www.conteudojuridico.com.br

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

VINICIUS DE SOUZA CASTRO

ANÁLISE DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

VOLTA REDONDA
2017

www.conteudojuridico.com.br

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

ANÁLISE DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Monografia apresentada ao curso de Direito do UniFOA como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aluno:
Vinicius de Souza Castro

Orientador:
Prof. Ricardo Maia

VOLTA REDONDA

2017

www.conteudojuridico.com.br

FOLHA DE APROVAÇÃO

Aluno: Vinicius de Souza Castro

Título de Monografia: Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz da jurisprudência e dos princípios constitucionais.

Orientador: Ricardo Fernandes Maia

Banca Examinadora

_____
Prof.

_____
Prof.

_____
Prof.

Monografia avaliada em ____ de _____ de 2017.

Dedico esse trabalho à minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me dar saúde durante a feitura desse trabalho. Agradeço também ao meu nobre orientador por nortear os caminhos que esse trabalho deveria percorrer, além dos preciosos ensinamentos jurídicos. Agradeço a todos os professores do curso de Direito da FOA, por fomentar em mim a paixão pelo direito. Por fim, agradeço aos meus pais pelo apoio financeiro e psicológico, e à minha namorada Ana Clara, por me emprestar quando foi necessário, material bibliográfico.

RESUMO

Esse trabalho visa analisar se o tratamento como hediondo dispensado ao tráfico privilegiado está de acordo com os princípios constitucionais norteadores do direito e processo penal. Para isso, o trabalho apresenta um apanhado geral da lei 8.072/1990 (lei de crimes hediondos), abordando sua natureza e consequências jurídicas. Em seguida há a apresentação do dispositivo legal que trata das condutas envolvendo o tráfico de drogas (art. 33 da lei 11.343/2006), sendo esmiuçada todas as condutas previstas. No capítulo seguinte foi feita uma análise da compatibilidade entre a lei de crimes hediondos e o tráfico privilegiado, levando em consideração a etimologia da palavra “hediondo”, e os princípios constitucionais da legalidade, individualização da pena e proporcionalidade. Por fim, esse trabalho examinou a evolução histórica jurisprudencial sobre o tema nos âmbitos do STJ e STF, até a mudança de paradigma por parte do STF, ocorrida em meados de 2016.

Palavras-chave: tráfico privilegiado; hediondez; princípios constitucionais; jurisprudência.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 8

2 BREVE ANÁLISE DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS 10

2.1 Origem 10

2.2 Crimes elencados como hediondos e equiparados.....12

2.3 Consequências jurídicas.....13

2.3.1 Tratamento processual penal.....15

2.3.2 Tratamento penal.....20

3 ANÁLISE DO ART. 33, LEI 11.343/06 25

3.1 Tráfico de drogas (art. 33, caput).....26

3.2 Tráfico equiparado (art. 33, § 1º).....29

3.3 Induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de drogas (art. 33, § 2º) 36

3.4 Cessão gratuita para consumo (art. 33, § 3º).....38

3.5 Tráfico Privilegiado (art. 33, § 4º).....39

4 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE ENTRE O TRÁFICO PRIVILEGIADO E A LEI DE CRIMES HEDIONDOS.....47

4.1 A questão da hediondez sob o enfoque etimológico 49

4.2 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da legalidade e reserva legal.....51

4.3 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da individualização da pena.....57

4.4 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da proporcionalidade.....60

5 MUDANÇA DE PARADIGMA.....64

5.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça 64

5.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal 68

6 CONCLUSÃO 75

7 REFERÊNCIAS.....77

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1998, ao determinar em seu art. 5º, XLIII, que não seria suscetível de fiança, graça ou anistia, dentre outros, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, equiparou-o aos crimes hediondos, dando um mandamento ao legislador ordinário para disciplinar a matéria, que assim fez, por meio da lei 8.072/90[1].

Ocorre que, com a edição da lei 11.343/2006, precedida pela retrógrada lei 6.368/76, foram trazidas algumas inovações, dentre elas, a contemplada no seu artigo 33 § 4º, que passou a diferenciar a figura do traficante profissional do traficante eventual, que na vigência da antiga lei de drogas (lei 6.368/76) recebiam as mesmas penas sem qualquer diferenciação[2].

No dispositivo acima mencionado da nova lei de drogas, ao traficante eventual, isto é, ao sujeito primário e de bons antecedentes, que eventualmente se utiliza do comércio ilícito de drogas, mas que não apresenta um perfil delinquencial, não se dedica e nem possui raízes fincadas no crime, e que em muitas das vezes experimenta a traficância por pura necessidade econômica ou até mesmo para sustentar o próprio vício, a lei previu uma diminuição substancial da pena, que pode variar de 1/6 a 2/3.

Diante disso, passou-se a discutir na doutrina e jurisprudência o real alcance da expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, previsto na CF/88 e na lei de crimes hediondos, havendo o questionamento se a nova figura prevista no art. 33 § 4º, lei 11.343/06 apelidada pela doutrina como tráfico privilegiado, deveria sofrer ou não a pecha da hediondez.

---

[1] COUTO, Felipe Guimarães Do**. A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas**. 2012. 23 f. Monografia (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 19/20. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf>. Acesso em 04 de março de 2017.

[2] *Vide* art. 12 da lei 6.368/76.

A jurisprudência, inicialmente, se inclinou pelo reconhecimento da hediondez do tráfico privilegiado, tendo inclusive o STJ sumulado entendimento pela sua hediondez, no ano de 2014[3]. Mas, com o tempo, tal entendimento foi perdendo força, especialmente no STF, até que em 2016, por meio do Habeas Corpus nº 118.533/MS[4], de forma inédita, decidiu por afastar seu caráter hediondo, rompendo com o paradigma tradicional.

Em vista desse cenário, esse trabalho tem como escopo, verificar se é correto conferir o rótulo de hediondo ao tráfico privilegiado,usando como norte os princípios da legalidade e reserva legal, individualização da pena, e o princípio da proporcionalidade.

[3]SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 512:** A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. Terceira Seção. 11/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 01 de março de 2017.

[4] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998> Acesso em 01 de março de 2017.

2 BREVE ANÁLISE DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

2.1 Origem

O tratamento penal diferenciado destinado aos crimes hediondos, no Brasil, surgiu no ordenamento jurídico com a promulgação da atual Constituição Federal, no dia 05 de outubro de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XLIII, dispôs que,à prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, e aos crimes hediondos, deveria lei infraconstitucional dispensar um tratamento excepcionalmente mais gravoso, trazendo o dispositivo constitucional a esses crimes, a impossibilidade de concessão de fiança, graça ou anistia[5].

Portanto, a Constituição Federal de 1988, foi a gênese legal do tratamento excepcional atribuído aos crimes hediondos no nosso ordenamento pátrio, cuidando ainda, de dar ao legislador ordinário, a ordem mandamental de editar uma lei que tratasse dos crimes hediondos e assemelhados.

Ocorre que até o início do ano de 1990, essa lei ainda não havia sido promulgada, havendo uma pressão popular muito intensa sobre a classe política, acerca de medidas satisfativas de combate ao crime, que no fim dos anos 80 e início dos anos 90, sofreram vertiginoso aumento no Brasil, especialmente no que diz respeito aos delitos considerados graves, em particular na cidade do Rio de Janeiro[6].

Foi então que, dois acontecimentos, foram determinantes e tiveram especial influência na edição e promulgação de nossa lei de crimes hediondos,haja visto o momento de pânico, pressão popular e a grande insegurança que assolava a população brasileira naquele período[7]:

---

[5] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. *In: Vade Mecum.* São Paulo: Saraiva, 2014.
[6] HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. 1 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 19.
[7] *Ibidem*, p. 19/20.

O primeiro acontecimento, foi o sequestro do empresário Abílio Diniz[8], um dos homens mais ricos do país, no dia 11 de dezembro de 1989, na cidade de São Paulo, que durou seis dias,e cuja libertação da vítima aconteceu na véspera das eleições presidenciais daquele ano, que ocorrera no dia 16.

O segundo acontecimento, foi o sequestro do empresário Roberto Medina[9], fundador do maior evento de música do Brasil, o Rock in Rio, e irmão do até então Deputado Federal pelo Rio de Janeiro, Rubem Medina, que ocorreu no dia 06 de junho de 1990, nacidade do Rio de Janeiro, perdurando por 16 dias, e culminandona libertação da vítima no dia 21 do mesmo mês.

Essas duas ocorrências tornaram imperativa a urgência de ações políticas no sentido de contenção da criminalidade, o que para o Estado, seria resolvido com a edição de uma lei mais severa que tratasse desses delitos considerados de maior reprovabilidade.Felipe Guimarães do Couto, atento ao contexto histórico acerca da criação da lei de crimes hediondos, discorre que

> O Estado, atendendo ao clamor público, com seu poder repressivo, ao publicar a Lei de Crimes Hediondos tinha como escopo demonstrar publicamente que dispunha de um poder punitivo que inibiria a violência dos delinquentes, esquecendo que às raízes da violência está no próprio sistema estatal que promove de maneira brutal a desigualdade social[10].

Complementando, Alberto Silva Franco *apud* Couto:

> A conclusão subsequente é a de que a Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos seguimentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja,

---

[8] REMIGIO, Marcelo. **Sequestro do empresário Abílio Diniz agitou campanha presidencial em 1989**. Disponível em: <http://www.averdadesufocada.com/index.php/editoria-do-site-notcias-90/2550--2111-o-sequestro-de-abilio-diniz> Acesso em 8 de outubro de 2016.

[9] OBSERVATÓRIO DE MÍDIA E VIOLÊNCIA. **Sequestro de Roberto Medina**. Disponível em: <http://www.midiaeviolencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9%3Asequestro-de-roberto-medina&catid=25&Itemid=140> Acesso em 8 de outubro de 2016.

[10] COUTO, Felipe Guimarães Do**. A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas**. 2012. 23 f. Monografia (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 20. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf>. Acesso em 04 de março de 2017.

> o de dar à população a falsa ideia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança[11].

Isto posto, foi nesse cenário de violência crescente, insegurança pública e clamor popular por respostas governamentais, que surgiu a Lei 8.072, conhecida como a lei de crimes hediondos, editada às pressas e publicada no dia 25 de julho de 1990 (34 dias após o fim do sequestro do empresário Roberto Medina), servindo como mera medida paliativa de contenção da crescente criminalidade, inserindo um tratamento penal e processual penal diferenciado, mais rigoroso, para os crimes hediondos e a eles equiparados.

2.2 Crimes elencados como hediondos e equiparados

A CF/88, não trouxe em seu dispositivo, definição de crime hediondo e tampouco elencou quais seriam esses crimes, deixando à lei ordinária, a responsabilidade de especificar tais delitos, limitando-se a enunciar, no seu art. 5º, XLIII,que os crimes hediondos, o tráfico de drogas, o terrorismo e tortura, seriam inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia.

Pois então, da leitura do dispositivo constitucional reportado acima, podemos chegar à conclusão que o tráfico de drogas, o terrorismo e a prática de tortura não são considerados propriamente crimes hediondos, mas foram a eles equiparados por vontade do legislador constituinte, já que previu o mesmo tratamento a ambos.

Equiparar[12] significa tornar igual, dar o mesmo tratamento, e por isso, a lei 8.072/90 traz no artigo 1º quais são os delitos hediondos, e em seguida, no seu artigo

---

[11]SILVA FRANCO, Alberto. Crimes Hediondos. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p 582 *apud* COUTO,Felipe Guimarães Do**. A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas**.2012. 23 f. Monografia (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 21. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2017.

[12] AURÉLIO, DICIONÁRIO ONLINE. **Equiparar.** Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/equiparar> Acesso em 8 de setembro de 2016.

2º, traz os crimes constitucionalmente equiparados a eles, aos quais deverá ser efetivado o mesmo tratamento penal e processual penal.

Preceitua o artigo 1º da Lei 8.072/90, que são hediondos, os crimes consumados ou tentados de: Homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado; lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte, quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos artigos 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; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; e o genocídio[13].

O artigo 2º completa o anterior, trazendo os crimes assemelhados aos hediondos,e prevendo as consequências penais e processuais penais(que serão abordadas no próximo subtítulo) atribuídas aos crimes supramencionados no parágrafo anterior, e também ao crime de prática de tortura, ao crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, e ao crime de terrorismo[14].

2.3 Consequências jurídicas

Como já demonstrado anteriormente no subitem 2.1 do presente capítulo, a lei 8.072/90 foi editada e promulgada às pressas, como uma resposta, ainda que simbólica, ao pânico que vivia a população brasileira.

---

[13]BRASIL. Lei de Crimes Hediondos. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.
[14]*Idem.*

Sua intenção, claramente, foi impedir que o agente que cometesse os delitos hediondos e equiparados, não permanecesse em liberdade, dispondo para isso de um tratamento muito mais rigoroso e severo, seja na seara penal, seja na seara processual penal. Prova disso, é que a lei de crimes hediondos, nesses pouco mais de 26 anos de vigência, sofreu diversas modificações, sendo eivada de diversas inconstitucionalidades.

A redação original do art. 2º da lei de crimes hediondos, por exemplo, vedava em seu inciso II, a concessão de liberdade provisória, e no parágrafo 1º, previa a imposição do regime integralmente fechado aos apenados por crimes hediondos e equiparados, o que impossibilitava a progressão de regime, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, e a concessão do livramento condicional.

Com o a advento da lei 11.464 de 2007, que alterou esse artigo, a lei 8.072/90 passou a admitir a liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados, e passou a prever que apenas o regime inicial de cumprimento de pena deveria ser o regime fechado. Antes da promulgação dessa lei, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, por meio do julgamento do Habeas Corpus 82.959/SP, já havia declarado de forma incidental, a inconstitucionalidadeda proibição de progressão de regime[15].

Contudo, o novo texto do parágrafo 1º da lei 8.072/90 dado pela lei 11.464/07, quepassou a prever a obrigatoriedade de se iniciar o cumprimento de pena no regime fechado, também foi objeto de controle difuso de constitucionalidade, tanto pelo STF quanto pelo STJ, considerando os Tribunais que tal mandamento também é inconstitucional, pois viola o princípio da individualização da pena.

Nesse sentido, assim considerou o Ministro do STJ Og Fernandes, durante o julgamento do HC nº 149.807/SP, em 2010:

> [...]. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 9 Cópia HC 111.840 / ES 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é

[15] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº82.959/SP**. Plenário. Relator: AURÉLIO, Marco. Julgado em 23/02/2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp/inteiro-teor-100477870> Acesso em 1 de setembro de 2016.

> que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.
> Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do caso por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso[...][16].

Em 2012, o STF, no julgamento do HC nº 111.840/ES, seguiu o entendimento supra e também declarou inconstitucional, via incidental,a imprescindibilidade de se iniciar o cumprimento de pena no regime mais gravoso, admitindo-se o início do cumprimento de pena em regime diverso do fechado[17].

Importante salientar que o controle incidental de constitucionalidade, também chamado de controle difuso, é aquelerealizado em qualquer instância judicial, por qualquer juiz ou tribunal, que pode afastar a incidência de uma norma reputada inconstitucional no caso concreto, tendoeficácia apenas *erga singulum*, ou seja, seus efeitos são sentidos apenas pelas partes do processo onde a inconstitucionalidade foi declarada. Portanto, a norma que prevê o cumprimento inicial em regime fechado, previsto no parágrafo 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 não foi revogada, em que pese a jurisprudência já ter reconhecido incidentalmente sua inconstitucionalidade.

Passemos então, nos próximos subitens a analisar o atual tratamento jurídico conferido aos crimes hediondos e aos crimes a eles equiparados.

