

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” –
CAMPUS FRANCA**

CAIO ALVES DA CRUZ GOMES

**ATENUAÇÃO AO TRATAMENTO PENAL DESPENDIDO AO TRÁFICO DE
DROGAS PELAS CORTES SUPERIORES: EFETIVIDADE E REFLEXOS
POLÍTICO-CRIMINAIS**

FRANCA

2022

CAIO ALVES DA CRUZ GOMES

**ATENUAÇÃO AO TRATAMENTO PENAL DESPENDIDO AO TRÁFICO DE
DROGAS PELAS CORTES SUPERIORES: EFETIVIDADE E REFLEXOS
POLÍTICO-CRIMINAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto ao Conselho de Curso Direito, da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Campus de Franca.

Orientador: Professor Doutor Paulo César Corrêa Borges

FRANCA

2022

G633a

Gomes, Caio Alves da Cruz

Atenuação ao tratamento penal despendido ao tráfico de drogas pelas Cortes Superiores : efetividade e reflexos político-criminais / Caio Alves da Cruz Gomes. -- Franca, 2022

79 p. : tabs.

Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado - Direito) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca

Orientador: Paulo César Corrêa Borges

Coorientador: Gilson Miguel Gomes da Silva

1. Direito. 2. Jurisprudência. 3. Tráfico de drogas. 4. Tribunais Superiores.

I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

CAIO ALVES DA CRUZ GOMES

**ATENUAÇÃO AO TRATAMENTO PENAL DESPENDINGO AO TRÁFICO DE
DROGAS PELAS CORTES SUPERIORES: EFETIVIDADE E REFLEXOS
POLÍTICO-CRIMINAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

**Prof. Dr. Paulo Cesar Corrêa Borges,
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, campus de Franca, SP.**

1º Examinador: _____

**Me. Gilson Miguel Gomes da Silva,
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, campus de Franca, SP.**

2º Examinador: _____

**Me. Thales Braghini Leão
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, campus de Franca, SP.**

**Franca, _____ de _____ de
2022.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Maria Francisca e José Maria. A ela, pelo carinho, ao deixar um recado sempre que saía para o escritório enquanto eu dormia, ainda no raiar do dia, para prover o melhor que estivesse ao alcance; pelo apoio, a cada pequeno progresso que obtive ao longo da vida; e pela verdadeira inspiração, a nível profissional e humano, ao me mostrar o quanto o Direito é magnífico e essencial para que tenhamos um mundo mais justo e equânime, ao ponto de me motivar na escolha de minha carreira. E a ele, por todo o resguardo, para que nossa família se desenvolva do melhor modo possível; e pela força, sendo o cerne para que lidássemos com quaisquer adversidades nos momentos mais difíceis.

Ao Paulo Henrique, meu querido irmão, que me inspira a ser cada vez melhor e tanto me ensina, e que me fez compreender as razões de tantas preocupações de meu pai: o desejo de auxiliar na formação de um indivíduo íntegro, independente e verdadeiro.

Aos três, obrigado pelo amor, e por me ensinarem o que é o amor.

Agradeço à Rosana e ao Anderson, mãe e irmão que a vida me deu, ao lado dos quais cresci, me desenvolvi, e me inspirei, os quais vibram e se orgulham com minhas conquistas – bem como faço com as deles –, e a quem amo incondicionalmente. Vocês são a base da família, e as pessoas mais fortes e amáveis que eu poderia conhecer.

A toda minha família, em especial meus padrinhos, por serem espelho de trabalho duro e companheirismo, e pessoas com as quais sempre pude contar. E este agradecimento se estende especialmente ao Pedro e à Isabella, que compuseram nosso quinteto da infância e, à vida adulta, sempre estiveram lá quando preciso.

Às minhas avós, Rosa e Maria, e ao meu avô Sebastião, que guardo com carinho em meu coração, por terem me auxiliado, cada um a seu modo, em minha formação.

Agradeço à Leticia, que sempre esteve – e está – incondicionalmente ao meu lado: nos momentos mais difíceis, como um pilar de afeto e resiliência para me auxiliar a seguir em frente; e nos mais brandos, tornando-lhes os mais agradáveis e lindos. Com ela, aprendo a ser cada vez melhor, e me permito vivenciar as experiências de maior amor e paz que poderia sonhar em ter, as quais sei que somente crescerão em nossas vidas. Respeito, admiração e carinho recíprocos são sinônimos do que temos.

Agradeço aos meus amigos que tornaram-se família, Thiago Barsotti, Deivid Galdini, Rafael de Mello e Felipe Ondeí, com os quais criei laços que apenas se estreitam. Ao Thiago, pelo crescimento acadêmico que nos auxiliamos a obter, e por todas as tardes que passamos juntos no colégio, sempre nos fazendo melhores e fortalecendo cada vez mais essa amizade; ao Deivid, um professor da vida, que se deixou ser aluno e me deu o prazer de poder chamá-lo de irmão, e que transparece verdadeira orgulho a cada uma de nossas conquistas; ao Rafael, o que mais se parece comigo em personalidade, razão pela qual discordamos com tanta frequência, mas verdadeiro e genuíno amigo em quem deposito toda a confiança; e ao Felipe, rapaz puro e de bom coração, para o qual sempre busquei passar o melhor de mim, por saber que é merecedor. Me desenvolver ao lado de vocês só me faz mais forte. Independentemente de distância ou quaisquer intempéries que a vida nos impuser, estaremos sempre juntos.

À República Tortuga e aos grandes irmãos que esta casa me proporcionou, com os quais tive o prazer de morar ao longo desses cinco anos. Pelos tantos ensinamentos nos primeiros anos da Universidade – e que se estendem até hoje –, fundamentais na transformação de um rapaz, ainda em sua menoridade, no indivíduo que sou hoje. Pelo acolhimento e verdadeiro sentido de coletividade que me despertaram, por todos os dias e noites de risadas e conversas a fio, e por terem me permitido deixar um pouco de mim em cada um deles, assim como fizeram comigo. Vou, mas levo a todos, pois sei que as amizades que construí ao longo desses anos, assim como a Instituição República Tortuga, são eternas.

Agradeço ao professor Paulo César Corrêa Borges, grande mestre com quem desenvolvi trabalhos ao longo de toda a graduação: do primeiro deles, como integrante do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos, o NETPDH, ao último enquanto graduando: este trabalho, no qual me orgulho de tê-lo como orientador. Professor, o senhor foi grande responsável pela afeição que nutri pelo Direito Penal.

Ao Doutor Rodrigo Miguel Ferrari, por ter me acolhido em seu gabinete e me ensinado questões salubres para meu crescimento profissional: a verdadeira essência da magistratura; a necessidade de ater-se à técnica jurídica e de se amplificar conhecimentos ao máximo, a transbordar para além dos ramos do direito; e, não menos, a importância da conciliação entre família e trabalho duro. A todos os integrantes da equipe do gabinete, especialmente aos queridos Vinícius Borges; Beatriz Machado; Rosamaria Araujo e Silvana Dallaqua, que estiveram comigo ao longo de tantas tardes de trabalho, com atenção e dedicação ímpares. A vocês, meu muito obrigado.

Agradeço à Unesp em sua totalidade, gestores, professores, servidores e colaboradores, pois esta, mesmo perante de diversas dificuldades estruturais, me mostrou o verdadeiro sentido da Universidade Pública, tendo sido a grande responsável pelos melhores anos de minha vida.

Por fim, sou grato aos que comigo estiveram quando ingressei na Universidade, embora, por questões que a vida nos impõe, não mais estejam neste plano para ler essa declaração. No entanto, ao falar sobre eles, tenho a clareza, sem sombra de dúvidas, da felicidade genuína que sentem com minhas conquistas.

Ao meu *Vô Dito*, homem trabalhador e correto, carente de estudos, mas de conhecimento incomensurável, que trabalhou até quando pôde, mesmo tendo vivido vida das mais difíceis. Seus ensinamentos e vivências estarão sempre comigo.

À *Mah Sônia*, que teve parte em minha criação desde o primeiro momento, com doçura, carinho e amor incondicionais, fazendo de mim e de meu irmão verdadeiros filhos, e a quem tivemos como mãe. Em mim, só há gratidão por todos os dias que tivemos lado a lado, ao longo de meus vinte e dois anos, e alegria por te imaginar ao lado do Matheus.

E à *Déia*, minha prima que se fez irmã, tão amorosa e competente quanto se pode pensar, tanto para com nossa família quanto com seus clientes, no curto e marcante período em que pôde realizar o sonho de ser advogada. Ela é, e sempre foi, o Sol que nos mantém unidos e fortes.

Nos três me inspiro incondicionalmente, e trabalharei a cada dia para orgulhá-los. São amor eterno, e tenho-lhes sempre comigo.

GOMES, Caio Alves da Cruz. **Atenuação ao tratamento penal despendido ao tráfico de drogas pelas cortes Superiores: efetividade e reflexos político-criminais.** 2022. 79f. Monografia – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2022.

RESUMO

O presente trabalho tem como alicerce a política antidrogas no ordenamento jurídico brasileiro, com base na Lei 11.343, de agosto de 2006, e nas normas a esta correlatas, as quais trouxeram-lhe pertinentes alterações desde sua elaboração e complementam sua aplicação. A metodologia de pesquisa empregada é diversificada, partindo de revisões bibliográficas através do método dedutivo, suplementado por pesquisa empírica documental, acessando jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça, além do estudo quantitativo de dados sobre os índices de encarceramento no Brasil. Assim, traz-se à luz as principais modificações, jurisprudenciais e legais, no âmbito de aplicação da Lei 11.343/06, quais sejam, a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória; a obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime integralmente fechado; a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; a impossibilidade de consideração de inquéritos e ações penais em curso para constatação de dedicação do agente a atividades criminosas, para inviabilizar o reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06; o afastamento da hediondez do tráfico minorado; além de pedido inovador para afastamento da hediondez do tráfico de drogas propriamente dito para fins de progressão de regime. Posteriormente, busca-se compreender os reflexos de tais alterações nos índices de encarceramento do país, a elucidar sua efetividade na política criminal brasileira, bem como os rumos normativo-jurídicos dos crimes de drogas país, com especial enfoque ao traficante não habitual.

Palavras-chave: tráfico de drogas; jurisprudência; política criminal; tráfico privilegiado.

GOMES, Caio Alves da Cruz. **Atenuação ao tratamento penal despendido ao tráfico de drogas pelas cortes Superiores: efetividade e reflexos político-criminais.** 2022. 79f. Monografia – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2022.

ABSTRACT

The present work is based on the anti-drug Policy in the Brazilian legal system, founded at the Law 11.343, of august 2006, and the norms related to it, which have brought relevant changes since its elaboration and complements its application. The research methodology used is diversified, starting from bibliografic reviews through the deductive method, supplemented by documental empirical research, acessing jurisprudence of the Federal Supreme Court and Supreme Court of Justice, as well as the quantitative study about data on incarceration rates in Brazil. Therefore, it brings to light the main changes, jurisprudential and legal, in the scope of Law 11.343/06 application, which were the unconstitutionality of the prohibition of provisional freedom and the obligation to serve the sentence in a fully closed regime the prohibition to the replacement of the custodial sentence by a restriction of rights; the impossibility of considering ongoing investigations and penal process to verify the agent's dedication to criminal activities, to rule out the recognition of the minor of art. 33, § 4, of Law 11,343/06; the removal of the hideousness of the reduced traffic; and an innovative request to remove the hideousness of drug trafficking itself for the purposes of regime progression. Subsequently, an analysis of the reflexes of the incarceration rates in Brazilian criminal policy is made, as well as an analysis of the direction of legal drug crimes, with a special focus on non-habitual drug dealer.

Keywords: drug trafficking; jurisprudence; criminal policy; privileged traffic.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DO TRÁFICO DE DROGAS À VIGÊNCIA DA LEI 11.343/06.....	14
1.1 Inspirações e exposição – as leis de drogas no brasil	14
1.2 Equiparação do tráfico de drogas a crime hediondo.....	16
1.2.1 DISPOSIÇÃO LEGAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	17
1.3 O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e sua modalidade minorada ...	20
1.3.1 CARACTERIZAÇÃO NA LEI 11.343/06.....	20
1.3.2 CONCEITUAÇÃO E BEM JURÍDICO TUTELADO.....	23
1.3.3 DO TRÁFICO MINORADO – ART. 33, § 4º, LEI 11.343/06.....	25
2 CONSEQUÊNCIAS JURISDICIONAIS À PROMULGAÇÃO DA LEI 11.343/06 E SUAS ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS	30
2.1 Da vedação à liberdade provisória e da obrigatoriedade ao regime fechado.....	30
2.2 Do tráfico privilegiado.....	34
2.2.1 DA VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS... ..	35
2.2.2 AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM FUNDAMENTO EM INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO.....	38
2.2.3 DA (NÃO) HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.....	41
2.2.3.1 O advento do HC 118.533/MS	43
2.2.3.1.1 Sessão plenária de 23/06/2016	43
2.2.3.1.2 Sessão Plenária de 01/06/2016.....	48
2.3 Afastamento da hediondez do tráfico de drogas propriamente dito para fins de progressão de regime	55
3 CONSEQUÊNCIAS E MEDIDAS POSTERIORES À LEI 11.343/06: REFLEXOS NA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA.....	59
3.1 Do advento da lei 11.343/06.....	59
3.2 Modificações ao rigor do tratamento despendido ao traficante e seus reflexos práticos.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é norteado pelo princípio da *ultima ratio*, que se consubstancia na ideia de que a lei penal somente deverá ser aplicada para a solução das desavenças e lides sociais mais quistas e salutares por determinada comunidade, e que não seriam satisfatoriamente resolvidas através de outros meios que não pela criação de uma norma penal incriminadora, com sanções penais àquele que infringi-las (NUCCI, 2020, p. 105).

No ponto, Greco destaca que, por intermédio de um critério político que oscila de acordo com as circunstâncias e momentos vividos por cada sociedade, o legislador, ao realizar que outros ramos do direito não se mostram aptos a proteger adequadamente determinados bens, há de selecionar as condutas, omissivas ou comissivas, que deverão ser tuteladas pelo Direito Penal (2017, p. 127).

Nucci inclui esta rigidez do direito penal na própria conceituação deste ramo do direito, definindo-lhe como o conjunto de normas dedicado à determinação dos limites do poder punitivo do Estado, incumbido de instituir infrações penais, suas sanções e as regras que adequadas à sua aplicação, sendo as punições estabelecidas pelo direito penal das mais graves para o ser humano, a exemplo da privação de liberdade (2020, p. 73).

Também salutar a diferenciação entre direito penal e política criminal, em vista que esta última reserva consigo um viés analítico-crítico da aplicação do Direito penal, essencial para uma justa aplicação das leis penais e de sua observação perante os anseios e necessidades de uma determinada comunidade, de modo que, em face das constantes metamorfoses sociais que se operam no Brasil e no mundo, especialmente no último século, uma política criminal equilibrada emerge da síntese entre o direito penal positivado e da sociedade a quem esta seara do direito se presta. E alerta-se que uma política criminal bem definida é essencial para o bom funcionamento de um ordenamento penal, notadamente que uma política criminal falha e desatualizada sobrecarrega e obriga o Poder Judiciário de interpretações que lhe permitam a devida aplicação das leis, a fim de evitar erros e injustiças (NUCCI, 2020, p. 75/76).

Posto isso, a mutabilidade do Direito Penal é salutar para sua devida e justa aplicação, seja para exasperar a reprimenda cominada a uma conduta típica ou, em sentido oposto, para a descriminalização de determinado fato anteriormente tipificado, a depender da gravidade que se extrai de determinadas condutas e da valoração de seu bem juridicamente tutelado por uma sociedade. A título exemplificativo deste último, tem-se a revogação do crime previsto no artigo

240 do Código Penal, que tipificava o adultério; já no tocante à exasperação do tratamento penal, cita-se a Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, os quais recebem este tratamento por serem tidos como os mais ignóbeis e vis do ordenamento jurídico brasileiro.

E este quadro, de incremento e sutilização das sanções, também se apresenta no âmbito das legislações penais de proibição ao comércio ilícito de entorpecentes¹.

O presente trabalho busca trazer à luz as nuances relacionadas à legislação de drogas no Brasil, especialmente à vigência da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, e almeja compreender as motivações, consequências e os reflexos do dispositivo legal na política criminal brasileira.

Com intuito de alcançar um melhor entendimento sobre as leis de drogas no Brasil, de início, faz-se breve explanação acerca do histórico legislativo concernente à vedação do comércio ilícito de entorpecentes, destacando-se as principais modificações quanto aos meios e à intensidade das reprimendas impostas aos traficantes.

Relevante questão também mostra no que tange às metamorfoses jurisprudenciais e legais operadas a partir do texto promulgado da Lei 11.343/06, a fim de compreender a efetividade do dispositivo em comento na repressão dos crimes de drogas. Para tal, far-se-á, mediante emprego do método dedutivo – com revisões bibliográficas diversas – e de pesquisa empírica e documental, uma análise aos principais entendimentos dos Tribunais Superiores, Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito de aplicação da Lei 11.343/06, de sua promulgação à atualidade, principalmente no que diz respeito à constitucionalidade de vedações e exasperações operadas aos crimes de drogas, em especial atenção à proporcionalidade da Lei de Drogas com relação ao “tráfico privilegiado”², modalidade criada pelo referido *códex*.

Para além, busca-se compreender, a partir do método quantitativo, as consequências de tais modificações de cunho político-criminal nos índices de encarceramento no Brasil, em recortes específicos ao tráfico de drogas, dos artigos 12, da Lei 6.368/76, e 33, da Lei 11.343/06, e ao tráfico internacional de drogas, dos artigos 18, da Lei 6.368/76, e 33 e 40, inciso I, da Lei 11.343/06. Ainda, almeja-se constatar seus reflexos nos índices de aprisionamento feminino, em razão do expressivo contingente de mulheres aprisionadas por tráfico ilícito de entorpecentes no país.

¹ Conforme será explicado no primeiro capítulo do trabalho, a despeito de o termo “entorpecentes” ter sido substituído pelo termo “drogas” na Lei nº 11.343/06, faz-se o emprego de ambas nomenclaturas ao longo deste estudo, a fim de evitar reiteradas repetições.

Ao final, pretende-se concluir, com base nos fatos expostos e dados analisados, a efetividade das interpretações judiciais operadas sobre os dispositivos que tratam dos delitos de drogas, essencialmente no que concerne à redução da superlotação dos estabelecimentos prisionais a partir da readequação do tratamento despendido ao traficante de entorpecentes – faça este do tráfico seu meio de vida ou não.

1 DO TRÁFICO DE DROGAS À VIGÊNCIA DA LEI 11.343/06

1.1 INSPIRAÇÕES E EXPOSIÇÃO – AS LEIS DE DROGAS NO BRASIL

“A história das drogas é, assim, antes de tudo, a história de suas regulações, da construção de seus regimes de circulação e das consequentes representações culturais e políticas de repressão, incitação ou tolerância.” (CARNEIRO, 2019, p. 10). Esta postulação é feita a fim de afastar a difundida ideia de que a regulação destinada a diferentes substâncias se baseou em sua potencialidade lesiva, alegação esta que, segundo Carneiro, não se mostra cientificamente fundada², uma vez que, conforme esclarece o autor, os “países centrais”, ao longo dos séculos XIX e XX, foram os norteadores na definição das substâncias psicoativas a serem combatidas, tendo essa influência sido importada para a legislação de drogas no Brasil (*ibid.*, p. 10).

O combate às drogas origina-se no Brasil com a instituição das Ordenações Filipinas, com a determinação de que “ninguém tenha em caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”, de modo que, embora o Código Penal do Império, de 1830, tenha se mantido silente no ponto, o Código Penal de 1890, ao regulamentar os crimes contra a saúde pública, passou a prever o delito de “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, em seu artigo 159, ainda apenas com pena de multa (CARVALHO, 2016, p. 41).

A despeito das referidas legislações, é a Consolidação das Leis Penais, de 1932, que amplia a gama de condutas abarcadas pelo artigo 159 do Código Penal de 1890, substituindo o termo “substâncias venenosas” por “substâncias entorpecentes”, bem com adicionando pena de prisão ao tipo penal (DAVID, 2018).

