica sobre o tema.

Afirmar se o tráfico de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º) é ou não crime equiparado a hediondo será no mínimo temerário. Além disso, quais os requisitos legais para o seu reconhecimento? Dispõe o art. 33, § 4º da Lei 11.343/06:

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

É importante salientar que propositalmente tachamos a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", uma vez que o STF, entendeu por inconstitucional a referida expressão, que também é repetida nas vedações do art. 44 da Lei Antidrogas (Informativo nº 597 do STF). Diante disso, o Senado Federal suspendeu a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Resolução nº 5, de 2012).

Outro ponto é com relação aos requisitos legais para que o agente faça jus à causa de diminuição da pena. O art. 33, §4º deixa explícito que os requisitos são cumulativos, ou seja, exige da agente primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Desta forma o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando. Entretanto, o pleno do STF decidiu pela inconstitucionalidade das expressões " vedada a conversão em penas restritivas de direitos", do §4º do art. 33, bem como do art. 44, não há mais motivos para continuar afirmando que o tráfico privilegiado seja considerado crime hediondo, pois como compatibilizar o regime inicial fechado com a possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos?

Perceba-se que logo após a decisão, os tribunais passaram a admitir a aplicação do regime inicial aberto aos condenados por tráfico de drogas, em face da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33, contrariando o comando do §1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, que prevê o regime inicial fechado para os crimes hediondos e os equiparados. O próprio Supremo Tribunal Federal demonstrou uma tendência no sentido de não mais considerar o crime de tráfico de drogas privilegiado, como equiparado a crime hediondo.

3.2 EXPECTATIVAS A PARTIR DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE

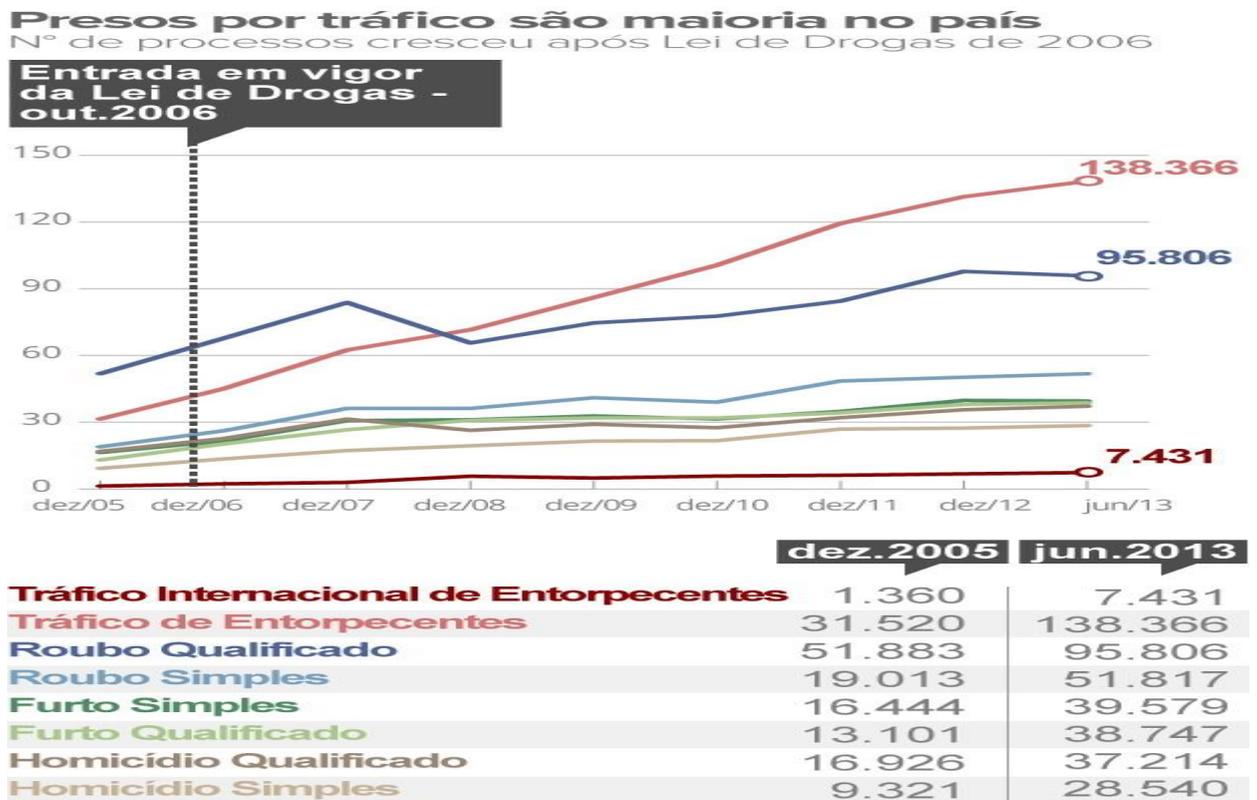
Juntamente com a decisão do STF sobrevieram às críticas a sua decisão, logicamente que, sua decisão não obriga as demais instâncias a decidir dessa maneira, mas como se trata de decisão da mais alta corte do país, a tendência é que seja replicada nos demais tribunais.