2.3.1 Tratamento processual penal

[16] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 149.807/SP.** Sexta Turma. Relator: FERNANDES, OG. Julgado em 06/05/2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16805083/habeas-corpus-hc-149807-sp-2009-0195777-0> Acesso em: 1 de setembro de 2016.

[17] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 111.840/ES.** Plenário. Relator: TOFFOLI, Dias. Julgado em 27/06/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=111840&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M > Acesso em 1 de setembro de 2016.

Inicialmente, destacamos que no plano processual penal, os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de concessão de fiança, segundo leitura do artigo 2º, II, da Lei 8.072/90.

O instituto da fiança está previsto no capítulo V (art. 319, VIII) e VI (a partir do art. 322) do Código de Processo Penal, tendo natureza de medida cautelar, que visa garantir a efetividade do processo, propiciando, caso o réu seja condenado, a reparação do dano causado, e ainda, permitindo que o réu responda ao processo em liberdade.

Fernando Capez, salienta que "o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado"[18].Julio Fabbrini Mirabete, tratando do instituto em comento, assim o conceitua:

> A fiança, em termos legais, é uma garantia real de cumprimento das obrigações processuais do réu. É garantia real porque tem por objeto coisas (art. 330), não existindo mais a fiança fidejussória no processo penal comum. É um direito constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível. É um meio utilizado para obter a liberdade provisória; se o acusado está preso, é solto; se está em liberdade, mas ameaçado de prisão, a custódia não se efetua[19].

Muito embora seja vedada a concessão de fiança aos crimes hediondos e equiparados, atualmente há o entendimento na doutrina e jurisprudênciano sentido de que a vedação de concessão de fiança não impede, por si só, a concessão de liberdade provisória, tanto é que, foi retirado do texto do inciso II, art. 2º, lei 8.072/90, a parte que vedava a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados. A própria CF/1988, no artigo 5º, inciso LXVI, clarifica esse entendimento, dispondo que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"[20]. Destarte, o juiz deverá observar, se estão

---

[18]CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2013, p. 363.
[19] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2000, p. 726.
[20] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. *In:Vade Mecum.* São Paulo: Saraiva, 2014.

presentes os requisitos necessários para a prisão preventiva, e caso não estejam, deverá o réu ser posto em liberdade.

Em concordância com o acima exposto, Paulo Rangel leciona sobre o tema da seguinte forma:

> De acordo com o novo texto legal, não resta dúvida de que o juiz poderá conceder ao réu liberdade provisória, fundamentadamente. A supressão da expressão "liberdade provisória" do inciso II e a redação do § 3º não permitem outro entendimento acerca da possibilidade da liberdade provisória em crime hediondo, até porque a possibilidade de progressão de regime (§ 1º), até então vedada, é outro indicativo da adoção de política criminal mais favorável ao réu.
> Nesse sentido, o juiz, hodiernamente, verifica se estão presentes os motivos que autorizam a custódia cautelar do acusado. Se positiva a resposta, decreta a prisão preventiva. Se negativa, concede-lhe a liberdade provisória, tudo em conformidade com o disposto no § 3º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos[21].

Especificamente quanto ao tráfico de drogas, há ainda a vedação da liberdade provisória por força do art. 44, da lei 11.343/06, porém, a jurisprudência e a doutrina também têm se inclinado pela inconstitucionalidade de tal vedação. Vejamos algumas decisões do nosso Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EXCEÇÃO À SÚMULA N. 691/STF. 1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal 2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. 3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. 4. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência,

[21]RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 878.

> da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. 6. Situação de flagrante constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula n. 691/STF. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso. (HC 100745, Relator (a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-04 PP-01121)[22].
>
> Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (HC 104339, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012)[23].

E o professor Rogério Sanches Cunha, arrematando, pondera:

> [...]proibindo o beneplácito da liberdade provisória somente para o tráfico (e não para outros delitos elencados na Lei 8.072/90, alguns até mais graves, como o latrocínio, por exemplo), são desconsiderados princípios basilares do Direito Penal, como o da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia (porque proibir liberdade provisória apenas ao traficante, e não ao estuprador?). Constantemente alertamos o equívoco de se vedar benefícios penais e/ou processuais a determinados crimes em abstrato, ignorando as circunstâncias que rodeiam o caso concreto, técnica que transforma o magistrado num autômato, fazendo preponderar um positivismo cego, em claro detrimento da Justiça[24].

---

[22] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 100.745/SC.** Segunda Turma. Relator: GRAU, Eros. Julgado em 09/03/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893115%2ENUME%2E+OU+93115%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jssgult> Acesso em 7 de março de 2017.

[23] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 104.339/SP.** Tribunal Pleno. Relator: MENDES, Gilmar. Julgado em 10/05/2012. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104339%2ENUME%2E+OU+104339%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jznazmt Acesso em 7 de março de 2017.

[24] CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *IN:* GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

Outra consequência processual, é que o apelo em liberdade, no caso de sentença condenatória, estará sujeito a decisão do juiz, segundo o parágrafo 3º, art. 2º da lei em comento. Ora, esse dispositivo inverte a lógica geral que ensina que o juiz deve motivar a decretação da prisão preventiva e não a liberdade provisória, constituindo flagrante antecipação da punição, contrariando inclusive o art. 283, CPP, que estabelece, *in verbis:*

> Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva[25].

A apelação de sentença penal condenatória é dotada de efeito suspensivo, possibilitando ao acusado, em regra, apelar em liberdade, porém o dispositivo ora abordado previsto na lei de crimes hediondos, faz com que a liberdade vire a exceção, e torna a prisão a regra, já que o juiz deve fundamentar o motivo de colocar o réu em liberdade para apelar, e não, o motivo de cerceamento de sua liberdade através da prisão preventiva, sendo um claro atentado ao princípio da presunção de inocência.

A prisão preventiva, independentemente do crime,deve ser medida excepcional, devendo ser decretada tão somente quando presentes os requisitos previstos no artigo 312, CPP, tais como, garantir a ordem pública e econômica, permitir o deslinde da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal[26]. Corroborando, convém destacar aslições de Tourinho Filho:

> Em face do exposto, que tem o apoio da totalidade da doutrina, chegar-se à conclusão inarredável de que a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, **só se justifica quando presente uma dessas circunstâncias: conveniência da instrução criminal ou exequibilidade da efetivação da pena, jamais com fundamento de tratamento punitivo**. Desse modo, **toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária**, visto que contrária ao princípio da "presunção de inocência"[27]. (Grifo meu)

---

[25] BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.***In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.
[26]*Idem.*
[27] TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Código de processo penal comentado**. 15 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014, p. 930.

Por fim, a última consequência processual penal, segundo o parágrafo 4º, art. 2º, da lei ora conferenciada, a prisão temporária poderá se dar pelo prazo de 30 dias, podendo ser prorrogada por igual período[28]. No tratamento ordinário e habitual dispensado aos crimes não hediondos, a prisão temporária pode se dar por no máximo 5 dias, também podendo ser prorrogada por igual período, em caso de comprovada necessidade[29].

2.3.2 Tratamento penal

No plano penal, os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, de acordo com o inciso I do art. 2º da lei 8.072/90, sendo válido mencionar que o art. 5º, XLIII, da CF/88, veda apenas a concessão de anistia e graça.

A anistia, a graça, e o indulto nada mais são do que causas de extinção da punibilidade, com previsão legal no art. 107, II, CP.Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, no que diz respeito ao tema, assim orientam:

> Extinguem a punibilidade a anistia, a graça e o indulto (art. 107, inciso II). São causas extintivas motivadas por política criminal, além de processo de individualização da pena, para moderar os rigores implacáveis da lei na aplicação ou execução da pena ou, eventualmente, destinadas a remediar erro judiciário[30].

---

[28]BRASIL. Lei de Crimes Hediondos. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.
[29] BRASIL. **Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 2º.
[30]MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 28 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2012, p. 377.

A competência para conceder anistia é do Congresso Nacional[31], que por meio de lei federal perdoa determinadas infrações penais já praticadas, extinguindo todos os efeitos penais, subsistindo apenas o dever de indenizar.

Já quanto à graça e o indulto, a competência é do Presidente da República, que por meio de um decreto, concede perdão a determinados transgressores das normas penais, se diferenciando na medida que a graça é uma clemênciaindividual concedida mediante requerimento do próprio condenado, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa[32], e o indulto, um perdão coletivo, feito de maneira discricionária pelo Presidente da República[33], podendo ser delegado aos ministros de Estado, ao procurador-geral da República ou ao advogado-geral da União[34].

Tanto na graça quanto no indulto, extingue-se apenas os efeitos principais da condenação previstos no respectivo decreto presidencial, restando, porém, os efeitos secundários (como a reincidência, por exemplo), podendo a extinção ainda se dar de forma plena, quando a pena é extinta, ou parcial, quando a pena é diminuída ou comutada (nesse caso, de fato, não existe extinção da punibilidade, mas sim um abrandamento da pena imposta).

Ainda no plano penal, o art. 2º, parágrafo 1º da lei 8.072/90, prevê que os crimes hediondos e equiparados devem ser cumpridos inicialmenteobrigatoriamente no regime fechado de pena privativa de liberdade, independentemente do quantum de pena suportado pelo condenado. Hodiernamente, nos crimes não hediondos, o que define o regime inicial de cumprimento de pena é o tipo de pena aplicada ao crime (reclusão ou detenção), o quantum de pena, a reincidência e as circunstâncias judiciais[35].Válido é relembrar, como já explanado no início do subtítulo 2.3, que muito embora tal mandamento previsto no art. 2º, §1º da lei de crimes hediondos não tenha

---

[31] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 48, VIII.
[32]BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. *In:Vade Mecum.* São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 188.
[33] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 84, XII.
[34] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 84, parágrafo único.
[35] BRASIL. Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 33, § 2º e 3º.

sido revogado, parte da doutrina e jurisprudência consentem pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, por afrontar ao princípio da individualização da pena e por contrariar a Súmula 719 do STF, segundo o qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea[36].Endossando tal compreensão, vejamos o posicionamento de Rogério Greco sobre a fixação do regime inicial de cumprimento de pena:

> Assim, a decisão do STF, embora *incidenter tantum*, deverá ser aplicada não somente aos caso futuros, permitindo-se ao julgador, quando possível, a fixação de outro regime inicial de cumprimento de pena, que não o fechado, devendo, ainda, retroagir, a fim de alcançar aquelas condenações, já transitadas em julgado, ou mesmo ainda pendente de recurso, para que esse novo entendimento seja aplicado a todos os agentes condenados não somente pelo tráfico de drogas, mas a todas as infrações penais previstas na Lei nº 8.072/90, que fizerem jus à fixação de um regime inicial de cumprimento de pena, diverso do fechado[37].

Destacamos ainda, no campo penal, a diferenciação que faz a lei 8.072/90 quanto à progressão de regime, que passou a ser possível no caso dos delitos hediondos e equiparados graças a edição da lei 11.464/07. Dispõe o § 2º, art. 2º da lei de crimes hediondos, que a progressão de regime poderá ser feita mediante cumprimento de 2/5 da pena, no caso de réu primário, e 3/5 se o apenado for reincidente. No tratamento ordinário, a progressão de regime se dá mediante cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior, devendo o condenado, além disso, ter bom comportamento[38].

Vejamos o que ensina Cezar Roberto Bitencourt acerca da progressão de regime:

> A Reforma Penal adotou, como se constata, um sistema progressivo de cumprimento de pena, que possibilita ao próprio condenado, através de seu procedimento, da sua conduta carcerária, direcionar o ritmo de cumprimento de sua sentença, com mais ou menos rigor. Possibilita ao condenado ir conquistando paulatinamente a sua liberdade, ainda durante o cumprimento de pena, de tal maneira que a pena a ser cumprida não será sempre e

---

[36] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 719**. 15/08/2007. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2238&seo=1>. Acesso em: 19 de dezembro de 2016.

[37] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 494.

[38] BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 112.

> necessariamente a pena aplicada. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Código a conquista progressiva de parcelas da liberdade suprimida[39].

Outra medida diferenciadora no campo penal, se refereao livramento condicional, nos termos do art. 5º da Lei 8.072/90, que acrescentou o inciso V ao art. 83 do CP. Além dos pressupostos costumeiros que devem ser cumpridos por qualquer condenado para alcançar o benefício da liberdade condicional, o condenado a crimes hediondos ou equiparados fará jus a tal benefício, desde que cumpra mais de 2/3 da pena, todavia, se o réu for reincidente específico desses delitos, ou seja, for condenado por algum crime hediondo ou equiparado, e cometer novamente um crime de natureza hedionda, estará impossibilitado de receber o livramento condicional. No tratamento habitual dado aos crimes não hediondos, se o condenado não for reincidente em crime doloso, poderá receber o livramento condicional desde que cumpra mais de 1/3 da pena, e se for reincidente, mais da metade da pena[40].

Citamos mais uma vez Bitencourt, que assim preleciona sobre a importante função do livramento condicional na recuperação social do condenado:

> A concepção moderna de que a finalidade da pena é prevalentemente preventiva e visa também a reinserção social do condenado ou, como diz mais recentemente Muñoz Conde, pelo menos, evitar a “dessocialização”, implica que, quando o apenado mostra-se reformado, a pena já não tem para ele nenhuma finalidade, e deve ser posto em liberdade. Como, no entanto, a reforma apresentada pode ser aparente ou simulada, a liberdade condicional apresenta-se como instrumento adequando, isto é, um período de prova durante o qual o beneficiário continua vigiado e sob condições, para demonstrar sua verdadeira recuperação. É a aprendizagem da nova vida em liberdade. Em verdade, por tal instituto, o condenado a uma pena privativa de liberdade pode sair do estabelecimento antes do término fixado na sentença condenatória, claro, sempre que houver determinadas circunstâncias e sob certas condições. É uma antecipação, embora limitada, da liberdade. A liberação organizada sobre a base de um regime de assistência e vigilância do apenado durante certo prazo, com a possibilidade de reingresso na prisão em caso de má conduta, oferece ao réu mais possibilidade de reinserção, sem esquecer a sociedade, via prevenção geral. Através desse instituto, coloca-se no convívio social o criminoso que apresenta, em determinado momento do cumprimento da pena, suficiente regeneração[41].

---

[39]BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 11 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007, p. 452.
[40]BRASIL. Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 83, I e II.
[41]BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 11 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007, p. 656.

Por fim, a lei de crimes hediondos, trouxe o agravamento de pena, em alguns crimes, de acordo com os artigos 6º e 8º:

No art. 6º, houve o aumento de pena dos crimes de roubo, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia e envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal. No art. 8º, foi disposto que a pena para o delito de associação criminosa deverá ser aumentada de 1 a 3 anos para 3 a 6 anos, se os transgressores se associarem para a prática de crimes hediondos ou equiparados.

Esse é, portanto, o panorama geral da lei de crimes hediondos, necessário para adentrarmos no mérito do trabalho, que visa analisar se esse tratamento diferenciado é de razoável aplicação ao crime do dito tráfico privilegiado.

3 ANÁLISE DO ART. 33, LEI 11.343/06

O artigo 33 da lei 11.343/06, é o dispositivo que traz a tipificação do delito de tráfico de drogas em suas diversas formas.

Os crimes previstos nesse artigo têm como sujeito passivo a coletividade, e como bem jurídico tutelado, a saúde pública, entendendo a maior parte da doutrina, que se trata de um crime de perigo abstrato, não havendo por essa razão, necessidade de se comprovar o risco efetivo à saúde pública, já que o perigo é presumido por lei, bastando que o agente pratique alguma das condutas criminalizadas para configurar a ilicitude[42].

Devido à complexidade da matéria e as constantes modificações das substâncias psicotrópicas, a lei 11.343/06 optou por não definir o conceito de droga, tampouco definir quais as substâncias têm a comercialização proibida no Brasil, se limitando a dizerem seu 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 nº 344, de 12 de maio de 1998[43].

