
CAPÍTULO I

A DESCONSIDERAÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS

Daniel Angeli de Almeida*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O princípio da individualização da pena e seus desdobramentos; 2.1 A fase legislativa; 2.2 A dimensão dirigida ao julgador; 2.2.1 A fixação do regime inicial de cumprimento de pena; 2.3 A dimensão dirigida à execução penal; 3 Sobre a lei 11.343/06 e o tratamento do tráfico ilícito de entorpecentes; 4 A desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas; 4.1 O tratamento jurisprudencial dado à matéria; 4.2 A construção doutrinária nacional; 4.3 Hipótese de viabilidade da proposta; 5. Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho visa avaliar o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado de drogas e, para tanto, analisar-se-á as dimensões do princípio da individualização da pena e os efeitos desta norma na aferição do privilégio no tráfico de drogas. Posteriormente, far-se-á um estudo acerca dos sujeitos disciplinados na Lei 11.343/06, diferenciando o “traficante profissional” do traficante eventual, a partir da análise crítica da Política Criminal Antidrogas brasileira. Destaca-se a importância do tema, uma vez que parcela significativa da população carcerária brasileira cumpre pena pelo tráfico de drogas privilegiado, não tendo acesso aos benefícios da execução em função da hediondez do delito. Ao final do trabalho, almeja-se angariar dados suficientes para alicerçar a desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado. A conclusão

* Mestrando em Direito Público pela UFBA. Graduado em Direito pela UFBA.

analisará a produção doutrinária e jurisprudencial, através de uma metodologia dedutiva, visando uma evolução do sistema jurídico brasileiro, que não mais comporta excessos punitivos.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes hediondos. Política Criminal de Drogas. Tráfico Privilegiado de Drogas. Individualização da Pena. Garantismo Penal.

ABSTRACT: This work aims to evaluate the heinous nature of privileged drug trafficking, and, to achieve this goal, an analysis will be made on the dimensions of the individualization of punishment principle, considering the effects of this standard principle in measuring the privilege in drug trafficking. Armed with this content, a study will be done on the subjects disciplined by Law 11.343/06, differentiating the "professional dealer" of eventual dealer, using the critical analysis of criminal drug policy adopted in Brazil, and its prohibitionist feature. The idea is to gather enough data to support a position aimed to abolish the privileged drug trafficking from the crimes treated as heinous. The conclusion should be based on doctrinal and jurisprudential aspects, using deductive method, targeting an evolution of the legal system that no longer admits punitive excesses.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a desconsideração da natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas, assim denominado pela doutrina, previsto no §4 do art. 33 da Lei 11.343/06. A abordagem do tema será feita sob uma ótica garantista, lastreada sobretudo na obra de Luigi Ferrajoli,

enfocando o baixo potencial ofensivo do delito, insuficiente para ser equiparado aos crimes hediondos, exigindo um tratamento diferenciado e menos rigoroso.

Para cumprir a expectativa almejada, será necessário fazer um estudo, já no primeiro capítulo, sobre o princípio da individualização da pena e suas dimensões legislativa, judiciária e executiva, tendo em vista a necessidade de se analisar pormenorizadamente as peculiaridades do delito alvo, de forma a descobrir o que o distingue do tráfico na sua modalidade tradicional. Como se verá adiante, a análise do princípio da individualização da pena no crime de tráfico privilegiado evidencia a incompatibilidade do status de hediondez atribuída a este delito, além de ser um princípio largamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação dos dispositivos da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Ademais, em sede de segundo capítulo, será elaborada uma análise da Lei 11.343/06, que visa disciplinar a Política Nacional Antidrogas, perpassando pelo estudo do tráfico privilegiado e do tráfico convencional, com o objetivo de definir as diferenças deontológicas entre os tipos penais, bem como as distinções ontológicas entre os agentes que praticam cada modalidade. Somente assim será possível, auxiliado por uma interpretação teleológica das normas em apreço,

visualizar os diferentes graus de ofensividade das condutas praticadas por seus agentes, bem como demonstrar o não-profissionalismo da atividade do traficante privilegiado, que não integra organizações criminosas e não se dedica a atividades delituosas.

Por fim, em sede de terceiro capítulo, de posse das informações contidas ao longo da pesquisa, será elaborado o estudo sobre a inviabilidade de manutenção do tráfico privilegiado como crime equiparado a hediondo e apresentada uma via de solução adequada para o problema.

2. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SEUS DESDOBRAMENTOS

Os princípios constitucionais em geral não se aplicam univocamente a todas as situações, pois adquirem nova roupagem a depender do caso concreto em que são suscitados. Ao lado das regras, os princípios são espécie de normas jurídicas, porém dotados de características que os diferenciam e determinam a sua função no ordenamento. Explica Gilmar Mendes que enquanto as regras aplicam-se segundo o critério do “tudo ou nada”, de maneira, portanto, disjuntiva – a aplicação de uma regra a um caso concreto acarreta o afastamento de outras regras com ela incompatíveis – os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, o

peso (MENDES, 2014, eBook, cap. 1 – V.6). Os princípios podem interferir uns nos outros, de forma que a solução de um conflito de princípios não passa pela negação de um deles. Há de se apurar o peso que cada princípio ostenta no caso concreto, pois um princípio pode conviver com outro antagônico, devendo prevalecer aquele que possui mais peso no caso concreto, sem determinar o afastamento total do outro. É justamente este comportamento que irá diferenciar os princípios das regras, e não seria diferente com o princípio da individualização da pena, que emana diretamente do texto constitucional, precisamente do art. 5º, inciso XLVI.

Individualizar algo significa torná-lo único, diferente dos demais. A individualização visa destacar algo ou alguém de um todo; apontar as suas características únicas, que o diferenciam de qualquer outro; criar uma identidade. Como assevera Guilherme de Souza Nucci, individualizar é “particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a standardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto” (NUCCI, 2009, p. 35). Sob o enfoque jurídico criminal, individualizar é determinar as características de uma sanção penal, especificando seu tipo, seu *quantum*, seu método de cumprimento e efeitos sobre o condenado, vale dizer, impor ao condenado a exata medida penal necessária para cumprir

suas funções repressiva, preventiva e ressocializadora.