Um dos críticos ferozes foi o professor Christiano Jorge Santos, chefe do departamento de direito penal e processual penal da PUC de São Paulo – SP, que disse:

É um absurdo tratar os traficantes com tamanha benevolência. O que dá a entender é que o Supremo não entende que o tráfico seja um crime grave, ou que está decidindo no intuito de abrir vaga em presídios, o que me parece equivocado nos dois aspectos, a política do esvaziamento de cadeias não é papel do Judiciário. (SANTOS).

Apesar das críticas, a verdade é que a mudança na lei em 2006 que tinha o objetivo de abrandar o tratamento penal dado ao usuário, acabou, na prática, trazendo um efeito bem diferente e pior.

A aplicação falha da lei é apontada como a causa da superlotação dos presídios na última década. Presos por tráfico de drogas já superam os de todos outros crimes no país, segundo dados do Ministério da Justiça. Acompanhe no gráfico:



Com a Lei de Antidrogas os presos por tráfico passaram de 31 mil para 138 mil no país, o tráfico é o crime que mais encarcera com um aumento de 339% desde lei de 2006.

Em 2006, quando a Lei 11.343 começou a valer, eram 31.520 presos por tráfico nos presídios brasileiros. Em junho de 2013, esse número passou para 138.366, um aumento de 339%. Nesse mesmo período, só um outro crime aumentou mais dentro das cadeias: tráfico internacional de entorpecentes (446,3%).

O resultado prático é que os pobres é que são presos como traficantes enquanto os mais ricos acabam sendo classificados como usuários. A maior parte dos presos está lá porque foi preso em flagrante, sem investigação prévia.

A verdade é que com esta decisão passa a ter um caráter simbólico, para mostrar que a partir de agora, a sociedade como um todo precisa repensar a política pública em relação às drogas. O STF já forçou mudanças na Lei de Drogas anteriormente, quando a liberdade provisória a presos por tráfico só foi permitida em 2012, quando a Corte, por maioria de votos, derrubou um dispositivo da lei que impedia a concessão. São novos ventos que sopram resta saber quais serão seus resultados daqui para frente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme pôde ser analisado à luz do que foi mostrado neste trabalho, a partir dos dados coletados, bem como, do diálogo com o referencial teórico apresentado,

Observou-se que a estruturação de um controle penal sobre drogas acabou sendo um mecanismo de repressão ao tráfico de drogas, a nova lei antidrogas apesar de dar um tratamento diferenciado ao usuário e o procedimento penal tomado também, deixou bem evidenciado que na prática, no decorrer desde 10 anos, isso não aconteceu e o resultado foi um aumento na população carcerária.

Com a nova decisão do STF, no meio do ano, há uma mudança no entendimento dos tribunais, não que ela vá resolver, porque nós temos uma cultura da prisão enfatizada, de enxergar a prisão como única resposta à delinquência, porém, a tendência a longo prazo será mostrar que a liberdade deverá ser preservada, que grande parte desses presos não deveria entrar no sistema prisional.

Desta forma, ao julgar que o crime privilegiado não é hediondo o STF agiu conforme a lógica, o bom senso e a justiça. Em tempos de ataques à Constituição, é bom ver o STF cumprir o seu papel de Guardião do Estado Democrático, afinal não faz sentido mandar um réu primário para o regime fechado em condenação por pequena quantidade de drogas, especialmente no momento em que os presídios estão apinhados de gente, com essa resistência de alguns tribunais em acompanharem a jurisprudência do STF quanto a não aplicar regime fechado em casos de pequenas quantidades de droga.

REFERÊNCIAS

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 2007.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, Senado Federal, 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto Lei nº 11.343, de 2006**. Brasília, Senado Federal, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 118.552.

CORDEIRO, Diego Pinheiro. **jusbrasil.com.br/artigos**. Acesso em: 06/12/2016

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Medicina legal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Abel Fernandes. **Nova lei antidrogas: Teoria, crítica e comentários à lei nº 11.343/06**. Coordenação de Marcello Granado. Niterói: Impetus, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas: Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2016. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9180>>.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção repressão**. Comentário à Lei 5.726. São Paulo, Saraiva, 1972.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Curso de criminologia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SITES UTILIZADOS:

<http://direitopolicial.blogspot.com.br/2009/04/lei-1134306-traffic-de-drogas.html>
Acesso em 02/11/2016.

<http://www.dizerodireito.com.br/2014/03/no-procedimento-da-lei-de-drogas-o.html>
Acesso em 10/11/2016

<http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/convenc.htm>. Acesso em 02/11/2016.

