

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS
DIREITO
PÉRICLES MARCILIO SILVEIRA DA SILVA

**ASPECTOS RELEVANTES DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, E OS
REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA MODALIDADE PRIVILEGIADA, À LUZ
DA JURISPRUDÊNCIA.**

Três Pontas
2022

PÉRICLES MARCILIO SILVEIRA DA SILVA

**ASPECTOS RELEVANTES DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, E OS
REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA MODALIDADE PRIVILEGIADA, À LUZ
DA JURISPRUDÊNCIA.**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do (a) Prof. Estela Cristina Vieira de Siqueira.

Três Pontas

2022

PÉRICLES MARCILIO SILVEIRA DA SILVA

**ASPECTOS RELEVANTES DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, E OS
REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA MODALIDADE PRIVILEGIADA, À LUZ
DA JURISPRUDÊNCIA.**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

OBS.:

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
1 INTRODUÇÃO	5
2 O TRÁFICO PRIVILEGIADO	6
2.1 Da aplicação do privilégio e sua não equiparação ao crime hediondo	6
2.2 Da ilegalidade da prisão preventiva a luz do caso concreto	7
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	11
ABSTRACT	13
REFERÊNCIAS	14

**ASPECTOS RELEVANTES DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, E OS
REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA MODALIDADE PRIVILEGIADA, À LUZ
DA JURISPRUDÊNCIA.**

Péricles Marcilio Silveira da Silva
Estela Cristina Vieira de Siqueira

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de elucidar a aplicabilidade do privilégio que trata o §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, conhecida como lei de drogas. A reflexão sobre o assunto, por meio de uma análise jurisprudencial dos tribunais superiores, visa abordar os efeitos decorrentes da incidência da causa de diminuição de pena prevista, uma vez que haviam entendimentos controversos e divergentes perante os tribunais quanto a natureza hedionda do Crime de tráfico de drogas. Porém, após recente jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal Federal – STF, através do julgamento do HC 118.533/MS, passou a concluir-se que a natureza hedionda foi afastada parcialmente no caso de crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada, tornando uniforme o entendimento dos tribunais. Esse afastamento ocasionou reflexos quanto ao regime inicial de cumprimento de pena e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Palavras-chave: Tráfico. Privilégio. Artigo 33. Diminuição da pena.

I INTRODUÇÃO

Este projeto de pesquisa propõe analisar o delito capitulado no artigo 33 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), em especial a benesse prevista no parágrafo 4º e os requisitos para sua aplicação, analisando a jurisprudência brasileira mais recente e demonstrando como os tribunais superiores têm fundamentado suas decisões acerca do tema.

O objetivo deste trabalho é elucidar e demonstrar os requisitos e fundamentos jurídicos

que justificam a aplicação do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. Logo, a necessidade de que haja a pacificação, conseqüentemente, caminhar para o fim dos embates da aplicação da minorante nos casos concretos.

Este propósito será alcançado por meio de revisão bibliográfica, pesquisa aprofundada de jurisprudência e análise da legislação vigente.

2 O TRÁFICO PRIVILEGIADO

A Lei nº 11.343/2006 criou instituto extremamente benéfico aos acusados de praticarem delitos de tóxico: redução de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), em se tratando de acusado primário, de bons antecedentes e que não se dedique à atividades criminosas, conforme previsão contida no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.

Logo, no momento de sua aplicação, têm-se notado uma notória divisão de opiniões por parte dos magistrados nas instâncias inferiores, concluindo pela hediondez do crime, em qualquer hipótese, aplicação de prisão preventiva quando esta representa medida mais gravosa que a pena definitiva, assim dizendo, aberrações jurídicas que não merecem prosperarem em um Estado Democrático de Direito.

A modalidade privilegiada se difere do disposto no caput e §1º da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), uma vez que não consta na Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), como crime hediondo.

Não obstante, cumpre salientar acerca da hediondez do crime de tráfico de drogas privilegiado, para que não existam dúvidas.

2.1 Da aplicação do privilégio e sua não equiparação ao crime hediondo

O Superior Tribunal de Justiça, EM DECISÃO PROFERIDA SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS, cancelou o enunciado da Súmula 512 e, em observância ao que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 118.533-MS, pacificou o entendimento de que o tráfico de drogas com a causa de redução de pena decorrente do privilégio não constitui crime equiparado a hediondo. Em outras palavras, tal condenação deve ser juridicamente qualificada como pena de crime comum, para todos os efeitos jurídicos decorrentes.

Confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NASUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELO TERCEIRO SEÇÃO SOB RITOS DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DAS ÚMULAS DO STJ.

O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REVISÃO. PATENTE CONTRANGIMENTO ILEGAL. EXISTÊNCIA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. CONDENAÇÃO. RESTABELECIMENTO. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO PARA CONCEDER A ORDEM EM MAIOR EXTENSÃO. 1. Nada obstante a existência de óbices ao conhecimento do mandamus, a jurisprudência desta Suprema Corte admite o exame da questão de fundo, quando, como in casu, tratar-se de situação em que patente o constrangimento ilegal. 2. Além de não reparado pelos juízos antecedentes - nem mesmo em revisão criminal - o desacerto, a desproporcionalidade e a violação a entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal no processo de calibragem da reprimenda operado para penalização do réu, ao se fazer um cotejo entre todos os atos decisórios proferidos e a documentação que instrui o presente remédio heroico, de fácil constatação a imperiosidade de restauração da sentença que apenas o condenou por crime menor. 3. Única condenação pretérita por contravenção penal, cuja punibilidade já havia sido extinta ao tempo da novel condenação, não se presta para figurar como maus antecedentes tampouco para rejeitar a incidência do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; também, para ter o condão de elevar a pena-base, a quantidade de droga apreendida deve ter relevância significativa; por fim, há muito reconhecida por esta Suprema Corte a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, sendo necessária fundamentação que justifique, concretamente, a imposição do regime

fechado para início do cumprimento da pena. 4. Havendo o Magistrado de piso destacado a inexistência de qualquer prova isenta de dúvida acerca da comercialização de drogas pelo acusado, preponderante esse decisum sobre acórdão que, a pretexto de reexaminar a prova, finda por valorá-la e por qualificar os fatos de forma equivocada, condenando o agente pelo crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas. 5. Agravo regimental provido, para conceder ordem de habeas corpus, a fim de não apenas determinar às instâncias ordinárias que refaçam a dosimetria da pena imposta pelo crime de tráfico de drogas, mas restabelecer a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau, que condenara o paciente tão somente pelo delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

(HC 203688 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 19/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2021 PUBLIC 17-12-2021)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. INIDONEIDADE. “MULA”. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PERTENCIMENTO. ATIVIDADES CRIMINOSAS. DEDICAÇÃO. FATOS CONCRETOS. INDICAÇÃO. AUSÊNCIA. PRIVILÉGIO. INCIDÊNCIA. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, MAS CONCEDIDA A ORDEM EX OFFICIO. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica quanto à inadequação da via estreita do writ, e mesmo do recurso ordinário, para revisão do processo dosimétrico, em especial porque não permitida incursão no quadro fático-probatório, tampouco a reconstrução da discricionariedade constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias. 2. Quando o assunto consiste em aplicação da pena, a atividade do Supremo Tribunal Federal circunscreve-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades (HC 128.446, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015). 3. Assim, presentes os demais requisitos, a singela alusão genérica à importância do acusado, como transportador, na estrutura de uma organização criminosa ou uma narrativa própria da atividade nominada de “mula” não preenche o figurino exigido pela ordem constitucional para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado. Imperiosa a indicação de qualquer evento concreto, dentro da cadeia factual, de que o agente efetivamente pertence a organização criminosa ou efetivamente se dedica a atividades criminosas. Precedentes. 4. Negado provimento ao agravo regimental, mas concedida a ordem ex officio, para determinar às instâncias ordinárias que ajustem a reprimenda do agravante, inclusive o regime prisional, com a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

(RHC 176741 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020)

É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinária se também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema600).

Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art.33, §4º, da Lei nº11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. (Pet 11.796/DF, Rel.Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016)

Não obstante, a jurisprudência mineira não destoia do entendimento supra.

Confira-se:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E RESISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. MANUTENÇÃO DAS CONDENAÇÕES. DOSIMETRIA DAS PENAS. NECESSIDADE DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA AO PRIMEIRO APELANTE NO PATAMAR MÁXIMO EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO CORPÓREA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO DOS DIAS COMINADOS PARA A PENA DE MULTA. CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ISENÇÃO DE CUSTAS.

- Comprovadas a materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas e de resistência, a condenação dos réus é medida que se impõe.