A referida lei, portanto, respeitando a complexidade da matéria, limitou-se a estabelecer quais condutas são criminosas, e quais devem ser as sanções para cada conduta, ficando a tarefa de discriminar quais seriam as substâncias ilegais, sob a responsabilidade da ANVISA, que as determina por meio da Portaria 344[44]. Diante disso, a lei de drogas é considerada uma norma penal em branco, ou seja, uma norma

---

[42]CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In:* GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014, p 181.

[43] BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006***. In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

[44]SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n. º 344**, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial**.** Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria_344_98.pdf> Acesso em 20 de março de 2017.

que necessita de complementação para ter aplicabilidade. Rogério Greco, define o conceito das normas penais em branco da seguinte forma:

> 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[45].

Destarte, faremos nos próximos subtítulos, as considerações mais relevantes e importantes com relação as diversas condutas previstas no art. 33, afim de diferencia-las, bem como suas consequências jurídicas, para que possamos compreender quais condutas devem sofrer a pecha da hediondez.

3.1 Tráfico de drogas (art. 33, caput)

> 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[46].

No *caput* do artigo 33, está o delito de tráfico ilícito de drogas, na sua forma simples, havendo 18 verbos compondo o tipo, bastando que o agente pratique dolosamente, sem autorização legal ou em desacordo com a autorização, apenas um dos verbos para incorrer no delito. Importante lembrar, que por se tratar de crime de conteúdo variado, ainda que o sujeito pratique no mesmo contexto, isto é, no mesmo

[45] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 22.
[46] BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. *In: Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

cenário delituoso, mais de uma das ações previstas no *caput*, responderá por um único crime.

Relevante é comentar que a lei 11.343/06 não prescreve objetivamente, o que na prática, é tráfico de drogas e o que é porte para uso pessoal (já que a maioria das condutas podem ser praticadas por ambos), trazendo meramente critérios subjetivos, pendentes de discricionariedade da polícia, do Ministério Público e do julgador para determinar quem é traficante e quem é apenas usuário de drogas. Tais critérios são encontrados no art. 28, § 2º, segundo qual:

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

Em complemento, o art. 52, I, prescreve:

> Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:
> I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente[47];

Diante da falta de critérios mais claros e objetivos para a diferenciação do usuário e do traficante, na vigência da atual lei de drogas, o número de pessoasencarceradas por tráfico de drogas, passou de 31 mil em 2006, quando a lei foi publicada, para 138 mil em 2013[48].

Por ser em regra, um crime instantâneo, a consumação do delito se dará com a prática de qualquer das ações previstas no *caput*, com algumas exceções, onde a

---

[47] BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.
[48] G1. **Com lei de drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2017.

consumação se protrairá no tempo, como por exemplo, nas modalidades de “expor à venda”, “trazer consigo” e “manter em depósito”[49].

Em regra, pode ser sujeito ativo do crime, qualquer pessoa, sendo um crime comum. Todavia, exceção se apresenta quanto a conduta de “prescrever”, que exigirá a qualidade específica de profissional da área da saúde com competência para receitar a droga, como médico, dentista, farmacêutico, enfermeiro, sendo quanto a esse caso, tratar-se de crime próprio[50].

Interessante também, é a previsão do art. 33, caput, quanto ao fornecimento gratuito de drogas ilícitas, demonstrando não ser necessário o propósito mercantilista para se caracterizar o crime, se amoldando à conduta do traficante que distribui as chamadas “amostras grátis” aos usuários. Nota-se, porém, caso esse fornecimento seja eventual e com a finalidade de consumo compartilhado, poderá a conduta se amoldar ao art. 33, § 3º, que será estudada a frente.

Por fim, a situação de traficância só será caracterizada se as condutas previstas no artigo forem praticadas “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar[51]”.Os artigos 2º e 31 da lei 11.343/06, admitem a possibilidade de exploração de drogas no Brasil com autorização legal ou para fins específicos, como por exemplo, para estudos científicos, para fins medicinais, ou ainda, para o uso religioso:

> Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.
> Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas[52].

---

[49] CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In:* GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014, p. 181.
[50] *Ibidem,* p. 177.
[51] BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**.*In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 33, *caput.*
[52] BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Art. 2º, *caput.*

Portanto, em situações extraordinárias, é possível a exploração de drogas em território brasileiro, sendo necessária autorização especial expedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, devendo o beneficiário da autorização fazê-la nos moldes do que foi autorizado[53]. Vicente Greco Filho *apud* Cunha, assim discorre sobre o uso incorreto da autorização especial:

> Equivale à ausência de autorização o desvio de autorização, ainda que regularmente concedido, como, por exemplo, alguém autorizado a importar cem gramas de morfina para fins terapêuticos, fizer a importação de cento e dez; ou, então, se alguém, autorizado a ter a posse para determinado fim, usa o entorpecente para outro[54].

3.2 Tráfico equiparado (art. 33, § 1º)

> Nas mesmas penas incorre quem:
> I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;
> II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
> III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas[55].

Nos incisos do parágrafo 1º do artigo 33 em estudo, foram tipificadas condutas equiparadas ao tráfico de drogas, prevendo a lei, a mesma pena cominada ao crime previsto no *caput*. Porém, além da pena privativa de liberdade, o agente aqui enquadrado terá sua propriedade expropriada, segundo o art. 32, § 4º, que em consonância com o art. 243, CF/88, determina que as propriedades onde se encontre

---

[53]SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n. º 344**, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial**.** Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria_344_98.pdf> Acesso em 20 de março de 2017.

[54] GRECO FILHO, Vicente**.** Lei de Drogas Anotada – Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva 2008, p 82 *apud* CUNHA, Rogério Sanches. "Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes". *In:* GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014, p. 179.

[55] BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

plantações ilegais de drogas, deverão ser confiscadas pelo Estado, não tendo o proprietário, direito algum a indenização.

No inciso I, há a previsão da conduta de tráfico ilícito de matéria-prima, insumo, ou produto químico destinado a preparação de drogas. Foram repetidas novamente quatorze das condutas previstas no *caput*, porém que serão realizadas com relação não a droga em si, mas sua matéria-prima, insumos ou produtos químicos que se destinam a preparação da droga.

Matéria-prima é a substância básica, em seu estado bruto, que se utiliza no fabrico da droga. Por exemplo, a matéria-prima da cocaína são as folhas de *erythroxylon coca*[56]. Insumos são os elementos essenciais na produção da droga, isto é, tudo aquilo que compõe a droga. A acetona, *e. g.,* é um dos insumos utilizados na produção da cocaína[57]. Produto químico é a substância química em si, manipulada na fabricação da droga[58], *e. g.,* o ácido lisérgico, é um dos produtos químicos utilizados no fabrico do LSD[59].

No inciso II, incorre qualquer pessoa que semeia, cultiva, ou faz colheita ilicitamente de plantas que se destinam a servir de matéria-prima para a preparação de drogas.

Caso esse plantio seja de pequena quantidade e para uso pessoal, deverá o agente responder pelo crime previsto no art. 28, § 1º (porte para uso pessoal), segundo ensina Sanches Cunha:

> [...]. Agora, tratando-se de pequena quantidade, as mesmas consequências para o usuário são aplicadas àquele que, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de substância ou produto

---

[56] PORTAL TUDO SOBRE PLANTAS.**Erythroxylum coca**. Disponível em: <http://www.tudosobreplantas.com.br/asp/plantas/ficha.asp?id_planta=22336>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

[57] PROFESSOR DOUGLAS. **Cocaína e seus derivados**. Disponível em: <http://www.profdouglaslafemina.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=17&itemid=18>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

[58] SILVA, Amaury. Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes".**Lei de DrogasAnotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 226.

[59] AVISOS PSICODÉLICOS. **Lsd - dietilamida do ácido lisérgico**. Disponível em: <http://avisospsicodelicos.blogspot.com.br/2008/03/lsd-dietilamida-do-cido-lisrgico.html>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

> capaz de causar dependência física ou psíquica (art. 28, § 1º). Se média ou grande quantidade (superior ao que necessário para o consumo próprio dos viciados), responde o agente nas penas do art. 33, § 1º, II (tráfico por equiparação)[60].

Já no inciso III, foi equiparado ao tráfico, a conduta do agente que utiliza ou consente que outra pessoa utilize local ou outro bem que tenha propriedade ou posse para o comércio ilícito de drogas. Nesse caso, estamos diante de um crime próprio, tendo o sujeito ativo que possuir a qualidade de proprietário, possuidor, administrador, guardião ou vigilante do bem usado na atividade criminosa de tráfico.

Nota-se pela leitura do dispositivo, que o sujeito ativo deve praticar a conduta com o objetivo específico de explorar o tráfico de drogas. Caso, utilize ou consinta que outrem utilize o local com o simples intuito de facilitar que terceiros usem ilicitamente drogas, a conduta poderá se amoldar ao art. 33, § 2º, mas não ao art. 33, § 1º, III[61].

Importante anotarmos, que a doutrina entende que nos delitos previsto nos incisos I e II do art. 33, § 1º, não é necessário que a substância proibida pela ANVISA esteja contida na matéria-prima, no insumo, no produto químico ou nas plantas destinadas a produção da droga. A materialidade delitiva do delito, é feita através do laudo pericial comprovando que o produto apreendido é utilizado como matéria-prima, insumo ou produto químico na fabricação da droga ilícita, e que, junto com outras provas demonstradas no caso concreto (art. 52, I), poderá evidenciar a traficância[62].

O professor Vicente Greco Filho *apud* Cunha, sintetiza o assunto da seguinte forma:

> Não há necessidade de que as matérias-primas tenham já de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos; basta que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas[63].

---

[60] GRECO FILHO, Vicente.Lei de Drogas Anotada – Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2008 *apud*CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In:* GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 186.

[61]CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In:* GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 188.

[62]*Ibidem,* p. 183.

[63] GRECO FILHO, Vicente.Lei de Drogas Anotada – Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2008, p 96 *apud* CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito

Complementando, Rogério Sanches Cunha determina:

> É perfeitamente aplicável ao tipo em estudo entendimento consagrado na lei revogada no sentido de que para configurar o crime em tela não importa que já apresentem as plantas o princípio ativo, porque o que a lei exige é que estas se destinem ao fornecimento de entorpecentes. Não se cultiva o entorpecente, em si, mas a planta da qual aquele será extraído (TJRS – RJTJRS 170/150)[64].

Mas, divergência existe, se o ato de importar sementes das plantas que eventualmente são utilizadas como matéria-prima na fabricação de drogas, também podem caracterizar o tráfico ilícito de matéria-prima. Rogério Sanches Cunha, se posiciona da seguinte maneira:

> a) Constatado pelo laudo pericial que as sementes já contêm uma das substâncias listadas como droga pela Portaria SVS/MS 344/1998, a exemplo do que ocorre com o tetraidrocanabinol (THC), princípio ativo da maconha, a conduta do agente já pode ser ajustada, a depender das circunstâncias do caso concreto, ao delito de tráfico de drogas do art. 33, caput, porquanto as próprias sementes já podem ser consideradas espécies de droga;
> b) Se o exame pericial não conseguir detectar a presença de droga nas sementes apreendidas, subsiste apenas o crime do art. 33, § 1º, I, porquanto não se pode descartar a possibilidade de utilização das sementes como matéria-prima para a produção de drogas[65];

Todavia, na jurisprudência o tema não é pacifico, havendo decisões judiciais enquadrando o ato de importar sementes de drogas como tráfico de matéria-prima (art. 33 § 1º, I), mas também, havendo decisões no sentido de que a importação de sementes não constitui tráfico, podendo, porém, constituir o delito de contrabando (334, CP).

A 11ª Turma do TRF- 3, já há algum tempo, reiteradamente tem decidido que a importação de sementes de maconha não pode ser tipificada como tráfico de

---

de drogas. Capítulo II: Dos crimes". *In:* GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183.

[64] CUNHA, Rogério Sanches. Art. 33. *In:* GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 185.

[65] *Ibidem,* p. 183/184.

matéria-prima, sob o argumento de que a matéria-prima da maconha, em verdade, é a sua planta, sendo a semente, a matéria-prima da matéria-prima. Senão vejamos:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA - ART. 33, § 1º, INCISO I, DA LEI 11.343/06. AS SEMENTES DE MACONHA NÃO CONSTITUEM MATÉRIA- PRIMA - OBJETO MATERIAL DO DELITO -. CONDUTA ATÍPICA. RECURSO DESPROVIDO.
> I - Por entender que a conduta imputada ao recorrido caracteriza-se como ato preparatório impunível, o Juízo a quo rejeitou a denúncia.
> **II - A importação de semente de maconha não configura o delito do artigo 33 - § 1º - I, da lei nº 11.343/06 que se refere à matéria prima destinada à preparação de substância entorpecente.**
> III- A semente de maconha não é a matéria-prima, porquanto não possui nela própria as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., produzir o entorpecente proibido**. Não se obtém a maconha da semente em si, mas só da planta que resultar da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e produzir as folhas necessárias para tanto.**
> IV - A semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no artigo art. 33, § 1º, inciso II, da Lei n. º 11.343/06, em que o legislador tipificou como sendo crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação da droga. No caso dos autos, o apelante não iniciou os atos executórios consistentes em semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de droga, pois sequer chegou a ter as sementes apreendidas em sua posse.
> V - Recurso desprovido.
> (TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, RSE - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 6936 - 0008881-71.2013.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 09/12/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/01/2015)[66] (Grifo meu).

> PENAL - PROCESSO PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA - DENÚNCIA REJEITADA. I - Correta a decisão do magistrado a quo, visto que das sementes não se pode extrair o princípio ativo da planta maconha, sendo necessário o plantio e o posterior desenvolvimento natural da planta para que desta possa se originar a substancia psicotrópica capaz de gerar a dependência química e assim atingir a sociedade com seus efeitos negativos.
> II - **As sementes de maconha, no estado em que se encontravam, não poderiam ser consideradas drogas, uma vez que não possuíam tetrahidrocanabinol (THC) em sua composição. III - Da mesma forma, embora as sementes sejam aptas a gerar "pés de maconha", elas não podem ser consideradas matéria prima, ao menos juridicamente. Isso porque para que as sementes tornem-se próprias para o consumo devem ser primeiramente semeadas e fertilizadas até estarem prontas para a colheita**. IV - Portanto, a semente de maconha não poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à preparação da maconha,

[66] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Recurso em Sentido Estrito nº 0008881-71.2013.4.03.6181/SP.** 11ª Turma. Relator: LUNARDELLI, José. Julgado em 09/12/14. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3494517>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

a que se refere o inciso I, do § 1º do art. 33, da Lei n. 11.343/06. V - Doutra parte, para que a conduta pudesse eventualmente ser enquadrada no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06 seria necessário que o recorrido ao menos houvesse semeado, cultivado ou feito a colheita de planta destinada à preparação do entorpecente ou de substância que determine dependência, o que também não ocorreu, no caso dos autos**.** VI - Ora, a semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no artigo 33, § 1º, II, da Lei nº 11.343/06, que tipifica como sendo crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação da droga. VII - No presente caso nem sequer foram iniciados os atos executórios consistentes em semear, cultivar ou colher plantas destinadas a preparação de drogas, supondo-se que tal prática culminaria em uso próprio ou talvez revenda das sementes**. Não há que se falar em punição dos atos contidos na conduta perpetrada pelo agente, visto que no art. 33, § 1º, I da Lei 11.343/2006 a prática de "importar" é considerada típica para o presente caso, mas no tocante a "matéria prima", não se pode aplicar ao agente, pois como já salientado acima, a semente não se traduz como matéria prima, devido à falta do composto químico ativo para a produção da maconha. VIII - Por outro lado, a importação de sementes não inscritas no Registro Nacional de Cultivares configura, em tese, o crime de contrabando**, o qual não admite a incidência do princípio da insignificância. IX - Todavia, cumpre examinar as peculiaridades do caso concreto para verificar a possibilidade de incidência do referido princípio, sob pena de se punir condutas que, não obstante formalmente típicas, não causam lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal. X - No caso concreto, a conduta consistiu na importação de poucas sementes de maconha, a denotar a presença dos parâmetros considerados pelos Tribunais Superiores para o reconhecimento da insignificância: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica. XI - Recurso desprovido.
(RSE 00015756620154036121, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/12/2016. FONTE_REPUBLICACAO:)[67] (Grifo meu).

PENAL - IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA. CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.
I - A apelação foi interposta pelo Ministério Público Federal, contra a sentença que julgou improcedente a pretensão punitiva contida na denúncia e absolveu o acusado, com fulcro no inciso III do artigo 397 do Código Penal.
II - As sementes de maconha, no estado em que se encontravam, não poderiam ser consideradas drogas, uma vez que não possuíam tetrahidrocanabinol (THC) em sua composição.
III - **A importação de sementes não inscritas no Registro Nacional de Cultivares, configura, em tese, o crime de contrabando, que tipifica a importação e a exportação de mercadorias proibidas**. Todavia, a lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, ou quando a lesão ao bem jurídico protegido for irrelevante.
IV - Apesar da importação de sementes de maconha para uso próprio mereça censura, diante da pequena quantidade e ausência de propósito comercial em sua aquisição, não há demonstração de afronta aos interesses de toda a

[67] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Recurso em Sentido Estrito nº 0001575-66.2015.4.03.6121/SP.** 11ª Turma. Relatora: MELLO, Cecília. Julgado em 22/11/16. Disponível em:<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5617514>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

> sociedade, cabendo invocar, no específico caso, o princípio da insignificância para absolver o acusado.
> V - Recurso desprovido.
> (TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 68843 - 0008149-22.2015.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 06/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2016)[68] (Grifo meu).

Em sentido oposto, a 5ª Turma do TRF-3 decidiu:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. ART. 33, §1º, INC. I DA LEI 11.343/2006. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DA DROGA. ILÍCITO PENAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REJEITADA. TRANSNACIONALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. ARTIGO 28 DA LEI 10.711/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. CONDENAÇÃO MANTIDA.
> **1. Competência da Justiça Federal mantida pelo reconhecimento da transnacionalidade do delito. Preliminar rejeitada.**
> **2. As sementes de maconha, apesar de não apresentarem a substância THC (tedrahidrocannabiol), princípio ativo da droga, constituem matéria-prima para sua produção de maconha e, por tal razão, sua importação é proibida.**
> 3. A quantidade de sementes importadas é irrelevante e não constitui elemento apto a caracterizar a mínima ofensividade da conduta e/ou condição para exclusão da tipicidade, pois não é possível afirmar quantas plantas irão germinar da estrutura vegetal.
> 4. A impossibilidade de fixar a quantidade de plantas germináveis de uma única semente impossibilita, outrossim, negar o propósito comercial da importação ou, ainda, que esta tinha por finalidade o consumo próprio.
> 5. Preliminar rejeitada. Recurso defensivo desprovido.
> (TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 62864 - 0002180-45.2011.4.03.6123, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 07/11/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2016)[69] (Grifo meu)

E acompanhando esse entendimento, já decidiu o a 6ª Turma do STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N.
> 11.343/2006. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTRODUÇÃO ILEGAL EM TERRITÓRIO NACIONAL DE INSUMO DE ENTORPECENTES. IMPORTAÇÃO CLANDESTINA DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA. MATÉRIA-PRIMA DESTINADA À PREPARAÇÃO DE SUBSTÂNCIA

---

[68] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Apelação Criminal nº0008149-22.2015.4.03.6181/SP.** 11ª Turma. Relatora: MELLO, Cecília. Julgado em 06/12/16. Disponível em:**<**http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5635764>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

[69] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Apelação Criminal nº 0002180-45.2011.4.03.6123/SP**. 5ª Turma. Relator: FONTES, Paulo. Julgado em 07/11/16. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5519101>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

> ENTORPECENTE. CONDUTA TÍPICA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. OBITER DICTUM.
> 1. **A importação clandestina de sementes de cannabis sativa linneu (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006.**
> 2. A conduta do agravante atendeu tanto à tipicidade formal - pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora - quanto à subjetiva, visto que inegável o dolo do agente ao solicitar a importação clandestina das sementes de maconha, consequentemente há como reconhecer presente a tipicidade material, na medida em que o comportamento atribuído se mostrou suficiente para caracterizar o tráfico, nos termos do art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006.
> 3. Não se aplica à espécie a Súmula 7/STJ, porquanto não se discutem fatos, mas, sim, sua classificação jurídica. Em termo diversos, dir-se-á, ainda, e com razão, que a função deste Superior Tribunal não é revolver provas, rediscutir matéria fática. No entanto, também seria suma injustiça aceitar os fatos, mas a errônea classificação jurídica dada pelas instâncias ordinárias, se a outra classificação, mesmo tendo como incontroversos os fatos, chegar a este Superior Tribunal.
> 4. As simples considerações feitas de passagem pelo Tribunal de origem, a título de *obiter dictum,* não revelam uma tese jurídica oportunamente suscitada e devidamente resolvida no acórdão a quo, na forma como exigido pelo conceito de causa decidida presente no art.
> 105, III, da Constituição da República, para autorizar a revisão da matéria por este Superior Tribunal.
> 5. A jurisprudência deste Superior Tribunal considera que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida.
> 6. Não há falar em ofensa ao art.34, XVIII, c, do RISTJ, que franqueia ao relator a possibilidade de dar provimento ao recurso especial quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com jurisprudência dominante de Tribunal Superior.
> 7. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.
> 8. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1442224/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 13/06/2016)[70]. (Grifo nosso)

3.3 Induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de drogas (art. 33, § 2º)

> Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa[71].

[70] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimento no Recurso Especial nº 1.442.224 – SP**. Sexta Turma. Relator: JÚNIOR, Sebastião Reis. Julgado em 24/05/16. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60857091&num_registro=201400573359&data=20160613&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

[71] BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Os parágrafos 2º e 3º do artigo 33, trazem formas privilegiadas do tráfico de drogas, constituindo tipos derivados do delito, que por reproduzirem condutas de menor ofensividade, devem ser punidas de maneiras menos severas do que em relação ao delito na forma simples.

Segundo o art. 33, § 2º, comete crime o indivíduo que induzir outrem ao uso ilícito de drogas, ou seja, de alguma forma fazer nascer na cabeça de terceiro o desejo de usar drogas. Também comete crime aquele que instigar outrem, diferenciando-se essa conduta da primeira, na medida que aqui a ideia já existe, tendo o sujeito ativo o papel de reforçar tal ideia. E ainda, comete crime quem auxiliar outrem ao uso indevido de droga, como por exemplo, emprestando dinheiro para a aquisição de substâncias ilícitas.

Importante é a observação de que no último caso, o auxilio material não pode ser o de fornecer a própria droga, podendo, caso isso ocorra, ser a conduta enquadrada no art. 33, caput, ou, no art. 33, § 2º da lei ora abordada. Acerca da caracterização do auxílio material, Amaury Silva discorre:

> Seria a participação material, não condizente com o fornecimento ou disponibilidade do próprio tóxico, mas de apetrecho ou objeto destinado ao uso, como a cessão da seringa para inoculação, canudo para aspiração ou papel para acochar e formar cigarro[72].

Fato interessante, reside quanto ao momento da consumação do crime: Amaury Silva, leciona que o crime ora em comento só será consumado se houver o efetivo uso indevido da droga[73]. Outra parte da doutrina, de modo diverso, entende que o crime se consumará com o mero incentivo ao uso indevido da droga, independentemente do efetivo uso ou não, com destaque para Rogério Sanches Cunha, que aduz que “pune-se, hoje, aquele que induzir, instigar ou auxiliar alguém

[72]SILVA, Amaury. Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In:***Lei de DrogasAnotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 231.
[73]SILVA, Amaury. Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In:***Lei de DrogasAnotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 231.

ao uso indevido de droga, consumando-se o crime ainda que a pessoa incentivada assim não faça (bastando a potencialidade lesiva) ”[74].

3.4 Cessão gratuita para consumo (art. 33, § 3º)

> Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28[75].

Figura penal nova, é a prevista no art. 33, § 3º, que passou a prever tipo penal especifico para o agente que oferece droga, de forma eventual e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento para o consumo em conjunto, prevendo a lei, pena de detenção de 6 meses a 1 ano, e multa.

Por se tratar de crime formal, a consumação do delito se dará com o mero oferecimento da droga, sendo irrelevante se houve ou não o efetivo uso[76].

O tipo, tem três figuras elementares: O oferecimento eventual da droga, isto é, o oferecimento não pode se dar de maneira habitual; a ausência da finalidade de lucro, caso contrário, poderá haver o enquadramento da conduta no art. 33, *caput*; e o oferecimento deve ser direcionado a pessoa do relacionamento do ofertante, ou seja, deve haver algum tipo de relação entre os sujeitos, *e.g.*, namorados. Estando ausente algum dos requisitos, não incidirá o sujeito ativo na prática da conduta prevista no dispositivo comentado, podendo, porém, incidir em outros dispositivos, como o previsto no *caput* do art. 33.

Por fim, ordena o § 3º, do art. 33 que além da pena privativa de liberdade e multa, fica o réu sujeito a advertência, prestação de serviços públicos e medida

---

[74] CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In:* GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 190.
[75] BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.
[76] CUNHA, Rogério Sanches. Ob. cit.,p. 191.

educativa, nos termos do art. 28 (que trata das penas para quem é surpreendido portando ilicitamente drogas para consumo próprio).

3.5 Tráfico Privilegiado (art. 33, § 4º)

> Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa[77].

Inovação trazida pela lei 11.343/2006, foi a diferenciação entre as condutas do traficante profissional, ou seja, aquele sujeito que exerce de forma habitual o tráfico de drogas, e o traficante ocasional, que é aquele sujeito não dedicado a traficância, que age de modo individual, entendendo o legislador, que este indivíduo, não pode ter a mesma punição do agente que habitualmente se dedica ao exercício da atividade criminosa, prevendo a lei uma pena mais branda.

Segundo leitura do art. 33, § 4º da lei 11.343/06, o agente deverá preencher alguns requisitos para que opere a diminuição da sua pena:

Primeiramente, o réu deverá ser primário, ou seja, não pode assumir o status da reincidência, nos moldes dos artigos 63 e 64 do Código Penal. Também deverá possuir bons antecedentes, devendo haver uma verificação se o agente "já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico[78]". O agente não poderá se dedicar a atividades criminosas, o qual será constatado pela ausência de condenações penais. Nas lições de Amaury Silva:

> Sua constatação implica na reincidência plural ou múltipla, revelando mais apego pelo agente à empreitada criminosa. Apenas a partir de decisões definitivas em mais de um caso que se poderá fazer tal avaliação e, assim ocorrendo, pelo menos a ausência de bons antecedentes já terá acontecido,

[77] BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.
[78]MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 286.

> tornando-se ociosa a previsão de que a redução da pena se fará se o agente não se dedicar a atividades criminosas. Não há como se fazer uma leitura de tal dedicação seja extraída de peças investigativas, procedimentos cautelares ou outros que não contenham a chancela de uma decisão judicial transitada em julgado, envolvendo o mérito de uma condenação criminal[79].

Contrário ao entendimento supra, em 14 de dezembro de 2016, a Terceira Seção do STJ, por meio do Informativo 596, estabeleceu:

> É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06[80].

Por fim, o agente também não poderá integrar organizações criminosas. A lei 12.850/2013, em seu art. 1º, § 1º, define o que é organização criminosa:

> Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional[81].

Portanto, para que seja reconhecido o direito à diminuição da pena, deverá o réu preencher de forma cumulativa todos os requisitos acima abordados.

Uma vez preenchido os requisitos, não se trata de faculdade do julgador aplicar a diminuição. Muito embora a leitura do dispositivo possa trazer essa ideia (utilizando a expressão “poderão”), verdade é, que preenchidos os requisitos previstos no dispositivo, o juiz deverá aplicar a causa de diminuição.

---

[79] SILVA, Amaury. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In:* **Lei de DrogasAnotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 244.

[80] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo 596**. Terceira Seção. Julgado em 14/12/16. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em 2 de março de 2017.

[81] BRASIL. **Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Outra observação é referente ao cumprimento da sentença: Apesar da diminuição da pena, se aplicada na quantidade máxima (dois terços) possa reduzir a pena para até 1 ano e 8 meses, até 2012, o art. 33, § 4º, vedava a substituição dessa pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 43, CP), trazendo uma proibição *ex lege* a todos os incursos no dispositivo penal, ainda que no caso concreto o réu preenchesse os requisitos legais do art. 44, CP, para a comutação da pena. Até que em 2012, por meio da Resolução nº 05, de 15 de fevereiro de 2012, o Senado suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direito"[82] originalmente contida no art. 33, § 4º, da lei de drogas, após o STF ter declarado incidentalmente, em 2010, por meio do HC nº 97.256/RS, a inconstitucionalidade da dita expressão, contida tanto no art. 33, § 4º, como no art. 44, da referida lei[83].

Ainda que tal óbice tenha sido declarado inconstitucional e até retirado sua execução pelo Senado, o que se vê é que com o tratamento do tráfico minorado sob a pecha da hediondez, muitos juízes ainda não aplicam a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ainda que presentes os requisitos do art. 44, CP, em respeito ao que estabelece a lei de crimes hediondos que prevê que os crimes ali contidos devem ser cumpridos inicialmente em regime fechado. Ilustrando:

A pesquisa intitulada "Prisão Provisória e Lei de Drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo", realizada em 2011, apontou que ainda que em 58,73% dos processos criminais ali examinados, o réu tenha recebido pena inferior a 4 anos, apenas em 5,24% houve substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos[84].

---

[82] 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm>.Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

[83]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 97.256/RS**. Plenário. Relator: BRITTO, Ayres. Julgado em 01/09/10. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

[84] NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCA. "**Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2017.

Abaixo algumas decisões:

> PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS – RECURSOS INTERPOSTOS DENTRO DO PRAZO LEGAL POR ADVOGADOS DIFERENTES. PROCURAÇÃO POSTERIOR QUE REVOGA A ANTERIOR – PEDIDO ARTICULADO EM PRELIMINAR PARA AGUARDAR EM LIBERDADE ATÉ DECISÃO FINAL DO APELO PREJUDICADO EM FACE DO JULGAMENTO DO RECURSO – ATENUANTE QUE NÃO PODE REDUZIR A PENA AQUÉM DO MÍNIMO – CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO, AINDA QUE EM SUA MODALIDADE "PRIVILEGIADA". REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA.
> 1) Apresentados dois arrazoados, por advogados constituídos, dentro do prazo legal, prevalece a que foi subscrita pelo profissional constituído posteriormente, vez que a mais superveniente outorga revoga a anterior. Precedente.
> 2) Manifestamente prejudicado, tendo em vista o julgamento do recurso, o pedido formulado em preliminar para que a condenada pudesse aguardar em liberdade até decisão final do apelo. Ainda assim, percebe-se motivação adequada na medida, que não pode ser entendida como ilegal ou abusiva.
> 3) Na segunda fase de dosimetria, a pena não pode ser conduzida aquém do mínimo legal em razão da incidência de circunstâncias atenuantes – Súmula de nº 231, do C. STJ.
> 4) A determinação de cumprimento da pena em regime inicial fechado, para condenados por tráfico de drogas, decorre de exigência expressa na Lei de Crimes Hediondos e na Lei nº 11.343/06. Decisões permissivas dotadas de efeitos "*inter partes*", não se registrando declaração de inconstitucionalidade "erga omnes" dos indicados dispositivos – Precedente do C. STJ – Maior rigor na repressão de crimes desse jaez, nos termos da CF/88. Compatibilidade, de qualquer forma, com a gravidade concreta dos fatos.
> 5) Substituição da corporal por restritivas de direitos – Impossibilidade – Circunstâncias concretas a indicar a insuficiência da imposição de pena restritiva de direitos – Art. 44, III, do CP. (Relator (a): Alcides Malossi Junior; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 28/04/2016; Data de registro: 03/05/2016)[85].