Para individualizar uma sanção penal, é necessário visualizar que cada pessoa acusada é única, e cada fato delituoso é, também, único, sendo necessária uma reprimenda específica em cada caso concreto. Portanto, faz-se necessário criar balizas para sua aplicação, devendo a individualização da pena ser feita em diversas etapas, a começar pela sua dimensão legislativa, passando pelo momento do julgamento e finalizando-se com a execução da reprimenda imposta. Este princípio, portanto, comporta três dimensões, a legislativa, a judiciária e a executiva.

A etapa legislativa consiste em cominar os limites mínimo e máximo da pena de cada delito, com a descrição da conduta considerada criminosa. Na etapa jurisdicional o magistrado deve aplicar, dentro do limite estabelecido pelo legislador, a sanção adequada para cada fato criminoso, determinando a espécie, a quantidade de pena e o seu modo de cumprimento. Por sua vez, na etapa da execução penal, a sanção aplicada será cumprida na forma descrita na sentença, de maneira progressiva e respeitando as peculiaridades de cada apenado, visando a reintegração social.

Nota-se que, sobretudo ao tratar de crimes hediondos e equiparados, a individualização da pena cumpre função importantíssima, pois o tratamento endereçado para esta

categoria delituosa é revestido de um rigor exacerbado, desde a fase pré-processual até a executória. Os dispositivos legais dedicados a este tipo de crime são rígidos, impondo aos condenados um tratamento nitidamente mais gravoso em razão da natureza hedionda do delito. Neste contexto, é de suma importância o respeito ao princípio individualizador da pena, pois somente através da análise pormenorizada de um tipo penal será possível qualificá-lo como hediondo. Em se tratando do delito de tráfico privilegiado de drogas, no qual a pena a ser aplicada é tão pequena que é possível a substituição por penas restritivas de direitos, a atribuição do caráter hediondo parece ser uma solução equivocada.

2.1 A FASE LEGISLATIVA

Como primeira etapa do processo de individualização da pena, a fase legislativa adquire relevante importância para a política criminal. Inaugura-se a efetivação do princípio em tela com a definição de quais condutas serão consideradas puníveis pelo legislador. A tipificação de um crime é feita pela descrição da conduta através de símbolos linguísticos claros e unívocos, de maneira que não comportem dubiedades na sua tarefa interpretativa – trata-se da aplicação do princípio da taxatividade, segundo o mestre Francisco de Assis Toledo “a exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não

devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios” (TOLEDO, 1994, p. 29).

Ora, mas não cabe ao Poder Legislativo, por meio de sua prerrogativa criminogênica, intervir em qualquer seara das relações humanas. O Direito Penal deve ser subsidiário, mínimo, somente pode entrar em cena quando nenhum outro tipo de instituição puder solucionar o caso específico. Isto ocorre por conta da relevância do bem jurídico vulnerado pelo sistema penal, a liberdade. Nesta esteira leciona o mestre Urbano Félix Pugliese:

A característica indica que, quando houver uma saída para resolver a dificuldade fora do direito penal – frise-se: do violento direito penal –, em outro ramo do conhecimento, como Psicologia, Medicina, Psiquiatria, Sociologia, Antropologia, ou outro ramo do Direito, como civil, família, sucessões, administrativo ou tributário, este deve ser o caminho a ser escolhido pelo Estado. Portanto, a questão da subsidiariedade é de escolha pelo estado da opção geradora de menor violência (PUGLIESE, 2011, p. 85).

Torna-se claro, então, que a atuação do legislador deve-se limitar aos casos em que nenhum outro tipo de conhecimento seja capaz de dar fim ao problema. Daí pode-se inferir que a individualização da pena, tanto quanto o Direito Penal, é medida subsidiária, somente atuando em função da inaptidão de qualquer outro meio para entregar uma solução ao

caso. *Mutatis mutandi*, sempre que o Direito Penal se fizer indispensável para controlar determinada situação, o princípio da individualização da pena também deverá estar presente. O Direito Penal e o princípio individualizador estão entrelaçados, de forma que não há pena que não seja individualizada.

Trata-se do princípio da intervenção mínima, ou do modelo de Direito Penal mínimo, defendido por Luigi Ferrajoli, que afirma que:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza (FERRAJOLI, 2014, p. 102).

2.2 A DIMENSÃO DIRIGIDA AO JULGADOR

A tarefa de individualizar a pena não se finda com o término do trabalho do legislador, longe disso, esta é apenas a primeira etapa para a efetivação do princípio. Com o fim do primeiro terço individualizador, entra em cena o julgador, o magistrado que deverá aplicar a pena em concreto. A tarefa do julgador é considerada como de discricionariedade juridicamente vinculada, uma vez que deve determinar, através da livre apreciação das provas, qual é a exata medida de pena a

ser aplicada para o condenado, dentro das balizas previamente estabelecidas pelo legislador, sempre motivando as suas decisões. O decreto condenatório é proferido pelo magistrado com base no seu livre convencimento motivado, vale dizer, o juiz tem liberdade para decidir a reprimenda a ser imposta ao réu, mas deve sempre indicar e justificar adequadamente cada elemento utilizado para a formação do seu convencimento.

Trata-se do momento mais importante da individualização da pena, pois nele a norma penal abstrata será transformada em norma concreta, vale dizer, o indivíduo será atingido pela regra penal incriminadora. A missão do julgador é, portanto, estabelecer a reprimenda penal a ser aplicada ao réu, dentro dos limites mínimo e máximo previamente impostos pelo legislador, bem como definir qual será o regime inicial de cumprimento de pena, e, por fim, decidir se é cabível ou não a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie penal, conforme balizas dos arts. 44 e 77 do Código Penal (BRASIL, 1940).

O trabalho do julgador não é uma mera operação aritmética, antes perpassa pela avaliação subjetiva das circunstâncias do caso concreto, sendo dividido em três fases. O sistema trifásico adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro visa dosar a pena na medida exata para dar uma efetiva resposta ao condenado, atentando para o plano fático

em que ocorreu o crime.

É justamente nesta etapa da individualização da pena que será aplicado o dispositivo conhecido como tráfico privilegiado de drogas. Em verdade, o que parece ser um tipo penal autônomo não passa de uma causa especial de diminuição de pena, aplicável na terceira fase da dosimetria da pena. Note-se que, no caso específico do parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), o reconhecimento de que o réu é primário, possui bons antecedentes e não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa garante a ele a aplicação da referida causa de diminuição no seu patamar máximo de 2/3, podendo a pena definitiva chegar até o *quantum* de 1 ano e 8 meses.