- Os depoimentos dos policiais merecem todo o crédito, se são coerentes, firmes e seguros e se contra eles não há qualquer indício de má-fé.

- Para a configuração do crime de tráfico de drogas não é necessário que o agente seja flagrado em pleno ato de mercancia, bastando que a sua conduta se encaixe em qualquer dos verbos descritos no art. 33 da Lei nº 11.343/06, por se tratar de tipo penal de ação múltipla.
- Para a condenação pela prática do crime de resistência, previsto no art. 329 do Código Penal, imperiosa é a demonstração da oposição do agente, mediante ato de violência ou grave ameaça, contra a autoridade competente.
- Se as penas-bases dos réus foram bem dosadas, incabível é sua reparação.
- **Sendo o primeiro apelante primário, de bons antecedentes, não se dedicando a atividades delitivas, tampouco integrando organizações criminosas, faz jus à causa de diminuição, prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, no seu patamar máximo.**
- Não obstante a previsão contida no art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o habeas corpus de nº 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, por violação à garantia fundamental da individualização da pena, prevista no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal. Nessa ótica, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem ser fundamentados nos termos do §3º do art. 33 c/c art. 59, ambos do Código Penal, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.
- Cabível é a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos em crime de tráfico de drogas, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (HC nº 97.256/RS).
- Não cabe ao condenado buscar adequar aos seus interesses a pena que deseja cumprir, mormente se se tratar de sanção pecuniária prevista pelo próprio tipo penal, cuja aplicação é de ordem cogente.
- Conforme disposto na Lei nº 1.060/50, sempre que a parte não possuir condições de arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios, ela poder-se-á beneficiar da assistência judiciária e, conseqüentemente, do disposto no art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03. (TJMG - Apelação Criminal 1.0447.13.001850-3/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/12/2014, publicação da súmula em 21/01/2015)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS MINORADO OU PRIVILEGIADO - ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA - VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS - 1/6 (UM SEXTO) - QUANTUM SUFICIENTE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME - HEDIONDEZ NÃO AFASTADA - DOCTRINA E PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - REGIME FECHADO E VEDAÇÃO À

SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITO -
NECESSIDADE.

- Considerando a quantidade e variedade da droga apreendida, é suficiente para reprovação e prevenção do crime a eleição da fração de 1/6 (um sexto) para a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

- O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.329.088/RS, sedimentou o entendimento jurisprudencial das Instâncias Superiores no sentido de que o delito de tráfico de entorpecentes minorado ou privilegiado continua a ser hediondo, não sendo a aplicação da causa especial de diminuição de pena circunstância bastante para retirar a pecha de hediondez do comércio nocivo de drogas. Doutrina e Precedentes.

- Considerando o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deverá ser sopesada segundo as diretrizes dos artigos 33 e 59 do CP, bem como pela orientação do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Desta forma, a apreensão de considerável quantidade de entorpecentes, bem como de diversos petrechos para a prática da mercancia nefasta, podem ser utilizadas como circunstâncias relevantes para a fixação do regime fechado para o cumprimento da reprimenda corporal.

V.v.p.: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUTORIA E
MATERIALIDADE COMPROVADAS - RECURSO CONHECIDO E
PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Plenamente caracterizada a conduta de quem, utilizando transporte público, transita com drogas entre Estados da Federação e, ao ser flagrado, tenta fugir da polícia em uma motocicleta. Em outras palavras, não há fragilidade probatória. Ela, ao reverso, é plena e categórica, afastando qualquer possibilidade de absolvição ou desclassificação para o delito de uso de substâncias entorpecentes.

II - A mera utilização do transporte público como meio para disseminar o tráfico de drogas é suficiente à incidência da causa de aumento, prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06.

III - Desnecessária a efetiva transposição da fronteira entre Estados da Federação, para que seja aplicada a majorante do art. 40, V, da Lei nº 11.343/06 ao tráfico de drogas, bastando que fique evidenciado, pelos elementos de prova, que a droga transportada teria como destino outro Estado da Federação.

IV - Dosimetria revista, fixando-se a fração de 1/6 (um sexto) pela atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se as sanções em 2/3 (dois terços) em razão do tráfico privilegiado, fixando-se o regime prisional aberto e substituindo-se a

pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. (TJMG - Apelação Criminal 1.0429.12.002853-6/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/02/2014, publicação da súmula em 25/02/2014)

Nesse diapasão, conforme muito bem exposto supra, conclui-se pela não hediondez do crime de Tráfico de Drogas Privilegiado, visto que, existe entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de HC, desclassificando a hediondez, sendo comparado a crime comum. Além do mais, o Superior Tribunal de Justiça, comunga do mesmo entendimento.