<http://www.opovo.com.br/app/opovo/brasil/2016/06/24/noticiasjornalbrasil,3627935/reu-primario-que-traffic-drogas-nao-comete-crime-hediondo.shtml>. Acesso 06/12/2016

<https://www.significados.com.br/droga/>. Acesso em 15/11/2016.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>

ANEXOS

VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

HC 118.552

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (Relator): A discussão proposta neste *habeas corpus* transcende, a meu ver, os estreitos limites da proposta jurídica que nele se contém.

Com efeito, o impacto que resultará da consideração de que o tipo tráfico privilegiado de drogas (art. 33, §§ 1º e 4º, da Lei 11.343/06) deve receber o tratamento distinto daquele dispensado aos crimes hediondos não pode ser minimizado.

Resultado significativo dessa “equiparação”, entre tantas outras consequências, corresponde à impossibilidade de contemplar os condenados enquadrados

nessa tipificação com os institutos do indulto e da comutação de penas.

Essa consequência pode ser extraída da conjugação da Lei de Drogas ¹ e da Lei dos Crimes Hediondos², que impede possam esses instrumentos - sabidamente utilizados, de longa data, para ajustar e modular os rigores de uma sentença condenatória descontada em ambientes carcerários absolutamente inadequados - ser empregados na situação ora sob exame.

1 Lei 11.343/06:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

2 Lei n. 8.072/90:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [\(Vide Súmula Vinculante\)](#)

I - anistia, graça e indulto;

A degradação de nosso sistema penitenciário, vale recordar, foi recentemente considerada por este Supremo Tribunal Federal como situação que configura um “estado de coisas inconstitucional”.

Mas, para subsidiar o meu voto, permito-me apresentar a este egrégio Plenário alguns números que se mostram deveras impressionantes.

Dados do último INFOPEN do Ministério da Justiça, os quais colacionam informações que datam de dezembro de 2014, dão conta de que, entre as já 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade, homens e mulheres, 28% (ou, mais precisamente, 174.216 presos) ali estão por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas.

Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres que estão em situação de privação de liberdade (e hoje já, lamentavelmente, somos a quinta maior população do planeta levado em conta o número de mulheres presas), estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico.

Rosa Del Olmo³ chama-nos a atenção para os tipos “esdrúxulos” de participação nesses delitos. É muito comum, explica a referida criminóloga, a prisão de mulheres em razão de colaborarem com um ou mais homens –

³ “Reclusión de mujeres por delitos de drogas reflexiones iniciales. Reunión del Grupo de Consulta sobre el Impacto del Abuso de Drogas en la Mujer y la Familia”. Organización de los Estados Americanos O.E.A. Fundación José Félix Ribas. Disponible em: http://www.cicad.oas.org/reduccion_demanda/esp/Mujer/venezuel.pdf, último acesso em 01.06.2016.

quase sempre por razões afetivas ou familiares - no transporte de drogas ou simplesmente por estarem em lugares onde se produzia ou armazenava tais produtos ilícitos, o que as tornam cúmplices, digamos assim involuntárias, não obstante vinculadas à ação criminosa.

Luciana Chernicharo, por sua vez, adverte que, embora o tráfico de drogas não configure uma opção primária do delinquente, aquela atividade ilícita acaba por absorver boa parte da mão de obra que é expelida do mercado de trabalho formal pela crise econômica.

Por isso, forçoso é reconhecer que o desemprego estrutural e a precarização das relações de trabalho constitui fator fundamental que leva à inserção de jovens e de mulheres nessa prática delituosa, a qual é assumida como

uma alternativa laboral e, até mesmo, para prover a própria subsistência.

Deixando de lado eventuais julgamentos morais, que não podem ser legitimamente exercidos longe do dia-a-dia dessas pessoas, a compreensão de tal realidade sociológica configura fator decisivo para melhor entender os motivos da participação de um enorme contingente de pessoas, sobretudo do gênero feminino, nessa modalidade de crime⁴.

Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico drogas e, o que é mais grave, quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações

⁴ Sobre Mulheres e Prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil, p. 109-110. Disponível em http://www.neip.info/upd_blob/0001/1565.pdf, último acesso em 01.06.2016.

praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita.

Muitas participam como simples “correios” ou “mulas”, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica.

Enfim, são mulheres que foram consideradas culpadas, do ponto de vista penal, simplesmente porque guardavam alguma relação de causalidade com a ação criminosa, embora menor, mas, apesar disso ficaram impedidas de ser contempladas, dentre outros benefícios prisionais, com o indulto e a comutação de penas, porque pesa sobre essa capitulação

(mesmo na sua forma privilegiada) uma condição impeditiva, que inviabiliza a utilização desses institutos.

Estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente (ou algo em torno de 80.000 pessoas, em sua grande maioria, repito, mulheres) tenha experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio.

Quer dizer, são de pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico e, nem tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante.

São, enfim, os “descartáveis”, dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade.

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.

Ante o exposto, concedo a ordem para afastar os efeitos da hediondez em relação ao tráfico de drogas na modalidade privilegiada.

É como voto.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI