

O TRÁFICO PRIVILEGIADO NA LEI DE DROGAS: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 33
§ 4º DA LEI 11.343/2006. DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO OU
DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO?

Cícero Fábio Ribeiro dos Santos é estudante do 10º semestre do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE.

RESUMO

A Lei 11.343/06 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro notável mudanças no que concerne aos procedimentos às punições aplicáveis aos traficantes de drogas se comparados com os antigos diplomas legais. Com ela houve uma seletividade penal ao diferenciar o mero usuário do traficante passando a prescrever uma medida educativa aos primeiros e penas mais severas aos segundos.

No entanto, questões de natureza processuais penais ainda pairam no ar, dada a complexa natureza social do crime do tráfico ilegal destas substâncias entorpecentes. Uma dessas querelas diz respeito ao § 4º do artigo 33 da lei em comento que, de forma inovadora, criou a figura penal do tráfico privilegiado que quando preenchido os requisitos elencados por ela como ser o condenado réu primário, de bons antecedentes e não se dedicar a atividades ou fazer parte de organização criminosa, pretensamente viria a fazer jus a uma punição mais branda do que o aplicado a um traficante de maior periculosidade,

O presente artigo cuida de investigar a evolução e a natureza jurídica das leis penais proibitivas em nosso ordenamento jurídico, com a finalidade de responder se a aplicação da minorante ao “traficante de menor potencial ofensivo” se trata de um direito subjetivo do sentenciado ou de uma discricionáriedade do magistrado.

Palavras-chave: Lei nº 11.343/06. Tráfico de entorpecentes. Forma privilegiada. Redução da pena. Direito subjetivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DO PROIBICIONISMO DO CONSUMO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1.1 A origem do proibicionismo ao consumo e tráfico ilícito de entorpecentes nos EUA. 1.2 A história do proibicionismo no Brasil e das primeiras leis anti-drogas no ordenamento jurídico pátrio. **2 NATUREZA JURÍDICA DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.** 2.1 O tráfico ilícito de entorpecentes na Constituição Federal de 1988. 2.2. A opção do Legislador pela equiparação do tráfico ilícito de entorpecentes como um crime hediondo – Lei nº 8.072/90. 2.3 O Tráfico ilícito de entorpecentes na Lei nº 11.343/06. **3. ANÁLISE ACERCA DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 (TRÁFICO PRIVILEGIADO).** 3.1 Requisitos legais para a caracterização do tráfico privilegiado. 3.2 Aplicação da minorante para o tráfico privilegiado: direito subjetivo do acusado ou faculdade discricionária do magistrado?. 3.2. Regime inicial para os apenados pelo crime de tráfico privilegiado. Considerações Finais. Notas Explicativas. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Passados 8 anos desde a vigência da Lei 11.343/06, batizada de Nova Lei de Drogas, a comunidade jurídica brasileira ainda discute a respeito dos inovadores procedimentos adotados no referido diploma legal quanto a reprimenda estatal a ser imposta aos sentenciados pelo tráfico ilícito de entorpecentes. Uma destas querelas diz respeito ao § 4º do artigo 33 da lei em comento e que será objeto de estudo deste do artigo científico.

A priori, a comunidade jurídica da seara penal debatera intensamente sobre a possibilidade ou a impossibilidade da concessão de benesses processuais aos apenados pelo tráfico de entorpecentes, uma vez que o referido ilícito, desde a promulgação da atual Constituição Federal foi classificado como um crime de natureza equiparado a hediondo, se resalta que o Legislador Constituinte deixou claro ao dispor no XLIII do artigo 5º da CRFB/88 que tais práticas criminosas seriam insuscetíveis de fiança, graça ou anistia. Este severo enquadramento também fora repetido na Lei 8.072/90 quando em seu artigo 2º também fez constar o tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins no mesmo patamar dos crimes hediondos juntamente com a prática de tortura e terrorismo definidos no seu artigo primeiro desta mesma lei especial.

Passado alguns anos, novamente voltou-se a debater se em razão dos tratados internacionais os quais Brasil se tornou signatário, como foi o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991, a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito agrediria a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI).

Esta cizânia foi superada por meio do julgamento do HC 97.256 impetrado perante o STF o qual declarou a inconstitucionalidade incidental da expressão “vedada à conversão em penas restritivas de direito” presentes nos artigos 33 §4º e 44 da Lei 11.343/2006 que obstava a conversão da pena de prisão em penas alternativas àqueles indivíduos que atendessem cumulativamente aos requisitos elencados nesses mesmos dispositivos como a condição de ser réu primário, de bons antecedentes e que não se dedique ou não integre organização criminosa.

A esta figura típica convencionou denominar a doutrina de tráfico privilegiado por fazer jus o indivíduo que se amolde a essas condições a uma minorante de um

sexto a dois terço na dosimetria da pena o que reduziria sensivelmente o seu tempo de encarceramento no já superlotado Sistema Penitenciário brasileiro.

Quanto a isso dúvidas não há que foi a vontade do Legislador Infraconstitucional que houvesse uma diferenciação do que se poderia chamar de “traficante amador” de um traficante profissional, ou seja, aquele criminoso que se dedique exclusivamente a prática delitiva do tráfico de drogas como um meio habitual de vida e cuja atividade miliciana armada foge ao controle do Estado de Direito tomando contornos de um estado paralelo nas comunidades mais carentes de segurança pública das grandes metrópoles do país.

A questão que se levanta no presente artigo, e que merece ser melhor analisada pela doutrina penalista, é se esta minorante a que este “pequeno traficante” pode se socorrer por se trata de um direito subjetivo líquido e certo por expressa prescrição legal em sentido formal, ou se simplesmente seria uma faculdade discricionária do magistrado no cômputo final da pena, por constar no referido dispositivo legal a expressão “poderão ser reduzida”, dando a entender que se trata um poder-dever a cargo do livre convencimento do julgador sentenciante, tendo por base o que faculta o artigo 59 do Código Penal que o autorizaria a estabelecer critérios de natureza subjetiva na fixação da pena levando-se em conta a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, as circunstâncias e as consequências do crime perpetrado pelo mesmo.

Para se chegar a uma conclusão a esse respeito far-se-á necessariamente o aporte da doutrina penalista por meio da leitura vestibular de obras publicadas pelos principais autores desta seara que tenham vertido seu entendimento sobre o assunto ora tratado, bem como os correlatos a estes.

Também se mostra imprescindível e de notório valor a pesquisa jurisprudencial realizado, por meio da consulta eletrônica junto aos principais tribunais superiores do Poder Judiciário (STJ e STF) que tenham sido arguidos para decidir sobre a questão suscitada se tal dispositivo se trata de um direito subjetivo do sentenciado ou uma faculdade do magistrado na dosimetria da pena.

Com isso espera-se com este modesto artigo científico prestar uma pequena contribuição ao debate de natureza jurídico-criminal visando o aperfeiçoamento dos procedimentos processuais em consonância com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo Insculpidos na Constituição Cidadã de 1988.

1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DO PROIBICIONISMO AO CONSUMO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

Antes de se adentrar propriamente na questão eminentemente jurídica a respeito do tema abordado neste artigo científico, bem como a todas as demais questões intimamente correlacionadas a ela, originadas em razão dos conceitos e procedimentos processuais penais adotados pela vigência da Nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), mister se faz tecer algumas considerações históricas sobre a mesma, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema, a respeito da origem do tráfico ilícito de entorpecentes.

Esta compreensão propedêutica dos fatores históricos que desencadearam o proibicionismo (ou, perseguição) por parte das autoridades estatais contra o consumo desregulamentado de substância psicoativas,(o qual seus inquisidores convencionaram denominar pelo pejorativo termo de drogas que conhecemos hoje) foi a razão preponderante para o surgimento de uma classe de negociantes (individuais ou em bando) que comercializavam ilicitamente tais substâncias proibidas, uma vez que, desde há muito, já havia uma população consumeirista das mesmas.

No entanto, os resultados mostraram que a política criminal anti-drogas desenvolvido pelos Estados Unidos da América (EUA) a partir dos anos 20 e copiada por vários outros países (entre os quais se inclui o Brasil) nas décadas seguintes se mostrou falha e ineficiente, apresentando resultados sociais indesejáveis como o aumento da população carcerária entre minorias étnicas menos favorecidas(negros e latinos), gastos exorbitantes com segurança pública e o pior, um descontrole estatal sobre drogas de maior potencial destrutivo como a cocaína e o crack que na atualidade se afigura como uma mazela no seio da sociedade.

1.1 A origem do proibicionismo ao consumo e tráfico ilícito de entorpecentes nos EUA.

Se hoje a sociedade a nível mundial se vê atormentada pelo tráfico ilícito de entorpecentes das mais variadas formas e grau de dependência certo é que nem sempre na história da humanidade o uso de substâncias psicotrópicas fora proibido pelas autoridades daquelas respectivas sociedades. O uso de ervas natural pelo

homem talvez seja tão antigo (ou mais) quanto a própria necessidade da criação de um poder estatal para governar os indivíduos de uma sociedade.

No princípio quando os homens ainda não haviam descoberto os benefícios do cultivo dos alimentos necessários a sua sobrevivência, vivendo da caça pesca e da colheita de frutas, é bem possível que tenham descoberto as propriedades medicinais e psicotrópicas de algumas ervas naturais desencadeadoras de sensações alucinógenas em seu consciente como os encontrados em algumas variedades dos ancestrais cogumelos e do cânhamo (*Cannabis Sativa*), atualmente mais conhecido como maconha, cujos primeiros relatos históricos conhecidos datam de mais de 10 mil anos atrás na China antiga.

Dada a suas propriedades inebriadoras de sensações estas substância foram logo incorporadas em rituais religiosos primitivos, pois permitiam aos sacerdotes místicos daquela época uma maior aproximação com o divino por meio da transcendência da matéria física para o mundo espiritual.

Insta salientar que os frutos e folhas das ervas não só foram empregadas como propriedades alucinógenas, mas as fibras de seus caules foram comprovadamente utilizadas em larga escala no Egito antigo como matéria-prima para a confecção de cordas com resistência suficiente para arrastar os imensos blocos de pedras pelos escravos que construíram as maravilhosas pirâmides), outra aplicação foi no fabrico de velas utilizadas nas embarcações na época dos grandes descobrimentos marítimos portugueses e espanhóis que se deu a partir do final do século XV devido a resistência de suas fibras para suportar as fortes rajadas de ventos.

Estes singulares exemplos reforçam a tese de que as ervas foram utilizadas em várias civilizações e épocas distintas, contribuindo decisivamente para o desenvolvimento do homem e de sua sociedade no curso da história. No entanto esta pacífica harmonia entre o homem e as ervas naturais foram tomando outros rumos totalmente diversos de cooperação a partir do século XIX com a Guerra do Ópio travada entre a Inglaterra e a China e que anos mais tarde alcançou a o grau de intolerância máximo nos Estados Unidos a partir de 1927 por meio do qual ficou conhecido como política nacional proibicionista imposto pelo governo Federal daquele país americano, tendo como alvo principal os usuários da maconha (Marijuana).

No entanto, o que se observa historicamente é que essa ideologia proibicionista, pode ser tida como um processo celetista de intolerância a hábitos

culturais pertencentes a etnias de origem diversa aos seus.

Neste diapasão é imperioso e salutar buscar um conceito formal do que veio a ser esta política proibicionista americana. Maria Lúcia Karam em artigo publicado sobre este tema fornece um conceito muito útil ao aduzir que tal política governamental foi:

Um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais –, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros. (KARAN, 2010, p. 1).

O que chama a atenção neste coerente conceito formulado pela autora e que encontra respaldo na história do proibicionismo americano dado as inverdades criadas para legitimar a cruzada estatal em torno de produtos considerados degradantes da personalidade humana foi a tipificação da uma conduta aparentemente inofensiva (sem apresentar uma lesividade concreta) passando não somente a proibir a comercialização como também a punir também o mero usuário como a mesma rigidez daquele auferir lucros financeiros pela venda do que a Estado considera ilegal.

Os primeiros bodes-expiatórios dessa verdadeira inquisição foram os mexicanos, acusados de ingressar e disseminar a Marijuana em território americano, razão pela qual foi criada em 1914 a Lei de El Passo no Estado do Texas. Malgrado ser apenas uma Lei municipal esta foi a primeira norma proibitiva criminalizando a venda da Marijuana. Na verdade essa tinha muito mais o condão de barrar os indesejáveis povos de origem latina naquele município do que propriamente controlar o consumo desta substância psicoativa entre os seus moradores.

Para coibir o comércio ilegal de drogas (álcool, cocaína, morfina e heroína) foi criado nesta época o Departamento Federal de Narcóticos (Federal Bureau Narcotics – FBN), divisão especial da Secretaria do Tesouro, que sob o comando do Comissário Harry Jacob Anslinger (1930-1975 passaria a ser o maior órgão-fomentador de leis proibicionista da história americana).

Sua missão inicialmente era a de convencer cada Estado-Membro federativo

a proibir o comércio e consumo de qualquer substância entorpecentes em seus respectivos territórios, capazes de alterar a percepção e causar dependência as pessoas, missão que não foi vista com bons olhos por 39 dos 48 desses Estados-Membros que compunham os EUA naquela época, por considerarem tal proibição uma tentativa de intervenção federal em sua administração local.

Esta frustração levou o FBN a mudar suas estratégias, passando a empreender uma ampla propaganda nos meios de comunicação tentando convencer os eleitores a pressionar seus representantes do Congresso Nacional para aprovar uma legislação federal que proibisse em todo o território nacional o consumo e a comercialização de entorpecentes.

Tal desiderato foi alcançado quando em 1937 aquela casa do Poder Legislativo aprovou a Tax Act (Lei do Selo) sendo assinada pelo presidente Franklino Delano Roosevelt em 13 de junho daquele mesmo ano que tornava criminosa a conduta de consumir Marijuana que não possuísse um selo especialmente criado para este fim, o qual, na verdade, nunca foi emitido por autoridade alguma nos anos que se seguiram, tornando a venda dessa substância um crime em todo o território americano, bem como o seu consumo.

Nos 24 anos que se seguiram houve uma grande caçada as drogas, mas de fato o consumo de Marijuana era o entorpecente que mais levava os jovens (em sua maioria; negros, pobres e mestiços aos presídios federais) para cumprirem penas cada vez mais desproporcionais em relação à reprovação social pelo consumo e venda daquela erva.

Não obstante a isso, Anslinger tinha planos mais ambiciosos passando a usar a influência dos Estados Unidos junto a ONU no sentido de consolidar uma legislação única e inflexível para o controle das drogas o qual se efetivou com a Convenção Única sobre Drogas Narcóticas de 1961, o qual o Brasil é desde a sua vigência signatário.

Evidenciando um estado de intolerância ainda mais severo esta insustentável conjuntura fez eclodir nos Estados Unidos um movimento de contra cultura inconformada com a repressão e as limitações na liberdade individual dos cidadãos americanos daquela época. Tal política-criminal em relação ao consumo e venda de drogas na década fez com que os anos 60 um período de grande efervescência sociocultural como os movimentos *hippie*, o festival musical de Woodstok, e as diversas passeatas pedindo o fim da Guerra do Vietnã fizeram uma parcela da

população americana contestar a política proibicionista do governo americano que viria na década seguinte (precisamente no governo do presidente Jimmy Carter) rever seu sistema punitivo em relação tráfico e consumo de drogas passando a tolerar o consumo de entorpecentes de menor lesividade como a Marijuana o que fez diversos outros países também fazerem o mesmo como foi o caso do Brasil.

1.2 A história do proibicionismo no Brasil e as primeiras leis antidrogas no ordenamento jurídico pátrio.

O exemplo das demais nações filiadas a ONU (Organização das Nações Unidas) o Brasil se comprometeu por meio da assinatura da Convenção Única sobre Drogas Narcóticas de 1961 a combater o tráfico e o consumo ilegal de substância entorpecente dentro de seu domínio territorial.

O que fomentou a restrição ao uso de substâncias entorpecentes em nosso país foi a ideologia proibicionista norte-americana que preconizava a utilização massiva da norma penal incriminadora como forma de prevenir e retribuir um costume hedonista histórico, que após a sua consolidação (política e territorial) passou a considerar como uma prática deletéria aos valores sócias, morais e religiosos. Este controle político-criminal foi paulatinamente se expandindo conforme aumentava a sua influência política sobre os países vizinhos a ponto de ditar seu modelo repressor para a edição de leis que tivesse como finalidade banir estes indesejáveis hábitos e personagens do seio da sociedade.

Conforme assevera Saritha Regina Pedreira (2013, p. 01) as primeiras legislações que tratavam especificamente do controle e repressão sobre de tais substâncias tiveram como aurora a segunda década do século XIX. Exemplo disso foi o Decreto nº 4.294, assinado pelo então Presidente Epitácio Pessoa ainda nos idos de 1921, o qual prescrevia como reprimenda a prisão celular (*sic*) que podia variar de 1 (um) a 4 (quatro) anos pelas condutas de vender, expor à venda ou ministrar substância entorpecentes de uso estritamente medicinais (éter, morfina, cocaína, ópio).

No Estado Novo de Vargas a política de boa-vizinhança dispensada pelos Estados Unidos para com os países da América Latina impôs a estes uma maior cobrança por leis repressivas no controle da produção e tráfico de drogas em seus domínios, fato que fez o governo brasileiro editar o Decreto nº 20.930/32 que

tipificava no seu artigo 25 as seguintes ações como criminosas: “vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias”.

Apesar de já vigorar naquele tempo uma legislação antidrogas em nosso país, foi com as duas Convenções de Genebra realizadas nos anos de 1934 e 1936 que a repressão proibicionista da venda de substâncias entorpecentes tomou contornos de política criminal em escala mundial a ser combatida com veemência por todos estados-membros, signatários. Estas convenções definiram taxativamente todas as substâncias entorpecentes que deveriam cair na ilegalidade bem como descrever as condutas que deveriam ser tipificada como criminosa.

Estas orientações foram prontamente atendidas pelas autoridades brasileiras quando o Poder Executivo, por meio do Decreto nº 2.848 de 1940 instituiu o Código Penal Brasileiro reservando no artigo 281 o seguinte texto sobre a matéria:

Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo ter em depósito, ministrar, guardar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização legal ou regulamentar.

Pena: reclusão de um a cinco anos e multa. (BRASIL. 2014).

Este dispositivo vigorou até 1976 quando foi editada a Lei nº 6.368 que veio a disciplinar especificamente no ordenamento jurídico sobre o tráfico de drogas que, posteriormente, também foi revogada pela atual lei regente da matéria (11.343/06).

Os anos 40 e 50 foram marcados por uma crescente urbanização da população brasileira e um maior aumento da criminalidade nos centros urbanos, sobretudo os perpetrados contra a vida e contra o patrimônio. O tráfico de substâncias entorpecentes, malgrado ser um crime previsto, ainda era pouco registrado nas ocorrências policiais.

Todavia nos anos 60 constata-se um maior aumento na produção e consumo de drogas em vários países latino-americanos que coincidem com uma cobrança repressiva ainda maior por parte das Nações Unidas a esses crimes o que deu ensejo a realização da Convenção Única sobre Drogas e Narcóticos, no ano de 1961 em New York, EUA.

Esta época coincidiu com uma maior intolerância no plano interno pelo fato de ter se instalado no país uma ditadura militar que taxava como subversiva e contrária a segurança nacional a prática de tráfico de substâncias entorpecentes, já há muito proibida no país, como bem descreveu Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues na transcrita passagem abaixo de sua tese de doutorado intitulada Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade:

O ano de 1964 é considerado o “marco divisório entre o modelo” sanitário e o modelo bélico de política criminal para drogas mesmo ano em que foi promulgada no Brasil a Convenção Única de Entorpecentes de 1961, o que significou o ingresso definitivo do Brasil no cenário internacional de combate às drogas e de intensificação da repressão. Não por acaso o momento coincide com o golpe de estado que criou condições propícias ao aumento da repressão, ao reduzir as liberdades democráticas. (RODRIGUES. 2006. p. 142).

A partir daí o Governo Militar se alinha de fato à política criminal anti-drogas ditada pelos Estados Unidos, passando a não somente a criminalizar o traficante como também o mero usuário com as mesmas penas cominadas, demonstrando um total desprezo por critérios seletivo em relação à conduta de ambos sob o fundamento de que criminalizando o consumo também estar-se-ia combatendo o tráfico.

Afora isso, aquele governo de exceção passou a incrementar o rol de condutas ilícitas elencadas no artigo 281 do CPB por meio de Decretos-Lei, sem a devida supervisão do Congresso Nacional, uma vez que este se encontrava fechado por decisão do AI nº 5. Assim foram exemplos destas condutas adicionadas a ação de plantar e semear (DL nº 159/67) e a inserção dos atos preparatórios como preparar e produzir (com redação dada pelo DL nº 385/68).

Os conturbados anos 70 foram ainda mais duros em termos de repressão uma vez que houve uma maior aparição de drogas alucinógenas de natureza sintética como o LSD e o Ecstasy forçando as autoridades a combater a entrada destes entorpecentes com maior rigor nos pontos de acesso ao território nacional, o que motivou a edição da Lei nº 5.276/71 que, entre outros dispositivos previa penalidade mais graves aos de estrangeiro que tentasse adentrar em território nacional com substância entorpecentes ilícitas ou a expulsão dos mesmos em caso de consumo.

Nesta mesma época os EUA viviam o seu apogeu no que se refere a sua política proibicionista, cujo discurso manequista girava em torno da manutenção da

lei e da ordem, onde não havia espaço para o debate sobre outras medidas menos drástica que não a prisão dos acusados pelo crimes de porte e venda de substâncias entorpecentes ilícitas. Essa repressão por parte do governo americano se acirrava por meio da aprovação pelo Congresso Nacional daquele país de cifras bilionárias para o combate aos traficantes o que era usado para a construção mais presídios para encarcerar os sentenciados por este crime, que a cada ano alcançava um contingente inimagináveis.

A par disso o Brasil ainda importava dos Estados Unidos o modelo de política criminal antidrogas através da edição de leis penais incriminadoras e repressiva manifestando um apreço por um nítido populismo penal, o qual faziam crer que todos os problemas sociais gerados pelo comércio e consumo de drogas seriam solucionados por meio dessas medidas repressivas.

Neste sentido a autora Saritha Regina Pedreira Chagas Marino afiança que houve uma mudança de tom na falida ideologia da segurança nacional criada pelos EUA ainda na década de 50, para legitimar a guerra contra as drogas, para um novo pretexto, agora chamado de segurança urbana, como se ler:

Com nova roupagem, a velha “ideologia da segurança nacional” tornou-se “ideologia da segurança urbana”, com a importação pelo Brasil do modelo norte americano de controle do crime, que prega o reforço do controle social sobre as classes mais baixas mediante o aumento do número de presos. A consequência da implementação desse modelo no país foi, claramente, a potencialização dos graves problemas do sistema penitenciário brasileiro, sem que se tivesse conseguido resolver o problema da criminalidade, uma vez que foram ignoradas as raízes sociais e econômicas da maioria dos crimes registrados no Brasil. (RODRIGUES. 2000. p. 156).

Todavia com o processo de abertura política iniciada em 1976 os militares timidamente já acenavam para uma mudança em sua política criminal proibicionista ao fazer aprovar a Lei nº 6.368/76, uma vez que a população carcerária naquela época só aumentava, sobretudo os condenados pelos crimes perpetrados pelas condutas elencadas nas leis anti-drogas.

Conforme já mencionado anteriormente, a referida Lei revogou o artigo 281 do Código Penal Brasileiro avocando para si todas as matérias referentes às drogas, vindo a vigorar até o ano de 2006 quando foi expressamente revogada pela Lei nº 11.343 (art. 75).

Este norma trouxe como novidades a distinção entre a conduta praticada pelo traficante e pelo usuário pra efeitos da incidência das penalidades aplicada a ambas.

Para o mero usuário a pena cominada ficava entre 6 meses a 2 anos, e para o traficante a pena estipulada variava entre 3 a 15 anos.

Esta inovação demonstrava uma clara mudança na política criminal no combate às drogas já há muito pedida pelos especialistas deste assunto e também pela sociedade que sofria com o excesso da penalidade aplica àqueles usuários que, sem causar uma lesividade concreta a qualquer bem jurídico penalmente tutelado, era punido com a mesmo vigor que um indivíduo que comercializava e auferia lucros com a mercantilância destes produtos ilícitos.

Neste ínterim, o artigo 16 da referida lei utilizava a expressão “usar para consumo próprio” o que flexibilizou a norma penal para estes episódios, dando assim, ao Poder Judiciária mais liberdade para julgar os casos concretos com mais temperança, como o caso do consumo pessoal para preencher a dependência dos usuários considerados viciados o que veio posteriormente a influenciar a política de redução de danos.

Além disso, o plantio para o consumo pessoal deixou de ser considerado como uma conduta equiparada ao tráfico para ser considerada mais próxima ao de um usuário, fato que por si só mereceu o aplauso de vários especialistas por corrigir um erro desproporcional ao delito perpetrado.

Por fim, foi aprovada a Lei nº 10.409 em 11 de janeiro de 2002 após 08 anos de tramitação no Congresso Nacional cuja finalidade era o de atualizar os procedimentos aplicados à Lei nº 6.368/76 a nova realidade do século XXI. Todavia esta tentativa não logrou o êxito esperado dada as diversas incongruências com o ordenamento jurídico causado por diversas atécias legislativas, ensejando a revogação de todo o capítulo III que disciplinava a matéria sobre drogas no que se referia às penalidades aplicadas, aproveitando apenas o capítulo referente aos procedimentos a eles inerentes.

Rodrigues, por tantas vezes citada neste artigo, nos oferece uma perspectiva de qual foi à impressão da comunidade jurídica em relação à edição desta Lei ao comentar o seguinte:

Em que pesem as expectativas positivas com relação ao projeto de lei que veio a ser aprovado pelo Poder Legislativo, considerado avançado pela despenalização do porte de entorpecentes, com a previsão de penas alternativas para o usuário, o formato final da legislação foi frustrante. A nova lei de tóxicos foi tida por alguns autores como “verdadeiro mostrengo jurídico”, diante dos trinta e cinco vetos da Presidência da República, que,

atingiram cerca de 83% do texto. (RODRIGUES. 2006. p. 178).

Diante destas controvérsias não havia condições da manutenção desta Lei em nosso ordenamento jurídico fato que ensejou a elaboração de uma nova norma que englobasse tanto as diretrizes gerais sobre a prevenção das drogas, dos conceitos e distinções materiais das penas, bem como os procedimentos a ser utilizados para cada caso concreto.

Foi neste contexto que foi aprovada a Lei 11.343 em 28 de agosto de 2006 chamada de Nova Lei de Drogas tendo como finalidade buscar um equilíbrio entre a aplicação da norma penal e o grave problema social que o consumo e o tráfico representa sem, contudo, repetir os mesmos erros que as legislações referentes a este tema cometeram anteriormente a sua vigência.

No que tange aos procedimentos em juízo as modificações mais notórias foram, sem dúvida alguma a distinção das condutas típicas praticadas pelos traficantes das praticadas em relação aos usuários que adquire o entorpecente para seu próprio consumo, uma vez que a mesma reservou a este último o artigo 28 que não comina pena prisão mais tão somente uma pena restritiva de direito, enquanto que a figura típica do tráfico continuou sendo punida com mais dureza, uma vez que, houve uma dilatação na pena mínima que passou de 3 anos na lei anterior para 5 anos na lei atual, mantendo-se a pena máxima cominada no mesmo patamar de 15 anos.

É de se ressaltar ainda a inovadora criação da figura do tráfico privilegiado (art. 33 § 4º), um velho instituto aplicado ao crime de homicídio presente no artigo 121 § 1º do Código Penal, que analogamente foi introduzido neste diploma legal para flexibilizar a pena aplicada ao traficante eventual que seja réu primário, de bons antecedentes e que não faça parte ou que não se dedique a nenhuma organização criminosa. Assim, este réu faria jus a uma minorante no cômputo final na dosimetria que varia de um sexto a dois terços da pena cominada.

Quanto a este novo instituto do tráfico privilegiado será reservado na terceira parte deste artigo uma sessão para maiores elucidaciones a seu respeito, uma vez que se faz necessário tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica do crime de tráfico de drogas em nosso ordenamento jurídico em face de sua presença no texto constitucional de 1988, assim como na Lei nº 8.072/90 que versou sobre os crimes hediondos e que a eles o equiparou.

2. NATUREZA JURÍDICA DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

2.1 O tráfico ilícito de entorpecentes na Constituição Federal de 1988.

Ao vigorar a Lei nº 11.343/06 (Nova Lei de Drogas) o crime de tráfico prescrito no artigo 33 adquiriu um procedimento próprio, uma vez que o artigo 75 desta lei revogou as anteriores legislações (Lei nº 6.368/76 e 10.409/02) que, respectivamente tipificavam as condutas referentes ao tráfico e disciplinavam os procedimentos em juízo aos mesmos.

No entanto, como substrato histórico de toda a ideologia pregada pelo proibicionismo dos EUA em sua cruzada intitulada de Guerra contra as Drogas (War of Drugs), nossa legislação sobre esta matéria, como demonstrada no capítulo anterior, foi paulatinamente sendo modelada pelos diversos tratados internacionais, ao qual o Brasil se tornou signatário (Convenção Única sobre Drogas e Narcóticos de 1961), passando a castigar com severidade através de seu aparelhamento estatal punitivo o tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins.

Neste diapasão, nossa atual Constituição Federal, promulgada em 1988, contemplou em sua redação, precisamente no XLIII do artigo 5º o tráfico ilícito de entorpecentes, ao dispor que:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e aquele que podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL. 2014).

NUCCI (2008. p. 314), por seu turno, alheio a este dispositivo professa que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a semelhança do crime de porte ilegal de arma fogo, tem a natureza jurídica de um crime de perigo abstrato, pois segundo ele, esta sempre foi à opção feita pelo Legislador Infraconstitucional ao elaborar as diversas legislações antidrogas, por considerar esta prática delitiva como de alta probabilidade de causar uma lesão a um número indeterminado de pessoas. Salienda ainda este autor (2008. p. 317), que o objeto material deste crime é a droga em si, enquanto que o objetivo jurídico merecedora da tutela penal é a saúde pública.

Voltando ao dispositivo constitucional supracitado, observa-se que o crime em comento é um crime equiparado a hediondo, pois, o Legislador Constitucional ao fazer menção aos crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins os nivelou aos crimes hediondos, que por sua vez só veio a ser especificado taxativamente com o advento da Lei nº 8.072 dois anos após a promulgação da Carta Política, 1990, portanto. Com a edição desta lei quis o Constituinte que alguns crimes recebessem um tratamento mais rigoroso por parte do *jus puniendi* estatal dada, a sua natureza degradante de valores e bens jurídicos penalmente tutelados que julgou essenciais aos indivíduos e à sociedade como um todo. Por esta razão, ao positivizar tal dispositivo na CRFB/88, excluiu esses crimes, ditos hediondos, de possíveis benesses processuais como a fiança, liberdade provisória, progressão de pena, entre outros institutos.

O que se observa ao analisar logicamente o inciso XLIII do artigo 5º da CRFB/88 é que os crimes equiparados a hediondos (tortura, terrorismo e tráfico) se constituiriam em cláusulas pétreas por haver uma taxatividade explícita na própria Constituição, enquanto que os crimes hediondos em si não os seriam, pois foi reservado o rol descritivo à Lei Ordinária ao livre arbítrio do Legislador, o que o torna mais flexível, portanto, de uma possível alteração se comparado ao texto constitucional que demandaria um esforço maior para proceder qualquer mudança.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm ultimamente ponderado, sobre este tratamento mais rigoroso reservado aos crimes equiparados a hediondo. Segundo advoga Aury Lopes Jr. o julgamento do HC 104.339/SP julgado em 10 de maio de 2012 veio a discutir a inconstitucionalidade da vedação da concessão de liberdade provisória presente no artigo 44 da Lei 11.343/06. Nos dizeres deste autor:

As discussões estabelecidas no julgamento evidenciaram que os Ministros não admitem a possibilidade de uma lei vedar a concessão de liberdade provisória, retirando a análise do *periculum libertatis* das mãos do juiz. Segundo o relator, Min. Gilmar Medes, a inconstitucionalidade da norma reside no fato de que ela estabelece um tipo de regime de prisão preventiva obrigatória, onde a liberdade seria exceção, em sentido oposto ao sistema de garantias da Constituição. Além disso, Min. Celso de Mello ressaltou que regras como essas transgridem (o princípio da separação dos poderes). Para o Ministro, o juiz tem o dever de aferir se estão presentes em hipóteses que autorizam a liberdade. (LOPES Jr. 2014. p. 928).

Esta interpretação teleológica operada na mais alta corte do Poder Judiciário tem por finalidade corrigir um “deslize” crasso do Constituinte ao redigir a CRFB/88.

Consoante salienta PACELLI (2012. p. 603) o Constituinte foi soberano na sua incumbência, não se submetendo a qualquer normatividade anterior, no entanto, em sua opinião, demonstrou imenso desconhecimento do ordenamento jurídico penal de sua época.

Isto é bem verdade, uma vez que o constituinte confundiu os institutos da fiança com o da liberdade provisória, ou o que é pior, condicionou a concessão da liberdade provisória com o pagamento da fiança, que como é sabido, poderá se dar com, ou sem o pagamento dela.

Este mesmo autor fundamenta o seu entendimento nos seguintes termos:

Explicamos: Cabe à Lei estabelecer os diversos regimes de liberdade, segundo seja a maior ou menor gravidade do crime e segundo seja a maior ou menor necessidade da medida cautelar. A legislação brasileira não poderia se julgar subordinada à péssima e indevida escolha de palavra do texto constitucional, sobretudo porque a liberdade provisória é e sempre foi uma medida cautelar e não um benefício generosamente concedido pelo Estado. (PACELLI. 2012. P. 604).

Tal interpretação denota um claro passo para possibilitar ao imputado pelos crimes equiparados a hediondo, o qual se insere o do tráfico ilícito de entorpecentes, o favor da benesse da liberdade provisória, diminuído de sobremaneira a população carcerária no moribundo Sistema Penitenciário Nacional.

2.2. A opção do Legislador pela equiparação do tráfico ilícito de entorpecentes como um crime equiparado a hediondo – Lei nº 8.072/90.

Conforme salientado no tópico anterior, cuidou a Carta Política de prescrever no inciso XLIII do artigo 5º uma maior reprovabilidade social a alguns crimes dignos de causar pavor e repugnância à sociedade, deixando claro que caberia à lei posterior apresentar o rol taxativo desses crimes merecedores de receber um tratamento mais incisivo por parte do Estado.

Assim, em 1990 foi editada, e posta em vigor em 25 de julho daquele mesmo ano, a Lei nº 8.072 batizada de Lei de Crimes Hediondos, trazendo já no seu primeiro artigo o rol taxativo dos crimes que Legislador considera com hediondos (todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal Brasileiro) merecedores de uma maior reprovabilidade social entre os quais se inclui: o homicídio qualificado (art. 121 § 2º, I, II, III, IV e V); o latrocínio (art. 157 § 3º); a extorsão mediante

sequestro na forma qualificada (art. 159, caput e §§ 1º, 2º, 3º); o estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); o estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º), somente para citar alguns crimes presente em sua extensa lista.

Por sua vez, o artigo 2º trazia um rol de crimes equiparados a hediondo, previstos no mesmo inciso XLIII do artigo 5º da CRFB/88, que inclui a prática de terrorismo, tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins. A estes crimes o presente diploma legal em comento, repetiu as palavras do Constituinte quando vedou ao imputado a insuscetibilidade de graça, anistia, indulto e fiança (incisos I e II).

Logo de início o que se nota nesta legislação é que não há uma clara definição conceitual do que vem a ser um crime hediondo, acepção esta que já de início deveria constar em seu texto legal (uma falha, portanto, do Legislador Infraconstitucional !). Sobre tal conceituação o Legislador apenas se limitou a taxar nos dois primeiros artigos as espécies de crimes que deveriam receber um tratamento mais rigoroso por parte do jus puniendi estatal.

Diante da manifesta omissão do Legislador, a doutrina para preencher esta lacuna legislativa tem se prendido ao significado semântico do termo que, segundo o Dicionário Aurélio (2001. p. 361), denota: Adj. 1. Vicioso. 2. Repulsivo. 3. Pavoroso. 4 Horrendo. 5. Repugnante. 6. Nojento. 7. Sórdido.

João José Leal em sua obra específica sobre crimes hediondos lança mão de um conceito doutrinário para suprir a omissão legislativa, ao aduzir que:

Na conceituação de tais crimes, deve-se levar em consideração o próprio sentido semântico do termo hediondo, que tem o significado de um ato profundamente repugnante, imundo, horrendo, sórdido, ou seja, um ato indiscutivelmente nojento, segundo os padrões da moral vigente. Com base nisto, podemos dizer que hediondo é o crime que causa profunda consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade como o sentimento comum de piedade, de fraternidade, de solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana. (LEAL. 2009. p. 37).

Isto nos leva a refletir que dentre as mais diversas espécies de condutas positivadas como delituosas e passíveis de uma reprimenda por parte o Estado, há aquelas que causariam uma maior necessidade de punir com maior severidade, enaltecendo os pressupostos da pena (prevenir, retribuir, ressocializar). No entanto, o que se tem vislumbrado com a edição da Lei nº 8.072/90 é que sua elaboração teve como finalidade, apenas agrupar uma quantidade de tipos penais de maior

gravidade e mais recorrentes em um único diploma legal, no intuito de prescrever uma maior punição aos seus imputados sem, contudo, haver um estudo ético-jurídico dos reais motivos que influenciam a sua maior ocorrência no seio da sociedade.

Como é sabido, o Brasil era ao tempo da edição daquela lei um país de grandes e notáveis contrastes socioeconômicos gerados, sobre tudo pela desigual distribuição de renda, (quadro mitigado nos dias atuais mas, ainda não totalmente sanado).

Sob este contexto, aliado à falta de informação a respeito dos valores morais e jurídicos essenciais a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CRFB/88), acima de tudo, sobre os direitos fundamentais indisponíveis como a vida, a liberdade e a saúde, tem levado uma camada da população a contrariar o poder punitivo do Estado e incidir em crimes de maior gravidade (homicídio, latrocínio, sequestro, estupro).

Contudo, ao se analisar mais criticamente a Lei de Crimes Hediondos, se conclui que na verdade o que importa para seus idealizadores é um maior controle repressivo sob essas camadas da população brasileira que, sem o devido controle repressivo, poderia potencialmente representar um perigo aos seus interesses econômicos e patrimoniais.

Sobre isso que se disse, muito oportuno trazer a título de ilustração as dignas lições de João José Leal ao prelecionar que:

Não devemos esquecer, no entanto, que o conceito ético jurídico de hediondez está diretamente relacionado com os padrões morais e com os interesses grupais vigentes em determinado momento histórico, valores estes que podem ser manipulados por segmentos dominantes da sociedade ou mistificados por um discurso ideológico de aparente legitimidade. (LEAL. 2009. p. 37).

Ao refletir sobre as sábias palavras do autor retro transcrito, o que se nota é que especificamente com relação ao crime de tráfico de drogas, crime este equiparado a hediondo pelo artigo 2º da Lei 8.072/90, este controle, como visto no capítulo anterior, se faz presente de longa data (desde 1912, com as primeiras leis proibicionistas americanas.), e tem sido até hoje utilizada como instrumento hábil para controlar o hábito de consumo de drogas nos mais diversos países em que é imposta.

Este tratamento mais rigoroso se materializa de fato por meio de penas mais elevadas a esses crimes e impossibilidade da concessão de benesses processuais quando condenado o imputado.

Como se pode concluir o tratamento dispensado pela referida lei tinha a finalidade primordial de manter o condenado por um maior tempo possível no cárcere, longe por tanto do convívio social, enaltecendo, assim, unicamente o pressuposto da retribuição da pena pelo crime perpetrado em detrimento da ressocialização do mesmo.

A doutrina penal, em sua grande maioria, desde a vigência destas modificações se posicionou contrária ao tratamento mais rigoroso por parte do Legislador aos crimes ditos hediondos como protestou João José Leal, ao aduzir que:

Ignorou o legislador que a execução de longas penas privativas de liberdade em regime unicamente fechado representa um castigo insuportável e que, por isso, desmotiva o preso para quem desaparece qualquer perspectiva, qualquer esperança de retorno à liberdade. Rigorosamente submetido ao cumprimento de uma longa pena neste regime, o preso se transformará num rebelde, num amotinado e num violento destemperado, ou então num despersonalizado e desesperançado, sem vontade própria, sem dignidade e sem razão de viver, ou seja, no protótipo de um autêntico hipo-humano. (LEAL. 2009. p. 206).

Malgrado as manifesta inconstitucionalidades destes dispositivos vedatórios a liberdade de locomoção aos contidos ao longo do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos aos direitos individuais dos condenados, a Suprema Corte manteve-se irredundante em admitir a aberração destes preceitos em relação à Carta Magna no que tange a individualização da pena.

No entanto, houve uma mudança significativa na composição do quadro de Ministros daquela instância máxima do Poder Judiciário vindo a mudar definitivamente o destino desta controvérsia. Com a aposentadoria compulsória de três Ministros (Maurício Correa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence) a nova composição do plenário do STF veio a favorecer novos debates no sentido de rever o posicionamento da casa em relação à forma do cumprimento da pena para os condenados por crimes hediondos.

O HC 82.959/SP impetrado em 01/07/2003 foi o marco decisivo para a declaração de inconstitucionalidade do cumprimento da pena integralmente em regime fechado para os crimes hediondos constante no § 1º do artigo 2º daquela lei.

Passado três anos, de uma incessante espera em 23/02/2006 o Plenário do Supremo finalmente declarou *incidenter tantum* à obrigatoriedade do cumprimento da pena integralmente em regime fechado, por afrontar os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da isonomia (art. 5º, caput) e da individualização da pena (art. 5º, LXVI) todos da inseridos na CRFB/88 como demonstra a Ementa deste mesmo *Habeas Corpus* de relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510).

Neste aludido julgamento o Ministro Marco Aurélio Melo fundamentou o seu parecer para a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com os seguintes argumentos:

O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º – afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional colou às ações relativa a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI). Indaga - se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a contrario *sensu*, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência de que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça – inciso XLIII do artigo 5º. (...). (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510).

Após esta decisão a Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007 foi editada com a finalidade de corrigir a redação original do dispositivo censurado pelo STF. Com ela, o § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos passou a prescrever o regime inicialmente fechado para os condenados por aqueles crimes, em substituição à expressão “integralmente fechada” determinando ainda que a progressão desse regime para outro menos gravoso se daria somente após o cumprimento de 2/5 da pena, para o caso de apenado primário, e de 3/5 para o caso de condenados reincidentes (§ 2º), uma vitória inestimável para aqueles que pregam a humanização da pena para os crimes punidos com maior severidade pelo poder punitivo estatal, no qual se inclui o tráfico de drogas.

2.3 O Tráfico ilícito de entorpecentes na Lei nº 11.343/06.

Consoante já mencionado ao longo deste trabalho, a Lei nº 11.343/06 avocou para si todo o procedimento penal referente à apuração pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, de modo que a mesma revogou os anteriores diplomas legais que cuidavam desta matéria (Leis 6.368/76 e 10.409/02).

O artigo 33 da Lei nº 11.343/06 traz em seu *caput* 18 condutas caracterizadoras para o enquadramento do que a lei considera tráfico ilícito de entorpecentes. Sua redação traz a seguinte descrição:

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

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (BRASIL. 2014).

O que se nota pela sua leitura é um aumento no número de tipos penais com a inclusão de duas novas condutas (entregar a consumo e fornecer drogas) Quanto ao preceito secundário, houve um aumento na pena mínima que passou de três anos na Lei nº 6.368/76 para cinco anos na atual, o que reforça a ideia de tal prática delitativa merecer uma maior repreensão por parte do Legislador por considerar uma prática nociva à sociedade.

Como bem observou Saritha Regina Chagas Marino (2013, p. 04) o artigo 33 intencionou não só prever um maior número de condutas possíveis, mais também de

fixar no seu artigo 40 algumas qualificadoras aos tipos penais para que a pena dificilmente chegasse ao seu patamar mínimo de cinco anos:

A nova lei trouxe um aumento das penas, a pena mínima para os tipos básicos de crimes identificados ao "tráfico" passou de três anos para cinco anos. Diante da previsão de circunstâncias qualificadora como emprego de arma, por exemplo, que aumentam de um sexto a dois terços as penas previstas para aqueles tipos básicos de crimes, as penas efetivamente aplicadas dificilmente ficaram no mínimo de cinco anos de reclusão. Isso já ocorria na vigência da Lei 6.368/76, em que frequentemente identificação de circunstâncias qualificadora tornava rara a aplicação da pena mínima. Na nova lei, a lista de circunstâncias qualificadora é ampliada, o que tornara ainda mais rara a aplicação da pena mínima. (MARINO. 2013. p. 04).

De acordo com o artigo 40 da Lei nº 11.343/06 são circunstâncias qualificadoras para o aumento da pena pelo crime de tráfico de drogas prescrito no artigo 33 da Nova Lei de Drogas as seguintes condutas:

Art. 40. As penas previstas nos Artigos. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime. (BRASIL. 2014).

No entanto, se por um lado houve o massivo emprego de qualificadoras presentes no artigo 40 da Lei nº 11.343/06, também é bem verdade que o Legislador inovou ao prever a figura do tráfico privilegiado (§ 4º do artigo 33) como uma minorante equivalente ao mesmo patamar de um sexto a dois terços aplicado à qualificadora, contudo, incidindo na terceira fase da dosimetria da pena, diminuindo

drasticamente o tempo do cumprimento da pena do condenado recolhido à prisão pelo crime de comércio ilegal de drogas e substâncias entorpecentes.

Sobre esta minorante prevista pelo Legislador Ordinário na atual Lei de Drogas, os requisitos para a sua concessão, o regime inicial para o cumprimento da pena, bem como a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito serão analisada com mais riqueza de detalhes no capítulo que se segue.

3. ANÁLISE ACERCA DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 (TRÁFICO PRIVILEGIADO).

3.1 Requisitos legais para a caracterização do tráfico privilegiado.

Como dito anteriormente a Lei nº 11.343/06 em seu artigo 33 § 4º, teceu um novo instituto penal para o crime de tráfico de entorpecentes, qual seja a figura do tráfico privilegiado.

Discute-se hoje, tanto na doutrina como nos Tribunais Superiores se a figura prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, etiquetada como tráfico privilegiado, é considerada hedionda, tendo em vista que a Lei n.º 8.072/90 considera o tráfico do art. 33, caput dessa maneira De um lado estão os que dizem que a figura do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas é hedionda. Sustenta-se que o legislador inseriu no § 4.º tão somente uma causa de diminuição de pena que beneficia o agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades delituosas e não participa de organizações criminosas. Com isso, por força do disposto na Constituição Federal e na Lei 8.072/90, alterada pela Lei 11.464/07 (Lei dos Crimes Hediondos), o tráfico, ainda que com pena diminuída, é um crime equiparado a hediondo. Há decisões no STJ e do STF nesse sentido.

De outro lado estão os que entendem que essa mesma figura não caracteriza crime hediondo porque ela deve ser compatibilizada com os princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), da proporcionalidade e da efetivação do justo.

Nesse sentido já decidiu o STJ e o STF.

STJ: RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. DESCONSIDERAÇÃO DA HEDIONDEZ. TESE NÃO PLAUSÍVEL. REGIME INICIALMENTE FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL INCONSTITUCIONAL.

STF: PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, E ART. 35, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DOMINUIÇÃO DE PENA. HIPÓTESE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS.

CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados conclui-se que o presente trabalho abordou temas discutidos na doutrina e jurisprudência pátria, demonstrando em seus vários parágrafos e tópicos diante dos entendimentos majoritários e minoritários tão quanto, entendimentos jurisprudenciais das ilustres cortes supremas.

No entanto, Levando-se em consideração esses aspectos, somos levados a acreditar que dessa forma o trabalho exposto em tela, trouxe para si o procedimento penal referente à apuração pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, tendo em vista que os aspectos e argumentos observados foram baseados diante do crime hediondo figura prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Ademais, foram apresentadas condutas caracterizadoras para o enquadramento do que a lei considera tráfico ilícito de entorpecentes levando-se em conta o que foi observado no texto do artigo 33 da Lei, 11.343/06, Tais como: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar dentre outras anteriormente acima mencionadas.

Pela observação dos aspectos analisados, entende-se, que o tema proposto no trabalho em tela requer um maior aprofundamento diante daquilo que concernem tais entendimentos, sejam eles: doutrinários ou jurisprudenciais, devidos à tamanha complexibilidade, como fora abordada desde seus aspectos históricos até a sua aplicabilidade no caso em concreto, não demonstrando assim uma clara e objetiva posição a respeito do que aduz o cerne do presente trabalho.

SUMMARY

Law 11.343 / 06 brought the outstanding Brazilian law changes regarding procedures to punishments for traffickers of drugs compared with older legislation. With it was a criminal selectivity to differentiate mere user trafficker going to prescribe an educational measure to the first and harsher penalties for seconds. However, issues of criminal procedural nature still hang in the air given the complex social nature of the crime of illegal narcotics trafficking these substances. One of these concerns the quarrels § 4 of article 33 of the law under discussion that innovatively created the figure of the criminal trafficking privileged that when completed the requirements listed by it as being the first offender convicted of a good record and not engage the activity or part of a criminal organization allegedly would be entitled to a more lenient punishment than that given to a dealer most hazardous ,This article takes care to investigate the evolution and the legal nature of prohibitive penal laws in our legal system, for the purpose of responding to application of the lower bound to the " dealer minor offensive potential " This is a subjective right or a sentenced discretion of the magistrate .

Keywords: Law No. 11,343 / 06. Narcotics trafficking. Reduction privileged form of punishment. Subjetive right.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência, p.10, maio/jun. de 2013. São Paulo: Editora Rideel, 2014.

_____. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 2.848. Aprovado em 07 de dezembro de 1940. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência, p. 543, maio/jun. de 2013. São Paulo: Editora Rideel, 2013.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2.006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 23 de outubro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910 -1989. **Mini Aurélio Escolar Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. Coordenação de edição Margarida dos Anjos, Maria Baird Ferreira. 4 ed. ver, ampliada – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/10_Drogas%20%20legislacao%20brasileira.doc?1286477113>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2009.

LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal** – 11 ed. – São Paulo: Saraiva 2014.

MARINO, Saritha Regina Pedreira Chagas. **O proibicionismo das drogas no Brasil**. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12117>>. Acesso em: 16 de outubro de 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** – 11. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES. Luciana Boiteux de Figueiredo. **A nova Lei antidrogas o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 14. Nº 167, outubro 2006, p. 8-9.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. ver. Ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013.