2.2 Da ilegalidade da prisão preventiva a luz do caso concreto

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988, nossa cartamagna, consagra princípios para proteção dos direitos de todos, sendo eles, princípio da não culpabilidade, presunção da inocência, contraditório e ampla defesa. É de suma importância que esses princípios sejam respeitados em meio ao processo penal, para que assim seja caracterizado devido processo legal.

Sabe-se que toda prisão decretada anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória só se justifica enquanto medida de cunho cautelar, desde que satisfeitos os requisitos legais para tanto: *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Lecionando sobre o assunto, com maestria que lhe é peculiar, ensina o professor Eugênio Pacelli de Oliveira:

O princípio da inocência, cuja origem mais significativa pode ser remontada à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubricada presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma *presunção* de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).

E por tratar de prisão de quem deve ser obrigatoriamente considerado inocente, à falta de sentença penal condenatória passada em julgado, é preciso e mesmo indispensável que a privação da liberdade seja devidamente fundamentada pelo

juiz e que essa fundamentação esteja relacionada com a proteção de determinados e específicos valores igualmente relevantes.

A reserva da jurisdição, ou seja, a atribuição expressa à ordem de autoridade judicial, é perfeitamente compreensível, já que, em qualquer Estado Democrático de Direito, é ao Judiciário que se atribui a missão de tutela dos direitos e garantias individuais, ou das ainda chamadas “liberdades públicas” (garantias do indivíduo em face do Estado).

E a exigência da vinculação da fundamentação judicial à proteção de determinados valores reconhecidos pela Ordem Jurídica atende a critérios de proporcionalidade na interpretação e/ou aplicação do direito, sobretudo quando de índole constitucional, como será sempre a hipótese das questões ligadas ao interesse público na preservação da segurança de todos os membros da comunidade (segurança pública, Direito Penal, sistema penitenciário, etc), quando em oposição à garantia da liberdade individual do acusado. Assim, as privações da liberdade antes da sentença final devem ser judicialmente justificadas e somente na medida em que estiverem protegendo o adequado e regular exercício da jurisdição penal. Pode-se, pois, concluir que tais prisões devem ser cautelares, acautelatórias do processo e das funções da jurisdição penal. Somente aí se poderá legitimar a privação da liberdade de quem é reconhecido pela ordem jurídica como ainda inocente (DEOLIVEIRA PACELLI, EUGENIO, 2006, p. 415).

Com efeito, a decretação do encarceramento provisório do “Acusado” deve estar calçada em elementos concretos que apontem para a necessidade de tal medida extrema, não servindo como motivação idônea tão somente a gravidade concreta ou abstrata da conduta.

Ação Penal. Prisão Preventiva. Decreto fundamentado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato (HC nº 87.041/PA, rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ24.11.2006).

A luz do caso concreto, analisados os requisitos para aplicação da benesse, é forçoso

reconhecer que, numa remota hipótese de condenação por tráfico, terá o “Acusado” direito à redução de pena decorrente da aplicação do privilégio, de sorte que a pena privativa de liberdade será concretizada no patamar que autorize a fixação do regime aberto e substituição por penas restritivas de direitos.

Nesse contexto, conclui-se pela ilegalidade da prisão provisória quando esta representar medida mais gravosa do que a pena definitiva a ser aplicada. É o que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme Informativo de Jurisprudência do dia 15/08/2013.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. ILEGALIDADE DE PRISÃO PROVISÓRIA QUANDO REPRESENTAR MEDIDA MAIS SEVERA DO QUE A POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. É ilegal a manutenção da prisão provisória na hipótese em que seja plausível ante ver que o início do cumprimento da reprimenda, em caso de eventual condenação, dar-se-á em regime menos rigoroso que o fechado. De fato, a prisão provisória é providência excepcional no Estado Democrático de Direito, só sendo justificável quando atendidos os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade. Dessa forma, para a imposição da medida, é necessário demonstrar concretamente a presença dos requisitos autorizadores da preventiva (art. 312 do CPP)—representados pelo *fumus comissi delicti* e pelo *periculum libertatis* — e, além disso, não pode a referida medida ser mais grave que a própria sanção a ser possivelmente aplicada na hipótese de condenação do acusado. É que se defende com a aplicação do princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não sendo razoável manter o acusado preso em regime mais rigoroso do que aquele que eventualmente lhe será imposto quando da condenação. Precedente citado: HC 64.379-SP, Sexta Turma, DJe 3/11/2008. HC 182.750-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/5/2013.