> TRAFICO DE ENTORPECENTES - Fatos descritos na denúncia comprovados pela apreensão, perícia das drogas e prova oral colhida - Testemunhos policiais válidos - Absolvição por inexistência de provas - Impossibilidade - Descabida a desclassificação perseguida para porte com fim de uso - Condenação mantida - Penas e regime prisional adequados - Substituição das penas corporais por restritivas de direitos - Impossibilidade - Expressa vedação legal - Recurso improvido.(TJ-SP - APL: 00530330320108260050 SP 0053033-03.2010.8.26.0050, Relator: Ribeiro

[85]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal n° 0019331- 98.2014.8.26.0576**. 8ª Câmara Criminal. Relator: JUNIOR, Alcides Malossi. Julgado em 28/04/2016. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9399096&cdForo=0> Acesso em: 28 de fevereiro de 2017.

> dos Santos, Data de Julgamento: 28/02/2013, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 18/03/2013)[86].

Outra observação que merece destaque, é quanto a natureza jurídica do art. 33, § 4º, da lei de drogas: Não obstante tenha recebido o apelido de tráfico privilegiado pela doutrina e jurisprudência, e muito embora não se olvide que o parágrafo 4º, numa perspectiva mais ampla privilegie os casos ali inseridos, já que prevê penas muito menores do que a estabelecida no *caput*, tecnicamente, trata-se de uma causa de diminuição de pena e não de uma privilegiadora (assim como o homicídio privilegiado, por exemplo, que também se trata de um homicídio com causa de diminuição da pena).

Na teoria do tipo penal, temos o tipo básico e o tipo derivado. Greco explica o assunto da seguinte forma:

> Entende-se por tipo básico ou fundamental a forma mais simples da descrição da conduta proibida ou imposta pela lei penal. A partir dessa forma mais simples, surgem os chamados tipos derivados que, em virtude de determinadas circunstâncias, podem diminuir ou aumentar a reprimenda prevista no tipo básico[87].

Quando falamos de crime (ou tipo) privilegiado, no nosso ordenamento jurídico, estamos diante não de um tipo autônomo, mas de um tipo derivado daquele previsto em sua forma simples, pois a ação fundamental do tipo derivado, é a mesma do tipo simples, com a diferença, de que o tipo derivado privilegiado, agrega à ação fundamental, elementares (objetivas ou subjetivas) e cominações de pena próprias, inferior àquela prevista na forma simples, que servirá de baliza na dosimetria da pena,

---

[86] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal n° 0053033-03.2010.8.26.0050**. 15ª Câmara Criminal. Relator: SANTOS, Ribeiro dos. Julgado em 28/03/2013. Disponível em:<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6583354&cdForo=0>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

[87] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 174.

com novos limites mínimos e máximos[88], de modo a diminuir a reprovabilidade da ação fundamental.

Exemplificando: O caput do art. 33, lei 11.343/06, é o tipo básico do tráfico de drogas[89], trazendo ali as ações fundamentais. Os §§ 2º e 3º, trazem formas derivadas do tipo previsto no *caput*, com novas elementares e novas penas. O §2º traz como elementares, "induzir, instigar ou auxiliar" prevendo detenção de 1 a 3 anos, e o § 3º, além da elementar "oferecer" (já prevista no caput), acrescenta "eventualmente e sem o objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem", prevendo detenção de 6 meses a 1 ano. Portanto, os §§ 2º e 3º, nada mais são do que formas privilegiadas do tráfico.

Ao revés, as causas de diminuição de pena não criam tipo penal derivado, mas sim, apresentam circunstâncias subjetivas ou objetivas que tornam o crime menos grave e por isso irão diminuir a pena, de acordo com o quantum fornecido pela lei, sempre em frações, aplicada na última fase da dosimetria da pena[90], nos moldes do art. 68, *caput*, do Código Penal.

Paulo Rangel, explica que

> A Lei 11.343/2006, dentre outras inovações, trouxe a figura do tráfico privilegiado, isto é, uma causa especial de diminuição de pena para os crimes de tráfico ou equiparados ao tráfico do art. 33, *caput, e §* 1º, diminuição essa que deve ser feita na última fase do sistema trifásico de aplicação da pena (terceira fase)[91].

No § 4º da lei 11.343/06 não se acrescentou novas formas de praticar a traficância. O sujeito pratica o delito previsto no caput ou § 1º, tendo direito a diminuição da pena, se preenchidos os requisitos.

---

[88] LADO DIREITO. **Privilegiadora, atenuante e causa de diminuição de pena: diferenças**. Disponível em: <http://www.blogladodireito.com.br/2013/05/privilegiadora-atenuante-e-causa-de.html#.whea-fmrls0>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.
[89]BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.
[90] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 571.
[91] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 743.

Damásio E. de Jesus, discorrendo sobre as causas de aumento e diminuição de pena, ensina:

> São causas de facultativo ou obrigatório aumento ou diminuição da sanção penal em quantidade fixada pelo legislador (um terço, um sexto, o dobro, a metade etc.) ou de acordo com certos limites (um a dois terços, um sexto até metade etc.). [...]. As causas de diminuição da pena são obrigatórias ou facultativas, de acordo com a determinação do Código.
> A expressão "causa facultativa" de redução da pena, aliada ao termo "pode" empregado pelo CP nas disposições que a contém, não indica poder o juiz reduzir ou não a sanção penal, segundo seu puro arbítrio, não obstante a presença das circunstâncias exigidas. Se estas se mostram presentes, a redução é obrigatória, reservando-se ao juiz a tarefa de determinar o *quantum* da diminuição[92].

Ocorre que a doutrina parece não se preocupar tanto em diferenciar os crimes privilegiados dos crimes com causa de diminuição. Damásio E. de Jesus, quando discorre sobre a modalidade privilegiada de um crime, limita-se a ensinar que ele será privilegiado quando a lei prever alguma situação, seja ela diz respeito ao crime ou ao agente, que tenha a função de diminuir a pena:

> O legislador, às vezes, após a descrição fundamental do crime, acrescenta ao tipo determinadas circunstâncias de natureza objetiva ou subjetiva, com função de diminuição da pena. No homicídio, após a definição do tipo básico, contida na cabeça do artigo, o legislador acrescentou circunstâncias de caráter subjetivo, com função específica de diminuírem a pena (art. 121, § 1º). Diz-se, então, que o crime é privilegiado (ou *exceptum*)[93].

Seguindo essa linha, Mirabete e Renato N. Fabbrini, acrescentam que o crime privilegiado é aquele em que determinadas circunstâncias tornam o crime de menor reprovabilidade, merecendo, por conseguinte, sanções penais de menor rigor:

> Crime privilegiado existe quando ao tipo básico a lei acrescenta circunstâncias que o torna menos grave, diminuindo, em consequência, suas sanções. São crimes privilegiados, por exemplo, o homicídio praticado por relevante valor moral (eutanásia, por exemplo), previsto no art. 121, § 1º, o furto de pequeno valor praticado por agente primário (art. 155, § 2º); o estelionato que causa pequeno prejuízo, desde que primário o autor (art. 171,

[92] JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral, volume I. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 579.
[93] *Ibidem*, p. 206.

> §1º) etc. Nessas hipóteses, as circunstâncias que envolvem o fato típico fazem com que o crime seja menos severamente apenado[94].

Note que ambos autores supracitados exemplificam como crime privilegiado, o art. 121, § 1º, ainda que tecnicamente seja uma causa de diminuição de pena, e Mirabete ainda cita os artigos 155, § 2º e 171, § 1º, que também reproduzem causas especiais de diminuição de pena.

Interessante são as palavras de Amaury Silva, quando discorre sobre o art. 33, § 4º, ensinando o autor que "a criação de uma causa especial de diminuição de pena funciona como privilégio, preenchidos os pressupostos legais ante a ostentação mais densa da pena cominada abstratamente para os crimes do art. 33, caput, § 1º"[95].

Por tudo manifesto, podemos concluir que o art. 33, § 4º da lei de drogas, por não constituir tipo penal autônomo, e pelo fato de trazer em níveis fixos a diminuição da pena prevista no caput (diminuição de um sexto a dois terços), por rigor técnico tem a natureza de causa especial de diminuição de pena, apesar do apelido de tráfico privilegiado.

Passada a análise do art. 33, § 4º da lei de drogas, passaremos no próximo capítulo a verificar se existe uma subsunção do tráfico privilegiado de drogas à lei de crimes hediondos, tendo como orientação, além do enfoque sobre a natureza hedionda, a égide dos princípios constitucionais, dentre os quais destacamos os princípios da legalidade, da individualização da pena e da proporcionalidade.

---

[94]MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 116.

[95]SILVA, Amaury. "Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes".*In:***Lei de DrogasAnotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 238/239.

4 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE ENTRE O TRÁFICO PRIVILEGIADO E A LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Os princípios, nada mais são do que a pedra de toque que fundamenta o direito positivo. Gilmar Mendes diz que “os princípios, como delineados por Dworkin, captam os valores morais da comunidade e os tornam elementos próprios do discurso jurídico[96]”.

No ordenamento jurídico, os princípios servem para nortear e orientar o legislador na criação das normas jurídicas, dando a essas normas legitimidade. Na atividade jurisdicional, os princípios têm a função de orientar o julgador na interpretação da norma[97]. Segundo Barroso:

> O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui[98].

E Barroso ainda complementa:

> Pois os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que "costuram" suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos[99].

---

[96] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Regras e princípios em Dworkin e Alexy”. *In:***Curso de direito constituciona**l. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

[97]LIMA, George Marmelstein. **As funções dos princípios constitucionais. Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2624>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

[98] BARROSO, Luís Roberto. **“**Capítulo II - Princípios de interpretação especificamente Constitucional”. *In:***Interpretação e aplicação da Constituição**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 138.

[99]*Ibidem,* p. 139.

Ao seu turno, Mendes arremata:

> Os princípios, nessa linha, desempenhariam uma função argumentativa. Por serem mais abrangentes que as regras, e por assinalarem os standards de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo[100].

A Constituição Federal de 1988, quando resolveu dar ao tráfico de drogas, um tratamento mais rigoroso do que a outros delitos, consagrou em seu art. 5º, XLIII, a expressão "tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins", dispondo que a esses, aos crimes hediondos, ao terrorismo e ao delito de tortura, deveria ser conferido tratamento penal e processual pena mais severo do que o tratamento habitual dado aos crimes comuns.

Ocorre que a expressão "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" é ampla, envolvendo uma gama de condutas. O ato de traficar tem o significado de fazer negócio, trocar mercadorias, comerciar, transacionar[101], no caso em estudo, as substâncias ilícitas. Portanto, se interpretada no seu sentido amplo, quaisquer condutas e circunstâncias envolvendo a negociação de drogas ilícitas e incriminadas pela lei de drogas, seria crime equiparado a hediondo, o que levaria a absurdos jurídicos e pior, levaria a profundas injustiças, já que nem todas as situações envolvendo o tráfico ilícito de drogas apresentam tamanha gravidade que justifique seu tratamento sob os rigores da hediondez.

Exemplo disso, como já explanado no capítulo anterior, é a conduta prevista no art. 33, § 2º da lei em comento, que prevê uma modalidade privilegiada do tráfico de drogas, criminalizando a cessão gratuita e eventual de drogas para o consumo em conjunto, cuja lei considerando crime de menor potencial ofensivo, cominou a pena de detenção de 6 meses a 1 ano. Se interpretado de forma literal e ampla, a cessão

---

[100] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Modalidades de normas constitucionais – Regras e Princípios". *In:***Curso de direito constituciona**l. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

[101] PRIBERAM DICIONÁRIO. **Tra·fi·car "traficar".** Disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/traficar>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

gratuita para consumo se amolda a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, porém, sendo totalmente desarrazoado trata-la com os rigores dos crimes hediondos.

Diante disso, não prospera uma interpretação no sentido de que quaisquer condutas e situações envolvendo a transação de drogas ilícitas deve ser considerada hedionda, fazendo-se mister uma interpretação restritiva da expressão constitucional, repetida também na lei de crimes hediondos, levando em consideração, tanto a essência do que é ser hediondo, isto é, as características que fazem algo ser intitulado como hediondo, como também os princípios motrizes da Constituição Federal, a fim de se verificar quais condutas possuem especial gravidade, que seja necessário trata-las de maneira mais gravosa e diferenciada, com mais ímpeto e rigor.

4.1 A questão da hediondez sob o enfoque etimológico

Talvez, o primeiro passo para que se proceda na análise de compatibilidade entre o tráfico privilegiado e a lei de crimes hediondos, seja compreender o que significar ser hediondo, através de um estudo etimológico que possibilite a compreensão da essência da palavra, para a partir de aí chegar-se a alguma conclusão acerca da subsunção ou não do tráfico privilegiado à hediondez.

A palavra “hediondo”, tem sua origem no latim, das palavras “*foetibundus”* e “*foetere”*[102], que significa ter mau cheiro, feder, ser repugnante[103]. Zaffaroni ensina que a palavra surgiu na idade média, quando se usava para definir a prática da sodomia[104].

---

[102] ORIGEM DA PALAVRA - SITE DE ETIMOLOGIA. **Hediondo**. Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/site/?s=hediondo>. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.
[103]AGÊNCIA SENADO. **O que a língua nos ensina sobre a palavra 'hediondo'**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/09/o-que-a-lingua-nos-ensina-sobre-a-palavra-hediondo>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.
[104]ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte geral, volume 1. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 127.

Passou-se a caracterizar hediondo como algo “que causa horror”, e ainda, “que provoca reação de grande indignação moral; ignóbil, pavoroso, repulsivo”[105].

Mirabete ensinava que os crimes hediondos, são aqueles que “por sua natureza ou pela forma de execução, se mostram repugnantes, causando clamor público e intensa repulsa[106]”.

Nessa esteira, o professor Damásio de Jesus, preleciona que tais crimes “são delitos repugnantes, sórdidos, decorrentes de condutas que, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva dos resultados, causam intensa repulsa[107]”.

Em sentido contrário ao definido supra, a conduta prevista no art. 33, § 4º em nada apresenta esses contornos. O referido dispositivo, trata não do traficante contumaz, envolvido num contexto de práticas delituosas e pertencente a um grupo associado para a pratica de crimes, mas sim, ao seu turno, trata de indivíduos que não tenham uma vida pregressa no crime (que muitas das vezes se envolvem no comércio ilícito de drogas apenas para sustentar seu vício), nem sejam pertencentes a nenhuma organização criminosa, que possuem bons antecedentes e que sejam condenados primários, reconhecendo o legislador, que a esses indivíduos, devem ser impostas penas bem menores do que ao traficante habitual.

O tratamento previsto na lei de crimes hediondos às condutas ali elencadas, é uma medida de exceção, justificando-se tal medida extraordinária apenas em casos específicos onde determinadas condutas, por possuírem maior reprovabilidade, necessitem de uma resposta mais enérgica do Estado-Juiz.

O que existe de hediondo no tráfico, não é o mero ato de transacionar drogas, já que esse ato por si só, não carrega demasiada periculosidade e reprovabilidade, mas em verdade, a hediondez reside no que cerca essa atividade, como a violência depreendida por facções, a briga por controle de área, a ocupação, a formação de um

---

[105]AGÊNCIA SENADO. **O que a língua nos ensina sobre a palavra 'hediondo'**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/09/o-que-a-lingua-nos-ensina-sobre-a-palavra-hediondo>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

[106]MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 122.

[107]JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:** parte geral, volume I. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 223.

poder paralelo, que apesar da finalidade *a priori* ser o tráfico, engloba a prática de outros diversos crimes, cuja repugnância e alta reprovabilidade ficam evidenciadas. Então o tráfico de drogas se torna apenas um meio, que viabiliza e desencadeia a prática de outros crimes, e não o fim, do que é hediondo e reprovável. Retirado todo o contexto criminoso que geralmente cerca o tráfico de drogas, retira-se também o que nele é considerado hediondo.

Se não houver uma associação criminosa para a pratica delitiva, se não houver a prática anterior de crimes, subsistindo apenas o simples comércio individual e eventual de drogas, não há hediondez. Não existe razoabilidade em considerar, a conduta de alguém que, nunca cometeu sequer um crime, mas que por algum motivo, resolve de maneira individual e eventual mercantilizar ilicitamente drogas, como repugnante, nefasta, sórdida, merecedora de uma punição comparável a dada ao traficante pertencente a facção criminosa, que vive da pratica delituosa e para a pratica delituosa.

Ao tratar o traficante ocasional de maneira diferente do traficante contumaz, o próprio legislador ordinário reconheceu ser o tráfico privilegiado de menor reprovabilidade, não havendo proporcionalidade entre a pena prevista para esse delito (que pode chegar a 1 ano e 8 meses), e o tratamento mais rigoroso previsto na lei 8.072/90.

Portanto, o fato do agente não fazer parte de nenhuma organização criminosa, não viver da prática de crimes, ser primário e com bons antecedentes criminais, indica uma mitigação da reprovabilidade e periculosidade que recai sobre a traficância, afastando o seu caráter hediondo.

4.2 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da legalidade e reserva legal

Muito embora parte da doutrina não faça distinção entre a legalidade e a reserva legal, há quem diferencie os princípios. Rogério Greco, acerca disso aponta:

> Segundo parte da doutrina, a diferença residiria no fato de que, falando-se tão somente em princípio da legalidade, estaríamos permitindo a adoção de quaisquer dos diplomas elencados pelo art. 59 da Constituição Federal (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções); ao contrário, quando fazemos menção ao princípio da reserva legal, estamos limitando a criação legislativa, em matéria penal, tão somente às leis ordinárias – que é a regra geral – e as às leis complementares[108].

Por ser a diferença entre os princípios uma questão apenas de restrição legislativa sobre conteúdo penal, subsistindo, porém, o mesmo espirito em ambas, nesse trabalho trataremos a legalidade e a reserva legal como sinônimos.

O princípio da legalidade ou da reserva legal, está previsto no art. 5º, XXXIX, CF/88, e no art. 1º, CP, dispondo o diploma constitucional que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal[109]”.

Alexandre de Moraes, diz que

> Essa previsão é tradicional nas Constituições que caracterizam os Estados de Direito, e foi consagrada pelo art. 8º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26-08-1789, com a seguinte redação: “ A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”[110].

Pelo princípio da legalidade, só pode haver punição a um indivíduo pela prática de determinado ato, se esse ato já estava previamente criminalizado. Em decorrência desse princípio, a lei deve taxativamente dispor sobre as condutas criminalizadas e sobre as penas cominadas a elas, significando uma garantia penal e processual penal aos cidadãos. Continuando nesse interim, Rogério Greco aduz:

---

[108] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 108/109.
[109] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
[110]MORAES, Alexandre De. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudênciaº. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 244.

> O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais. Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador, haja uma definição precisa da conduta proibida ou imposta, **sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei deve ser, por isso, taxativa**[111]. (Grifo meu)

E ainda, o professor Paulo de Souza Queiroz *apud* Greco, argumenta:

> O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio[112].

Então, com relação aos crimes hediondos, somente a lei poderá definir quais condutas sofrerão o tratamento hediondo, devendo ainda fazer do modo mais taxativo possível, não se admitindo ampliação do seu rol mediante analogia. Nesse diapasão, sintetiza Moraes:

> Essas exigências constitucionais impedem a utilização de aplicação analógica *in pejus* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções; bem como que no exercício jurisdicional o juiz se converta em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções. Dessa forma, o princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou por considerações de conveniência social[113].

E Gabriel Habib continua: “Se, pelo princípio da legalidade penal, somente a lei pode dizer quais as condutas que são consideradas criminosas, da mesma forma**,** somente a lei pode dizer quais são os delitos tidos por hediondos e equiparados”[114].

---

[111]GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 100.
[112] QUEIROZ, Paulo de Souza *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 100.
[113]MORAES, Alexandre De. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudênciaº. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 244.
[114]HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. Niterói: Impetus, 2016, p. 22.

E assim fez a lei 8.072/90. Analisando esta lei, percebemos que ela é quase sempre categórica, ao fazer menção de forma taxativa e explicita às condutas consideradas hediondas, trazendo ainda os artigos e incisos e as formas de pratica do crime que são hediondas.

No artigo 1º da lei, por exemplo, dispõe que os crimes ali dispostos serão taxados como hediondos se praticados tanto na forma consumada como na forma tentada, e ainda, traz ao longo dos incisos, o exato dispositivo que deve sofrer com os rigores da hediondez. No inciso I, por exemplo, ao tratar do homicídio, a lei explicita que é hediondo, o "homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII) [115]".

Todavia, quanto aos crimes equiparados a hediondo, não foi a lei 8.072/90 tão cuidadosa na descrição das condutas, se limitando, no caso do tráfico a repetir *ipsis litteris,*no seu art. 2º a expressão consagrada pela CF/88 "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins".

Até a inédita decisão proferida no HC 118.533/MS, a jurisprudência assentava o entendimento pela hediondez do tráfico privilegiado, no fato de não se tratar de tipo penal. Ocorre que tal compreensão, embora verdadeira, não impede sob a ótica da legalidade, por si só, que o tráfico privilegiado seja descaracterizado como hediondo. Senão vejamos:

Muito embora, o tráfico privilegiado não constitua crime autônomo nem uma derivação do crime constante no caput e § 1º do artigo 33 da lei de drogas, trata-se de uma situação que a lei reconheceu ser menos grave, devido a características subjetivas do agente, merecendo por isso sanção mais branda, assim como as condutas do art. 33, §§ 2º e 3º.

Como já visto acima, a própria lei de crimes hediondos, quando quis inserir em seu rol, modalidade de crimes sem autonomia tipológica mas que mudasse substancialmente a pena (caso do tráfico privilegiado), o fez expressamente, como é o caso da inserção expressa dos delitos tentados, constante no caput do artigo 1º da

[115]BRASIL**. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

lei 8.072/90, ou ainda do delito de epidemia, que só será hediondo se presente a causa especial de aumento de pena do § 1º, art. 267, CP (resultado morte), e ainda, quando dispõe que o delito de lesão corporal só será hediondo se praticado contra os sujeitos passivos minuciados no seu art. 1º, 1-A.

Não perdendo de vista que a lei de crimes hediondos é de 1990, e na época, de fato, sequer existia a figura do tráfico privilegiado, e a atual lei de drogas é de 2006, sempre que o legislador quer incluir alguma conduta ou situação específica no seu rol, o faz taxativamente, como por exemplo, fez em 2015, ao incluir que a lesão corporal dolosa, gravíssima ou com resultado morte, somente será hedionda quando praticadas contra os agentes públicos e seus parentes descritos no art. 1º, I-A, lei 8.072/90.

Então, se a lei de crimes hediondos quisesse dar também ao tráfico privilegiado o tratamento hediondo, deveria ter feito expressamente.

Carecendo a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” de determinação e taxatividade, não pode o intérprete, em respeito ao princípio da legalidade, fazer uma interpretação extensiva.

Em harmonia com o exposto acimaestá o ensinamento de Capez sobre o tema:

> [...] a reserva legal impõe também que a descrição da conduta criminosa seja detalhada e específica, não se coadunando com tipos genéricos, demasiadamente abrangentes. O deletério processo de generalização estabelece-se com a utilização de expressões vagas e sentido equívoco, capazes de alcançar qualquer comportamento humano e, por conseguinte, aptas a promover a mais completa subversão no sistema de garantias da legalidade. De nada adiantaria exigir a prévia definição da conduta na lei se fosse permitida a utilização de termos muito amplos, tais como: “qualquer conduta contrária aos interesses nacionais”, “qualquer vilipêndio à honra alheia” etc. A garantia nesses casos, seria meramente formal, pois, como tudo pode ser enquadrado na definição legal, a insegurança jurídica e social seria tão grande como se lei nenhuma existisse[116].

Para corroborar ainda mais com o entendimento no sentido pelo afastamento da hediondez do tráfico minorado, lembramos que o artigo 44 da lei de drogas, que

[116] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito pena, parte geral**: volume I. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62/63.

prevê sanções bem parecidas com as previstas na lei de crimes hediondos, ao taxar os dispositivos que devem sofrer os rigores ali descritos, silenciou-se quanto ao §4º, excluindo o tráfico privilegiado de suas hipóteses de incidência, mostrando mais uma vez a vontade do legislador de tratar tal delito de maneira diferenciada, mais branda.

A propósito, vejamos o teor do art. 44 da lei de drogas:

> 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. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico[117]. (Grifo meu)

Entendendo da mesma forma, Rangel, ao discorrer sobre a possibilidade de *sursis* no tráfico privilegiado, leciona:

> Todavia, perceba o leitor que o que a Lei diz expressamente é que nos arts. 33, *caput,* e § 1º, e 34 a 37, excluindo o § 4º do art. 33 onde se encontra o tráfico privilegiado (que não é crime hediondo). Nesse sentido, se houver redução de pena, caindo para o tráfico privilegiado, admissível será a concessão do *sursis*, pois a proibição do art. 44 não o alcança[118].

Robustecendo essa compreensão, a Defensoria Pública/SP, no terceiro encontro estadual de defensores públicos de São Paulo:

> A tudo isso, deve ser agregado o fato do art. 44 da Lei 11.343/06 vedar, apenas em relação aos delitos previstos no art. 33, *caput* e §1º e 35 a 37 desta lei, a concessão de fiança, a aplicação de sursis, graça, indulto anistia e liberdade provisória. Por 'coincidência', são justamente estes os rigores decorrentes da classificação de um crime como hediondo ou equiparado (vide Constituição Federal e Lei dos Crimes Hediondos).
> Se o legislador não fez referência, no art. 44 da lei 11.343/06, a figura privilegiada prevista no §4º do art. 33 é porque não quis classificar este delito como equiparado a hediondo[119].

---

[117] BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. *In: Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.
[118] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 745.
[119] DEFENSORIA PÚBLICA/SP. **Sugestão de Tese 23**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:of-Hf5cS3SIJ:https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TODAS%2520AS%25

4.3 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena encontra-se positivado no nosso ordenamento jurídico no art. 5º, XLVI da CF/88. Reza tal princípio, que a pena dada a determinado transgressor da norma penal, deve ser aplicada de maneira personalizada, levando em consideração os fatores inerentes a cada caso concreto, de modo que a pena seja suficiente à punição e prevenção do crime.

Luiz Carlos Bettiol *apud* Greco, tratando do tema, assim ensina:

> Todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para características pessoais do agente a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança[120].

Alexandre de Moraes, ensina no sentido de que o referido princípio, deve nortear a dosimetria na aplicação da pena de modo a ser suficiente para prevenir e reprimir o injusto:

> O princípio da individualização da pena exige uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta)[121].

20TESES/3%2520ENCONTRO/TESE%252023.doc+&cd=10&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

[120] BETTIOL, Luiz Carlos a*pud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 73.

[121]MORAES, Alexandre De. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudênciaº. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 267.

A individualização da pena ocorre basicamente em três etapas: Inicialmente, com o legislador penal, escolhendo quais condutas que agridem bens juridicamente protegidos serão punidas, cominando a essa conduta uma pena em abstrato. Em seguida, passa a individualização da pena ao crivo do aplicador da lei penal, tendo ele, diante do caso concreto, que dosar a pena em concreto de acordo com o caso julgado, levando em consideração as circunstâncias do crime e as condições pessoais do infrator. E por fim, a individualização da pena ocorre na execução penal, devendo a pena ser cumprida de modo a propiciar a justa punição e a possibilidade de reinserção social do condenado.

Caso condutas com diferentes níveis de gravidade sejam igualmente tratadas, haverá um desequilíbrio e desproporção, tornando até mesmo inócuo a diferenciação entre as condutas, já que, tendo elas o mesmo tratamento, poderá o agente ser encorajado a realizar a conduta mais grave, já que terá o mesmo tratamento dispensado a conduta menos grave. A respeito disso, Beccaria:

> [...] se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo de recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto frequente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer[122].

Mirabete *apud* Greco, tratando da individualização da pena na etapa de execução, ensina:

> Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e cientifica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um[123].

---

[122] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 69.
[123] MIRABETE, Julio Fabbrini *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 75.

Então, ainda que mais de um sujeito pratique o mesmo crime, a pena de cada um deverá ser particularizada, atendendo às características pessoais de cada um de modo a ser justa e proporcional.

A antiga lei de drogas (lei 6.368/76), não fazia qualquer distinção entre o traficante profissional e o traficante eventual, prevendo em seu art. 12, as mesmas sanções penais para ambos[124].Quando a lei 11.343/06 em seu art. 33, § 4º, inovou, diferenciando o traficante eventual do traficante profissional, o que pretendeu o legislador, foi individualizar a pena de acordo com o criminoso, admitindo que as circunstâncias pessoais do primeiro, tornam o crime menos grave, merecendo por isso, uma pena mais branda em relação ao último.

Entender que o traficante eventual, primário, e sem envolvimento com facções criminosas deve passar pelo mesmo tratamento como hediondo, dispensado ao traficante profissional, inserido em alguma organização criminosa, é relegar a individualização da pena, e pior, é relegar as finalidades da pena, que além de visar punir o crime, visa recuperar o indivíduo, já que como bem assinala Mirabete, "individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social[125]".

Destarte, o tratamento como hediondo do dito tráfico privilegiado fere o princípio constitucional da individualização da pena, ao passo que, ao tratar de maneira padronizada tanto o traficante profissional como o traficante eventual, prevendo para ambos todos ônus relativo a lei de crimes hediondos, ignora as particularidades que tornam o tráfico episódico de menor gravidade, e por via de consequência, merecedor de um tratamento mais brando.

Diversos foram os julgamentos pela nossa Corte Maior, em que tal princípio foi utilizado como baliza na interpretação da lei penal. Exemplo disso, ocorreu no julgamento do Habeas Corpus nº 149.807/SP, (já comentado no subitem 2.3 desse trabalho), em que se entendeu ser inconstitucional por afrontar a individualização da pena o mandamento previsto no art. 2º, § 1º da lei 8.072/90 que dispõe que os crimes

---

[124] BRASIL. **Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm> Acesso em 14 de fevereiro de 2017.
[125] MIRABETE, Julio Fabbrini *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 75.

hediondos e equiparados devem obrigatoriamente ser cumpridos em regime inicialmente fechado. Da mesma forma, no Habeas Corpus 97.256/RS o STF declarou afrontar a individualização da pena a proibição de conversão em pena restritiva de direitos, antes constante no art. 33, § 4º e ainda constante no art. 44 da lei de drogas.

4.4 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade da pena, apesar de não estar contido de maneira expressa em nossa Constituição Federal, é considerado um princípio implícito, sendo corolário de outros princípios, como o da legalidade penal, o da razoabilidade e o da individualização da pena. Fernando Capez, ao abordar o princípio, leciona:

> Além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade humana, tal princípio aparece insculpido em diversas passagens de nosso Texto Constitucional, quando abole certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I). Baseia-se na relação custo-benefício. [...]. Uma sociedade incriminadora é uma sociedade invasiva, que limita em demasia a liberdade das pessoas[126].

Luiz Regis Prado, por sua vez, assim trata do referido princípio:

> Embora sua origem remonte à Antiguidade, foi só com o Iluminismo, em especial com a obra de Cezzare Beccaria, que o princípio da proporcionalidade se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal. Para esse autor, as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes. [...]. Para a cominação e imposição da pena, agregam-se, além dos requisitos de idoneidade e necessidade, a proporcionalidade. Pela adequação ou idoneidade, a sanção penal deve ser um instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim). Além da aptidão da

[126] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte geral**: volume I. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

> pena para a garantia do bem jurídico, a idoneidade implica que ela seja "qualitativamente adequada para conseguir a finalidade" e que ademais seja de factível realização por meio de normas processuais e de execução penal. O requisito da necessidade significa que o meio escolhido é indispensável, necessário, para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia[127].

O princípio da proporcionalidade, não se trata apenas de mera ferramenta de hermenêutica constitucional, mais ainda, se trata de verdadeiro controle sobre o legislador e sobre o aplicador do direito, ao qual, a pena, tanto em abstrato como em concreto, deve ser proporcional ao injusto.

O princípio da proporcionalidade, portanto, indica que o legislador e o aplicador do direito devem valorar as condutas, e aplicar a elas, penas proporcionais, de acordo com a gravidade de cada uma, de modo a causar um equilíbrio entre o delito e a pena, sendo vedado o excesso punitivo.

A análise da proporcionalidade aqui, diz respeito a proporcionalidade entre o montante de pena cominada ao tráfico privilegiado e as vedações impostas pela lei de crimes hediondos.

O § 4º, art. 33, estabelece uma diminuição de pena que pode variar de 1/6 a 2/3 da pena prevista no caput. Isso significa, por exemplo, que se a pena fica no mínimo legal (5 anos), e a diminuição opera em nível máximo (2/3), a pena final será fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão. Sem os rigores da hediondez, diversas benesses poderiam receber os réus com a pena nesse patamar, como por exemplo a comutação da pena, em que o réu poderia ter a pena privativa de liberdade substituída pela pena restritiva de direito[128], ou pelo menos iniciar o cumprimento de pena em regime inicial aberto[129].

Interessantes são as palavras de Paulo Rangel:

---

[127] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte geral, volume 1. 11 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 173/174.
[128] BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.***In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Art. 44.
[129] BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.***In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Art.33 §2º, c.

> [...]. A duas que, pelo princípio da razoabilidade, não é ponderável e, consequentemente, justo, prudente, moderado, de bom senso, uma condenação pelo tráfico privilegiado a uma pena de dois anos de reclusão em regime, necessariamente, inicial fechado e outra condenação num homicídio simples, por exemplo, a uma pena de seis anos em regime inicial semiaberto. Bens jurídicos distintos entre si (saúde pública e vida) tratados de forma desproporcional. Até porque o tráfico privilegiado não é crime hediondo, razão pela qual não há motivo para aplicação da regra inserta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990[130].

No mais, o rótulo de hediondo impede a concessão de outros benefícios, como o indulto, a liberdade provisória mediante fiança[131], a progressão de regime mais célere (nos moldes do art. 112, LEP) e etc., o que evidencia, a desproporcionalidade de tratar o tráfico minorado sob a pecha da lei de crimes hediondos.

Outra prova da desproporção de se tratar o tráfico minorado como hediondo, reside no fato de que o crime previsto no art. 35 da lei 11.343/06, que é o de associação para o tráfico, não é considerado hediondo, o que evidencia ainda mais essa disparidade, já que se trataria com um rigor maior o sujeito que não faz parte de facções criminosas, primário e de bons antecedentes, em relação ao sujeito que vive do delito, que se associa a uma facção criminosa para juntos praticarem o tráfico ilícito.

O Ministro Fachin, discorrendo sobre o acima exposto, durante o julgamento do HC 118.533/MS, em seu voto, assim se posicionou:

> É óbvio que não se cuida de atribuir ao tráfico minorado o caráter de infração de menor potencial ofensivo, ou de afirmar que o tempo de pena confere, *ipso facto,* direito subjetivo aos benefícios listados.
> Trata-se, tão somente, de, sob o prisma da quantidade mínima de pena, signo a traduzir, por excelência, a gravidade do crime e a extensão da necessidade de punição penal, extrair que o tratamento equiparado a hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade. Isso porque, sob todos os ângulos elencados, o ordenamento jurídico confere ao delito de tráfico minorado, segundo a perspectiva da quantidade de pena, tratamento que não se coaduna com a agressividade ínsita à hediondez por equiparação[132].

---

[130] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 750/751.
[131] BRASIL. Código de Processo Penal.**Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.***In: Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Art. 322.
[132] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

Cesare Beccaria, ao concluir sua obra intitulada em português “dos delitos e das penas”, arremata o seguinte:

> De tudo o que acaba de ser exposto pode-se deduzir um teorema geral de muita utilidade, porém pouco conforme ao uso, que é o legislador comum dos países:
> É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei[133].

Por tudo o exposto, a luz do princípio da proporcionalidade da pena, o tráfico privilegiado, não deve receber os mesmos tratamentos dispensados aos crimes hediondos, sob pena de causar desequilíbrio entre o delito e o tratamento penal e processual penal.

[133] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 107.

5 MUDANÇA DE PARADIGMA

Nossa jurisprudência, no âmbito dos Tribunais Superiores, por muito tempo foi uníssona no entendimento pela compatibilidade do tratamento excepcional previsto na lei de crimes hediondos ao tráfico privilegiado, proferindo acórdãos quase sempre unânimes reconhecendo sua hediondez, sob o principal argumento de que o tráfico privilegiado não constitui figura autônoma, sendo apenas, o §4º do artigo 33 da lei 11.343/06, uma causa de diminuição de pena que de maneira alguma, teria o poder de afastar a reprovabilidade presente no tráfico de drogas e consequentemente seu caráter hediondo.

Percebemos porém que, principalmente a partir de 2012, tal entendimento até então solidificado, pela hediondez do tráfico privilegiado, foi gradualmente perdendo força na jurisprudência, havendo decisões que, embora ainda denegassem o pedido de afastamento da hediondez, já não negavam mais de forma unânime, até que finalmente no ano de 2016, rompeu-se de vez com o entendimento tradicional, com a inédita decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, afastando a hediondez do tráfico privilegiado.

Nesse capítulo, vamos nos dedicar a demonstrar de forma linear, a evolução jurisprudencial acerca do entendimento sobre o tema, com as principais decisões sobre o assunto desde 2010, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, até a mudança paradigmática ocorrida em 2016.

5.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência do STJ, acerca do tema, há muito, tem decidido no sentido de que a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 da lei de drogas não descaracteriza sua hediondez, sendo totalmente compatível com o tratamento dado pela lei 8.072/90, sob o argumento de que tais circunstâncias

interferem apenas no quantum de pena que deve ser aplicado e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas.

Abaixo, traremos as principais decisões do STJ sobre o tema, mostrando como esse Tribunal tem tratado a questão.

No dia 23 de fevereiro de 2010, a Quinta Turma, realizou o julgamento do HC nº 143.361/SP, cujo relator era o Ministro Jorge Mussi, em que o paciente, condenado a 4 anos, 3 meses, e 10 dias de reclusão pelo crime de tráfico de drogas com o expresso reconhecimento do privilégio previsto no parágrafo 4º, buscava a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial de pena, fundamentando, que, o paciente cumpria todos os requisitos para o cumprimento em regime semiaberto, devendo a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º da lei de drogas, apartar o caráter hediondo do delito.

Na ocasião, de forma unânime, a Quinta Turma firmou o entendimento de que tal causa de diminuição, de maneira nenhuma poderia ser justificativa para afugentar o tratamento especial nos moldes da lei 8.072/90, pois, apesar do dispositivo prever redução de pena, não tem a capacidade de amenizar a alta reprovabilidade que recai sobre a traficância, mantendo portanto, seu caráter hediondo[134]. O Ministro Jorge Mussi, relator do julgamento em comento, assim se manifestou em seu voto:

> Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas[135].

[134]SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 143.361/SP**. 5ª Turma. Relator: MUSSI, Jorge. Julgado em 23/02/2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8372930&num_registro=200901461615&data=20100308&tipo=51&formato=PDF >. Acesso em: 5 de novembro de 2016.
[135]*Idem.*

No dia 13 de setembro de 2011, a mesma Quinta Turma, durante o julgamento do HC nº 160.102/MS, de relatoria da Senhora Ministra Laurita Vaz, em que a impetrante Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul buscava o reconhecimento da concessão de indulto à condenada por tráfico privilegiado, que havia sido concedido em primeiro grau, porém, reformado em segunda instância, denegou a ordem, novamente de forma unânime, concluindo pelo não cabimento do benefício, já que, segundo acordaram os Ministros, a causa de diminuição prevista no §4º, artigo 33 da lei 11.343/06, em nada afetaria no tratamento penal como hediondo, dado pela CF/1988 e pela Lei 8.072/90[136]. Vejamos a conclusão que chegou a Relatora, em seu voto:

> Vê-se, portanto, que a Constituição Federal veda expressamente a concessão de graça e indulto aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo irrelevante o fato de ter sido aplicada na fixação da pena a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto remanesce a mesma tipificação da conduta[137].

No ano seguinte, mantendo o entendimento, a Quinta Turma, durante o julgamento do HC nº 168.447/MS, no dia 5 de junho de 2012, quando novamente se discutia a possibilidade de concessão de indulto à condenada ao crime de tráfico privilegiado, também denegou a ordem por unanimidade[138].

Na ocasião, assim entendeu o Relator Ministro Marco Aurélio Belizze:

> O Superior Tribunal de Justiça, por reiteradas vezes, firmou a compreensão no sentido de que não é cabível a concessão do benefício do indulto aos condenados por tráfico de entorpecentes. A circunstância de ter sido aplicado à espécie o redutor de penas previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 não altera esse entendimento, uma vez que não modifica a

---

[136]SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 160.102/MS**. 5ª Turma. Relator: VAZ, Laurita. Julgado em 13/09/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17037493&num_registro=201000106263&data=20110928&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

[137]*Idem.*

[138]SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 168.447/MS**. 5ª Turma. Relator: BELIZZE, Marco Aurélio. Julgado em 05/06/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18358925&num_registro=201100174892&data=20120615&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

> figura típica, ou seja não desnatura o seu caráter de delito equiparado a hediondo[139].

Ainda nesse diapasão, no dia 23 de outubro de 2012, a Quinta Turma voltou a enfrentar o tema, através do Agravo Regimental no HC nº 249.249/MG, asseverando novamente por unanimidade, pela impossibilidade de se afastar a hediondez ao tráfico privilegiado[140]. O Senhor Ministro Relator Marco Aurélio Belizze, assim aduziu em seu voto:

> Assim, a incidência de causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do delito, não sendo apta a afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos[141].

Finalmente, no dia 13 de março de 2013, a Terceira Seção do STJ, realizou o julgamento do RESP nº 1329088/RS, que havia sido o escolhido como o representativo da controvérsia que girava em torno da hediondez ou não do tráfico privilegiado, previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, decidindo por unanimidade em reconhecer seu caráter hediondo[142], dando inclusive ensejo a edição da Súmula 512.

Assim ponderou em seu voto o relator do julgamento, o Ministro Sebastião Reis Junior:

> Feita a leitura dos dispositivos, de plano, constata-se que o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 não excluiu de seu rol o tráfico de drogas quando houver a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Se assim o quisesse, poderia o legislador tê-lo feito, uma vez que a redação atual do dispositivo, conferida pela Lei n. 11.464/2007, é posterior à vigência da Lei n.

---

[139] *Idem.*

[140] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 249.249/MG**. 5ª Turma. BELIZZE, Marco Aurélio. Julgado em 23/10/12. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22667480/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-249249-mg-2012-0152279-3-stj/inteiro-teor-22667481>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

[141] *Idem.*

[142] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1329088/RS**. Terceira Seção. Relator: JUNIOR, Sebastião Reis. Julgado em 13/03/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26642239&num_registro=201201242080&data=20130426&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

> 11.343/2006. Outrossim, observa-se que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 elenca como requisitos necessários para a sua aplicação circunstâncias inerentes à pessoa do agente, e não à conduta por ele praticada. Destarte, a primariedade, os bons antecedentes, bem como a não dedicação a atividades criminosas, nem a integração em organização criminosa são fatos que dizem respeito à pessoa do apenado. Em razão dessas circunstâncias – e não de uma eventual menor gravidade da conduta de traficar –, entendeu o legislador que poderia ser reduzida a pena do condenado.[..]A causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não é aplicada por ser a conduta menos grave, mas surge por razões de política criminal, como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma mais rápida oportunidade de ressocialização.[143]

Posteriormente, o STJ, no dia 16 de junho de 2014, publicou a Súmula 512,que uniformizou o entendimento até então prevalecente, *in verbis:* "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[144]".

Por fim, com o objetivo de realinhar sua posição jurisprudencial de acordo com a nova compreensão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, no dia 23 de outubro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento de questão de ordem, em que se pretendia revisar a tese firmada no RESPnº 1329088/RS, a Terceira Seção, estabeleceu de forma unânime, o entendimento de que o tráfico de drogas na sua forma privilegiada, não possui natureza hedionda, decidindo por cancelar a Súmula 512[145].

5.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

[143]SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1329088/RS**. Terceira Seção. Relator: JUNIOR, Sebastião Reis. Julgado em 13/03/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26642239&num_registro=201201242080&data=20130426&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

[144]SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 512:** A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico dedrogas. Terceira Seção. 11/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

[145] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Revisão de tese: Tema 600**. Terceira Seção. 23/11/16. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

No âmbito do nosso Pretório Excelso, também predominava o entendimento em favor da hediondez do tráfico privilegiado, até a inédita decisão em 2016, proferida em sede de julgamento do HC nº 118.533/MS, que significou uma verdadeira ruptura com esse raciocínio até então majoritário, havendo uma mudança de paradigma, fazendo nosso Supremo Tribunal Federal uma releitura constitucional do dispositivo ora em comento, afastando o caráter hediondo.

Faremos uma breve explanação, das principais decisões do Supremo acerca desse tema, até a decisão que reconheceu a não hediondez do tráfico privilegiado, rompendo com o tradicional entendimento.

No dia 16 de Outubro de 2012, a Primeira Turma, ao enfrentar o tema por meio do Agravo Regimental no HC nº 114.452/RS, negou por maioria de votos, provimento ao recurso, em que o agravante pleiteava o direito do paciente a progredir no regime de cumprimento de pena após 1/6 de cumprimento, que é a regra geral, e não 2/5, regra essa aplicada aos crimes hediondos e equiparados, sustentando que assim como o homicídio qualificado-privilegiado não é considerado hediondo, por questão de analogia e respeito aos princípios da proporcionalidade e da igualdade material, o tráfico de drogas privilegiado também não deveria ser, podendo por esse motivo, ter o paciente direito a progressão de regime a partir do cumprimento do quantum de 1/6 da pena[146]. Vejamos o que sentenciou em seu voto, o Ministro, ora Relator, Luiz Fux:

> No que tange à questão de mérito deduzida no writ, 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 lei anterior. Destarte, o reconhecimento da benesse ora pretendida – progressão da pena após o cumprimento de 1/6 – e não das frações previstas na Lei de Drogas, de 2/5, se primário, e de 3/5, se reincidente – constituirá incentivo a que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que ficarão presas[147].