Do exposto surgem as seguintes indagações: Pode o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas compartilhar do mesmo *locus* legal que o benefício do tráfico privilegiado? Há lugar, na caracterização de um delito, para a configuração simultânea da hediondez e do privilégio? Persiste o caráter hediondo do tráfico de drogas mesmo após o reconhecimento que este foi praticado na modalidade privilegiada? Tais perguntas serão respondidas no decorrer do presente trabalho.

2.2.1 A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA

Com o estabelecimento da pena definitiva, o magistrado deverá preocupar-se com a fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Para tanto, ele deverá observar as balizas trazidas pelo artigo 33 do Código Penal.

Via de regra, o condenado a uma pena superior a oito anos, deverá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime fechado. Se a condenação for inferior a oito anos e superior a quatro, este apenado deverá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto. Sendo a pena inferior a quatro anos, o regime de cumprimento deverá iniciar como sendo o aberto. Apesar da previsão legal, estas balizas não passam de uma sugestão para o julgador, que deverá, conforme expresso no parágrafo 3º do art. 33 do Código Penal, avaliar as circunstâncias judiciais do autor do fato para definir o regime inicial da pena. Desta forma, pode o magistrado impor ao sentenciado um regime mais favorável, se assim indicar a análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP.

A Lei de Crimes Hediondos, nº 8.072/90 (BRASIL, 1990), prevê no seu art. 2º, parágrafo 1º, que o regime inicial para os condenados pelas espécies elencadas neste diploma legal será o fechado. Ocorre que o referido dispositivo é flagrantemente inconstitucional, pois fere de morte o princípio

individualizador da pena. Toda pena deve ser determinada e cumprida de forma individualizada, não podendo uma dimensão individualizadora interferir na atuação da outra. Vislumbra-se, depois de toda a análise elaborada neste capítulo, que a atuação legislativa finda-se com o início da atuação judiciária. É tarefa do julgador a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, e não do legislador, como sugere o parágrafo 2º do art. 1º da Lei 8.072/90.

A escolha do regime inicial de cumprimento de pena para os crimes hediondos pelo legislador é uma notável invasão do poder decisório do juiz, que deve avaliar as circunstâncias específicas do caso para determinar qual será o melhor regime para que o apenado comece a cumprir sua reprimenda. Tal determinação não pode ser *ex legis*, pois violaria a separação entre os poderes definida constitucionalmente, atentando contra o Estado Democrático de Direito. A função do Poder Legislativo é o de estabelecer as balizas para que Poder Judiciário decida, com margem discricionária e devidamente fundamentada, qual a melhor resposta para o caso concreto.

Não à toa o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em 27 de Junho de 2012, no julgamento do Habeas Corpus nº 111840 (BRASIL, STF, 2012), declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da

Lei de Crimes Hediondos, por violar o princípio constitucional da individualização da pena, dando fim à instabilidade jurídica gerada pela criação do dispositivo. Como bem salienta Rômulo de Andrade Moreira:

Observa-se que o art. 59 do Código Penal, que estabelece as balizas para a aplicação da pena, prevê expressamente que o Juiz sentenciante deve prescrever “o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade”, o que indica, indubitavelmente, que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito “individualização da pena”. Assim, não podemos admitir que, a priori, alguém seja condenado a cumprir a sua pena obrigatoriamente em regime inicialmente fechado, vedando-se absolutamente qualquer possibilidade de se iniciar o cumprimento da pena no regime semi-aberto ou aberto, ferindo, inclusive, as apontadas finalidades da pena: a prevenção e a repressão (MOREIRA, 2012).

Desta forma, utilizando como parâmetro os princípios constitucionais, especialmente o da individualização da pena, a jurisprudência do STF vem ajustando a legislação nacional, por meio do efeito vinculante e da eficácia erga omnes de suas decisões, baseada, sobretudo, na maximização da força normativa da Constituição.

2.3. A DIMENSÃO DIRIGIDA À EXECUÇÃO PENAL

Finda a etapa judiciária da individualização da pena, passa-se a fase executória. O começo deste processo se dá com a prolação da sentença condenatória e aplicação da pena. Iniciada a execução, seja ela definitiva ou provisória, serão contabilizados os prazos para obtenção dos benefícios de cumprimento da pena. Todo o processo de execução será regido por uma autoridade judiciária – o juiz da Vara de Execuções Penais -, auxiliado por diversos órgãos, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Patronato de Presos e Egressos, o Conselho Penitenciário, a Secretaria de Administração Penitenciária, dentre outros.

O objetivo de toda execução penal é a ressocialização do apenado, vale dizer, a sua reinserção no meio social através de uma paulatina imersão no convívio com o mundo exterior à prisão. Como bem frisa Ricardo Augusto Schmitt, “podemos concluir que a execução da pena está centrada num sistema de (re)inserção do condenado à vida em sociedade, revelando-se como a verdadeira mola mestre para realizar a harmônica (re)integração social do condenado (reeducando) ao convívio social” (SHMITT, 2008, p. 792). Os fins colimados para as penas privativas de liberdade não podem ser alcançados sem a ação conjunta de todos os órgãos responsáveis pela execução penal.

A execução penal, portanto, é a etapa derradeira do princípio da individualização da pena e, como todas as outras etapas, deve ser tratada com a relevância que o princípio lhe impõe, sob pena de inutilizar todo o caminho até aqui percorrido pelos demais atores da individualização.

3. SOBRE A LEI 11.343/06 E O TRATAMENTO DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Daniel Nicory do Prado ensina que “as drogas carecem de controle, mas controlar não se resume a proibir, proibir não se resume a criminalizar, e criminalizar não se resume a encarcerar” (PRADO, 2013, p. 14). A política nacional de combate às drogas tem se resumido, há muito tempo, a encarcerar desmedidamente todos aqueles que se envolvem com o tráfico e, porque não dizer, com o consumo de entorpecentes. Existem diversas maneiras de tratar os usuários e traficantes de drogas, uma delas é usando o Direito Penal, e justamente esta foi a escolhida pelo Brasil, que insiste em utilizar não só a Justiça Punitiva, mas também todo o aparato bélico disponível, para combater este tipo de ilícito.

A Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) estabelece uma diferenciação, dentro do próprio delito de tráfico de drogas, relativa ao tipo de traficante que opera o comércio ilegal, são as figuras do traficante contumaz e do traficante eventual. A

distinção não passa de uma causa especial de diminuição de pena, aplicada na terceira fase da dosimetria penal – etapa judicial da individualização. Faz jus ao benefício o réu que, embora cometa o delito tipificado, ostenta bons antecedentes, seja primário e não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. A diminuição da pena será de um sexto a dois terços, podendo a sentença condenatória fixar uma pena de até 1 ano e 8 meses de reclusão para o agente que obter o benefício no patamar máximo. A aplicação da causa de diminuição gera o que a doutrina denomina impropriamente de tráfico privilegiado, sendo que o equívoco se deve ao fato de que não é cominada nova pena (com patamares mínimo e máximo) para o delito em questão, mas apenas incide sobre ele uma causa especial de diminuição. O privilégio é assim denominado quando o legislador determina um novo tipo penal para o delito – vale dizer, estabelece no preceito secundário do crime novas penas mínima e máxima – o que não ocorre na hipótese em apreço.

Para reconhecer a incidência da minorante, o julgador deve avaliar se presentes os seus requisitos. O primeiro deles é a primariedade, que se consubstancia na ausência de condenação anterior transitada em julgado. É primário o réu que nunca sofreu uma condenação definitiva, ou, ainda, readquire o status de primário o réu que teve sua pena extinta

há mais de cinco anos, conceitos trazidos pelo próprio Código Penal, no arts. 63 e 64. O segundo requisito para o reconhecimento do tráfico privilegiado é a constatação de que o réu ostenta bons antecedentes. Neste particular, deve-se adotar o entendimento do STJ a respeito do tema, sobre o qual exclui-se da noção de maus antecedentes inquéritos policiais ou ações penais em andamento, de acordo com a súmula 444 da Superior Instância: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (BRASIL, STJ, 2010). Ilustrando o posicionamento do STJ, a professora Viviane Nikitenko esclarece:

Visando a apelar referida discussão, sobretudo dando interpretação constitucional ao conceito de maus antecedentes, diante do princípio da presunção de inocência, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou a súmula 444 proibindo que inquéritos policiais e ações penais ainda em curso sejam usados para exasperar a pena do acusado acima do mínimo legal (NIKITENKO, 2011).

Cabe reproduzir extrato da didática lição oferecida pelo Min. Celso de Mello, no julgamento do HC 68465/DF, oportunidade em que fica clara a impossibilidade de se utilizar inquéritos policiais ou até mesmo decretos condenatórios sem trânsito em julgado em desfavor do réu no momento da

individualização da pena. Apenas a certeza da coisa julgada, vale dizer, apenas a imutabilidade das decisões judiciais pode quebrar a presunção de não-culpabilidade dos indivíduos, ainda que inúmeros sejam os procedimentos em seu desfavor:

“A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou, ainda, a perseguições criminais de que não haja derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. (...) É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção "juris tantum" de não-culpabilidade do réu, que passa, então - e a partir desse momento - a ostentar o "status" jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do poder judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído (BRASIL, STF, 1991).

Os dois últimos requisitos exigem que o beneficiado não se dedique a atividades criminosas nem integre organizações criminosas. Quanto àquele, o melhor entendimento é de que o autor merece a benesse quando não

reste comprovado pela acusação de que tenha praticado outros atos relativos ao tráfico de drogas. Isto porque a redação do dispositivo é bem clara ao expressar o vocábulo “às” atividades criminosas, de forma que a crase indica que as atividades criminosas estão relacionadas ao cerne do dispositivo: o tráfico de drogas. Não é outro o entendimento de Plínio Gentil, doutor e membro do MP de São Paulo:

Ou seja, tomada ao pé da letra, a expressão, do modo como vem redigida, abrange somente as atividades criminosas relacionadas com a produção e a circulação ilícita de substâncias entorpecentes. Vai daí que a possível dedicação do réu a crimes de roubo ou de homicídio, por exemplo, não constituiria impedimento a que lhe fosse concedida a redução da pena, já que ele, afinal de contas, não se dedica às atividades criminosas de que cuida a Lei de Drogas (GENTIL, 2007).

Com relação ao último requisito, a não participação em organizações criminosas é facilmente verificável, pois com a edição da Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013) o legislador definiu o conceito de organização criminosa, dando fim a uma longa discussão acerca da impossibilidade de aplicação do disposto na Lei de Drogas em virtude da ausência de conceituação legal do que seria organização criminosa. Note-se que, em harmonia com o princípio da não culpabilidade,

somente pode ser negado o benefício do tráfico privilegiado com supedâneo na afirmação de que o autor integra organização criminosa caso o agente já ostente contra si condenação irrecorrível por crime de organização criminosa, previsto na Lei do Crime Organizado.

4. A DESCONSIDERAÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS

Para se alcançar um posicionamento estruturado acerca do tema, é fundamental conhecer e analisar o que os juízes e tribunais nacionais vem decidindo acerca do tema. Neste capítulo, é importante analisar todos os detalhes que circundam a matéria em apreço, para não limitar a visão apenas ao que já está construído e decidido, mas também visualizar que certos padrões judiciais ensejam uma modificação do posicionamento atual. O que se pretende é expressar a necessidade de uma mudança do atual posicionamento jurisprudencial, pois o caminho que está sendo trilhado atualmente inexoravelmente acarretará na flexibilização do tratamento jurídico do tráfico privilegiado.

4.1 O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DADO À MATÉRIA

A possibilidade de afastamento da natureza hedionda

(ou equiparada a hedionda), do tráfico privilegiado de drogas já foi alvo de discussão no Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões. A Corte Superior firmou entendimento de que a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4º não afasta a hediondez do delito, haja vista que uma causa de diminuição não produz efeitos relativos à qualidade do crime, mas apenas muda a quantidade de pena. Pode-se observar que a posição adotada pelo STJ no REsp 1297936/MS não enfrenta todos os pontos que implicam na descaracterização da natureza hedionda deste delito:

AGRAVO REGIMENTAL NOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO
RECURSO ESPECIAL. PENAL.
TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO
DA CAUSA ESPECIAL DE
DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33,
§ 4º, DA LEI Nº 11.343/2006.
HEDIONDEZ CARACTERIZADA.
RECURSO ESPECIAL
REPRESENTATIVO DA
CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS.
QUESTÃO PACIFICADA PELA
TERCEIRA SEÇÃO DO STJ.
DECISÃO MANTIDA POR SEUS
PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes

hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o "tráfico privilegiado" tipo autônomo.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(BRASIL, STJ, 2013)

Neste sentido, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do Recurso Especial nº 1.353.499/PR expõe que:

A incidência de causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do delito, não sendo, nos termos das razões do recorrente, apta a afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos (BRASIL, STJ, 2012).

Dando seguimento a uma política judiciária visivelmente equivocada, o STJ vem editando inúmeros enunciados de súmulas da jurisprudência dominante no Tribunal, o que gera problemas gravíssimos relativos ao livre convencimento motivado do juiz para decidir a partir da apreciação das provas produzidas no processo judicial, tema que, apesar de muito relevante, não tem espaço para ser debatido no presente trabalho. O resultado desta equivocada política de edição de súmulas foi o enunciado nº 512 da Súmula do STJ, publicado em 10/06/2014, afirmando que “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §

4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas” (BRASIL, STJ, 2014).

Ocorre que, quando aplicada a causa especial de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, desnatura-se toda a ofensividade e o grau de reprovabilidade da conduta prevista no *caput*. Trata-se de muito mais do que uma causa de diminuição de pena de caráter meramente pessoal, como pretende o STJ, depara-se aqui com um novo crime, revestido por caracteres distintos daqueles que delineiam o delito que encabeça o artigo. Com efeito, o crime de tráfico praticado pelo profissional está imerso numa estrutura de poder paralelo extremamente complexa, na qual o traficante está em contato com uma quantidade extravagante de drogas, além da utilização ostensiva de armas de fogo em todos os âmbitos da estrutura, – desde o “aviãozinho” até o chefe da facção criminosa. No delito de tráfico privilegiado, o agente não se envolve com organizações criminosas, não está inserido numa estrutura hierárquica de poder paralelo, não administra a venda e utilização de equipamentos bélicos e muito menos preocupa-se com transporte, armazenamento e outros problemas logísticos que podem advir do comércio de grandes quantidades e variedades de entorpecentes. O traficante privilegiado movimentava pequenas quantidades de drogas e não utiliza armamentos, como resta consignado nas amostragens

feitas pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, através do Grupo de Pesquisa do Observatório da Prática Penal, em seu boletim mensal nº 4 – junho/2014:

Quanto maior o percentual de condenações, menor a aplicação de pena de prisão nos casos de tráfico privilegiado, o que pode indicar que as penas restritivas de direito são mais usadas quando há um número maior de apenados na posse de pouquíssima quantidade de drogas e desarmados (como também se verá nos gráficos subsequentes) (BAHIA, 2014, p. 9).

Explica-se assim a hipótese levantada pelo referido grupo de pesquisa de que os critérios legais para determinar se a droga apreendida com o agente era destinada a uso pessoal ou para o comércio, presentes no art. 28, parágrafo 2º da Lei de Drogas, não estão sendo utilizados pelos magistrados para diferenciar o usuário do traficante. No entanto, estão sendo usados para determinar a incidência ou não da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do art. 33, que, como dito, adquire caráter muito mais objetivo (quantidade e variedade de drogas e posse de armas de fogo) do que subjetivo (dedicar-se a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas). Não é outra a conclusão alcançada pelo Observatório da Prática Penal:

Tais resultados reforçam a hipótese formulada no mês anterior, de que, nas

zonas cinzentas ou situações limítrofes, as variáveis acima (natureza, quantidade ou variedade de drogas, ou posse de armas), apesar de serem previstas no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, como alguns dos critérios legais de distinção entre o tráfico e o porte para uso, não têm sido determinantes para a decisão dos magistrados (BAHIA, 2014, p.9).

Uma breve leitura dos dispositivos da Lei de Crimes Hediondos demonstra a total incompatibilidade do seu texto legal com o tratamento do tráfico privilegiado. Como pode-se observar, os condenados por crimes hediondos são considerados de alta periculosidade, e para eles serão mantidos estabelecimentos prisionais de segurança máxima, pois a permanência em presídios estaduais pode por em risco a ordem ou a incolumidade pública.

Art. 3º da Lei 8.072/90: A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública (BRASIL, 1990).

Por meio desta contradição legislativa, o sistema carcerário se depara diante de condenados de “alta periculosidade”, que têm, contudo, suas liberdades franqueadas pelo próprio sistema judiciário. Notadamente não

há mais discurso que se sustente ao defender uma manutenção do crime de tráfico privilegiado dentre os equiparados a hediondo.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já exarou seu entendimento no HC-200.513/MS, Rel. Min. OG FERNANDES, sobre o que se considera um crime hediondo, concluindo que "Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, o pensamento legislativo se direcionou para aqueles crimes mais aviltantes e com expressiva lesividade" (BRASIL, STJ, 2011).

Possuem expressiva lesividade as condutas que vulneram fortemente os bens jurídicos tutelados pelo tipo penal. O crime de tráfico de drogas ostenta lesividade, pois atenta fortemente contra a saúde pública, tendo em vista que as organizações criminosas movimentam toneladas de drogas e facilitam o consumo dos usuários e a dependência de narcóticos. Ocorre que o traficante privilegiado não opera da mesma maneira. A saúde pública não sofre com o ato praticado pelo pequeno traficante, ele ainda não está imerso na grande estrutura de poder paralelo que ocasiona tantos outros problemas sociais. O pequeno traficante não é procurado frequentemente pelos consumidores, pois ele não é contumaz nesta prática, como já explicitado no capítulo anterior, e, portanto, não cria liames profissionais e não gera problemas

sociais de saúde.

A pena para este tipo de delito deve ser individualizada, e portanto diferenciada da pena prevista para o crime que inaugura o mesmo artigo. É por respeito ao princípio da individualização da pena que deve afastada a natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado de drogas.

4.2 A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA NACIONAL

Diferentemente da rígida posição adotada pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, a doutrina nacional é dividida quando trata do tema. Os doutrinadores mais tradicionais, como Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2010, p. 231), acordam com o posicionamento dos tribunais e defendem a manutenção da natureza hedionda para o delito de tráfico privilegiado. Na contramão da jurisprudência, adotando um pensamento mais condizente com os ideais de um Estado de liberdades e garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos, pensadores como César Peres (PERES, 2012, eBook) e João Augusto Medeiros (MEDEIROS, eBook), aderem à corrente mais libertária, defendendo a desconsideração da natureza hedionda para o crime de tráfico de drogas, quando aplicada a minorante prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Argumento largamente utilizado por doutrinadores que

defendem a exclusão do tráfico privilegiado do rol de crimes equiparados a hediondo cuida da necessidade de se dispensar um tratamento isonômico para duas situações idênticas. Na esteira deste pensamento, vale reproduzir o brocardo jurídico que diz: onde há a mesma razão de decidir, deve ser gerada a mesma solução. Com efeito, o crime de homicídio qualificado, quando sofre a aplicação do privilégio, não ostenta natureza hedionda, de sorte que sua disciplina jurídica é exatamente igual à do tráfico privilegiado: trata-se de uma causa especial de diminuição de pena, e não de um tipo penal autônomo. César Peres, afirma que:

Os delitos de homicídio qualificado e tráfico de entorpecentes recebem a denominação doutrinária de “privilegiados” pela mesma razão (incidência de uma minorante). Logo, se o primeiro não pode ser equiparado a hediondo, o segundo também não deve sê-lo (PERES, 2012).

João Augusto Medeiros, criticando a posição adotada pelo STJ de que “no impropriamente nominado “tráfico privilegiado”, as circunstâncias que se consideram para diminuir a pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar”, esclarece que:

Se a redução da pena não indica a vontade do Legislador em mitigar o juízo de reprovação da conduta, pergunto porque, afinal, a dogmática penal no estudo da Norma se ocupa do preceito sancionador, senão para estipular a resposta da sociedade às condutas por ela própria censuradas

(MEDEIROS, eBook).

Em sentido oposto, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci assevera que a incidência da causa de diminuição de pena não tem o condão de afastar a hediondez do delito, *in verbis*:

Lembremos de alertar que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que são assim considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º (NUCCI, 2010, p. 361).

O professor Daniel Nicory do Prado defende que o tráfico de drogas na modalidade privilegiada merece ostentar o caráter de crime hediondo. Segundo o doutrinador baiano, a causa de diminuição de pena possui caráter subjetivo, ou seja, eminentemente pessoal, e deste modo não estaria apta a provocar uma alteração qualitativa do crime. O escopo da norma seria, na visão do professor, apenas diminuir a pena, sem necessariamente transformar seu status hediondo. Na sua obra “Crítica ao controle penal das drogas ilícitas” (PRADO, 2013, p. 84), explica que a interpretação pode definir os limites da equiparação dos crimes da Lei de Drogas aos crimes

hediondos, “no entanto, a descaracterização da hediondez de uma conduta não pode ser baseada simplesmente numa condição pessoal do agente, pois isso seria uma inaceitável manifestação do Direito Penal do autor”, e finaliza afirmando que “portanto, a minorante do §4º do art. 33 é apenas mais um instrumento de individualização da pena conferido ao juiz pelo legislador penal, que não retira do tráfico privilegiado as características próprias do tipo base de tráfico de drogas”.

Mais sóbria é a posição adotada pelo professor João José Leal, que salienta a necessidade de se diferenciar os tipos de tráfico de drogas, quer dizer, nem todo tráfico de droga causa uma repulsa acentuada no sentimento dos cidadãos, mormente aquele praticado pelo pequeno e eventual distribuidor, que funciona mais como usuário do que traficante. Tal conduta não pode ostentar uma resposta jurídica mais grave do que outras, que são nitidamente mais ofensivas aos bens jurídicos tutelados, e que, no entanto, são parcamente punidas. Obtempera Leal:

Aqui, mais uma vez, valem as críticas formuladas ao critério adotado pelo legislador ordinário e pelo constituinte, considerando o tráfico de substância entorpecente como crime obrigatoriamente hediondo. Embora a conduta de traficar drogas, em princípio, cause sempre repulsa acentuada, não devemos esquecer dos pequenos

eventuais distribuidores dessas substâncias, cuja ação delituosa poderá não merecer maior reprovação éticojurídica do que o cometimento de uma lesão corporal dolosa ou culposa, da qual resultem ferimentos graves ou gravíssimos em uma ou mais vítimas (LEAL, 2007, p. 92).

Exposto o pensamento doutrinário, nota-se que a permanência do tráfico privilegiado dentre os crimes equiparados a hediondo passa por um permanente questionamento. A doutrina não é uníssona em nenhum dos lados, pelo contrário, não há uma solução teórica pronta e acabada para a situação. Um estudo mais aprofundado, porém, torna viável os argumentos em favor da desconsideração da hediondez do referido crime. Ocorre que, para efetuar a referida desconsideração, é fundamental adotar uma trilha jurídica lícita, idônea, legítima para justificar uma mudança de tamanha importância para a política criminal de drogas no país. É justamente este caminho que será exposto no próximo tópico.

4.3 HIPÓTESE DE VIABILIDADE DA PROPOSTA

A conclusão que se chega com a análise de todas as alternativas elaboradas acerca do tema é pela desconsideração da natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado. Decerto

que o legislador constituinte optou por equiparar, para todos os efeitos, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos, logo, todas as disposições utilizadas para caracterizar os crimes hediondos são também aplicáveis aos crimes a eles equiparados.

Nota-se, a partir de uma breve análise da Lei 8.072/90, que o legislador ordinário elenca taxativamente os crimes que devem ser considerados hediondos, e o faz por amor ao princípio da legalidade estrita. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, “apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exhaustiva” (FERRAJOLI, 2014, p. 39). Tal afirmação poderia levar a crer que este princípio foca-se apenas na necessidade do estabelecimento rígido das construções semânticas dos tipos penais, ocorre que não se limita a isso, Ferrajoli continua:

Mas valem também para garantir a imunidade dos cidadãos acerca das intervenções punitivas infundadas ou arbitrárias, este modelo de responsabilidade não é apenas um modelo epistemológico de racionalidade do juízo, senão ainda um modelo regulador de justiça formal (FERRAJOLI, 2014, p. 94/95).