Na década posterior, operou-se uma exasperação no tratamento criminal aplicado ao usuário e ao comerciante de drogas ilícitas. Com o advento Código Penal de 1940, em seu artigo 281, culminado com o Decreto-Lei 4.720/42 e a Lei 4.451/624 – estes últimos que, respectivamente, dispuseram sobre o cultivo e introduziram o núcleo “plantar” ao referido artigo – e, principalmente, com o Decreto-Lei 385/68³, deu-se verdadeiro início a um tratamento

² Para tecer tal afirmação, Carneiro fundou-se em um ranking publicado pela revista *Lancet*, em 2006, acerca dos danos causados por diversas drogas, que apontou a inexistência de um critério objetivo na classificação jurídica internacional das substâncias entorpecentes.

³ O qual igualou, em contrariedade à interpretação prévia do Supremo Tribunal Federal, o consumidor e o traficante de drogas na órbita penal, imputando-lhes as mesmas penas.

repressivo aos crimes de drogas, e, segundo Salo de Carvalho (2016, p. 42), ao “(des)controle da sistematicidade da matéria criminal”.

A Lei 6.368/76, legislação especial destinada à repressão ao tráfico e uso de drogas, deu novo entendimento à referida norma, diferenciando a reprimenda aplicada ao traficante de drogas e ao usuário. Todavia, tinha-se cominada a pena de prisão em ambos os casos, e, para além, diferenciação não havia entre a pena aplicada ao traficante contumaz, que utiliza do tráfico como seu meio de vida, em relação ao traficante “de primeira viagem”.

Embora a legislação em questão tenha exaltado o discurso médico jurídico, mediante a separação entre “consumidor-doente” e “traficante-delinquente”, agregou-se gradualmente a esta um discurso jurídico-político no âmbito da segurança pública, a justificar as subsequentes exasperações de pena operadas aos crimes de drogas. Fatores que teriam se desenvolvido, em exposição consonante à de Carneiro (2019, p. 10), acompanhados das orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais (CARVALHO, 2016, p. 46).

Já no século XXI, a Lei 10.409/02 almejava, em seu projeto inicial, substituir integralmente a Lei 6.368/76. Ocorre que, diante da carência de definições satisfatórias na tipificação dos crimes, o Capítulo III do projeto, “Dos Crimes e das Penas”, foi vetado pelo poder executivo, além de, à presença de tais impropriedades, ter se vetado também o artigo 59 do dispositivo legal, que traria a revogação do diploma até então vigente. Assim, a despeito das divergências acerca do rito processual que deveria ser aplicado na prática, a Lei 10.409/02 teve seu segmento processual aprovado, havendo, entretanto, anseios pela elaboração de uma nova legislação que atendesse às necessidades sociais no âmbito do combate ao tráfico de drogas (GRECO FILHO e RASSI, 2017).

Com o advento da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que revogou os dois dispositivos legais supracitados, instituiu-se o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o Sisnad.

Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 7), a Lei 11.343/06, atualmente vigente, apresentou-se, dentre outras funções, diante da necessidade de reconhecer no usuário de drogas não apenas um infrator, mas, além disso, um membro da sociedade com direito a cuidados especiais relativos ao uso indevido de drogas. Assim, a legislação em questão isentou o usuário de drogas da pena de prisão, ao tipificar o crime de porte/posse de droga para consumo próprio, em seu artigo 28, com penas diversas das privativas de liberdade:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006).

Persistiu, porém, a subjetividade para a caracterização e diferenciação entre o traficante e o usuário de drogas, com discricionariedade – desde o agente policial até o magistrado – para a imputação do criminoso nestes delitos, baseada em diversos fatores que envolveram as condições da apreensão do entorpecente, como fracionamento, diversidade e quantidade de drogas apreendidas, bem como diante das condições fáticas nas quais a prisão houver se dado.

A Lei 11.343 de 2006 alterou a pena de prisão disposta ao traficante de drogas, exasperando a reprimenda mínima, antes de três anos de reclusão, para cinco anos, e aumentou também as penas de multa cominada ao delito, mínima e máxima, de cinquenta a 360 dias-multa, na Lei 6.368/76, para 500 a 1.500 dias-multa no novo dispositivo (BRASIL, 1973 e 2006), de modo incrementar expressivamente o tratamento aplicado ao tráfico de drogas no país.

Lado outro, passou-se a prever, de modo inédito, a figura do tráfico privilegiado, ou tráfico minorado, consistente em uma causa de diminuição de pena capitulada no § 4º, artigo 33, da Lei 11.343/06. Tal modalidade emergiu como um meio de diferenciação entre o traficante habitual, que faz tráfico seu meio de vida, e o ocasional, ou pequeno traficante, com base em critérios subjetivos e objetivos que virão a ser destrinchados neste trabalho, e trazia como benefício, em um primeiro momento, uma suavização no *quantum* da pena aplicada, que poderia ser reduzido de um sexto a dois terços.

Ocorre que a Lei 11.343/06, embora tenha inovado ao criar referida figura para o crime de tráfico de drogas, manteve rígidos tratamentos penais e processuais penais, fazendo persistir um comportamento estatal fortemente repressivo ao tráfico, mesmo quando minorado, a gerar reflexos importantes nos índices de encarceramento no Brasil e na política de combate às drogas.

1.2 EQUIPARAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS A CRIME HEDIONDO

O presente subcapítulo trata das origens da equiparação do tráfico ilícito de entorpecentes a crime hediondo. Para tal, faz-se uma exposição das inspirações que levaram o ordenamento jurídico brasileiro a positivizar esta definição de hediondez, além da efetiva criação deste rol paralelo aos crimes essencialmente hediondos.

Expõe-se os modos de conceituação dos crimes tidos como hediondos, sua definição e, especialmente, as consequências penais e processuais penais – à época da promulgação dos dispositivos que tipificaram tais delitos – quando do cometimento dos crimes elencados no rol dos hediondos e de seus equiparados.

1.2.1 Disposição legal na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe, em seu artigo 5º, inciso XLIII:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 1988).

A redação do referido inciso figurou como a origem de um tratamento mais severo aos crimes a que se compreendia, ao menos à época, necessárias tais medidas, por “serem revestidos de maior repulsa” (GOMES e CUNHA, 2010, p. 495). Porém, nota-se que o dispositivo não determinou quais seriam os crimes hediondos, e, conseqüentemente, não inseriu os crimes de tráfico de drogas, tortura ou o terrorismo neste rol.

Segundo Gomes e Cunha (2010, p. 494), ao trazer que seriam insuscetíveis graça, anistia ou fiança não somente os três crimes elencados, mas também os “definidos como crimes hediondos”, em momento prévio à edição de lei que lhes determinasse ou estabelecesse fatores para a caracterização de tal hediondez, a Constituição Federal de 1988 vinculou o Brasil ao critério legal, no qual é de competência do legislador a enumeração de um rol taxativo para a

determinação de crimes hediondos, optando por este em detrimento dos critérios judicial⁴ e misto⁵.

Insta salientar a dificuldade de estabelecer um critério “correto” para a definição dessa categoria de crimes:

Para nós nenhum dos critérios é justo: o primeiro (legal) trabalha somente com gravidade do fato em abstrato, desconsiderando, lamentavelmente, o caso concreto; o segundo (judicial) deixa ao exclusivo império do juiz a análise da hediondez, ferindo, conseqüentemente, o mandamento da certeza e segurança jurídica (um comportamento tido como hediondo para um juiz pode, nas mesmas circunstâncias, não ser para outro); o terceiro (misto), a exemplo do anterior, não garante a necessária segurança ao cidadão, partindo de exemplos dado pelo legislador, podendo o magistrado encontrar outros casos semelhantes (ignora a taxatividade). Diante desse quadro, sugerimos um quarto sistema, mais justo (e seguro), no qual o legislador, num primeiro momento, enuncia num rol taxativo (GOMES e CUNHA, 2010, p. 494).

A exemplificar tal dificuldade, Lima (2020, p. 331) traz o crime político de matar o Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal ou da Câmara dos deputados, tipificado no artigo 29 da Lei 7.170/83, recentemente revogada, o qual, por não ser referido na lista dos crimes hediondos, não poderia assim ser considerado, a despeito da elevada gravidade destes fatos e repulsa que incutiriam na sociedade.

Em suma, as circunstâncias do caso concreto não são empregadas, no Brasil, como fator determinante à caracterização da hediondez, tendo o legislador ordinário se ocupado pela criação e manutenção deste rol, nele inserindo os delitos que sejam compreendidos como merecedores de um tratamento jurídico-penal mais gravoso. Em mesmo sentido, elucidam Moraes e Smanio:

Crime Hediondo, no Brasil, não é o que no caso concreto se mostra repugnante, asqueroso, depravado, horrível, sádico, cruel, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execuções, ou pela finalidade do agente, mas sim aquele definido de forma taxativa pelo legislador ordinário.

Ressalta-se que a Constituição Federal, por meio de norma constitucional de eficácia limitada, previu algumas conseqüências penais e processuais aos crimes hediondos, autorizando, porém, que o legislador ordinário os definisse (2006, p. 59).

⁴ “judicial: é o juiz quem, na apreciação do caso concreto, diante da gravidade do crime ou da forma como foi executado, decide se a infração praticada é ou não hedionda” (GOMES e CUNHA, 2010, p. 494).

⁵ “num primeiro momento, o legislador apresenta um rol exemplificativo de delitos hediondos, permitindo ao juiz, na análise do caso concreto, encontrar outros fatos assemelhados (interpretação analógica)” (GOMES e CUNHA, 2010, p. 494).

Dessa maneira, a completar a norma de eficácia limitada prevista no inciso XLIII, art. 5º, da CF, foi promulgada, em de 25 de julho de 1990, a Lei 8.072, chamada de Lei dos Crimes Hediondos, de modo que, para concluir sobre a hediondez de um delito, e, por conseguinte, aplicar a este as consequências dessa definição, basta a consulta ao artigo 1º deste dispositivo, no qual constam, em sua redação vigente, os seguintes crimes:

- a) homicídio simples (art. 121, *caput*), apenas quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que por um só agente;
- b) homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII);
- c) 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;
- d) roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);
- e) roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);
- f) roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);
- g) extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º);
- h) extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º);
- i) estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);
- j) estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);
- k) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);
- l) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998);
- m) favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º);
- n) furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A);
- o) genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956;
- p) posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- q) comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- r) tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- s) organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado (ANDREUCCI, 2021, p.286/287).

Em análise às infrações listadas, não se encontram as de tráfico de drogas, terrorismo e tortura, razão pela qual a técnica não permite que estes sejam considerados como hediondos. Lado outro, ante o tratamento constitucional idêntico a eles empregado, lhes é dada a definição de “crimes equiparados a hediondos” (LIMA, 2016, p. 57).

Tal diferenciação estipulada pelo constituinte originário, de acordo com Lima (2020, p. 350), se fez com o intuito de assegurar maior severidade na punição dos crimes equiparados a

hediondos, uma vez que eventual alteração do rol dos hediondos pode ser realizada a partir de Lei Ordinária, enquanto aos equiparados restringe-se tal discricionariedade, notadamente o fato de que a própria Constituição Federal obriga um tratamento mais severo a este:

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

A justificativa para o constituinte originário ter separado os crimes hediondos dos equiparados a hediondos está diretamente relacionada à necessidade de assegurar maior estabilidade na consideração destes últimos como crimes mais severamente punidos. Em outras palavras, a Constituição Federal autoriza expressamente que uma simples Lei Ordinária defina e indique quais crimes serão considerados hediondos. No entanto, para os crimes equiparados a hediondos, o constituinte não deixou qualquer margem de discricionariedade para o legislador ordinário, na medida em que a própria Constituição Federal já impõe tratamento mais severo à tortura, ao tráfico de drogas e ao terrorismo (LIMA, 2020, p.350).

Posto isso, ressalta-se que a Lei 8.072, no *caput* de seu artigo 2º, reforça esse entendimento, ao prever, em consonância ao mandamento constitucional, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e a tortura como inafiançáveis e insuscetíveis de graça, anistia e indulto. O texto original do artigo também impedia a concessão de liberdade provisória aos referidos delitos, bem como obrigava o integral cumprimento da pena em regime fechado. Estes entendimentos penais e processuais penais agravados demonstram, segundo Carvalho (2016, p. 222), o evidente tratamento díspar despendido aos referidos crimes, de forma que o legislador teria ultrapassado mandamentos constitucionais básicos, relacionados aos princípios da individualização da pena e da humanidade das penas, para atingir esta finalidade.

1.3 O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS E SUA MODALIDADE MINORADA

1.3.1 Caracterização na Lei 11.343/06

Com a instituição do Sisnad pela Lei 11.343/06, firmou-se o posicionamento legal aplicado pelo ordenamento jurídico brasileiro às drogas. O principal objetivo do órgão é evidenciado em seu artigo 1º, qual seja, “conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante de drogas” (LIMA, 2016, p. 695).

Do artigo 3º do texto legal, extrai-se as finalidades deste órgão, consistentes, à época da promulgação: (I) na prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como (II) a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. Já os artigos 4º e 5º determinam os princípios e os objetivos do Sisnad, como vê-se:

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei (BRASIL, 2006).

O artigo 2º do Decreto nº 5.912/2006 enuncia que são integrantes do Sisnad o Conselho Nacional de Drogas (CONAD; órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça); a Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, na qualidade de secretaria-executiva do colegiado; o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades relacionadas à prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e

dependentes de drogas e à repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas; além das “organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos” (BRASIL, 2006).

Há de se destacar as tendências político-criminais empregadas no mundo atual em relação às drogas e, por consequência, ao seu usuário. Dentre essas, encontram-se os modelos norte-americano⁶, que compreende as drogas como um problema policial e militar, pregando a abstinência, a tolerância zero e o encarceramento em massa dos envolvidos com drogas; o liberal radical, no qual se defende a necessidade de uma liberação total das drogas, sobretudo no tocante ao usuário; o da redução de danos, que trata a droga como problema de saúde, empregando medidas de mitigação dos males causados aos usuários de drogas, a exemplo de assistência médica e entrega de seringas; além de, por fim, o modelo da justiça terapêutica, o qual “centra sua atenção no tratamento e, por conseguinte, propugna pela disseminação dessa reação como a forma adequada para cuidar do usuário ou do usuário/dependente” (GOMES e CUNHA, 2010, p. 212-215).

Ao analisar a Lei 11.343/2006, constata-se uma aproximação do modelo nela empregado ao da redução de danos (CARVALHO e ÁVILA, 2016, p. 189; GOMES e CUNHA, 2010, p. 215; CARVALHO, 2016, p. 158).

Nesta senda, extrai-se do dispositivo em vigência a completa incompatibilidade de pena de prisão ao usuário de entorpecentes. No ponto, leciona Lima:

Sob a premissa de que a pena privativa de liberdade em nada contribui para o problema social do uso indevido de drogas, o qual deve ser encarado como um problema de saúde pública – e não “de polícia” –, a Lei nº 11.343/06 inovou em relação à legislação pretérita, abolindo a possibilidade de aplicação de tal espécie de pena ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Noutra giro, entre os artigos 20/26, a Lei de Drogas também busca implementar ações destinadas à redução os riscos e dos danos à saúde através da controversa política da redução de danos (2016, p. 695).

Acerca desta incompatibilização, parte da doutrina vislumbra os aspectos positivos desta isenção de pena de prisão ao usuário, em consonância à política europeia de redução de danos (GOMES e CUNHA, 2010, p. 215). Contudo, há autores que não compreendem completude a

⁶ Modelo este adotado pela ONU à época da promulgação da Lei 11.343/06, declarado no relatório anual de 2002, pelo Comitê Internacional de Controle de Narcóticos.

partir da medida, ante a lógica proibicionista que foi reforçada pela Lei 11.343/06. É o que se extrai da explicação de Salo de Carvalho:

Ocorre que os princípios e diretrizes previstos na Lei 11.343/06, notadamente identificados com políticas de redução de danos, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções direcionada ao sistema de saúde pública. É notório que em matéria de direitos sociais, sobretudo aqueles relativos às áreas da educação e da saúde, se a legislação não determinar claramente as ações e os órgãos competentes, prevendo mecanismos de responsabilização administrativa, a tendência é de as pautas programáticas restarem irrealizadas (2016, p. 159).

Diante disso, tem-se, com o advento da lei em análise, um viés binário no âmbito jurídico, entre usuário e traficante; repressão e redução de danos; assistência social e saúde; e, por fim, prisão e clínica (BRANDÃO, 2021).

1.3.2 Conceituação e bem jurídico tutelado

Diferentemente da Lei 6.368/76, que utilizava em seu preâmbulo o termo “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, a Lei 11.343/06 fez o uso da palavra “drogas”, definindo-lhe, no parágrafo único de seu artigo 1º, como “substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.” (BRASIL, 2006), em congruência à nomenclatura preferencialmente empregada⁷ pela Organização Mundial da Saúde (LIMA, 2016, p. 696).

A “lista” a que se atém para a definição das substâncias caracterizadas como drogas encontra-se prevista na Portaria 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária e Ministério da Saúde, o que se evidencia no artigo 66 da Lei 11.343/06:

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998” (BRASIL, 2006).

⁷ A nova nomenclatura espelha a terminologia adotada pela Organização Mundial de Saúde – OMS, que abandonou o uso dos termos ou das expressões “narcóticos”, “substâncias entorpecentes” e “tóxicos”. Mesmo a Convenção Única sobre Entorpecente, da ONU, promulgada em 1961, e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena, de 1988, ao se referirem às substâncias tóxicas ou entorpecentes utilizam simplesmente o termo *drug* (ANDREUCCI, 2021, p. 325).

Em face disso, tem-se que os crimes capitulados pela Lei de Drogas configuram normas penais em branco heterogêneas, uma vez que carecem de complementação por meio da portaria em questão. Neste sentido, Greco faz clara explicação:

Normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de um outro diploma – leis, decretos, regulamentos etc. – para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível sua aplicação. (...) Diz-se em branco a norma penal porque seu preceito primário não é completo. (...) Diz-se heterogênea, em sentido estrito ou heteróloga, a norma penal em branco quando o seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou. No caso do art. 28 da Lei Antidrogas, por exemplo, estamos diante de uma norma penal em branco heterogênea, uma vez que o complemento necessário ao referido artigo foi produzido por uma autarquia (Anvisa) vinculada ao Ministério da Saúde (Poder Executivo), que integra o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad) – art. 14, I, do Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006 –, e a lei nº 11.343/2006 foi editada pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo) (2017, p. 99-101).

A despeito de o exemplo citado pelo doutrinador se dar em relação ao crime de porte ou posse de drogas, certo que este se estende aos delitos tipificados no artigo 33 da Lei de Drogas, notadamente que ambos compartilham da mesma definição de drogas para que sejam imputados ao infrator.

Salutar destacar que, para a configuração do tipo penal do tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, desnecessária a efetiva mercancia de entorpecentes, bastando sua disponibilidade ou acessibilidade, ainda que remota. Isto se dá porque o referido artigo, tal qual seu precursor⁸, é de conteúdo múltiplo, contando com dezoito ações nucleares que descrevem diversas condutas, sendo suficiente a prática de apenas uma delas para sua caracterização, quais sejam:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

⁸ Art. 12, da Lei 6.368/1976

A confirmar o teor do delito em questão, foi editada a Tese nº 13, da edição nº 131 de Jurisprudências em Teses do Supremo Tribunal de Justiça: “13) O tráfico de drogas é crime de ação múltipla e a prática de um dos verbos contidos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 é suficiente para a consumação do delito” (STJ, 2019).

Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1049) destaca a possibilidade de se utilizar das interpretações jurisprudenciais vigentes à Lei 6.368/76 para caracterização no crime de tráfico de drogas, para além do *caput*, do art. 33, da Lei 11.343/06, os do § 1º deste, bem como os crimes previstos nos artigos 34, 36 e 37 do dispositivo legal, tendo em vista que as condutas tipificadas nos artigos e parágrafo referidos eram expostas nos artigos 12 e 13 da Lei de Drogas anterior. Esta nomenclatura extensiva aos delitos elencados tem como consequência primeira sua equiparação aos crimes hediondos, o que se reforça pela leitura do artigo 44 da Lei de Drogas: “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” (BRASIL, 2006).

Denota-se, para Lima (2020, p. 1049), a prevalência do entendimento jurisprudencial à legislação anterior em detrimento do artigo 44 da Lei de Drogas, pois compreende que, perante a ausência do crime de associação ao tráfico⁹ como hediondo previamente à Lei 11.343/06, este não pode ter equivalência ao delito de “tráfico de drogas” e, por conseguinte, não traz consigo equiparação a crime hediondo.

No que diz respeito ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal do tráfico de drogas, observa-se, primariamente, a saúde pública e, subsidiariamente, a vida e a saúde individual de cada cidadão (ANDREUCCI, 2021, p. 341), tendo-se que o objetivo da Lei é evitar o dano para a saúde causado pelo uso de drogas (MARCÃO, 2015 p. 94). Em complemento, lecionam Gomes e Cunha: “O bem jurídico protegido é a saúde pública (tutela imediata) e a saúde individual de pessoas que integram a sociedade (tutela mediata). A saúde pública é um bem jurídico supra-individual que deve sempre ter como referência última os bens jurídicos pessoais” (2010, p. 250).

1.3.3 Do tráfico minorado – art. 33, § 4º, Lei 11.343/06

⁹ Art. 14 da Lei nº 6.368/76 e art. 35 da Lei nº 11.343/06

Conforme pontuado alhures, importante inovação legislativa foi instituída pela Lei 11.343/06 com a criação da causa especial de diminuição de pena ao crime de tráfico de drogas, prevista no artigo 33, § 4º, do texto legal, a qual, em seu texto original, trazia:

§ 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 pena restritiva de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006).

Renato Brasileiro salienta que a criação da minorante citada é fundada em questões relacionadas a política criminal, figurando como um “favor legislativo” ao pequeno traficante, que ainda não se envolveu profundamente no mundo criminoso, possibilitando-lhe uma mais célere ressocialização. O autor ainda vislumbra uma impropriedade técnica na denominação da referida causa de diminuição de pena como *tráfico privilegiado*, notadamente o fato de que não houve a criação de reprimenda mínima e máxima cominada ao agente, mas apenas a possibilidade de redução de um sexto a um terço à pena aplicada ao crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343 de 2006, a ser considerada na terceira fase da dosimetria da pena (2020, p. 1069).

Nesse espeque, exemplifica-se como verdadeiro “crime privilegiado” o infanticídio, que, a despeito de ser um crime autônomo, enquadra-se como “homicídio privilegiado”, por possuir preceito secundário próprio, com penas inferiores às imputadas ao autor de homicídio simples (GANEM, 2018).

Em observância ao artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, extrai-se a necessidade de preenchimento de quatro requisitos nos quais o agente deve se enquadrar para que haja a possibilidade de configuração da minorante, os quais devem ser caracterizados cumulativamente (MASSON e MARÇAL, 2019, p. 84).

A primariedade deve ser interpretada a *contrario sensu* do conceito de reincidência, previsto no artigo 63 do Código Penal¹⁰, de modo que, não sendo reincidente, trata-se de agente primário. Insta salientar que, por este critério, não se exige que o autor nunca tenha cometido um crime, mas tão somente que não o tenha feito após o trânsito em julgado de uma condenação anterior (LIMA, 2020, p. 1070). Ademais, Masson e Marçal destacam que o agente tecnicamente primário preenche o presente requisito:

¹⁰ Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Em sede jurisprudencial, contudo, criou-se a figura do tecnicamente primário, que seria a pessoa que possui condenação definitiva, sem ser reincidente. A primariedade estaria limitada aos casos em que o agente não ostenta nenhuma condenação. Em nosso sistema penal, o tecnicamente primário poderia ser visualizado em duas hipóteses: (a) o sujeito possui uma ou diversas condenações definitivas, mas não praticou nenhum dos crimes depois da primeira sentença condenatória transitada em julgado; e (b) o indivíduo ostenta uma condenação definitiva, e depois dela praticou um novo crime. Entretanto, entre a extinção da punibilidade do crime anterior e o novo delito decorreu período superior a 5 (cinco) anos (CP, art. 64, I). Seja como for, para o preenchimento desse requisito da causa especial de diminuição de pena, basta que o agente não seja reincidente (2019, p. 85).

Segundo Lima, maus antecedentes são “aqueles que merecerem a reprovação de autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos” (LIMA, 2020, p. 1071).

É considerada pacífica a inviabilidade da utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como maus antecedentes para agravar a pena-base, tendo sido firmado este entendimento pela Súmula 444 do Supremo Tribunal de Justiça¹¹ e reiteradamente reforçado por jurisprudências do Supremo Tribunal Federal. Destarte, somente há de se falar em maus antecedentes quando o agente contar com condenação prévia transitada em julgado, em respeito ao princípio da presunção de inocência¹².

Todavia, divergência doutrinária existe no que tange à consideração de condenação extinta – ou cumprida – há mais de cinco anos¹³ como maus antecedentes. Uma primeira corrente doutrinária e jurisprudencial compreende que o prazo depurador do artigo 64, inciso I, do Código Penal, aplica-se somente à reincidência, persistindo a possibilidade de se considerar condenação anterior ao prazo de cinco anos como maus antecedentes¹⁴ (MASSON e MARÇAL, p. 85). Já um segundo entendimento, defendido por Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1070) e inspirado no HC 119.200/PR, do STF, julgado em 11/02/2014, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, compreende que a existência de condenação nos termos supracitados extinguiria não somente os efeitos da reincidência, mas também seus maus antecedentes. Para esta segunda corrente, há maior flexibilidade para o reconhecimento do tráfico minorado, pois subsistiria “como maus antecedentes somente uma condenação definitiva por fato anterior – jamais posterior – ao crime cuja pena se esteja a individualizar, pouco importando o momento do

¹¹ É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (STJ, Súmula 444, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).

¹² Artigo 5º, inciso LVII, Constituição Federal de 1988.

¹³ Em relação à data do novo fato criminoso.

¹⁴ Ressalvada a Súmula 241 do STJ, que veda a caracterização bis in idem de reincidência como circunstância agravante e, concomitantemente, circunstância judicial desfavorável.

trânsito em julgado”, com a ressalva de que, em havendo mais de uma condenação irrecorrível, sem que tenha transcorrido o prazo de cinco anos, pode-se considerar uma delas para fins de reincidência e a outra como maus antecedentes, figurando como circunstância desfavorável na primeira fase da dosimetria (LIMA, 2020, p. 1070).

De todo modo, o agente que almeja a aplicação do benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não poderá ser reincidente ou contar com maus antecedentes.

O terceiro quesito, a não dedicação a atividades criminosas, é fator que, a princípio, se presume ao acusado primário e de bons antecedentes. Dessa forma, à presença de dúvida no ponto, a questão se solucionará em benefício do réu (LIMA, 2020, p. 1072). A comprovação de exercício de atividade remunerada lícita é fator a se sopesar em favor do autor do ilícito na consideração deste quesito. Lado outro, é recorrente nas cortes superiores o entendimento de que a condenação do agente pelo crime de associação voltada para o tráfico de drogas – ou de associação criminosa –, culminado com o de tráfico de drogas, impede a concessão do benefício, independentemente, segundo Lima (2020, p. 1073) de o autor comprovar atividade laborativa lícita, tendo em vista que não se exige a exclusiva dedicação à atividade criminosa para o afastamento da benesse.

Questão controvertida no ponto reside na possibilidade de utilização de ações penais em curso e inquéritos policiais para a formação de conclusão do julgador de que o agente se dedique a atividades criminosas, a impedir a concessão do benefício, sendo que Renato Brasileiro (2020, p. 1072) e Masson e Marçal (2019, p. 86) militam em favor da referida possibilidade.

Por fim, requer-se que o autor não seja integrante de organização criminosa, definida na Lei nº 12.850/13, artigo 1º, § 1º:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

À leitura do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, extrai-se que, dada a ausência de especificações relativas à natureza das infrações penais, basta que o agente integre organização criminosa para o afastamento da causa de diminuição, não sendo necessário vínculo desta com o comércio ilícito de entorpecentes.

Há de se ressaltar que os dois últimos critérios elencados devem favorecer o agente à ausência de prova concreta, sob pena de inviabilidade de afastamento da minorante, desde que preenchidos os demais requisitos legais (ANDREUCCI, 2021, p. 348). Assim, cabe à acusação o ônus da prova quanto ao descumprimento dos quesitos finais elencados no art. 33, § 4º, da Lei 11.343.

2 CONSEQUÊNCIAS JURISDICIONAIS À PROMULGAÇÃO DA LEI 11.343/06 E SUAS ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Diante da eliminação do emprego da pena de prisão para o porte de drogas¹⁵, em acréscimo à criação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, incontestemente que emergiram, com o advento do texto legal, institutos que, em tese, atenuariam o tratamento aplicado aos recém ingressos no mundo do tráfico de drogas e, principalmente, aos usuários de drogas.

Dessa maneira, difundiu-se na opinião pública, ao menos no primeiro momento, a ideia de que o ordenamento jurídico-penal brasileiro estaria caminhando para formas menos conservadoras de lidar com a complexa problemática dos usos e mercados de substâncias psicoativas (VERÍSSIMO, 2010, p. 332).

Ocorre que, em face da equiparação do tráfico de drogas, minorado ou não, a crime hediondo; do tratamento aplicado aos crimes hediondos à época da promulgação da Lei 11.343/06; bem como a determinadas disposições elencadas no corpo do dispositivo legal da Lei de Drogas aos crimes nela tipificados, houve, em verdade, um enrijecimento das consequências penais e processuais penais ao traficante de drogas (VERÍSSIMO, 2010, p. 332; CAMPOS e ALVAREZ, 2017, p. 47).

No presente capítulo, será feita exposição acerca das principais alterações – jurisprudenciais e legislativas – aplicadas ao condenado pelo tráfico de ilícito de entorpecentes, com perpasso pelas que se apresentaram quase imediatamente à promulgação da Lei 11.343/06 e aprofundando-se às mais hodiernas, a fim de demonstrar os rumos legais deste crime no Brasil.

2.1 DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA E DA OBRIGATORIEDADE AO REGIME FECHADO

A Lei dos Crimes Hediondos, em seu artigo 2º, inciso II, previa, em sua redação original, que os crimes elencados no rol do artigo 1º e seus equiparados – dentre estes o tráfico de drogas – seriam insuscetíveis de fiança e liberdade provisória.

¹⁵ Tendo tal fato culminado, na visão de Luiz Flávio Gomes (2013, p. 111), na impossibilidade de consideração do artigo 28 da Lei de Drogas como crime, passando a se apresentar como uma infração penal *sui generis*.

Como já elencado, a Lei 11.343/2006, em seu artigo 44, reforçou a proibição da liberdade provisória, com ou sem fiança, aos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, 34 e 37 do dispositivo.

Interessante ponderação é feita por Nucci neste ponto, ao apontar incoerência no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal/1988, no qual se estipula que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, uma vez que, sendo a liberdade provisória instituto típico da prisão em flagrante, o disposto no inciso constitucional acaba por punir de modo mais rígido o indivíduo preso em tais circunstâncias:

Se o indivíduo é preso em flagrante, quando a lei veda a liberdade provisória, não poderá receber o benefício da liberdade provisória, mesmo sendo primário, de bons antecedentes e não oferecendo maiores riscos à sociedade. Mas se conseguir fugir do local do crime, apresentando-se depois à polícia, sem a lavratura do flagrante, poderá ficar em liberdade durante todo o processo, pelo mesmo crime, pois o juiz não está obrigado a decretar a prisão preventiva.

Parece-nos incompreensível essa desigualdade de tratamento. Assim, o correto é exigir uniformidade de raciocínio e de aplicação da lei processual penal a todos os indiciados e acusados, não sendo cabível vedar a liberdade provisória, única e tão somente porque o agente foi preso em flagrante, pela prática de determinados delitos (2014, p. 707).

Assim, ante o caráter permanente de diversas condutas previstas no artigo 33 da Lei de Drogas vigente, culminado com a necessidade de apreensão a droga para a configuração da materialidade do crime (LIMA, 2020, p, 1052), via de regra, ocorrerá a caracterização do flagrante nas prisões por tráfico de drogas, e, desse modo, a reiteração de vedação à liberdade provisória ao agente deste delito, independente da presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, para a manutenção ou decretação da prisão preventiva, sendo que o indivíduo permaneceria encarcerado, sob risco de verdadeira antecipação de pena.

Diante desse fator, a vedação à concessão de liberdade provisória, segundo doutrina majoritária, é inconstitucional:

Em homenagem aos princípios da presunção de inocência e da legalidade estrita da prisão cautelar, não se pode mais aceitar que o legislador promova a vulgarização da proibição à liberdade provisória. O dispositivo constitucional do art. 5.º, LXVI, menciona que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Ora, a situação é nítida: a prisão cautelar é exceção; a liberdade, regra. Dessa forma, é completamente incoerente – e inconstitucional – vedar, sem qualquer justificativa plausível e sem o estabelecimento de requisitos a serem preenchidos na situação concreta, a liberdade de quem está aguardando o deslinde do seu processo criminal (NUCCI, 2016, p. 381).

Ainda, expõe-se que essa “obrigação à prisão cautelar” contrariaria o princípio da presunção de inocência, afastando do Poder Judiciário a possibilidade de análise no âmbito da tutela cautelar, obrigando uma prisão *ex lege* e elencando a interpretação do inciso LXVI¹⁶ do art. 5º da Constituição Federal de 1988 sobre os demais ditames constitucionais, a impedir a devida aplicação do princípio da individualização da pena pelo magistrado. Vê-se:

Em outras palavras, ao restringir a liberdade provisória em relação a determinado delito, estar-se-ia estabelecendo hipótese de prisão cautelar obrigatória, em clara e evidente afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade. De mais a mais, ao se vedar de maneira absoluta a concessão da liberdade provisória, tais dispositivos legais estariam privando o magistrado da análise da necessidade da manutenção da prisão cautelar do agente, impondo verdadeira prisão *ex lege*. Criar-se-ia, então, um juízo prévio e abstrato de periculosidade, feito pelo Legislador, retirando do Poder Judiciário o poder de tutela cautelar do processo e da jurisdição penal, que só pode ser realizado pelo magistrado a partir dos dados concretos de cada situação fática. (...) Não é dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória. A manutenção da prisão em flagrante deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, e, por força do art. 5º, XLI e 93, IV, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos que dão legitimidade à medida (LIMA, 2020, p. 360). Valemo-nos do mesmo argumento já utilizado em nossa tese *Individualização da pena*: se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena (art. 5º, XLVI), é natural que exista a referida individualização. Os critérios para a concessão (ou negação) são legislativos, mas não se pode fazer desaparecer o direito. Por isso, foi proclamada inconstitucional, pelo STF, a proibição, pura e simples, da liberdade provisória, no cenário do Estatuto do Desarmamento e noutros casos similares (NUCCI, 2014, p. 708).

Posto isso, embora ainda não impedisse referida vedação, a Súmula 697 do STF, aprovada em Sessão Plenária de 29/09/2003, já versava que “A PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS PROCESSOS POR CRIMES HEDIONDOS NÃO VEDA O RELAXAMENTO DA PRISÃO PROCESSUAL POR EXCESSO DE PRAZO.” (STF, 2003).

Meses após a promulgação da Lei 11.343/06, no rumo dos entendimentos doutrinários mencionados, operou-se alteração da Lei dos Crimes Hediondos pela Lei 11.464/07, pela admissão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, criando-se uma dissonância, portanto, entre o tratamento disposto ao tráfico de drogas em relação aos crimes elencados no artigo 1º da Lei 8.072/90.

Essa diferenciação fez emergir maior insegurança jurídica acerca do tema, até que, em 10 de maio 2012, o Plenário do STF, no HC nº104.339, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu pela inconstitucionalidade da expressão “liberdade provisória” prevista no

¹⁶ LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1988).

artigo 44 da Lei de Drogas, passando a admitir, finalmente, a prisão cautelar para os crimes de tráfico de drogas somente à presença de requisito elencado no art. 312 do Código de Processo Penal (STF, 2012).

A tornar mais concreto o referido entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em 2017, reafirmou a inconstitucionalidade do referido trecho do artigo 44 da Lei 11.343/06, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.038.925, em tese de repercussão geral. Eis a ementa da decisão:

Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia (STF - Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.038.925 São Paulo – Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 18/08/2017).

O julgamento do RE em análise foi salutar à pacificação jurisprudencial do tema, ante a inércia do Senado Federal em editar resolução para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, de modo a fixar a tese: “É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006.” (STF, 2017). Como se vê à manifestação do Ministro Relator Gilmar mendes:

É que, até o presente momento, não foi editada pelo Senado Federal, resolução com fins a suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Assim, manifesto-me, uma vez mais, pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006 (STF - Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.038.925 São Paulo – Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 18/08/2017).

Outrossim, a Lei 11.464/07 também operou mudança no § 1º, artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, superando-se a previsão do regime integralmente fechado para cumprimento de pena aos crimes hediondos e equiparados, para que passasse a se ter a

obrigatoriedade de regime apenas inicialmente fechado¹⁷, estendendo esta previsão ao crime de tráfico de drogas.

Ainda neste rumo, em 2012, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da obrigação do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e assemelhados, em julgamento do HC 111.840, por maioria dos votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27 de junho. O fundamento deste entendimento se consubstanciou, principalmente, na afronta que o § 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90 ofereceria ao princípio da individualização da pena. Vê-se:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. (...) 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. [...] Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que '[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (STF - HC 111.840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)

Ressalta-se que, embora superada esta obrigação ao regime inicial fechado para cumprimento de pena pelos crimes em questão, não há impedimento de que o magistrado estabeleça mais severo regime, desde que fundamente a decisão em elementos individualizados do caso concreto que demonstrem a necessidade do rigor mais ferrenho, em observância aos critérios dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006 (MASSON e MARÇAL, 2020, P. 60).

2.2 DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

¹⁷ § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007) (BRASIL, 2007).

2.2.1 Da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

O Código Penal elenca, em seu artigo 44, os requisitos necessários para que o magistrado possa operar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, os quais devem ser considerados cumulativamente para seu efetivo preenchimento. Entende-se, ademais, os incisos I e II do artigo como de ordem objetiva, e o III como de ordem subjetiva (GRECCO, 2017, p. 259). São eles:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (*Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998*)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (*Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998*)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (*Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998*)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (*Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998*) (BRASIL, 1940).

Finalizadas as três fases da dosimetria – com base no critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal – e fixado o regime inicial para cumprimento de pena, não sendo o agente condenado a pena superior a quatro anos ou apontada a reincidência em crime doloso, faz-se necessária uma reavaliação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código penal¹⁸, com a finalidade de se decidir pela substituição da pena, sendo esta tida como direito subjetivo do sentenciado, desde que se enquadre às exigências legais (GRECO, 2017, p. 262). Em minuciosa explicação:

A lei impõe várias condições para a substituição, uma delas de valoração subjetiva (a indicação da *suficiência* da medida). Todavia, caso o acusado preencha os requisitos legais da substituição, esta não lhe pode ser negada, arbitrariamente, pelo juiz. Se o julgador entender que falta algum requisito para a concessão, deve fundamentar a negativa da substituição (CR, art. 93, IX), pois ela é *direito público subjetivo do acusado*, desde que este preencha todas as condições exigidas pela lei. Sendo o condenado reincidente genérico em crime doloso, a lei exige, ainda, que a substituição seja *socialmente recomendável* em face da condenação anterior (DELMANTO *et al.*, 2016, p. 228).

Com a edição da Lei 11.343/2006, a análise acerca da substituição deixou de ser pertinente ao tráfico propriamente dito (art. 33, *caput*), ante o aumento da pena mínima aplicada

¹⁸ Excetuados o comportamento da vítima e as consequências do crime, notadamente porque sua análise não foi demandada pelo inciso III do art. 44 do Código Penal.

ao delito de três para cinco anos, ultrapassando o primeiro critério objetivo do inciso I, do artigo 44, do Código Penal. E o mesmo vale para os crimes hediondos e demais equiparados, uma vez que estes delitos – ainda que alternativamente – terão pena mínima superior a quatro anos ou serão cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa (NUCCI, 2020, p. 580).

Ante este fator, o direito subjetivo em tela somente seria cabível, em tese, quando reconhecido o tráfico minorado. Contudo, conforme previamente suscitado, a redação original do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, trazia expressa a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando da aplicação desta causa de diminuição de pena (LIMA, 2016, p. 756).

Em 01 de setembro de 2010, entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 97.256/RS, decidiu pela inconstitucionalidade do impedimento à referida substituição, por ofensa ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB/88), admitindo-se, portanto, a aplicação da pena restritiva de direitos ao tráfico crime de tráfico de drogas – mesmo quando da condenação pelo *caput* do artigo 33 da Lei de Drogas – desde que preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal (MASSON e MARÇAL, 2019, p. 84; NUCCI, 2020, p. 580).

O Relator Ayres Brito, em seu voto, salientou que o artigo 5º, XLIII, da CF/88, ao versar sobre os crimes hediondos e equiparados, não restringe a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Além, o Ministro destaca que o Poder Judiciário é o detentor do poder-dever de “impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação (...) de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo” (STF, 2010, p. 23), não podendo o legislativo substituí-lo nesta análise. E acrescenta, a reforçar a aplicação do princípio da individualização da pena:

O que estamos a ajuizar não é senão o seguinte: o direito penal bem pode cumular penas, inclusive a privativa e a restritiva de liberdade corporal (vide o §4º do art. 37 da CF, emblemático em tema de cumulação de sanções), mas lhe é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

Uma coisa é a lei estabelecer condições mais severas para a concreta incidência da alternatividade, severidade jurisdicionalmente sindicável tão-só pelos vetores da razoabilidade e da proporcionalidade. Outra coisa, porém, é proibir ao julgador, pura e secamente, a convalidação da pena supressora de liberdade em pena restritiva de direitos. Opção que a encarecida garantia da individualização da reprimenda, exatamente por ser a antítese da desindividualização, não tolera (STF. HC 97.256/SC –Relator Ministro Ayres Brito. Julgado em 01/09/2010. Publicado em 16/12/2010, p. 25).

Insta salientar que esta inconstitucionalidade foi decidida em sede de controle constitucional difuso. Diante disso, tendo em vista que, à época, o STF adotava a concepção “tradicional” do artigo 52, X, da CRFB/88¹⁹, a inconstitucionalidade em tela possuía apenas eficácia *inter partes*, bem como efeitos não vinculantes. A fim de que se conferisse eficácia *erga omnes* ao entendimento do STF no HC 97.256/SC, havia a necessidade de edição de Resolução pelo Senado Federal, para que se suspendesse a execução do trecho julgado inconstitucional do § 4º, art. 33, da Lei 11.343/06. Conforme explica Alexandre de Moraes:

Outra relevante atribuição do Senado Federal enfeixava-se sobre a suspensão de eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, também denominada “suspensão de execução”, delineada como ato político do Senado Federal, veiculado pela Resolução de que trata o art. 52, inc. X, da CRFB, que conferia efeitos *erga omnes* à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal perante a Constituição Federal (2018, p. 1183).

Desta feita, a presidência do STF remeteu ofício ao Senado em fevereiro de 2011, tendo sido promulgada, em 15 de fevereiro, a Resolução nº 5/2012 do Senado Federal, para suspender, em seu art. 1º, a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, conferindo efeito *erga omnes* e *ex nunc* à possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para o traficante quando reconhecido o tráfico privilegiado. A Resolução, todavia, não suspendeu a vedação à substituição prevista no artigo 44 da Lei, sob o argumento de risco de benefício ao traficante de maior periculosidade.

Reitera-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha julgado constitucional a substituição da pena inclusive ao tráfico de drogas propriamente dito, tal medida não consubstancia alterações práticas ao sentenciado no *caput* do artigo 33 da Lei de Drogas, em face seu preceito secundário, que determina uma pena mínima de cinco anos e, portanto, não se enquadra ao primeiro critério objetivo para a substituição.

Destarte, certo que tal medida somente se aplica, na prática, quando reconhecido o tráfico minorado, e em fração que reduza a reprimenda a patamar não superior a quatro anos, de modo a preencher o requisito objetivo do art. 44, inciso I, do Código Penal. Não é

¹⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988).

resguardada de consequências atualmente aplicáveis, portanto, a opção pela não suspensão do trecho julgado inconstitucional do artigo 44 da Lei de Drogas.

Independente do reconhecimento parcial pelo Senado, inquestionável que a promulgação da Resolução nº 5/2012 mostrou-se fundamental a abrandar o tratamento disposto ao pequeno traficante, para atuar, em tese, como via de redução ao encarceramento em massa pelos delitos de drogas.

2.2.2 Afastamento do tráfico privilegiado com fundamento em inquéritos policiais e ações penais em curso

No que tange à possibilidade de consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso para o convencimento do magistrado de que o autor do crime de tráfico de drogas dedicação-se atividades criminosas, a fim de impedir a concessão da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, há doutrinadores que coadunam da referida possibilidade:

Finalmente, a existência de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso pode (e deve) ser utilizada pelo magistrado como circunstância apta a afastar a figura privilegiada, pelo fato de indicar a dedicação do agente a atividades criminosas, nada obstante seja vedado utilizar tais fatores como circunstância judicial desfavorável, na dosimetria da pena-base, uma vez que não caracterizam maus antecedentes (MASSON e MARÇAL, 2019, P. 86).

Conquanto não seja possível a utilização de inquéritos policiais e processos penais em curso para se concluir que o acusado tenha maus antecedentes, admite-se a utilização desse critério para formar a convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Não se trata de avaliação de inquéritos ou processos penais para agravar a situação do réu condenado por tráfico de drogas, mas sim uma forma de se afastar um benefício legal, porquanto existentes elementos concretos para concluir que ele se dedica a atividades criminosas, sendo inquestionável que, em determinadas situações, a existência de investigações e/ou ações penais em andamento possam ser elementos aptos para formação da convicção do magistrado. Ademais, como os princípios constitucionais devem ser interpretados de forma harmônica, não merece ser interpretado de forma absoluta o princípio da inocência (LIMA, 2020, P. 1072).

Referido entendimento baseia-se na síntese de que, embora inquéritos policiais e ações em curso não possam ser irrestritamente utilizados para o afastamento da benesse, a vedação de sua utilização não poderia se dar de modo geral, ideia esta apresentada por orientação firmada no julgamento do EREsp 1.431.091/SP, da 3ª Sessão do STJ, de relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado em 14/12/2016. Este fundamento, inclusive, foi empregado no voto do Ministro Fischer no julgamento de AgRg no Habeas corpus nº 621.828/RS, de sua relatoria, no

qual a Quinta Turma do STJ decidiu unanimemente neste sentido, em julgamento realizado em 09/03/2021.

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou mudança de ares no tocante à possibilidade em questão, sob argumento de infração ao princípio constitucional da presunção de inocência:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. III- Agravo regimental a que se nega provimento (STF. RE 1.283.996 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, DJe 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020).

Em consonância a este posicionamento, deu-se o julgamento do HC 199.309 no STF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado pela Primeira Turma em 24/05/2021. Diante disso, a impossibilidade de tal utilização também veio a ser acolhida pela Sexta Turma do Supremo Tribunal de Justiça, nos HCs 654.773/MT e 673.030/SP, ambos julgados em agosto de 2021:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS (69,05 G DE MACONHA, 52,8 G DE COCAÍNA E 12,87 G DE CRACK). DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA AÇÃO PENAL EM CURSO. NÃO APREENDIDA GRANDE QUANTIDADE DE ENT ORPECENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVAMENTO. GRAVIDADE CONCRETA. REGIME SEMIABERTO FIXADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA LIMINARMENTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTE. ILEGALIDADE MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO IMPROVIDO (STJ. AgRg no HABEAS CORPUS Nº 673030/SP. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 10/08/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA AFASTAR O

BENEFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A mais recente orientação de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal é a de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de pena relativo ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas. Além disso, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente pronunciamento, apresentou entendimento alinhado à Suprema Corte. 2. Nessa esteira de entendimento, constata-se que a Corte de apelação não apresentou fundamentação válida para afastar a causa especial de redução de pena, razão pela qual se conclui pela incidência da referida minorante em seu grau máximo, notadamente em virtude da pequena quantidade de entorpecentes apreendida. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ. AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 654.773/MT. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 10/08/2021, DJe 16/08/2021).

Em razão das efervescentes alterações de posicionamento das cortes superiores, em julgamento mais recente, no HC nº 664.284/ES, a Quinta Turma do STJ modificou seu entendimento prévio, unificando a posição dos colegiados da Turma – e, conseqüentemente, dentro da Terceira Seção da Corte, notadamente a consonante cognição da Sexta Turma – pela impossibilidade de se afastar a aplicação do tráfico privilegiado com fundamento em investigações ou ações penais em andamento, vê-se:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução. (STJ - HC nº 664.284/ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/09/2021, Dje em 27/09/2021).

A demonstrar essa consolidação jurisprudencial pela Terceira Seção, o órgão julgador, em consonância ao posicionamento majoritário do STJ, firmou o Tema 1.139: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06” (STJ, 2022).

Diante do exposto, reputa-se que as cortes superiores apresentam uma tendência de consolidação do entendimento pela impossibilidade de consideração de inquéritos e ações em curso para constatação de dedicação do agente a atividades criminosas, o que, associado à impossibilidade de utilizá-los para fins de reincidência e maus antecedentes (Súmula 444 do STJ), resultará na plena inviabilidade de sua utilização para impedir o reconhecimento do tráfico privilegiado.

2.2.3 Da (não) hediondez do tráfico privilegiado

Principalmente nos anos subsequentes ao advento da Lei de Drogas vigente, a jurisprudência era rigorosa no sentido da compatibilidade do tráfico privilegiado a crime hediondo.

A sustentar a compatibilidade do tráfico minorado a crime hediondo, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 756) utilizava-se do fundamento – reiteradamente empregado pela doutrina – de que, tratando-se de mera causa especial de diminuição de pena, o previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 não se diferenciaria do tráfico propriamente dito quanto à sua natureza hedionda.

Este foi, por extenso período, o posicionamento jurisprudencial adotado pelos Tribunais Superiores acerca do tráfico privilegiado, tornando-se unânime no Supremo Tribunal de Justiça. Primeiramente, consolidou-se o entendimento pela hediondez do tráfico minorado com o julgamento de recurso especial representativo de controvérsia²⁰, REsp n. 1.329.088/RS no qual a 3ª Seção do STJ decidiu pelo reconhecimento do caráter hediondo do capitulado no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. O fundamento para tal se baseou no não reconhecimento de uma redução da gravidade da conduta do tráfico minorado, além da não existência de uma figura privilegiada do crime de tráfico de drogas, se admitindo tão somente que esta causa de diminuição teria o intuito de promover mais célere ressocialização do pequeno traficante à sociedade:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime. 2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização. 3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista

²⁰ “O recurso representativo de controvérsia, ou RRC, é o processo escolhido dentre vários outros que possuam a mesma questão de direito, e que servirá como caso concreto paradigma para que o Superior Tribunal de Justiça fixe a tese jurídica, tornando-a tema repetitivo” (STJ, 2022).

no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução (STJ. REsp 1329088 RS, submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 26/04/2013).

Essa decisão ensejou a edição da Súmula 512 do STJ, cujo enunciado ditava: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas” (STJ, 2014).

A hediondez do crime do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tal qual entendimento do STJ, também se fez prevalente no Supremo Tribunal Federal, a exemplo das decisões nos *Habeas corpus* nº 121.255/SP; nº 114.452/RS; e nº 118.577/MS. Os argumentos empregados nos julgamentos da Suprema Corte consubstanciavam-se na ideia de que a minorante apenas objetivava tornar mais branda a pena do traficante “de primeira viagem”, bem como, reforçando o posicionamento do REsp n. 1.329.088/RS, de que não se teria um delito menos grave:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTE – ARTIGO 33, *CAPUT*, C / C ARTIGO 40, I, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DA LEI DE DROGA: DESCARACTERIZAÇÃO DA HEDIONDEZ DO CRIME. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME NO TEMPO DE CUMPRIMENTO DA PENA RELATIVO AOS CRIMES NÃO HEDIONDOS. TEMA AFETADO AO PLENO (HC N. 110.884/MS). ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO PREDOMINANTE ATÉ O DESLINDE DEFINITIVO DA MATÉRIA: PREVALÊNCIA DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO DE DROGAS, INDEPENDENTEMENTE DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. (...) INAMISSIBILIDADE DO *WRIT* COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. HC EXTINTO, POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. ORDEM CONCEDIDA, EX OFFICIO. 1. O tema atinente à ausência de hediondez do chamado tráfico privilegiado, caracterizada pela aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, foi afetado ao Pleno (HC n. 110.884/MS), por isso que, pendente o exame da Questão no referido *writ*, cabe adotar o entendimento que vem prevalecendo, no sentido de que “a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior” (HC 114.452- AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 08/11/2012) (STF. HC 121.255/SP. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 06/06/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33. CARÁTER HEDIONDO DO CRIME. PROGRESSÃO DE REGIME APÓS O CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA LEGAL DO CUMPRIMENTO DE 2/5 OU 3/5 DA PENA. RAZÕES DE POLÍTICA CRIMINAL. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA. I - A minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 foi estabelecida não por que o legislador entendeu que a conduta, nos casos em que verificados aspectos favoráveis ao réu, seria menos grave, mas, sim, por razões de política criminal, pensando-se em

favorecer o pequeno traficante. Precedente da Primeira Turma. II - Ordem denegada. (STF. HC 118.577/MS. Segunda Turma. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 05/11/2013).

Ao que se observa, até então, as atenuações aplicadas aos crimes de drogas se deram majoritariamente em um âmbito geral dos crimes de tráfico, uma vez que até mesmo o HC nº 97.256/RS, ao reconhecer a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o fez também para o tráfico de drogas propriamente dito, posição esta que, embora não tenha sido recepcionada integralmente pela resolução 05/2012 do Senado Federal, enaltece a associação intrínseca compreendida pelos Tribunais Superiores entre o tráfico do *caput* e do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

2.2.3.1 O advento do HC 118.533/MS

Foi no ano de 2016, no julgamento do HC 118.533/MS, que o Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento ao tratar da equiparação do tráfico minorado a hediondo, decidindo, por maioria dos votos e em sessão plenária, pela incompatibilidade do tráfico privilegiado a esta modalidade de crime – em outras palavras, afastando sua hediondez.

Em face da divergência que se fez presente nos votos dos Ministros da Suprema Corte, far-se-á uma exposição analítica dos posicionamentos e fundamentações apresentados no julgamento em tela. A análise se dará em ordem cronológica, em razão da presença de voto-vista e retificações de voto ocorridas, partindo da sessão realizada em junho de 2015.

2.2.3.1.1 Sessão plenária de 23/06/2016

Ao fundamentar seu voto, a Ministra Relatora Cármen Lúcia teceu pertinente argumento, em corrente “de vanguarda” nos Tribunais Superiores, quanto à reduzida gravidade do tráfico minorado, diametralmente oposta à esposada pelo STJ e pelo STF até então, que consistia, conforme suscitado, no entendimento de que a aplicação da minorante não reduziria a gravidade do delito de tráfico de drogas, mas tão somente seria um favor legislativo ao pequeno traficante. Reviveu-se, ainda, fundamento empregado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 118.351/MS, também neste sentido. Tem-se:

A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma

grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente.

Nesse sentido, o entendimento externado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus n. 118.351:

“(...) A mim me parece que, sob a perspectiva da política criminal, é evidente a intenção que decorre objetivamente do texto normativo de dispensar um tratamento diferenciado ao pequeno traficante, uma vez que são estendidos a ele certos benefícios absolutamente incompatíveis com o caráter hediondo ou, por equiparação legal, dos delitos objetivamente mais graves. O Supremo Tribunal Federal chegou até mesmo a declarar a inconstitucionalidade parcial desse texto normativo ao permitir que, mesmo no que concerne ao “tráfico privilegiado”, se proceda à conversão da pena privativa de liberdade e pena restritiva de direitos, e também autorizando uma substancial redução no quantum da pena privativa de liberdade ao permitir uma causa especial de diminuição de pena, que pode chegar até a 2/3. É evidente, a mim me parece, que muito mais do que a “mens legislatoris”, a própria “mens legis”, quer dizer, aquilo que decorre objetivamente do texto normativo, vale dizer, a intenção de se dispensar um tratamento diferenciado, menos rigoroso, a quem? Ao pequeno traficante(...)” (DJ 16.6.2014) (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, p. 17).

Assim, embora em desdobramentos antitéticos, a explicação demonstrada pela Ministra para que se entenda o tráfico privilegiado como menos grave, contrariamente ao posicionamento prévio das Cortes Superiores, parte da compreensão de que o texto normativo buscou despendar um tratamento menos rigoroso ao pequeno traficante. Divergem, todavia, a partir daí, notadamente porque a Ministra Cármen Lúcia aponta que esse favor ocasionaria uma redução do grau de reprovabilidade do tráfico minorado em comparação ao tráfico propriamente dito, enquanto a jurisprudência majoritária até então vigente não vislumbrava essa reduzida gravidade.

Para além, imprescindível a observação feita pela Ministra Relatora acerca dos Decretos Presidenciais ns. 6.706/08 e 7.049/09, que beneficiaram com indulto condenados pelo tráfico privilegiado. Deste modo, ciente de que o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, reputa insuscetível de graça e anistia o tráfico de drogas, e que a Lei 11.343/06 impede a concessão de indulto ao tráfico de entorpecentes, afirmou que “mencionados textos normativos inclinaram-se na corrente doutrinária de que o tráfico privilegiado não é hediondo.” (STF, 2016, p. 18), e sintetiza, no ponto: “Assim, no meu entendimento, há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores legais destinados ao tráfico de entorpecentes equiparado ao crime hediondo.” (*Ibid.*). Feita esta exposição, concluiu pela concessão da ordem.

O Ministro Edson Fachin, em primeiro momento, abriu divergência, pronunciando-se pela denegação da ordem, ao indicar a incompatibilidade do afastamento com a manutenção do

caráter hediondo do tráfico de entorpecentes, tomando como base a jurisprudência previamente consolidada, e citou exposições feitas nos Habeas Corpus 118.351 e 114.762:

Portanto, atento ao inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, tenho, para mim, que esta decisão deve ser mantida com a não concessão do habeas corpus, sem embargo de ser uma garantia constitucional importantíssima na defesa da liberdade e das garantias individuais, mas, no caso concreto, fico com a jurisprudência anteriormente consolidada do Supremo Tribunal Federal, entre outros, no Habeas Corpus 118.351 (...) E também, no Habeas Corpus 114.762, do Relator ilustre Ministro Luís Roberto Barroso (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 20).

O Ministro Luís Roberto Barroso, inicialmente, salientou a dificuldade de ponderação em razão das circunstâncias do caso concreto, ante a grande quantidade de entorpecentes apreendidos com o paciente:

Concordo com a eminente Relatora que esse caso é muito ruim, porque este é um caso em que a imputação era de tráfico de 700 kg de maconha. Evidentemente, não consigo imaginar - teria muita dificuldade de imaginar - alguém traficando 700 kg de maconha sem integrar algum tipo de organização. Logo, o caso é péssimo. Quando eu estava refletindo para tentar contornar o caso, imaginara de nós dissociarmos a hediondez nas hipóteses em que a pena fosse inferior a quatro anos, mas aí cairíamos num problema técnico, uma vez que passaríamos da tipicidade para a culpabilidade. Então, quer dizer, o tráfico, você o qualificaria como hediondo ou não em função da pena, o que tecnicamente seria uma complexidade (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, p. 22).

Entretanto, ao fundamento de que o papel do Supremo Tribunal Federal não é se ater ao caso concreto, mas sim atuar na fixação de teses que orientem a jurisprudência de modo geral, apresentou consonante entendimento ao da Ministra Cármen Lúcia, pela concessão do *Habeas corpus*, demonstrando a progressão de decisões que, à visão dos Tribunais Superiores, se mostraram necessárias à atenuação do tratamento penal disposto ao traficante de drogas:

O parágrafo 4º do art. 33 se aplica - como bem observou a eminente Relatora - a réus primários, de bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas nem integrem organização criminosa.

Eu já, por esse elenco, não teria simpatia por enquadrar réus nessa situação à condição de réus responsáveis por crimes hediondos. De parte isso, eu verifico que toda a tendência do Tribunal, ao longo dos anos, tem sido a de atenuar um pouco este rigor, que resultou da equiparação do crime envolvendo drogas a crimes hediondos. Portanto, o Tribunal, ao longo do tempo, considerou ilegítima a exigência de regime inicial necessariamente fechado; depois, o Tribunal considerou inconstitucional a proibição de aplicação de pena restritiva de direito; e, depois, considerou inconstitucional o impedimento à liberdade condicional nestes casos (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 21).

Barroso atribuiu esses abrandamentos ao tratamento aplicado ao traficante de entorpecentes a duas questões, ambas relacionadas à política criminal brasileira: ao fracasso da guerra às drogas, decorrente da exacerbação do Direito Penal – o que, segundo o Ministro, é uma constatação mundial – e à situação do hiperencarceramento que aflige o sistema penitenciário brasileiro, destacando que não seria o caso de se dispensar as consequências de um crime hediondo a um delito para o qual legislação ordinária autoriza a aplicação da pena de um ano e oito meses:

A pena aqui, se aplicada a minorante máxima, cai para um ano e oito meses. E, evidentemente, se o ordenamento jurídico apenas esta conduta com um ano e oito meses, o ordenamento jurídico não está tratando essa conduta como de reprovabilidade tal que possa merecer as consequências de um crime hediondo (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 21/22).

Em entendimento contrário e acompanhando a divergência previamente instaurada, o Ministro Teori Zavascki expôs que a aplicação do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, não se baseia na situação pessoal do agente, mas, sim, no enquadramento da conduta ilícita praticada como tráfico de drogas. Destarte, por compreender que o § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, por prever uma causa de diminuição de pena especialmente voltada às condições pessoais do agente, não afastaria a equiparação do tráfico privilegiado a crime hediondo, concluiu pela denegação da ordem, fundamentando:

Eu não posso conceber que um crime seja "hediondo" no caso de o agente ter maus antecedentes, e não ser hediondo só porque ele tem bons antecedentes. Quer dizer, essa distinção, no meu entender, não é suficiente para nós estabelecermos uma exceção que a Constituição não estabelece (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 25).

A Ministra Rosa Weber, em suscinto voto, levantou discussão em ponto semelhante ao suscitado por Teori Zavascki, ao buscar a definição do que seria crime hediondo, indagando se a hediondez residiria na conduta ilícita propriamente dita ou nas condições pessoais de quem a pratica. Com essa análise, a Ministra destacou sua compreensão pelo equívoco do juiz de primeiro grau em aplicar ao caso em questão o redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, também em razão da elevada quantidade de drogas apreendida com o paciente, o que, somado ao seu entendimento de que a hediondez se vincularia à conduta em si, foram os fundamentos que levaram-lhe a decidir pela denegação da ordem.

Em seguida, os ministros Barroso e Cármen Lúcia realizaram observações, alertando que se deveria ponderar os importantes desdobramentos *erga omnes* do acolhimento da tese, em detrimento ao caso prático “ruim”, bem como trataram do entendimento de que a equiparação a crime hediondo residiria na tipificação de determinada conduta como tráfico de drogas, apresentado nos votos de Teori Zavascki e Rosa Weber:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministra Rosa, é uma questão que aflige a todos nós. Estamos tentando pensar numa melhor resolução. Esse critério conceitual equipararia um menino de dezoito anos que esteja com cem gramas de maconha a um grande traficante internacional que esteja transportando internacionalmente mais de uma tonelada. Portanto, dizer que é hediondo, equipara essas duas situações, o que me parece, com todo o respeito, uma injustiça patente. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)- É a lição do Pacelli. Como disse, Ministra Rosa, respeitando evidentemente o voto, tratase de um caso grave, exatamente porque estamos levando em consideração um fundamento que, no caso, a olhos vistos, se o juiz errou – e eu não posso mudar, porque não sei quais as condições que ele considerou –, e o Supremo assentando que todo tráfico é hediondo, tal como posto pelo Ministro Fachin, pelo Ministro Teori, e imagino que deva prevalecer, apenas é preciso termos essa atenção do que acaba de afirmar o Ministro Barroso. Quer dizer, aquele menino de dezoito anos que pratica o tráfico, ou este que estava carregando na caminhonete, haverão de se submeter às mesmas condições, inclusive de cumprimento de pena. É esse o drama desse voto, porque não tenho dúvida da gravidade, não tenho dúvida da seriedade. Mas a lição do professor Pacelli é exatamente isso, quando ele diz: Vamos todos considerar, carimbar que é hediondo, e esse carimbo, nessa decisão de hoje do Plenário, haverá de prevalecer não para os nossos julgamentos, mas para todo mundo (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 28).

Em sequência, o Ministro Luiz Fux demonstrou apoio à argumentação da Ministra Rosa Weber, ressaltando que o acórdão proferido pelo STJ manteve entendimento de que a causa de diminuição de pena não retiraria o caráter hediondo do delito.

Feitas tais ponderações, Rosa Weber confirmou sua dificuldade em compreender que a hediondez estaria vinculada às condições pessoais do agente, e não à conduta em si, concluindo pela denegação da ordem.

A finalizar a sessão realizada em 24/06/2015, Luiz Fux, em seu voto, destacou a diferenciação entre tráfico e uso de entorpecentes, “uso é uso; tráfico é tráfico” (STF, 2016), e justificou que, tendo sido o tráfico de drogas postulado como mais grave pela Constituição Federal, não vislumbra irregularidade na opção do constituinte originário, com fulcro no princípio da supremacia constitucional. Ademais, apontou a inexistência da figura do tráfico “privilegiado”, fundamentando que o afastamento da hediondez do tráfico minorado, para reconhecer a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, tal qual ocorria com os

crimes não elencados como hediondos ou equiparados²¹, incentivaria a prática desse delito. E conclui, ao fim, pela denegação da ordem, como se observa:

Aqui houve uma opção objetiva legislativa no sentido de que tráfico é tráfico e deve ser tratado igualmente, salvante a peculiaridade de se conferir uma causa de redução da pena para o traficante esporádico, primário, de bons antecedentes, coisas que ainda não conseguimos enxergar ainda nesses anos de justiça penal na Primeira Turma. Por outro lado, Senhor Presidente, no caso concreto, não se pode imaginar um usuário com setecentos quilos de droga, porque aí ele vai usar isso até na outra vida. De sorte que estou pedindo todas as vênias, Senhor Presidente, para acompanhar a divergência que foi inaugurada pelo Ministro Fachin, seguida pelo Ministro Teori Zavascki e pela Ministra Rosa Weber, com a vênua da eminente Ministra-Relatora (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJE 16/09/2016, p. 33).

Em estudo à exposição feita por Fux, é evidente sua compreensão pela primazia ao princípio da supremacia constitucional em detrimento dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não havendo impedimento explícito nesse ponto. Lado outro, os votos dos ministros favoráveis à concessão da ordem não afrontaram tal consideração, mas tão somente seccionaram o tráfico minorado do tráfico propriamente dito, à ausência de previsão expressa quanto à hediondez do tráfico privilegiado, e, aqui sim, com fundamento nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – em observância à drástica atenuação de tratamento disposta ao pequeno traficante pelo § 4º, art. 33, da Lei 11.343 de 2006 –, exaltaram a necessidade de aplicação dos princípios constitucionais elencados para afastar a equiparação do tráfico privilegiado a crime hediondo.

2.2.3.1.2 Sessão Plenária de 01/06/2016

Ao que se vê, o entendimento demonstrado na primeira sessão foi pela não concessão do *Habeas Corpus*. Contudo, na sessão realizada em 01/06/2016, emergiram novos rumos ao deslinde do julgamento.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, primeiramente, reiterou que a aplicação da minorante não é o objeto da discussão. Em detalhada explanação, esclareceu que a Constituição de 1988 realmente buscou um tratamento mais severo aos crimes de tráfico de drogas, tortura e terrorismo, ao vedar-lhes a graça, a anistia, a fiança e impedir a concessão de perdão – todavia, o regime penal e processual destes crimes ficaria ao encargo do legislador ordinário, e justificou

²¹ Por ter se dado anteriormente ao advento do Pacote Anticrime, tinha-se a necessidade de cumprimento de ao menos 1/6 da pena como requisito para a progressão de regime.

sua colocação através das Leis 9.455/97 e 13.260/16, que tratam, respectivamente, dos crimes de tortura e terrorismo, e dispõem de diferentes penas para variações dessas condutas. Assim, teceu a seguinte reflexão:

No caso específico do tráfico de drogas, trata-se de avaliar se toda e qualquer transação ilícita envolvendo drogas é um crime submetido ao regime constitucional dos crimes hediondos, ou se o legislador tem algum espaço para definir de forma diversa.

Penso que o legislador tem, sim, margem de conformação, podendo prever figuras que envolvam transação ilícita com drogas, mas que não configurem crime equiparado a hediondo. Isso porque o mandado de criminalização não exclui a necessidade de adotar uma reação estatal proporcional ao injusto. E, ainda que o constituinte tenha avaliado que, de modo geral, as transações ilícitas com drogas são uma conduta especialmente insidiosa, seria desproporcional concluir que isso sempre ocorresse (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 40).

Com isso, argumenta que a figura do “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, disposta na Constituição Federal, é muito ampla, e não seria razoável interpretar qualquer relação ilícita de drogas como crime equiparado a hediondo, destacando, por exemplo, que o crime tipificado no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06, não foi considerado hediondo pelo dispositivo legal, de forma que, “Se não houvesse espaço de conformação, a exclusão seria inconstitucional” (STF, 2016, p. 41), e reforça, ao tratar do pequeno traficante: “Nem sempre será proporcional tratar o viciado que repassa drogas para sustentar o vício como autor de um crime hediondo.” (*Ibid.*, p. 43) – notadamente porque o tráfico minorado, tal qual o delito do §3º do artigo 33, foram deixados de fora do artigo 44 da Lei de Drogas, no qual são listadas as condutas que deverão se sujeitar ao tratamento mais gravoso.

Finalmente, Gilmar Mendes confirma a não existência de um tipo autônomo a partir do § 4º do art. 33, mas mera causa de diminuição de pena. Contudo, conclui que a conduta que se amolda ao disposto no art. 5º, XLIII, da CF, é o “tráfico de drogas”, e não especificamente o tráfico minorado do § 4º. Destarte, não se aplicaria a este a regra de progressão de regime disposta no art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Ante o exposto, acompanhou a Ministra Relatora pela concessão da ordem:

(...) peço vênha à divergência e acompanho a Relatora, para conceder a ordem, assentando que aos incursos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não se aplicam os regimes mais severos previstos no art. 5º, XLIII, da CF (equiparação a crime hediondo), no art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06 (livramento condicional) e no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 (progressão de regime) (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 48).

Dias Toffoli iniciou a fundamentação de seu voto reiterando o postulado pelo Ministro Gilmar Mendes, acerca da exclusão do § 4º ao disposto no artigo 44 da Lei de Drogas, e destacou a disposição genérica de equiparação do tráfico de drogas a crime hediondo pela Constituição Federal.

Toffoli trouxe à luz, tal qual o Ministro Luiz Fux, sua preocupação de um possível incentivo – que surgiria com o afastamento da hediondez do tráfico privilegiado – ao “recrutamento” de indivíduos que atendam aos critérios do § 4º do artigo 33 para o comércio ilícito de entorpecentes, “muito provavelmente com oferecimento de valores razoáveis, para que elas corram o risco de se aventurar no ilícito e de se iniciar no ilícito” (STF, 2016, p. 49).

A despeito disso, teve conclusão diversa à de Gilmar Mendes: aduziu que, por compreender que o tráfico minorado se assemelha ao tráfico de drogas propriamente dito, não vislumbra a possibilidade de não se equiparar o primeiro a crime hediondo.

Portanto, atendo-se ao caso concreto, ao questionar se o paciente já não seria integrante de organização criminosa²², ante os 772kg de maconha com ele apreendidos, reforçou a gravidade do caso, a concluir pela não concessão do HC.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio Mello, em posicionamento mais rigoroso, iniciou a fundamentação de seu voto reforçando a gravidade do enquadramento de um delito na Lei dos Crimes Hediondos:

Enquadrar-se ou não o tráfico de drogas na Lei nº 8.072/1990, traz consequências gravosas para o réu, uma vez que se tem, como regime inicial de cumprimento da pena, necessariamente, não se aplicando o § 3º do artigo 33 do Código Penal, fechado, que a progressão só surge possível, se não for reincidente, após o cumprimento de 2/5 da reprimenda, e, no caso de reincidente, 3/5. Ocorre também que o período alusivo à prisão provisória é um período dilatado de 30 dias, passível de ser prorrogado por igual tempo (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 48).

Em seguida, salienta não se ver na posição de estabelecer exceção não contemplada pelo legislador, ao argumento de que não se pode dar diferente entendimento à causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, quanto à regra disposta ao tráfico de drogas, pela

²² “Quem pode dizer se esse motorista já também não integrava essa organização criminosa? Porque setecentos e setenta e dois quilos, em uma carreta, com batedores? Tudo indica que era um caso realmente extremamente grave” (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 51/52).

sua hediondez. Destacou, inclusive, seu voto anterior pela constitucionalidade da vedação à liberdade provisória²³ para crime de tráfico.

Com isso, o voto do Ministro Marco Aurélio demonstra um entendimento extremamente atinente ao texto legal, em primazia à não possibilidade de exceções ou regramentos não tipificados pelo legislador, mesmo que existam divergências terminológicas empregadas *in malam partem* a quem se aplica, especialmente acerca do tráfico de drogas, mostrando-se o ministro com maior ímpeto de combate ao tráfico através do cárcere.

Sequencialmente, os ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Barroso e Lewandowski, em acurada exposição, suscitaram dados que demonstram o drástico aumento de indivíduos encarcerados a partir do advento da Lei 11.343/06, trazendo à luz questões como a pequena quantidade de drogas apreendidas com os agentes e diferenças de gênero nos índices de encarceramento. Estas explanações são esmiuçadas ao capítulo terceiro deste trabalho.

Ocorre que, posteriormente às explicações referidas, o Ministro Edson Fachin fez requerimento de vista para reexame da matéria, ao reconhecer a drástica repercussão *erga omnes* do deslinde deste julgamento, tendo recebido louvores de Rosa Weber e Gilmar Mendes, de modo que a Ministra expôs que também pretendia fazê-lo (STF, 2016, p. 66), por ter se inspirado na jurisprudência majoritária do STF em seu voto inicial, tal qual relatado por Fachin (STF, 2016, p. 61).

Assim, em voto-vista, Fachin reajustou seu voto anteriormente apresentado, para decidir pela concessão da ordem, ao reputar inviável a ampliação dos crimes hediondos ou equiparados mediante analogia, ressaltando o critério legal para a definição dos crimes hediondos, adotado no Brasil, além da necessidade de previsão legislativa expressa e estrita para a qualificação de um delito como hediondo ou equiparado.

O ministro aduz que, à ausência de tipo penal que ostente *nomen iuris* correspondente a “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” na Lei 11.343/06, título este que é o elencado ao art. 5º, inciso XLIII, da CF/88, e que lhe equipara a crime hediondo, emerge a necessidade de se construir uma interpretação para determinar o efetivo alcance da categorização legal, em consideração à proporcionalidade de um tratamento mais gravoso aos crimes elencados na Lei de Drogas. Como vê-se:

²³ Cujá inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em Plenário, no Habeas Corpus nº 104.339/2012.

Assim, como desdobramento do Princípio da Legalidade, de intensa aplicação na seara penal, considera-se que o rol dos crimes elencados na Lei 8.072/90 é de caráter estrito, ou seja, não admite ampliação mediante analogia. Entre outras razões, é nessa linha, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça compreende que o delito de homicídio qualificado minorado não integra o rol taxativo dos crimes hediondos, visto que não indicado, de forma precisa, nas hipóteses legalmente traçadas. Com efeito, o regime dos crimes hediondos é de aplicação excepcional, de modo que o afastamento das regras gerais aplicadas aos demais crimes somente se justifica, na minha ótica, mediante afirmação legislativa expressa. Adoto como segunda premissa, portanto, que, para qualificar um crime como hediondo ou equiparado, é indispensável que haja previsão legal expressa e estrita (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 20).

Ademais, a confrontar o argumento de que o tráfico minorado não constituiria tipo autônomo e, portanto, não se desvincularia do caráter hediondo do tráfico de drogas, o Ministro utilizou como exemplo a figura da tentativa, que não configura tipo penal próprio e, portanto, para que fosse contemplada pela Lei dos Crimes Hediondos, foi nela expressamente inserida, no *caput* e no parágrafo único de seu artigo 1º. Nas palavras do ministro:

Todavia, mesmo diante da ausência de autonomia tipológica, ao eleger os crimes hediondos, a Lei 8.072/90 foi expressa ao inserir os delitos tentados no regime especial em comento. Vale dizer, quando o legislador pretendeu que causas que ensejassem intensa diminuição da pena não interferissem no juízo de hediondez, o fez de modo expreso e estrito, providência que se coaduna com o, repita-se, regime excepcional e legal que caracteriza os crimes hediondos e equiparados. Assim, a ausência de derivação típica não obstaculiza, por si, a interpretação no sentido de que o regime excepcional não se estende ao tráfico minorado (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 21)

Referida fundamentação foi essencial para garantir robustez ao afastamento do caráter hediondo do tráfico privilegiado, notadamente porque o fato de o crime previsto no § 4º do artigo 33 não possuir autonomia tipológica era amplamente empregado para a caracterização dessa modalidade como equiparada a crime hediondo, tanto em jurisprudências quanto em obras doutrinárias, a exemplo do entendimento de Renato Brasileiro previamente ao advento do HC em estudo:

Apesar de muitos se referirem a esse dispositivo com a denominação de tráfico *privilegiado*, tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se apenas a prever a possibilidade de diminuição da pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase do cálculo da pena no sistema trifásico de Nelson Hungria (CP, art. 68).

A presença dessa causa especial de diminuição de pena não afasta a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas (LIMA, 2016, p. 749).

Em seguida, no mesmo viés da mudança de voto realizada pelo Ministro Fachin, deram-se as retificações de voto dos ministros Teori Zavascki e Rosa Weber. O primeiro apontou que, anteriormente, se prendeu ao fundamento da jurisprudência previamente fixada pela Corte, e que, inspirado pelos debates amealhados no julgamento, bem como pelos fundamentos empregados por Fachin, passaria a decidir pela a concessão da ordem; e Rosa Weber, destacando que se ateu às questões fáticas do caso em primeiro momento, mas que, também pela cognição de Fachin, decidiu pelo reajuste do voto:

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, da mesma forma que o Ministro Fachin, o meu voto, na Sessão anterior que iniciou o julgamento do caso, teve como fundamento principal a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixada sobre a matéria em ambas as Turmas. Eu mesmo, na Segunda Turma, havia seguido a linha divergente da eminente Relatora.

Todavia, desde a Sessão passada, quando se iniciaram aqui os debates a respeito e sobretudo agora com o voto do Ministro Edson Fachin, convenço-me de que também devo reajustar o meu voto para acompanhar a eminente Relatora.

É como voto, Senhor Presidente (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 86).

RETIFICAÇÃO DE VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, na mesma linha do que agora foi dito pelo Ministro Teori, também reajusto o meu voto.

A primeira vez em que o tema veio a debate, embora louvando o belíssimo voto da Ministra Cármen Lúcia, fiquei muito centrada na situação fática. Na verdade, pareceu-me que talvez o caso não fosse o mais adequado, porque envolvida uma tonelada de maconha. Realmente uma situação limítrofe...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O quadro - como eu disse na ocasião - não era dos melhores para o avanço da tese.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Para o exame da tese.

Mesmo assim, oscilei, mas termino agora convencida pelo voto do Ministro Fachin, que, Senhor Presidente, vindo ao encontro daquela minha primeira dúvida - e também a partir da reflexão que fiz, com base, inclusive em excelente memorial do Conectas Direitos Humanos -, me leva a reajustar meu voto, ainda que, repito, até me sentisse mais tranquila denegando a ordem ao exame do caso concreto, sem prejuízo de consagrar a tese proposta. Acompanho, contudo, o voto da eminente Relatora (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 87).

Finalmente, o Ministro Presidente da Corte à época, Ricardo Lewandowski, também pontuou que as consequências do julgamento ultrapassam os limites do caso concreto, e salientou importantes questões concernentes à política criminal brasileira e à gravidade exacerbada no tratamento penal aplicado ao pequeno traficante: “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” (STF, 2016, p. 91).

A partir de dados do InfoPen²⁴, Lewandowski buscou elucidar as participações “esdrúxulas” neste delito, focando principalmente na posição de vulnerabilidade das mulheres na colaboração com o transporte, ou simples armazenamento, de drogas para homens de seu núcleo afetivo ou familiar, ou, ainda, ao manterem o entorpecente no ambiente doméstico em troca de alguma vantagem econômica, além de ter apontado o inchaço do sistema prisional com indivíduos condenados que obtiveram a aplicação da minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, o que se daria como consequência do reconhecimento da hediondez do tráfico privilegiado.

Quer dizer, são pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico, 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 (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 93).

Desse modo, em uma antítese ao argumento demonstrado pelo Ministro Marco Aurélio, que afirmou que o tratamento mais brando ao pequeno traficante somente levaria ao recrutamento desses indivíduos por organizações criminosas, Lewandowski destaca a necessidade de analisar as razões e situações que levaram esses agentes ao crime, e, com fundamento no princípio da individualização da pena e reconhecendo a necessidade de uma melhor reinserção do agente à sociedade, decidiu pela concessão do *Habeas corpus*, “para afastar os efeitos da hediondez em relação ao tráfico de drogas na modalidade privilegiada” (STF, 2016, p. 93).

Posto isso, por maioria de oito votos a três, o plenário do STF decidiu, no dia 23/06/2016, que o tráfico minorado, capitulado no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não se equipara a crime hediondo.

A partir da nova orientação do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, o STJ, ainda em 2016, viu a necessidade de alteração de seu entendimento (LIMA, 2020, p. 1056). O novo posicionamento jurisprudencial se deu em julgamento à Pet 11.796/DF, pela Terceira Seção, no qual foi apontado que nem todo tráfico de drogas deve ser equiparado a hediondo:

A Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLIII) equiparou o delito de tráfico ilícito de drogas aos crimes hediondos, prevendo a insuscetibilidade de graça ou anistia e a inafiançabilidade, além de outras medidas previstas na Lei nº 8.072/90. No entanto, nem toda transação ilícita com drogas deve necessariamente submeter-se ao regime dos crimes hediondos, como a conduta de quem oferece droga, eventualmente e sem

²⁴ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do Ministério da Justiça.

objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem (art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/2006), bem como - conforme recentemente assentado pelo Supremo Tribunal Federal - a de quem, de forma episódica, pratica o denominado tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º) (STJ. Pet. 11.796/DF. 3ª Seção, Rel. Min Thereza de Assis Moura, j. 23/11/2016, Dje 29/11/2016).

Na jurisprudência em questão, portanto, acolheu-se a tese pelo não reconhecimento da hediondez do tráfico de drogas em sua modalidade privilegiada, a gerar o cancelamento da Súmula 512 da Corte:

É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600). 3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o conseqüente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (STJ. Pet. 11.796/DF. 3ª Seção, Rel. Min Thereza de Assis Moura, j. 23/11/2016, Dje 29/11/2016).

Para além, a desconsideração do tráfico privilegiado como crime equiparado a hediondo foi positivada pela Lei 13.964/2019, o Pacote Anticrime, que incluiu ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais o § 5º: “Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006” (BRASIL, 2019).

2.3 AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO DE DROGAS PROPRIAMENTE DITO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME

A antiga redação do artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, dada pela Lei nº 13.769/2018, equiparava o tráfico de drogas a crime hediondo no que tange os critérios para progressão de regime, requerendo o cumprimento de 2/5 da pena para o agente primário e 3/5 para o reincidente, em paralelo ao 1/6 exigido para o condenado por crime comum, vê-se:

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). (Redação dada pela Lei nº 13.769, de 2018) (BRASIL, 1990).

Todavia, dentre as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, operou-se integral modificação dos critérios de progressão de pena, concentrando sua normatização no artigo 112 da Lei de Execuções Penais (LEP), diante da expressa revogação do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Com isso, efervesceu nova cognição – e fundamentação – acerca da não equiparação do tráfico de drogas propriamente dito a crime hediondo para fins de progressão de regime, uma vez que, com a revogação, não mais existiria mandamento legal que dispusesse a equiparação neste ponto.

O posicionamento em questão se baseia na ideia de que, embora a nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal tenha disposto critério mais gravoso para a progressão de regime ao apenado condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado²⁵, deixou de mencionar quais delitos seriam “equiparados” a hediondos para fins de progressão de regime (DUPRET, 2022; LENIESKY, 2022), bem como que a desequiparação expressa da hediondez do tráfico privilegiado, prevista no § 5º, art. 112, da LEP, não impede a desequiparação tácita, por ausência de disposição legal, com relação ao tráfico propriamente dito, tendo em vista que “a norma específica que beneficia o apenado não pode ser interpretada para fins de prejudicá-lo” (MASI, 2022).

Há de se ressaltar que a teoria em tela ainda é incipiente e demanda reconhecimento nos Tribunais Superiores, de forma que o entendimento majoritário permanece no sentido da equiparação do tráfico de drogas a hediondo para o fim em estudo, neste sentido, as seguintes jurisprudências do Supremo Tribunal de Justiça, da Quinta e Sexta Turma:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS COMUM (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO, C/C O ART. 2º, I E III DA LEI N. 8.072/1990. LEI N. 13.964/2019. INOVAÇÃO LEGISLATIVA QUE NÃO SUPRIME A EQUIPARAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE NÃO PRIVILEGIADA AOS CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DE REGIME. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 40%. REINCENTE NÃO ESPECÍFICO. POSSIBILIDADE. ART. 112 DA LEP. ANALOGIA *IN BONAM PARTEM*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. Entende esta Corte que "a Lei n. 13.964/2019, ao incluir o § 5º no art. 112 da Lei de Execução Penal, consignou que 'não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006"

²⁵ Exige-se o cumprimento de ao menos 40% da pena, se o apenado for primário; 50% se o da prática do crime hediondo ou equiparado resulta morte, se primário; e 60% se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado.

(AgRg no HC n. 596.887/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 16/10/2020). Portanto, ao particularizar a situação jurídica do tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) como crime não hediondo, não se pode concluir que, por força da alteração legislativa em questão, o ordenamento jurídico tenha deixado de considerar o tráfico comum (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) como crime equiparado a hediondo, sob pena de se desprestigiar a interpretação sistemática da legislação vigente (art. 5º, XLIII, da CF, c/c o art. 2º, I e II, da Lei n. 8.072/1990) (STJ. Sexta Turma. AgRg no HC nº 729.256/SP. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 26/04/2022. DJe 02/05/2022).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. CÁLCULO DE PENA PARA PROGRESSÃO DE REGIME. REVOGAÇÃO DO § 2º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 (LEI DOS CRIMES HEDIONDOS) PELA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) QUE NÃO AFASTA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006) COMO DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. CLASSIFICAÇÃO QUE DECORRE DO ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. A revogação do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 13.964/2019 não tem o condão de retirar do tráfico de drogas sua caracterização como delito equiparado a hediondo, pois a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre da previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal (STJ. Quinta Turma. AgRg no HC nº 729.332-SP. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 19/04/2022. DJe 25/04/2022).

A demonstrar a atualidade de tal cognição no Supremo Tribunal de Justiça, em idêntica linha, inclusive mediante emprego da jurisprudência da Quinta Turma acima citada, deu-se o julgamento do Agravo Regimental no *Habeas corpus* nº 745.957, em 02/08/2022, no qual o relator, Ministro Ribeiro Dantas, em seu voto, postula que o afastamento da hediondez do tráfico privilegiado não autoriza esta compreensão, por analogia, quanto ao tráfico propriamente dito, além de que a revogação do § 2º, do artigo 1º, da LEP, também não afasta a equiparação estabelecida no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988. Ao final, reitera seu posicionamento ao fundamento de que o art. 112, § 5º, da Lei de Execução Penal afastou a hediondez do tráfico de drogas previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, e, portanto, o legislador optado por não estender este afastamento para o tráfico propriamente dito, a negar provimento ao agravo regimental pelas razões expostas.

Em julgamento ao HC 214.747/SP, o Supremo Tribunal Federal também ratificou este entendimento, anuindo com as decisões do Supremo Tribunal de Justiça. Eis a fundamentação do Ministro Relator Alexandre de Moraes:

Como se verifica do próprio texto constitucional, o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo não são crimes hediondos, porém a eles se aplicam as regras previstas na lei (ALEXANDRE DE MORAES, Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, p. 238, item 5.70, 8ª ed., 2011, Atlas). São, portanto, infrações penais equiparadas aos delitos hediondos e, por consequência, terão o mesmo tratamento a

eles destinado. Nesse contexto, irretocável a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a revogação do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 não tem o condão de retirar do tráfico de drogas sua caracterização como delito equiparado a hediondo. Isso porque a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre da previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal” (STF. HC 214.747/SP. Decisão Monocrática. Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 05/05/2022. DJe 06/05/2022).

Diante do exposto, pode-se extrair que, até o presente momento, a despeito da revogação do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, e do afastamento da hediondez do tráfico privilegiado, os Tribunais Superiores não vislumbram a possibilidade de aplicação extensiva dessa atenuação de tratamento ao tráfico de drogas propriamente dito.

Por outra ótica, não se pode tomar como perene esta cognição atualmente empregada pelas Cortes Superiores, porquanto já existam posicionamentos que acataram a tese em discussão. O Ministro do STJ Sebastião Reis, em julgamento ao pedido no HC 736.333/SP, concedeu, em decisão monocrática, tutela de urgência para “determinar a alteração provisória dos cálculos de pena do paciente, até o julgamento do mérito do presente *writ*, devendo ser consideradas as frações de crime comum para condenação pelo delito de tráfico de drogas” (STJ, 2022), fundamentando o deferimento da liminar exatamente na revogação do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos:

Busca a impetração a alteração dos cálculos da pena, em relação à progressão de regime – referente à execução de pena privativa de liberdade de 6 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias de detenção, em razão de condenação pela prática dos crimes de tráfico de drogas e desobediência –, ao argumento de ausência de previsão legal para aplicar as frações de crime hediondo para progressão de regime.

O deferimento de liminar em habeas corpus é medida de caráter excepcional, cabível apenas quando a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano.

No caso, em juízo de cognição sumária, tem-se que razão assiste à impetração, uma vez que o permissivo legal que equiparava o delito de tráfico de drogas a hediondo – a progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/1990) – foi revogado pela vigência da Lei n. 13.964/2019 (STJ. HC nº 736333 – SP. Decisão Monocrática. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 22 de abril de 2022).

Referida concessão demonstra, portanto, que o afastamento da hediondez do tráfico de drogas propriamente dito, para fins de progressão de regime, pode vir a ser mais uma modificação que atenua o tratamento aplicado ao traficante de drogas, no mesmo rumo de todas as demais anteriormente referidas.

3 CONSEQUÊNCIAS E MEDIDAS POSTERIORES À LEI 11.343/06: REFLEXOS NA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Neste capítulo, observar-se-á os desdobramentos da Lei 11.343/06, a partir de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, concomitantemente a dados estatísticos, no intuito de compreender a efetividade da legislação especial vigente na guerra às drogas, bem como seus reflexos na política criminal brasileira, com base em marcos temporais que demonstraram mudanças significativas de tratamento ao condenado pelo tráfico de drogas.

Para tal, serão utilizados especialmente dois marcos: o ano de 2012, em que emergiram tanto a resolução 05/2012 do Senado Federal – que concretizou a suspensão da expressão “vedada a conversão em pena restritiva de direitos” quando da aplicação da causa de diminuição do tráfico minorado – quanto o HC nº 104.339, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da vedação de liberdade provisória ao tráfico ilícito de entorpecentes; e o ano de 2016, em razão do advento do HC 181.533, do STF, no qual assentou-se o entendimento de que o tráfico de drogas previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, não se equipara a crime hediondo.

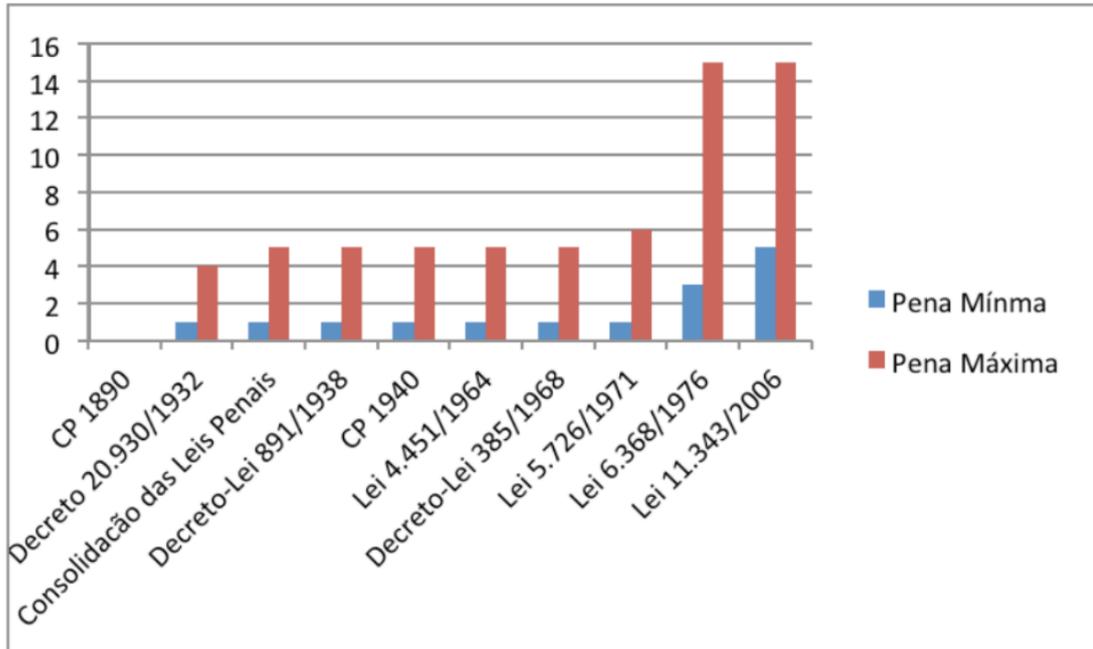
Em seguida, é tecida uma análise com intuito de destrinchar os reflexos prisionais de tais medidas no encarceramento do país.

3.1 DO ADVENTO DA LEI 11.343/06

Em observância ao texto original da Lei 11.343/06, Salo de Carvalho (2016, p. 76) reforça que o legislador agiu no intuito de suavizar a resposta penal aos usuários de entorpecentes, ao isentar o tipo penal do art. 28 da Lei de Drogas da pena de prisão, preferindo o tratamento médico-jurídico e dispendo de uma patologização do usuário de entorpecentes.

Reitera-se que, concomitantemente à isenção de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, a Lei 11.343/06 intensificou o discurso de eliminação do tráfico ilícito de entorpecentes através da repressão de seus praticantes, já vigente à época da Lei 6.368/76, não somente mediante a exasperação da pena mínima disposta ao traficante para cinco anos de reclusão, mas, como exposto, por meio de políticas processuais penais mais rigorosas para este crime, mantendo-se fiel aos prévios incrementos da pena privativa de liberdade disposta ao crime de tráfico de drogas no Brasil desde os anos 1970, como se observa:

Figura 1

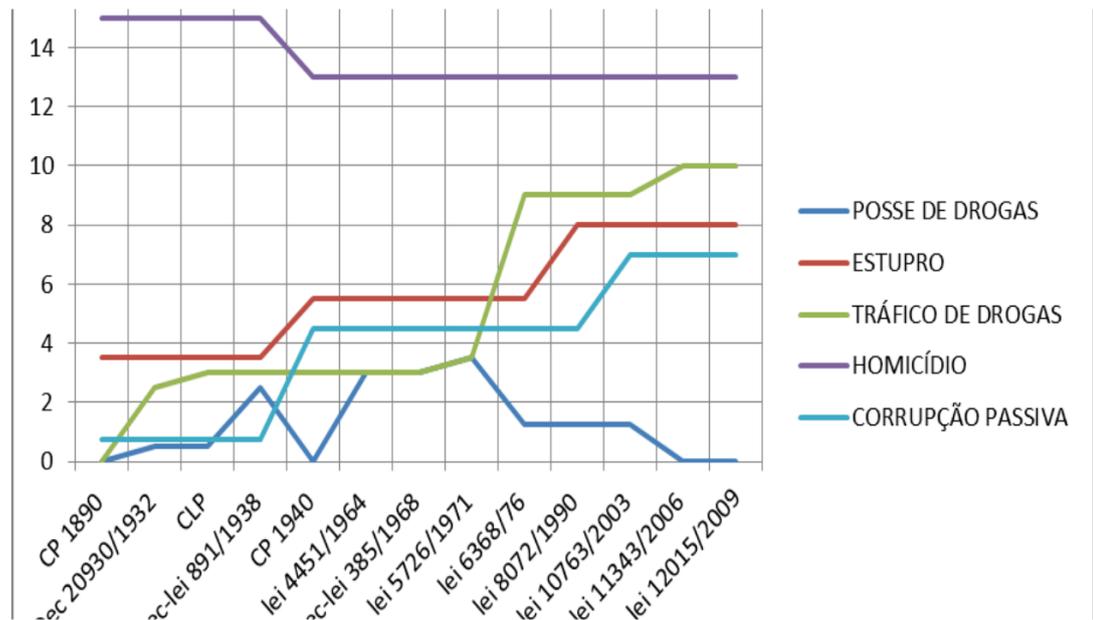


26

(BOITEUX e PÁDUA, 2013, p.15)

Boiteux e Pádua, ao traçarem comparativo com crimes de elevado desvalor social e do delito de posse de drogas, salientam que, historicamente, há maior variação legislativa ao tráfico de drogas, em face de uma maior estabilidade na reprimenda disposta a outros delitos, demonstrando tal constatação:

Figura 2



27

²⁶ Evolução Histórica do Crime de Tráfico de Drogas.

²⁷ Evolução Histórica Comparativa das Médias Aritméticas entre as penas mínimas e máximas

(BOITEUX e PÁDUA, 2013, p.6).

Embora a Lei de Drogas vigente tenha disposto um tratamento díspar ao usuário de entorpecentes e ao pequeno traficante, quanto a este último, o legislador não foi claro acerca dos reflexos acarretados pela diminuição da pena cominada ao criminoso. Desse modo, conforme pormenorizado previamente, por diversos anos após a vigência da Lei 11.343/06 a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não possuía o condão de interferir nas ásperas consequências processuais penais dispostas ao tráfico de drogas, tendo em vista que, mesmo diante de condenação que poderia chegar a um ano e oito meses, o autor havia de ingressar no sistema prisional em regime integralmente – e, a partir da Lei 11.464/07, inicialmente – fechado, além de não ter direito à conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos e à liberdade provisória, bem como perante as regras de progressão de regime mais gravosas do ordenamento brasileiro. Neste sentido:

Fundamental perceber, portanto, para que se possa dar a real dimensão às novas respostas punitivas trazidas pela Lei 11.343/06, que, apesar da crítica criminológica relativa ao fracasso da política hemisférica de guerra às drogas, não apenas a criminalização do comércio de entorpecentes e suas variáveis é mantida, como são aumentadas substancialmente as penas e restringidas as hipóteses de incidência dos substitutos penais. (CARVALHO, 2016, p. 77).

Em face desse quadro, observou-se, em consequência ao disposto na Lei 11.343/06, um aumento vertiginoso nos índices de encarceramento no Brasil, já a partir do ano do advento deste texto legal. Para tal elucidação, destaca-se os dados referentes aos anos de 2005, previamente à edição do dispositivo objeto de análise, e o ano de 2012, quando passou-se observar as principais mudanças no que tange à rigidez disposta ao traficante de entorpecentes no país.

Figura 3

Ano	Presos Total	Presos Tráfico	% presos tráfico
2005	361.402	32.880	9,10%
2006	383.480	47.472	12,38%
2007	422.373	65.494	15,50%
2008	451.219	77.371	17,50%
2009	473.626	91.037	19,22%
2010	496.251	106.491	21,46%
2011	514.582	125.744	24,43%
2012	548.003	138.198	25,21%

28

(BOITEUX e PÁDUA, 2013, p. 12).

Há de se destacar que, em atenção dados expostos, ocorreu um aumento constante não somente do número absoluto de encarcerados por tráfico de drogas, mas, também, um acréscimo proporcional destes em relação ao total de presos no país, a demonstrar que esse incremento não pode ser associado, ao menos integralmente, a questões sociais que tenham acarretado no aumento da criminalidade no Brasil, mas, sim, efetivamente ao maior período de encarceramento a que se submeteu o condenado por tráfico de drogas, além do rigor processual acarretado pela condenação neste.

Ainda mais alarmante mostra-se o crescimento no número de presos por tráfico de drogas no país após a vigência da Lei 11.343/06 em relação aos índices de encarceramento por outros delitos. Com base nos dados do Infopen, entre 2007 – primeiro ano completo de vigência da Lei 11.343 de 2006 – e 2012, o número de encarcerados pelo crime de tráfico saltou de 65.494 para 138.198 – um aumento de 111% –, a evidenciar, segundo dados tratados por Boiteux e Pádua (2013, p. 12/13), uma liderança expressiva em comparação aos demais índices de aumento no período, seguido pelos crimes furto²⁹ (+35,57%); estupro (+32,80%); homicídio³⁰ (+29,33%); roubo³¹ (+23,30%) e latrocínio (+16,27%).

²⁸ População Carcerária Brasileira: total de presos e percentual de condenados por tráfico (2005/2012), nos quais incluem-se os condenados a Polícia Judiciária do Estado; presos provisórios; regimes fechado, semiaberto e aberto; medidas de segurança de internação e medidas de segurança de tratamento ambulatorial. Dados: Infopen.

²⁹ Considerados, nos dados de ambos os períodos, tanto o crime em sua modalidade simples quanto qualificada.

³⁰ *Idem.*

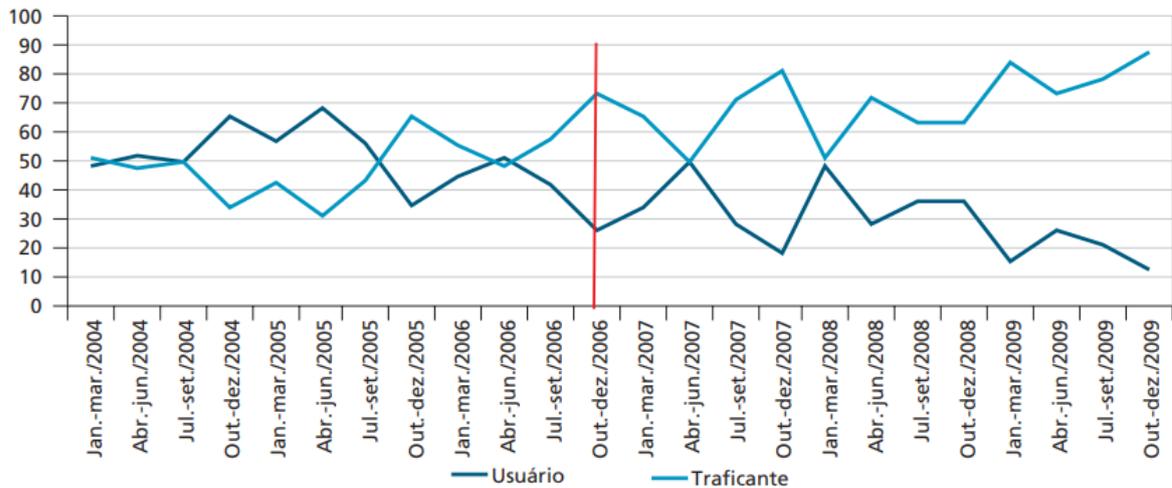
³¹ *Idem.*

Este aumento é atribuído por Boiteux e Pádua (2013, p. 12/13) – assim como diagnosticado por Carvalho – à política de repressão acarretada pela Lei 11.343/06, ao exasperar a pena mínima prevista ao tráfico de drogas, enquanto despenalizou o porte de drogas para uso pessoal, sem que tenha estabelecido critérios bem definidos à sua diferenciação, e acrescentam:

Esse fator explica o grande aumento no contingente carcerário, pois as pessoas condenadas por tráfico passaram a ficar mais tempo presas, além da hipótese de que muitos usuários possam estar sendo condenados por tráfico pela nova lei, diante da falta de critérios claros de diferenciação entre tais condutas, como dados empíricos já indicaram. (BOITEUX E PÁDUA, 2013, p. 12/13).

Essa tendência de aumento do número de incriminados por tráfico de drogas, em relação ao crime do artigo 28 da Lei 11.343/06, faz-se evidente a partir da edição da Lei de Drogas vigente, como se observa com base nos dados a seguir, os quais, embora elaborados em um recorte específico, realizado nas delegacias de polícia de Santa Cecília e Itaquera, demonstram alarmante diferenciação na tipificação dos delitos:

Figura 4:



32

(CAMPOS, 2018, p. 34).

3.2 MODIFICAÇÕES AO RIGOR DO TRATAMENTO DESPENDIDO AO TRAFICANTE E SEUS REFLEXOS PRÁTICOS

³² Série temporal interrompida sobre a Lei no 11.343, de 2006: usuários e traficantes incriminados (2004-2009) (Em %).

A constatação dos drásticos reflexos nos índices de encarceramento ao advento da Lei 11.343/06 foi apontada, pela Ministra Cármen Lúcia, quando do julgamento do HC 118.533/MS:

E, num dos memoriais que nos foram encaminhados, aliás, a firmar-se esta tese que está sendo firmada, agora, já por maioria, nós recebemos, entre outros memoriais, o da Conectas. E, ali, o item é esse: impacto da hediondez do tráfico no encarceramento - e eles fazem uma diferença inclusive do encarceramento de homens e mulheres -, afirmando-se que o impacto dessa lei elevou a quantidade de pessoas presas condenadas por tráfico de drogas, de 2005 a 2014, em 340% (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 57).

Importante destaque é dado pela Ministra ao quadro de mulheres encarceradas no mesmo período, de 2005 a 2014, ao reportar que “o número de mulheres presas condenadas por tráfico de drogas aumentou aproximadamente em 600%” (STF, 2016, p. 57).

Ainda no HC 188.533, Ricardo Lewandowski traz que, segundo dados do InfoPen, de dezembro de 2014³³, 68% das mulheres privadas de liberdades encontram-se encarceradas por condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas, e, no que tocante ao tráfico minorado, equiparado a hediondo à época, pertinente estatística também é demonstrada:

Um outro dado que impressiona, só para ajudar aqui na discussão: estima-se que a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente, ou seja, algo em torno de 80.000 pessoas, em grande maioria mulheres, tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio (STF. HC 118.533/MS. Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016, p. 60).

Ante as ponderações dos Ministros, observa-se que, mesmo após subsequentes atenuações operadas em relação aos traficantes de drogas, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, acerca do regime inicial obrigatoriamente fechado; da inconstitucionalidade da vedação à aplicação da pena restritiva de direitos; e, sequencialmente, a vedação à liberdade provisória, a última dessas no ano de 2012, tais medidas não surtiram efeitos satisfatórios no que diz respeito ao hiperencarceramento pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes no país, uma vez que, desde o advento da Lei 11.343/06, somente em 2014 observou-se uma redução

³³ Na redação original do HC 118.533, Lewandowski indica que os dados são de dezembro de 2004. Todavia, à análise do número total de presos e dos dados trazidos, com base em informações do InfoPen, constata-se que os dados referem-se a dezembro de 2014, apontando se tratar de equívoco de redação.

no número de indivíduos condenados a penas privativas de liberdade por delitos de drogas no Brasil, segundo dados do InfoPen.

E antes de se ponderar acerca da substituição da pena, resistência já se observa propriamente quanto ao reconhecimento do tráfico privilegiado: um estudo sobre o tráfico de drogas realizado no Rio de Janeiro apontou que, dentro do recorte de 242 casos com sentença distribuídos no fórum central do Rio de Janeiro, em 2013, embora 80% dos acusados por tráfico fossem primários e de bons antecedentes, cumprindo os requisitos objetivos do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, a menos de 1/3 destes foi aplicado o redutor, e, nesse ponto, segundo os autores Lemgruber e Fernandes: “com frequência os juízes não só ignoram a primariedade e os bons antecedentes como se valem de critérios nada objetivos, ou mesmo de fantasiosas ilações, para “provar” que o réu está vinculado a uma facção criminosa, de modo a negar-lhe a possibilidade de redução da pena” (2015, p. 10/11).

De todo modo, somente após o julgamento do HC 118.533/MS passaram a ser observadas modificações nas tendências dos índices de encarceramento, ressalvada a única redução anterior, no ano de 2014, como vê-se em análise à tabela³⁴:

Figura 5: Comparativo percentual entre a população carcerária brasileira total e a encarcerada por tráfico de drogas³⁵.

Ano	Total³⁶	Presos por tráfico	% Presos por tráfico	Variação proporcional
2007	422.383	65.494	15,50%	-
2011	514.582	125.744	24,43%	9,97%
2012	548.003	138.198	25,22%	0,79%
2013³⁷	574.027	146.276	25,48%	0,26%
2014³⁸	622.202	133.705	21,49%	-3,99%
2015	698.618	152.794	21,87%	0,38%
2016	722.120	141.190	19,55%	-2,32%
2017	722.716	164.809	22,80%	3,25%
2018	744.216	186.298	25,03%	2,23%

³⁴ Inclui-se na tabela o ano de 2007, primeiro ano completo à vigência da Lei 11.343/06, seguindo para o ano 2011, antecessor às mudanças jurisprudenciais realizadas em 2012.

³⁵ Nestes considerados somente o tráfico de drogas, dos artigos 12 da Lei 6.368/76 e 33 da Lei 11.343/06, e o tráfico internacional de drogas, dos artigos 18 da Lei 6.368/76 e 33 e 40, inciso I, da Lei 11.343/06.

³⁶ Inclusos no total Polícia Judiciária do Estado; presos provisórios; regimes fechado, semiaberto e aberto; medidas de segurança de internação e medidas de segurança de tratamento ambulatorial.

³⁷ Em face da não disponibilização dos dados referentes aos meses de julho a dezembro de 2013 pelo InfoPen, foram utilizadas as informações de janeiro a junho.

³⁸ Para fins de tratamento de dados, embora a partir de 2014 o InfoPen tenha acrescentado ao “Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)” o crime de associação para o tráfico, manteve-se nos números apurados, desse ano em diante, apenas os presos pelos crimes de tráfico de drogas e tráfico internacional de drogas.

2019	755.274	175.690	23,26%	-1,77%
2020	811.707	209.281	25,78%	2,52%
2021	833.176	187.374	22,49%	-3,29%

Elaboração própria³⁹.

Em inspeção aos dados elencados, no ano de 2014 houve inédita redução nos índices de encarceramento relacionados ao tráfico de drogas, tanto no número absoluto de presos por tráfico quanto na proporção destes em comparação ao total de indivíduos privados de liberdade, com a ressalva de o aumento no total de presos no ano em voga auxiliar na percepção desta última variação.

Igualmente, embora em 2015 observe-se relativa estabilidade na proporção de presos por tráfico de drogas em relação ao total, esta não reflete a realidade dos dados, notadamente que a quantidade absoluta de presos por tráfico de drogas atingiu seu patamar recorde, somente não tendo se aumentado proporcionalmente em razão do expressivo incremento no total de encarcerados.

Em 2016 retomou-se uma redução dos números relacionados ao tráfico de drogas, aos mesmos moldes do ano de 2014 – com um aumento no total de pessoas inseridas no sistema carcerário.

Em 2017, primeiro ano completo após o julgamento do HC 188.533, a despeito de relativa estabilidade⁴⁰ na totalidade de indivíduos no cárcere, houve um aumento de mais de 23 mil presos por tráfico de drogas, a demonstrar uma dificuldade de aplicação, na prática, dos reflexos do afastamento da hediondez do tráfico privilegiado. Já em 2018, observa-se um aumento em todos os índices, inclusive na proporção de presos por tráfico.

Finalmente, de 2019 a 2021, o que se tem é uma oscilação do número de encarcerados por tráfico de drogas, com diminuição deste índice nos anos de 2019 e 2021 e incremento no ano de 2020, enquanto houve um contínuo aumento no total da população prisional ao longo período.

Nesse espeque, a despeito da influência que as mazelas econômicas ocasionadas pela pandemia do Covid-19 possam ter gerado no aumento da criminalidade, o que se vê é a primeira oscilação significativa de encarcerados por delitos de drogas Brasil. Portanto, embora não se

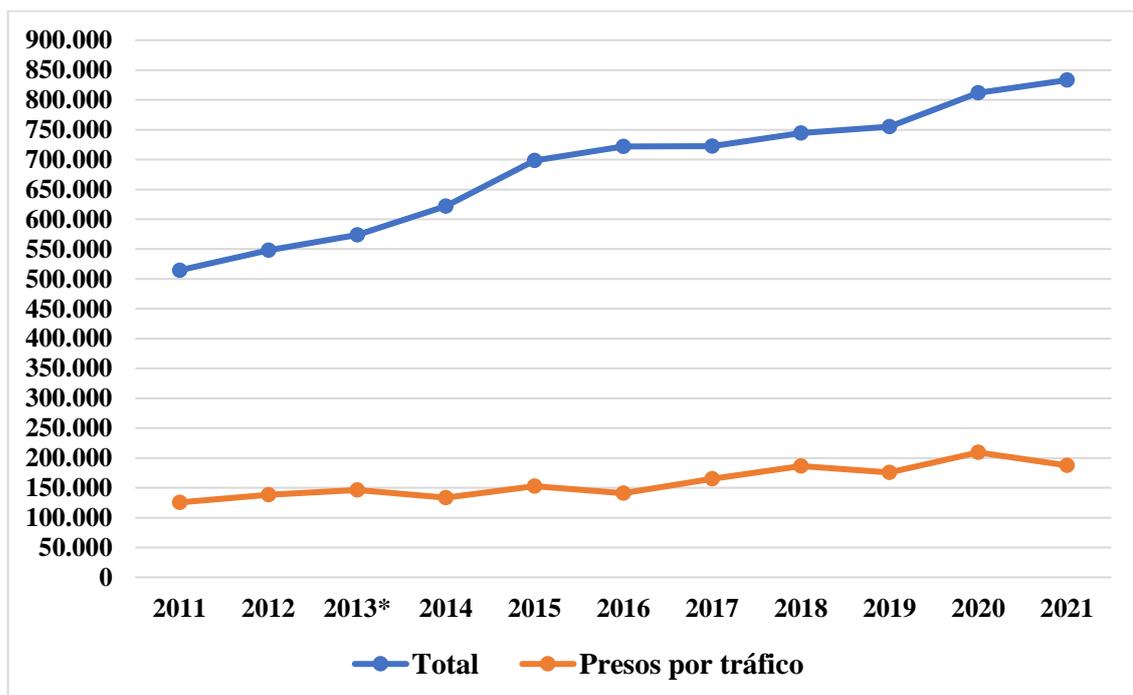
³⁹ A partir de dados do InfoPen, do Ministério da Justiça, com base nos meses de julho a dezembro de cada ano.

⁴⁰ Aumento de 0,83%.

faça possível uma análise estrita e isolada das consequências das alterações jurisprudenciais operadas pelos Tribunais Superiores concernentes à atenuação do tratamento disposto ao tráfico, certo que estas incutiram efeitos no constante crescimento que se via desde o advento da Lei 11.343/06, já que, com exceção aos anos de 2014 e 2016, todos os demais, até então, foram marcados por um aumento de prisões por crimes de drogas.

A fim de melhor elucidar os dados citados, tem-se o seguinte gráfico, em que se traz a população carcerária, total e de presos por tráfico de drogas, desde o ano de 2011, anterior à suspensão da vedação à conversão da pena privativa de direitos prevista no § 4º, artigo 33, da Lei de Drogas vigente, e da permissão da concessão de liberdade provisória para o tráfico de drogas, até as informações mais recentes fornecidas pelo InfoPen, em período total de dez anos:

Figura 6: População carcerária brasileira total e a encarcerada por tráfico de drogas⁴¹ entre 2011/2021.



Elaboração própria⁴².

Já no âmbito da população carcerária feminina privada de liberdade pelo delito tráfico de drogas, foi elaborado o seguinte quadro:

⁴¹ Inclusos somente o tráfico de drogas, dos Arts. 12 da Lei 6.368/76 e 33 da Lei 11.343/06 e o tráfico internacional de drogas, dos Arts. 18 da Lei 6.368/76 e 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06.

⁴² A partir de dados do InfoPen, do Ministério da Justiça, com base nos meses de julho a dezembro de cada ano. O asterisco no ano de 2013 se dá em face da não disponibilização dos dados referentes aos meses de julho a dezembro pelo InfoPen, portanto, foram utilizados os dados de janeiro a junho.

Figura 7: Comparativo percentual entre a população carcerária brasileira feminina total e a encarcerada por tráfico de drogas⁴³.

Ano	Total de presas ⁴⁴	Presas por tráfico	% Presas por tráfico	Varição proporcional
2007	25.830	7.884	30,52%	-
2011	34.058	16.850	49,47%	18,95%
2012	35.039	14.984	42,76%	-6,71%
2013 ⁴⁵	36.135	16.489	45,63%	2,87%
2014 ⁴⁶	36.495	15.342	42,04%	-3,59%
2015	37.380	18.239	48,79%	6,75%
2016	40.967	14.944	36,48%	-12,32%
2017	38.403	16.243	42,30%	5,82%
2018	36.348	14.846	40,84%	-1,45%
2019	37.197	14.697	39,51%	-1,33%
2020	41.580	16.149	38,84%	-0,67%
2021	42.690	14.191	33,24%	-5,60%

Elaboração própria⁴⁷.

Figura 8: População carcerária brasileira feminina total e a encarcerada por tráfico de drogas⁴⁸ entre 2011/2021.

⁴³ Inclusos somente o tráfico de drogas, dos Arts. 12 da Lei 6.368/76 e 33 da Lei 11.343/06 e o tráfico internacional de drogas, dos Arts. 18 da Lei 6.368/76 e 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06.

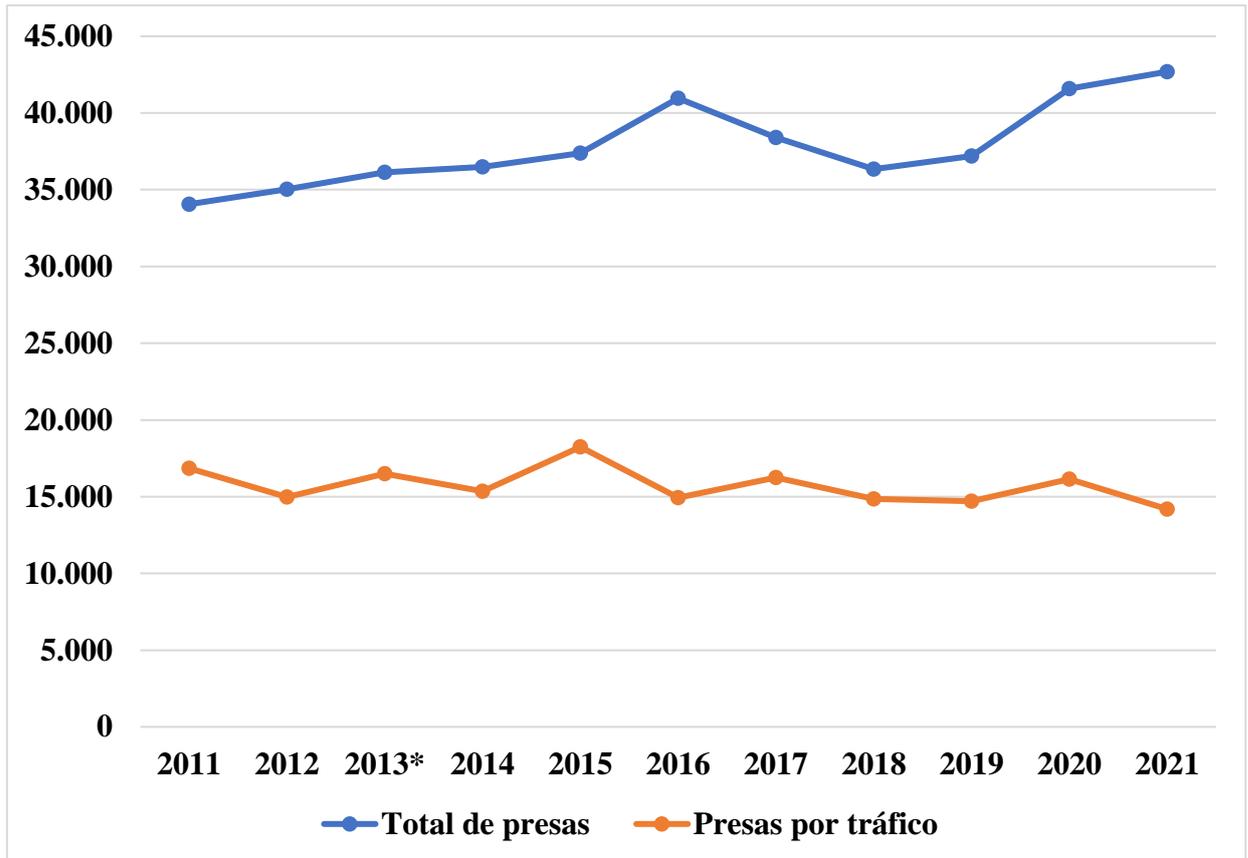
⁴⁴ Inclusos no total Polícia Judiciária do Estado; presos provisórios; regimes fechado, semiaberto e aberto; medidas de segurança de internação e medidas de segurança de tratamento ambulatorial.

⁴⁵ Em face da não disponibilização dos dados referentes aos meses de julho a dezembro de 2013 pelo InfoPen, foram utilizadas as informações de janeiro a junho.

⁴⁶ Para fins de tratamento de dados, embora a partir de 2014 o InfoPen tenha acrescentado ao “Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)” o crime de associação para o tráfico, manteve-se nos números apurados, desse ano em diante, apenas os presos pelos crimes de tráfico de drogas e tráfico internacional de drogas.

⁴⁷ A partir de dados do InfoPen, do Ministério da Justiça, com base nos meses de julho a dezembro de cada ano.

⁴⁸ Nestes inclusos somente o tráfico de drogas, dos Arts. 12 da Lei 6.368/76 e 33 da Lei 11.343/06 e o tráfico internacional de drogas, dos Arts. 18 da Lei 6.368/76 e 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06.



Elaboração própria⁴⁹.

Ante o exposto, e em paralelo à preocupação relacionada ao hiperencarceramento no Brasil – de modo geral e por delitos de drogas –, amplificada pela Ministra Cármen Lucia no julgamento do HC 118.533/MS (STF, 2016, p. 60), extrai-se que a atenuação do rigor despendido aos traficantes de drogas ao longo deste século não surtiu o efeito pretendido, qual seja, reduzir efetivamente o número de presos no país. E isto se denota pelo irrefreável e contínuo aumento no número total de indivíduos encarcerados ao longo de todo o período analisado.

Lado outro, em atenção às prisões por tráfico ilícito de entorpecentes, houve mais perceptíveis variações, de modo que, embora uma redução expressiva não seja sensível até o presente momento, há de se dizer que as mudanças jurisprudenciais e legislativas analisadas no espectro deste trabalho não foram em vão, tendo atuado, ao menos, como um contrapeso aos aumentos exponenciais de presos por este delito, ocasionados pelas rígidas políticas penais aplicadas ao traficante de drogas desde a edição da Lei 11.343/06.

⁴⁹ A partir de dados do InfoPen, do Ministério da Justiça, com base nos meses de julho a dezembro de cada ano. As ressalvas feitas aos anos de 2013 e 2014 na figura 7 aplicam-se à figura 8.

Em se tratando do encarceramento feminino, o que se observa é um refreamento mais robusto no número de mulheres presas por tráfico de drogas no período analisado, especialmente nos anos de 2012 e 2016.

Noutra senda, nos anos de 2013 e 2017, posteriores a esta redução, houve uma retomada à casa de 16.000 presas pelo comércio ilícito de entorpecentes, não havendo neste recorte, portanto, uma diminuição contínua, ou ao menos uma estabilização, nas prisões pelos delitos de drogas analisados.

De toda forma, inegável o efeito prático mais satisfatório de tais mudanças, jurisprudenciais e legais, no encarceramento feminino – em comparação aos dados sem recorte de gênero – no tocante aos índices prisionais de modo geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivava analisar os desdobramentos da Lei 11.343/06 na política criminal brasileira, bem como no contexto de superlotação dos presídios do país em sua vigência, em um recorte acerca das alterações propostas pelos Tribunais Superiores à aplicação do texto promulgado desta legislação.

A fim de uma melhor contextualização, fez-se uma exposição dos dispositivos legais pertinentes à proibição do comércio de entorpecentes no Brasil, desde o Código Penal do Império, que foi o embrião da proibição desta prática, até a Lei de Drogas de 2006. A partir disso, pôde-se inferir que, desde tipificação do comércio de entorpecentes e drogas ilícitas, nunca houve uma legislação de caráter tão punitivista ao traficante quanto a Lei em vigência, inspirada na proposta mundial de guerra às drogas que emergia no mundo desde as décadas de 1960/1970.

Contrariamente à Lei 6.368/76, a Lei 11.343/06 passou a aplicar tratamento diferenciado aos traficantes e aos usuários de entorpecentes, ao isentar estes últimos de pena privativa de liberdade, além de ter proposto uma minoração de pena aos traficantes não habituais, ou pequenos traficantes, ao cumprimento dos requisitos legais.

Não obstante, a carência de uma determinação clara a diferenciar o usuário e o traficante – deixando à discricionariedade do julgador o ônus de fazê-lo –, somado às drásticas exasperações e restrições dispostas ao acusado de tráfico de drogas propriamente dito, a exemplo do aumento da pena base cominada ao delito em 40% em relação à Lei anterior; da proibição de concessão de liberdade provisória e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e da equiparação do tráfico privilegiado a crime hediondo, mostraram-se condições *sine qua non* ao drástico aumento de encarcerados por tráfico no país, em um crescimento (+111%) três vezes maior no número de presos pelo tráfico de drogas em relação ao “segundo colocado” (furto, +35,57%), no período de 2007 a 2012.

Conforme bem apontam Boiteux e Pádua (2013), a Lei 11.343/06 se apresentou como um verdadeiro instrumento de incremento à superlotação carcerária e de política de repressão, não tendo sido efetiva na redução da criminalidade, notadamente o vertiginoso aumento no índice de cometimentos de crimes no país.

Todavia, em face de inconstitucionalidades e desproporções apontadas em medidas, penais e processuais penais, aplicadas ao crime disposto no art. 33 da Lei de Drogas de 2006,

especialmente ao tráfico “privilegiado”, ao qual, embora pudesse atingir penas inferiores a 2 anos, vedava-se diversos instrumentos de atenuação do tempo de encarceramento ou mesmo de sua substituição por penas alternativas, notou-se, nos anos subsequentes à edição da Lei 11.343/06, uma tendência de mudança de entendimento dos Tribunais Superiores ao delito aqui apurado.

Diante deste quadro, operaram-se as alterações dissertadas neste trabalho, tendo sido a última dessas, ao menos em entendimento pacificado pelas Cortes Superiores, o afastamento da hediondez do tráfico minorado do artigo 33, § 4º, Lei 11.343/06, que funcionou como um incentivo à substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – já que esta, embora já fosse permitida, inevitavelmente passou a ser melhor aceita pelo julgador, ante a natureza não hedionda do delito, pois reduzida sua reprovabilidade.

E este entendimento se reforça ao tomar como base os números suscitados pelo Ministro Lewandowski no HC 118.533/MS (STF, 2016, p.60), no sentido de que 45% dos presos por tráfico ou associação ao tráfico tiveram aplicada em sua pena a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em vista que, mesmo afastada a vedação à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelo STF, anteriormente ao advento do HC que afastou a hediondez do tráfico minorado, resistência ainda persistia acerca da aplicação de penas diversas de prisão ao condenado por tráfico de drogas – possivelmente, em face da equiparação do tráfico privilegiado a hediondo, a gerar resistência dos magistrados no ponto.

Conforme se observa a partir dos dados analisados, pelas figuras 3 e 5, nos anos seguintes à emergência desse entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, passaram a decorrer oscilações no total de presos por tráfico de drogas. Todavia, estas não foram suficientes a impedir que os anos de 2020 e 2021 detivessem os mais altos índices de encarceramento por este delito desde o ano de 2005.

Em outro viés, como suscitado, diverso foi o quadro apresentado pelo encarceramento feminino por tráfico ilícito de entorpecentes, que efetivamente se reduziu nos últimos anos, havendo de se destacar que os índices de presas por tráfico atingidos em 2020 e 2021, os mais recentes disponibilizados pelo InfoPen, foram os menores registrados nos últimos dez anos.

Destarte, clara esta tendência dos Tribunais Superiores de atenuação do tratamento aplicado ao tráfico ilícito de entorpecentes, de forma que, apesar das modificações já ocorridas terem surtido os resultados expostos neste trabalho, infere-se que os números ainda estão muito distantes de um patamar razoável, tendo em vista que a superlotação dos presídios mantém-se

alarmante, em um déficit de 188.623 vagas⁵⁰, conforme dados de janeiro a junho de 2021 (INFOPEN, 2021), o que corresponde a um excedente de 38,41% de presos em relação ao número de vagas.

A título argumentativo, em retorno ao HC 118.533/MS, o Ministro Roberto Barroso teceu interessante ponderação: destacou que, se pudesse fixar uma tese para além da pleiteada – ressaltando que não poderia fazê-lo, sob o risco de julgamento *extra petita* – postularia que "Quantidades de droga acima de determinados volumes pressupõem que o réu integra uma organização criminosa" (STF, 2016). Em observância a esta afirmação, a despeito de o Ministro tê-la feito com a finalidade de utilizar objetivamente a quantia de droga apreendida como critério para o reconhecimento do tráfico minorado, tem-se um horizonte em que se poderia cogitar o estabelecimento de critérios objetivos para a diferenciação do uso e do tráfico de drogas.

Ocorre que, segundo Soares (2021, p. 25), uma mudança legislativa a estes moldes não seria uma solução plena e satisfatória para a redução do hiperencarceramento, já que haveria um estímulo à presunção de que, ao portar quantidade acima do estabelecido, determinado indivíduo automaticamente estaria praticando o tráfico. E, sabendo-se que o uso de drogas é tido, inclusive no âmbito da legislação de drogas vigente, como concernente à saúde pública, certo que um dependente químico poderia deixar de se atentar a tais critérios legais, correndo o risco de ser taxado como traficante, em ameaça ao princípio da presunção de inocência, o que também reforçaria a seletividade penal que já paira sobre o direito penal brasileiro. E, por outro lado, não há de se olvidar a possibilidade de o traficante de drogas portarem sempre um quantitativo inferior aos limites estabelecidos, a fim de enquadrar-se como usuário.

Portanto, conclui-se que, apesar de as alterações jurisprudenciais analisadas neste trabalho terem tornado mais equânime e proporcional – em relação às penas dispostas a outros crimes do ordenamento jurídico brasileiro – o tratamento despendido ao traficante de drogas, especialmente ao que não faz do crime seu meio de vida, importante ponto emerge com relação à efetividade coletiva das medidas, no que tange à situação de superlotação dos presídios e do elevado encarceramento de praticantes de crimes de drogas, muitos dos quais inseridos pela primeira vez no sistema prisional por delitos dessa natureza, sendo esses indivíduos majoritariamente jovens (46,3% em idades de 18 a 29 anos) e negros (67,5%) (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 393 e 403).

⁵⁰ Excluídos do cálculo os presos em Prisão Domiciliar.

A título complementar, em um âmbito geral, importante o destaque é feito por Nucci (2020, p.75), ao alertar que um ordenamento penal que não possui diretrizes de política criminal bem estabelecidas torna-se desconexo, descolado da sociedade para a qual se dedica, imbuído de lacunas e contradições, o que acarreta na necessidade de interpretações legais pelo Poder Judiciário que objetivem evitar erros e injustiças.

E, ao que se extrai das inovações jurisprudenciais que têm se apresentado na seara dos crimes de drogas, reitera-se, é evidente a tentativa dos Tribunais Superiores em abrandar o tratamento jurídico-penal despendido a delitos dessa natureza, como se observa, no mais recente desses entendimentos, com a tendência de afastamento da hediondez do tráfico de drogas propriamente dito para fins de progressão de regime, o qual, embora ainda não tenha sido pacificado, já se faz presente em Tribunais pelo Brasil, a apontar o rumo do país a uma compreensão de menor gravidade quanto aos crime de tráfico de drogas.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Especial Penal** – 15ª ed. 2021. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. **A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil**. CEDD-Coletivo de Estudos Drogas e Direito: Rio de Janeiro, 2013.

BRANDÃO, Beatriz. **Por ora, menos que a metade: a lei de drogas brasileira**. Revista Brasileira de Ciências Sociais – v. 36, nº 105. Resenha de: CAMPOS, Marcelo da Silveira. (2019), *Pela Metade: a lei de drogas no Brasil*, Editora Annablume, SP. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/rpkNzPt9dYN6QqhGxJTBTgB/?lang=pt>>. Acesso em julho de 2022.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dez. 1940.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1890.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas. Brasília, DF, ago. 2006.

BRASIL. **Lei nº 11.364, de março de 2007**. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF, mar. 2007.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, jul. 1990.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; ALVAREZ, Marcos César. **Pela metade: implicações do dispositivo médico-criminal da “Nova” Lei de Drogas na cidade de São Paulo**. *Tempo Social, [S. l.]*, v. 29, n. 2, p. 45-73, 2017. DOI: 10.11606/0103-2070.ts.2017.127567. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/127567>>. Acesso em ago. 2022.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **O novo nem sempre vem: Lei de Drogas e encarceramento no Brasil**. *Boletim de Análise Político-Institucional*. N. 18. Dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/134/o-novo-nem-sempre-vem-lei-de-drogas-e-encarceramento-no-brasil#:~:text=Biblioteca-,O%20novo%20nem%20sempre%20vem%3A%20Lei%20de%20Drogas%20e%20encarcera%20mento,penal%20do%20tr%C3%A1fico%20de%20drogas.>>. Acesso em agosto de 2022.

CARNEIRO, Henrique. **Drogas: A história do proibicionismo**. São Paulo: Autonomia

CARVALHO, Érika Mendes de; Ávila, Gustavo Noronha de. (Org.). **10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político criminais** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

DAVID, Juliana França. **Breve histórico e evolução das legislações referentes a drogas no Brasil**. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/breve-historico-e-evolucao-das-legislacoes-referentes-a-drogas-no-brasil#:~:text=O%20primeiro%20registro%20de%20legisla%C3%A7%C3%A3o,n%C3%A3o%20houve%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20de%20n%C3%ADvel>>. Acesso em julho de 2022.

DELMANTO, Celso; et al.. **Código Penal comentado** – 9. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

DUPRET, Cristiane. **O tráfico de drogas deixou de ser crime hediondo para fins de progressão de regime**. 22 fev. 2022. Disponível em: <<https://www.direitopenalbrasileiro.com.br/o-trafico-de-drogas-deixou-de-ser-crime-hediondo-para-fins-de-progressao-de-regime/>>. Acesso em agosto de 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública – 2022**. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>>. Acesso em setembro de 2022.

GANEM, Pedro Magalhães. **O que é homicídio “privilegiado”?**. Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-que-e-homicidio-privilegiado/>>. Acesso em julho de 2022.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Org.). **Legislação Criminal Especial** – 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Ciências Criminais; v. 6).

GOMES, Luiz Flávio; et al. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Histórico-drogas**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/428/edicao-1/historico-drogas>>; acesso em 28/06/2022.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado** – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.
JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada** – 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia (coords.). **Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: Prisão provisória e direito de defesa**. Boletim Segurança e Cidadania, n. 17, novembro de 2015. Disponível em: <<https://cesecseguranca.com.br/boletim/trafico-de>>

drogas-na-cidade-do-rio-de-janeiro-prisao-provisoria-e-direito-de-defesa/>. Acesso em setembro de 2022.

SOARES, Cleyton Rodrigues. **Distinção entre usuário e traficante da lei de drogas: o critério subjetivo dessa definição e suas consequências**. 2021. 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/32321>>. Acesso em setembro de 2022.

LENIESKY, Fabiano. **Pacote Anticrime: o crime de tráfico de drogas continua sendo equiparado a hediondo para fins de progressão de regime?** 22 fev. 2022. Disponível em: <https://aacrimesc.org.br/pacote-anticrime-o-crime-de-traffic-de-drogas-continua-sendo-equiparado-a-hediondo-para-fins-de-progressao-de-regime/#_ftnref1>. Acesso em agosto de 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único** – 4 ed. – Salvador: JusPODIUM, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único** – 8 ed. – Salvador: JusPODIUM, 2020.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada** – 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MASI, Carlo Velho. **O afastamento da hediondez do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para fins de progressão de regime**. 11 ago. 2022. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-afastamento-da-hediondez-do-crime-de-traffic-ilicito-de-entorpecentes/>>. Acesso em agosto de 2022.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método: 2019.

Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional (InfoPen). **Relatórios contendo informações penitenciárias referentes ao contexto nacional**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>>. Acesso em agosto de 2022.

MORAES, Alexandre de.; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de; et al.. Org. Equipe Forense. **Constituição Federal Comentada**. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** – 13 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal** – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SENADO FEDERAL. **Resolução nº 5, de 2012**. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília, DF, 15 fev. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no HC nº 745.957/PR**. Quinta turma. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 02/08/2022. DJe 10/08/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201648205&dt_publicacao=10/08/2022>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Controvérsia (CT)**. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/informacoes-gerais/controversias#:~:text=Controv%C3%A9rsia%20\(CT\)&text=O%20recurso%20representativo%20de,%2C%20tornando%2Da%20tema%20repetitivo](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/informacoes-gerais/controversias#:~:text=Controv%C3%A9rsia%20(CT)&text=O%20recurso%20representativo%20de,%2C%20tornando%2Da%20tema%20repetitivo). Acesso em agosto de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC nº 664.284/ES**. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/09/2021, DJe em 27/09/2021.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em Teses. Edição n. 131**. Brasília, 23 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20Teses%20131%20-%20Compilado%20Lei%20de%20Drogas.pdf>. Acesso em julho de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no HC nº 729.332-SP**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca., Quinta Turma. Julgado em 19/04/2022. DJe 25/04/2022.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1329088/RS**. Submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção. Julgado em 13/03/2013, DJe 26/04/2013.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 444**. Terceira Seção. Julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Disponível em: <https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2362/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em agosto de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 512**. DJe 17/06/2014. Cancelada em 28/11/2016. Disponível em: <https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2468/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em agosto de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Tema 1.139**. Informativo nº 745. 22 de agosto de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1139&cod_tema_final=1139>. Acesso em setembro de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Terceira Seção veda uso de inquéritos e ações em curso para impedir aplicação do tráfico privilegiado.** 17/08/2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17082022-Terceira-Secao-veda-uso-de-inqueritos-e-acoes-em-curso-para-impedir-aplicacao-do-trafico-privilegiado.aspx>>. Acesso em setembro de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC nº 104.339/SP.** Plenário – Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 10/05/2012. DJe 06/12/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC nº 111.840.** Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 1.283.996** AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma. Julgado em 11/11/2020, DJe 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 118.533/MS.** Plenário. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016, DJe 16/09/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 97.256/SC** –Relator Ministro Ayres Brito. Julgado em 01/09/2010. Publicado em 16/12/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.038.925.** São Paulo – Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 18/08/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 697.** DJ de 13-10-2003. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2781#:~:text=A%20proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20liberdade%20provis%C3%B3ria,processual%20por%20excesso%20de%20prazo.&text=%C3%89%20inconstitucional%20a%20express%C3%A3o%20%22e,44%20da%20Lei%2011.343%2F2006>>. Acesso em agosto de 2022.

VERÍSSIMO, Marcos. **A nova lei de drogas e seus dilemas Apontamentos para o estudo das formas de desigualdade presentes nos interstícios do ordenamento jurídico-penal brasileiro.** Civitas: revista de Ciências Sociais, v. 10, n. 2, p. 330-344, 18 nov. 2010. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6533>>. Acesso em julho de 2022.