---

[146] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 114.452/RS**. 1ª Turma. Relator: FUX, Luiz. Julgado em 16/10/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3064804>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

[147] *Idem.*

Ao seu turno, a Segunda Turma também chegou ao entendimento supra, de forma unânime, no julgamento do HC nº 118.577/MS, de relatoria do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, datado em 05 de novembro de 2013[148]. Vejamos trecho do voto proferido pelo relator:

> 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 beneficiar o pequeno traficante[149].

No mesmo sentido, em 19 de novembro desse mesmo ano, a Segunda Turma enfrentou o tema, durante o julgamento do HC nº 118.351/MS, novamente sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Nesse julgamento, novamente, a turma denegou a ordem que pedia o afastamento da hediondez do crime de tráfico privilegiado, porém dessa vez, de forma não unânime, votando pela concessão da ordem os vencidos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes[150]. O Ministro Celso de Mello, ao justificar seu voto pela concessão da ordem, assim entendeu:

> 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[151]. (Grifo meu)

---

[148] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.577/MS**. 2ª Turma. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Julgado em 05/11/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4893346>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

[149] *Idem.*

[150] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.351/MS**. 2ª Turma. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Julgado em 19/11/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6155942>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

[151] *Idem.*

Continuando nessa esteira, a Primeira Turma, por unanimidade, em 2014, no dia 18 de fevereiro, no julgamento do Recurso Ordinário em HC nº 114.842/MS, firmou entendimento de que a diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da lei de drogas não se tratava de tipo penal diferente do caput, constituindo portanto o mesmo crime, devendo da mesma forma ser equiparado a hediondo:

> A minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não tem o condão de descaracterizar a hediondez do delito de tráfico de drogas, porquanto não cria uma figura delitiva autônoma, mas, tão somente, faz incidir, na terceira fase de fixação da pena, uma causa especial de diminuição da reprimenda, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização voltada a esse fim[152].

Todavia, em 2016, o STF superou entendimento jurisprudencial anterior, decidindo o Pleno da Egrégia Corte, no julgamento do Habeas Corpus nº 118. 533/MS, por maioria de 8 votos a 3, por conceder a ordem, afastando a natureza hedionda ao tráfico privilegiado, sendo vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. A matéria discutida nesse pleito, havia, sido afetada ao Plenário, em 2014, pela Relatora Ministra Cármen Lúcia, para que finalmente fosse pacificado entendimento sobre esse imbróglio.

Para a relatora do julgamento em comento, o tráfico privilegiado não pode ter o mesmo tratamento do tráfico de drogas equiparado a hediondo, já que ele trata de criminosos ocasionais, que não possuem uma vida pregressa no crime, nem fazem parte do crime organizado, entendendo a relatora, que há um verdadeiro "constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores legais destinados ao tráfico de entorpecentes equiparado ao crime hediondo"[153].Nessa linha, ventilou a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto:

---

[152] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 114.842/MS**. 1ª Turma. Relator: WEBER, Rosa. Julgado em 18/02/2014. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5369648>. Acesso em: 6 de novembro de 2016.

[153] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em:

> 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[154].

Gilmar Mendes, ao seu turno, destacou nesse julgamento, além do fato do art. 44 da lei 11.343/06 não ter abarcado o tráfico privilegiado entre as hipóteses de recrudescimento no tratamento penal, mostrando a vontade legislativa de não tratar o dito traficante eventual da mesma forma que o traficante contumaz, que a Constituição Federal de 1988, deu margem ao legislador infraconstitucional, para retirar algumas condutas envolvendo transação ilícita com drogas do âmbito dos crimes hediondos, já que apenas previu genericamente, no art. 5º, XLIII, a expressão "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", sendo portanto uma questão de hermenêutica constitucional, definir quais crimes devem sofrer a sanção de hediondez, salientando, que no caso do tráfico privilegiado, o seu caráter isolado de envolvimento com o crime que o afasta da esteira da hediondez:

> Por óbvio, há casos em que o legislador não pode fugir do regime da hediondez. Casos que denotem habitualidade e intuito de lucro no trato com quantidade significativa de drogas pesadas, claramente, amoldam-se ao regime constitucional. Por outro lado, a pequena monta do tráfico, a inexistência de habitualidade, eventuais motivos nobres, a coação resistível etc. podem servir de fronteira para descaracterizar a hediondez[155].

O Ministro Edson Fachin, em seu voto, destacou que por ser um tratamento de exceção, a lei de crimes hediondos utiliza o critério legal para a fixação de crimes que devem sofrer esse tratamento, e por isso, para se qualificar um crime como hediondo, deve haver previsão expressa e estrita, não se admitindo *analogia in malam partem.* O Ministro destacou, que embora a minorante do parágrafo 4º, de fato não crie novo

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

[154] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

[155] *Idem.*

tipo penal, esse fato, não impede a intepretação no sentido pelo afastamento da sua hediondez, sendo que na verdade, a incidência da minorante gera um impacto tão grande no quantum da pena, que altera substancialmente o grau de reprovabilidade da conduta[156].

Convém destacar trecho do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin:

> Embora a causa de diminuição não consubstancie tipo penal autônomo, a repercussão na pena é potencialmente tão intensa a ponto de traduzir alteração penal deveras substancial. Assim, embora, de fato, reitere-se, não se divise a existência de novo tipo penal, diante da ausência de correspondência expressa e precisa, a conclusão de que o tráfico minorado é compatível com o regime geral da execução penal e de livramento condicional não se afigura irrazoável.[157]

Já o Ministro Ricardo Lewandowski, ao justificar seu voto, no julgamento em comento, pelo afastamento da hediondez do tráfico privilegiado, entendeu que o assunto transcendia a simples análise jurídica do caso, optando por embasar seu voto com elementos fáticos acerca da realidade que assola a população carcerária brasileira, e as possíveis consequências que essa mudança de paradigma por parte do Supremo, caso opte pela descaracterização como hediondo do tráfico privilegiado, podem trazer ao sistema carcerário[158]. Abaixo, parte do apontamento trazido pelo Ministro Lewandowski:

> Estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente (ou algo em torno de 80.000 pessoas, em sua grande maioria, repito, mulheres) tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio. 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. Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se

---

[156] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

[157] *Idem.*

[158] *Idem.*

> amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam[159].

Esse, portanto, é o panorama relativo à evolução jurisprudencial do entendimento acerca da hediondez do tráfico privilegiado, que vinha numa posição solidificada pela hediondez, até uma guinada jurisprudencial por parte do STF em 2016, que inclusive, acabou ocasionando na revisão da Súmula 512 por parte do STJ, vindo a ser cancelada, como forma de uniformizar a jurisprudência do STJ com o novo entendimento do STF.

[159] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

6 CONCLUSÃO

Diante de tudo apresentado, parece que o tráfico privilegiado não coaduna com as medidas de exceção prevista na lei de crimes hediondos

Primeiro, quando feita a analise etimológica do que é hediondo, a incompatibilidade com o tráfico privilegiado é cristalina, já que esse último não apresenta nenhum dos contornos definidores da hediondez, tal qual a sordidez, a repugnância, indo em sentido contrário, rumo a uma mitigação da reprovabilidade presente na traficância, já que praticado por individuo sem raízes no crime, de forma eventual e não pertencente a facções criminosas.

Segundo, à luz do princípio da legalidade e da reserva legal, também não há espaço para interpretação no sentido da hediondez, haja visto que, usando um critério legal e taxativo para dispor sobre as condutas hediondas, trazendo apenas a expressão “tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins”, foi silente a lei 8.072/90 quanto ao tráfico privilegiado, não cabendo ao interprete nenhum tipo de analogia *in malam partem.*

Terceiro, consoante o princípio da individualização da pena, é incabível o rótulo de hediondo ao tráfico privilegiado, já que ao tratar de maneira uniforme e padronizada todos os tipos de traficantes, relegando a diferente medida da reprovabilidade presente no tráfico profissional e no tráfico privilegiado, fere-se as finalidades da pena, e ignora-se que um merece o tratamento mais abrandado em relação ao outro.

E quarto, norteado pelo princípio da proporcionalidade, tem-se que o tratamento como hediondo do tráfico privilegiado se mostra desarrazoado, já que inexiste proporção entre a substancial diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, que pode deixar a pena abaixo do patamar de 2 anos de reclusão, e o tratamento excessivamente rigoroso dispensado aos crimes hediondos, que impossibilita o condenado por tráfico com o reconhecimento do privilégio, de obter diversas benesses possíveis aos crimes comuns, ainda que preenchidos os requisitos necessários, não havendo o mínimo de equilíbrio entre a quantidade de pena e as restrições impostas pela lei 8.072/90.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **“**Capítulo II - Princípios de interpretação especificamente Constitucional”. *In:***Interpretação e aplicação da Constituição.** 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral I. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: 1940.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF: 1941.

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

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: 1984.

BRASIL. **Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: 1989.

BRASIL**. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: 1990.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: 2006.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito pena, parte geral**: volume I. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTO, Felipe Guimarães Do**. A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas**. 2012. 23 f. Monografia (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. "Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes". *In:* GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014.

DEFENSORIA PÚBLICA/SP. **Sugestão de Tese 23**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:of-Hf5cS3SIJ:https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TODAS%2520AS%2520TESES/3%2520ENCONTRO/TESE%252023.doc+&cd=10&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

DICIONÁRIO DO AURÉLIO ONLINE. **Equiparar.** Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/equiparar> Acesso em 8 de setembro de 2016.

G1. **Com lei de drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014.

HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. Niterói: Impetus,2016.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:** parte geral, volume I. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIMA, George Marmelstein. **As funções dos princípios constitucionais. Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2624>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Modalidades de normas constitucionais – Regras e Princípios".*In:* **Curso de direito constituciona**l. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Regras e princípios em Dworkin e Alexy". *In:***Curso de direito constituciona**l. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre De. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudênciaº. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCA. "**Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2017.

PORTAL TUDO SOBRE PLANTAS.**Erythroxylum coca**. Disponível em: <http://www.tudosobreplantas.com.br/asp/plantas/ficha.asp?id_planta=22336>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte geral, volume 1. 11 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

PROFESSOR DOUGLAS. **Cocaína e seus derivados**. Disponível em: <http://www.profdouglaslafemina.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=17&itemid=18>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n. º 344**, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial**.** Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria_344_98.pdf> Acesso em 20 de março de 2017.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm>.Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

SILVA, Amaury. "Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes".IN: **Lei de DrogasAnotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 249.249/MG**. 5ª Turma. BELIZZE, Marco Aurélio. Julgado em 23/10/12. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22667480/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-249249-mg-2012-0152279-3-stj/inteiro-teor-22667481>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

_____. **Agravo Regimento no Recurso Especial nº 1.442.224 – SP**. Sexta Turma. Relator: JÚNIOR, Sebastião Reis. Julgado em 24/05/16. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60857091&num_registro=201400573359&data=20160613&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

_____. **Habeas Corpus nº 10.260/SP.** Sexta Turma. Relator: GONÇALVES, Fernando. Julgado em 21/09/1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900677315&dt_publicacao=01-08-2000&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 13 de dezembro de 2016.

_____. **Habeas Corpus nº 143.361/SP**. 5ª Turma. Relator: MUSSI, Jorge. Julgado em 23/02/2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8372930&num_registro=200901461615&data=20100308&tipo=51&formato=PDF >. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

_____. **Habeas Corpus nº 160.102/MS**. 5ª Turma. Relator: VAZ, Laurita. Julgado em 13/09/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17037493&num_registro=201000106263&data=20110928&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

_____. **Habeas Corpus nº 168.447/MS**. 5ª Turma. Relator: BELIZZE, Marco Aurélio. Julgado em 05/06/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18358925&num_registro=201100174892&data=20120615&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

_____. **Informativo 596**. Terceira Seção. Julgado em 14/12/16. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em 2 de março de 2017.

_____. **Recurso Especial nº 1329088/RS**. Terceira Seção. Relator: JUNIOR, Sebastião Reis. Julgado em 13/03/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26642239&num_registro=201201242080&data=20130426&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

_____**. Súmula nº 512**: A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. Terceira Seção. 11/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 114.452/RS**. 1ª Turma. Relator: FUX, Luiz. Julgado em 16/10/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3064804>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

_____.**Habeas Corpus nº 78.305/MG.** Segunda Turma. Relator: SILVEIRA, Néri da. Julgado em 08/06/1999. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696800/habeas-corpus-hc-78305-mg>. Acesso em: 13 de dezembro de 2016.

_____. **Habeas Corpus nº82.959/SP**. Plenário. Relator: AURÉLIO. Marco. Julgado em 23/02/2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp/inteiro-teor-100477870>. Acesso em: 1 de setembro de 2016.

_____. **Habeas Corpus nº 97.256/RS**. Plenário. Relator: BRITTO, Ayres. Julgado em 01/09/10. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

_____. **Habeas Corpus nº 100.745/SC.** Segunda Turma. Relator: GRAU, Eros. Julgado em 09/03/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893115%2ENUME%2E+OU+93115%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jssgult> Acesso em 7 de março de 2017.

_____. **Habeas Corpus nº 104.339/SP.** Tribunal Pleno. Relator: MENDES, Gilmar. Julgado em 10/05/2012. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104339%2ENUME%2E+OU+104339%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jznazmt Acesso em 7 de março de 2017.

_____. **Habeas Corpus nº 111.840/ES.** Plenário. Relator: TOFFOLI, Dias. Julgado em 27/06/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=111840&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 1 de setembro de 2016.

_____. **Habeas Corpus nº 118.351/MS**. 2ª Turma. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Julgado em 19/11/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6155942>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

_____. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

_____. **Habeas Corpus nº 118.577/MS**. 2ª Turma. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Julgado em 05/11/2013. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4893346 >. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

_____. **Habeas Corpus nº 149.807/SP.** Sexta Turma. Relator: FERNANDES, OG. Julgado em 06/05/2010. Disponível em:

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16805083/habeas-corpus-hc-149807-sp-2009-0195777-0>. Acesso em: 1 de setembro de 2016.

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 118.577/MS**. 1ª Turma. Relator: WEBER, Rosa. Julgado em 18/02/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5369648>. Acesso em: 6 de novembro de 2016.

_____.**Súmula 719**. 15/08/2007. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2238&seo=1>. Acesso em: 19 de dezembro de 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Código de processo penal comentado**. 15 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal n° 0019331-98.2014.8.26.0576**. 8ª Câmara Criminal. Relator: JUNIOR, Alcides Malossi. Julgado em 28/04/2016. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9399096&cdForo=0> Acesso em: 28 de fevereiro de 2017.

_____. **Apelação Criminal n° 0053033-03.2010.8.26.0050**. 15ª Câmara Criminal. Relator: SANTOS, Ribeiro dos. Julgado em 28/03/2013. Disponível em:<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6583354&cdForo=0>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Apelação Criminal nº 0002180-45.2011.4.03.6123/SP**. 5ª Turma. Relator: FONTES, Paulo. Julgado em 07/11/16. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5519101>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

_____. **Apelação Criminal nº0008149-22.2015.4.03.6181/SP.** 11ª Turma. Relatora: MELLO, Cecília. Julgado em 06/12/16. Disponível em:**<**http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5635764>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

_____. **Recurso em Sentido Estrito nº 0001575-66.2015.4.03.6121/SP.** 11ª Turma. Relatora: MELLO, Cecília. Julgado em 22/11/16. Disponível em:**<**http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5617514>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

_____. **Recurso em Sentido Estrito nº 0008881-71.2013.4.03.6181/SP.** 11ª Turma. Relator: LUNARDELLI, José. Julgado em 09/12/14. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3494517>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte geral, volume 1. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.