Sendo assim, o princípio da legalidade estrita norteia toda a construção legislativa penal, portanto, todo dispositivo legal deve ser unívoco em sua interpretação, específico, direto, não sendo lícito abrir margens para interpretações. Repita-se, não é dado a um dispositivo penal deixar margens para interpretações. Todas as vezes que isto, acidentalmente, ocorrer, a interpretação deverá ser sempre restritiva, jamais extensiva.

Posto isso, verifica-se que é dever do legislador, ao definir as condutas tidas como hediondas, discriminar taxativamente a topografia penal de cada uma delas. Decerto que este dever foi cumprido com maestria, afinal, nos incisos deitados no art. 1º da Lei nº 8.072/90 o legislador ordinário discriminou cada dispositivo que há de ser considerado hediondo. O mesmo, contudo, não ocorreu com os delitos equiparados. Como já dito, o regime jurídico dos delitos equiparados a hediondos deve ser o mesmo dos hediondos. Sendo assim, deveria o legislador ordinário estabelecer o alcance exato da equiparação, definindo quais dispositivos deveriam ser tratados como equiparados a hediondos, da mesma maneira que o fez com relação aos crimes hediondos. Não é razoável que esta obrigação do legislador seja delegada ao julgador.

Não definidas as fronteiras interpretativas da

equiparação, esta operação deverá ser, obrigatoriamente, elaborada de maneira restritiva, pois se está diante de uma matéria de direito penal, onde não há espaço para interpretações extensivas *in mala partem*. Havendo dúvida sobre a abrangência da norma de equiparação, preza-se pela legalidade estrita, por ser mais benéfica ao réu, devendo ser equiparadas apenas aquelas condutas que estão na tipificação original do delito. Não se pode ampliar o âmbito de abrangência de uma norma se não houver lastro legal, sobretudo em se tratando de uma norma penal incriminadora. Deste modo, o delito de tráfico de drogas está previsto tão somente no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06. Não é lícito ao intérprete estender os limites interpretativos para ampliar a equiparação a outros parágrafos do mesmo artigo.

Observa-se, no tocante ao delito de extorsão, que a Lei 8.072/90 definiu como hedionda a conduta prevista no parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal – extorsão qualificada pela morte –, porém não alargou a hediondez para o parágrafo 3º do mesmo artigo, que traz um crime nitidamente mais grave do que o previsto no dispositivo anterior, qual seja, extorsão mediante restrição de liberdade da vítima com resultado morte. Se o legislador ordinário optou por não conferir hediondez ao dispositivo mais grave, ainda que por erro ou esquecimento, não cabe ao intérprete ampliar o

rol de crimes hediondos para incluir aquele esquecido, nem mesmo sob o pretexto de estar buscando a *mens legis*, ou seja, a intenção do legislador.

Aplicando o mesmo entendimento ao tema do trabalho, uma vez que o delito de tráfico de entorpecentes e drogas afins não foi topograficamente discriminado pela Lei de Crimes Hediondos, não cabe ao operador do direito interpretar extensivamente a determinação legal para incluir na equiparação o crime do parágrafo 4º, ainda que este não possua preceito secundário autônomo. A interpretação restritiva, mais adequada ao caso, impõe que a equiparação seja feita somente em relação ao delito do *caput*, excluindo da abrangência da Lei 8.072 até mesmo as condutas do parágrafo 1º, atinentes à matéria-prima para preparação de drogas, plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas, e locais utilizados para tráfico de drogas, por não implicarem na conduta de tráfico de drogas propriamente dita, segundo o princípio da reserva absoluta da lei – legalidade (ou literalidade) estrita.

Conclui-se, portanto, que o crime previsto no parágrafo 4º da Lei de Drogas não merece ostentar a tacha da hediondez, visto que não foi especificada tal incorrência pela Lei 8.072/90. Tal (des)consideração implica na possibilidade do condenado por este delito obter os benefícios do indulto,

graça ou anistia, bem como alcançar os benefícios da progressão de regime e do livramento condicional com os prazos de 1/6 e 1/3 de cumprimento da reprimenda, respectivamente. Na mesma esteira, o crime de tráfico privilegiado passa a ser afiançável, bem como a prisão temporária contra seu agente segue os ditames da Lei 7.960/89 (BRASIL, 1989), tendo o prazo máximo de 5 dias, prorrogável por igual período.

Tais condições se aproximam da noção de liberdade, condizem com o Estado de direito e tratam o apenado com dignidade e respeito, maximizando os princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade, isonomia, humanização das penas e dignidade da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho é analisar a possibilidade de se efetuar a desconsideração da natureza hedionda do delito denominado de tráfico privilegiado. Para tanto, foi efetuada uma investigação acerca do princípio da individualização da pena, norteador de toda atividade penal, desde a criação de uma norma penal incriminadora, tarefa do Poder Legislativo, passando pelo julgamento e aplicação da pena ao caso concreto, dever do Poder Judiciário, e, por fim, a execução da reprimenda, tarefa que é compartilhada pelos três poderes da

República, mas que tem atuação direta do Poder Executivo, por meio das instituições administrativas responsáveis pelo cumprimento e fiscalização das penas.

Em relação ao princípio individualizador, é necessário salientar que este cumpre papel essencial na investigação da hediondez do tráfico privilegiado. O respeito ao princípio exige que o operador do direito avalie as implicações concretas que a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas ocasiona para o sistema jurídico e política criminal brasileira. Uma avaliação detida evidencia que a pena aplicada para os agentes incursos neste tipo penal é inexpressiva, inferior a dois anos de prisão, o que não raras vezes acarreta na substituição da privação da liberdade pela restrição de direitos.

No entanto, outra informação muito significativa foi extraída da pesquisa, relacionada a necessidade de tratamento isonômico entre crimes hediondos e os equiparados. Notadamente, é perceptível que o legislador, ao considerar alguns crimes como hediondos, indica não apenas o nome do tipo penal, mas também os artigos e por ventura parágrafos de lei que os contém. Não o fez, contudo, em relação aos crimes equiparados aos hediondos, quando apenas indica que o terrorismo, a tortura e o tráfico de entorpecentes e drogas afins serão considerados como delitos equiparados aos hediondos,

sem especificar os dispositivos legais que sofrerão com as consequências da qualificação. Essa omissão tem consequências nocivas à segurança jurídica, a exemplo do que vem ocorrendo no STJ, que, como demonstrado no capítulo anterior, considera como hediondo não apenas o *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06, que é o tráfico de drogas propriamente dito, mas várias outras condutas da Lei de Drogas que não mereciam ostentar tal qualificação.

Diante de tal omissão legislativa, é preciso aplicar regras interpretativas do Direito Penal, que funcionam como bússolas para suprir eventuais lacunas. A interpretação, portanto, deve ser sempre restritiva, de modo a não afetar desnecessariamente a liberdade dos cidadãos, pois trata-se de um ramo do direito norteado pelos princípios da mínima intervenção, da subsidiariedade, da fragmentariedade e, antes de tudo, da estrita legalidade.

Fundamental se faz individualizar cada tipo penal que merece ostentar a hediondez, excluindo-se deste rol o tráfico privilegiado de drogas, em harmonia com os princípios supracitados e com argumentos de ordem fática, como a inexpressiva ofensividade da conduta, a incompatibilidade entre as noções de hediondez e privilégio, o tratamento isonômico para o homicídio qualificado privilegiado e o tráfico privilegiado, a necessária taxatividade dos crimes

equiparados a hediondos, e, principalmente, a necessidade de se fazer uma interpretação restritiva da norma penal incriminadora que impõe o caráter hediondo ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Todas estas teorias foram levantadas e analisadas pormenorizadamente no corpo do trabalho, e ilustram o caminho trilhado para se chegar à conclusão de que a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 afasta a hediondez do delito de tráfico de drogas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

BAHIA. Defensoria Pública do Estado. **Observatório da prática penal**. Boletim mensal nº 03 – Abril de 2014. Coord.: Daniel Nicory do Prado. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/Boletim_321.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.

BAHIA. Defensoria Pública do Estado. **Observatório da prática penal**. Boletim mensal nº 04 – Maio de 2014. Coord.: Daniel Nicory do Prado. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/Boletim_04_Mai_2014__OPP_ESDEP_BA.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2015.

BAHIA. Defensoria Pública do Estado. **Observatório da prática penal**. Boletim mensal nº 05 – Junho de 2014. Coord.:

Daniel Nicory do Prado. Disponível em: http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/Bolletim_05_Jun_2014__OPP_ESDEP_BA.pdf. Acesso em: 07 jul. 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 444**, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=108#DOC108>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 512**, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2014, DJe 16/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=40#DOC40>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. **Recurso Especial 236681/MG**, Dje 22/10/2001 – Disponível em: <http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/CAOPCRIM/Condena%C3%A7%C3%B5es%20sem%20tr%C3%A2nsito%20em%20julgado%20configuram%20maus%20antecedentes.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 200.513/MS**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 18/05/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=200513&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. **Habeas Corpus 140221/MS**, Dje 22/09/2009 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000371803%27>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. **Habeas Corpus 213680/SP**, DJe 15/08/2012 – Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000456224%27>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. **Recurso Especial nº 1.329.088/RS**. Dje 13/03/2013 – Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23108692/recurso-especial-resp-1329088-rs-2012-0124208-0-stj/inteiro-teor-23108693>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. **Recurso Especial nº 1.353.499/PR**, Dje 12/04/2013 – Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/53211686/stj-17-04-2013-pg-3758>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1297936/MS**, Dje 18/04/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000480237%27>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Rel. Min. Celso de Mello. **Habeas Corpus 68465/DF**, Dje 16/04/1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000150760&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 jul.

2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. **Habeas Corpus nº 97.256**. Dje 15/12/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2653717>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Rel. Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, **Habeas Corpus 101265**, julgado em 10/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000190341&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 111840**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111840.NUME.+OU+111840.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pg62qhe>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2015

BRASIL. **Lei 7.960**, de 28 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em 03 nov. 2015.

BRASIL. **Lei 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2015.

BRASIL. **Lei 11.343**, de 28 de junho de 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 02 jul. 2015

BRASIL. **Lei 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 14 jul. 2015.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad.: Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **O tráfico de drogas privilegiado**: requisitos para o seu reconhecimento e análise da sua hediondez. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 dez. 2013. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2_&ver=1564. Acesso em: 27 out. 2015.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4.ed. Rev. Trad.: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Jayme Walmer de. **A causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei Antidrogas**: O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para aferição de sua aplicabilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1476, 17

jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10146>>
Acesso em: 27 out. 2015.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. **Lei de Drogas: Muitas perguntas, algumas respostas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1638, 26 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10796>>. Acesso em: 27 out. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *In: Lênio Luiz Streck (Org.) - Direito penal em tempos de crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 12 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do direito penal.** 2. ed. rev. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEAL, João Jose. **Crimes hediondos: a lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade.** 2ª ed. (ano 2003). 5ª tir./ Curitiba: Juruá, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético. *In: Lênio Luiz Streck (Org.) - Direito penal em tempos de crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: “derecho penal” del enemigo?. *In: Lênio Luiz Streck (Org.) – Direito penal em tempos de crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEDEIROS, João Augusto. **Tráfico privilegiado é hediondo?** Artigos da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cEmMmEIJx4J:www.fesdep.org.br/index.php%3Foption%3Dcom_content%26view%3Darticle%26id%3D31:trafico-privilegiado-e-hediondo%26catid%3D10:artigos%26Itemid%3D23+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 11 jul. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, BLANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a Lei dos Crimes Hediondos: mais uma inconstitucionalidade!**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3284, 28 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22123>>. Acesso em: 27 out. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERES, César. **Tráfico de drogas privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) não pode ser equiparado a crime hediondo: Direito a indulto e progressão de regime sem a incidência da Lei nº 8.072/90**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3440, 1 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23146>>. Acesso em: 27 out. 2015.

PORTELA, Alessandra Matos. **Usuário ou traficante? A operacionalidade do sistema penal desvelada por meio da análise da Lei nº 11.343/06**. Monografia de conclusão de curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

PUGLIESE, Urbano Félix. **Uma nova visão do Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal**. Salvador: Ômnira, 2011.

QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. *In*: Rogério Dutra dos Santos (Org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Princípio da individualização da pena: uma (re)leitura constitucional. *In*: Gamil Foppel (Coord.). **Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 8.ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad.: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 1991.