Preceitua o art. 312 do Código de Processo Penal que a prisão preventiva poderá ser decretada se, além da presença de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, houver risco para a ordem pública, ordem econômica, aplicação da lei penal, conveniência da instrução criminal e/ou aplicação da lei penal.

Nesse sentido leciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

Cabe ao Juiz, em cada caso concreto, analisar os autos e perquirir se existem provas atinentes a qualquer uma daquelas circunstâncias. De nada vale seu convencimento pessoal. De nada vale a mera presunção. Se a Constituição proclama a presunção de inocência do réu ainda não definitivamente condenado, como pode o Juiz presumir que ele vai fugir, que vai prejudicar a instrução, que vai cometer novas infrações? Como pode o Juiz estabelecer presunção contrária ao réu se a Lei Maior proclama-lhe a presunção de inocência? Dizer o Juiz decreto a prisão por conveniência da instrução, ou para assegurar a aplicação da lei ou paragarantia da ordem pública, diz magnificamente Tornaghi, é a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão (Manual de Processo Penal (prisão e liberdade), Freitas Bastos, 1963, v. 2, p. 619). É preciso haja nos autos prova que leve o Magistrado a tais afirmações (TOURINHO FILHO, 2008, p. 542-543).

Por fim, observa-se que, eventualmente, um caso concreto, que atende todas as referidas condições reclama apenas a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, o legislador, com vistas a tornar ainda mais excepcional a privação da liberdade dos acusados, antes da condenação definitiva, criou um rol extenso de medidas cautelares diversas da prisão. Nesse sentido, o art. 319 do CPP preceitua, *verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica (BRASIL, 1941).

O §6º do art. 282 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 13.964/20, deixa claro o caráter excepcionalíssimo da prisão preventiva, ao estatuir que:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (BRASIL, 1941).

Lembre-se, em acréscimo, que a prisão provisória, em qualquer de suas modalidades, é medida excepcional, a ser reservada para casos também excepcionais, o que não se verifica na hipótese em tela, observada a primariedade, bons antecedentes e não dedicação a atividades ou organizações criminosas, sob o ponto de vista subjetivo, têm mérito que autoriza a responderem liberdade ao processo.

Importa frisar que a Constituição Federal consagra o princípio do —**Estado de Inocência**. Desse modo, somente em casos excepcionais é que se admite a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, inexistindo motivos suficientes para justificar a decretação da prisão preventiva, de modo que a concessão da liberdade vai ao encontro do espírito do legislador originário, consagrando o princípio da **dignidade da pessoa humana**.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, verifica-se que a lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), entrou em vigor no Brasil, em 07 de outubro de 2006, e instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. Tal lei, ao revogar a antiga (Lei 6.368/76) que tratava de maneira mais genérica as condutas que tinham como objetivo a traficância, passou conferir tratamento mais rigoroso aos traficantes, sendo que a nova lei regulou todo o sistema de repressão ao tráfico ilícito de drogas. Com a edição da nova lei, foram trazidas inovações, como a substituição de antigas nomenclaturas como narcóticos, substâncias entorpecentes ou substância que determine dependência química ou psíquica pelo termo droga, desse modo, as qualificações das substâncias tomam caráter mais abrangente alcançando desta forma uma porção maior de ativos químicos que possam alterar a capacidade cognitiva e motora de seus usuários. Outro relevante complemento da lei foi a atribuição de tratamento diferenciado entre traficante e usuário, apesar de não elencar em seu rol de maneira taxativa qual a efetiva distinção, como por exemplo, a quantidade de drogas que distingue o porte para consumo pessoal e qual seria o porte para venda da substância.

Dessa forma, apesar de serem sutis as diferenças práticas entre traficante e usuário de drogas que estão disciplinadas nos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006, o magistrado utilizando de seu poder discricionário, deverá usar critérios para a diferenciação de acordo com cada caso em concreto, de modo que o artigo 28 é utilizado como critério para definição de usuário, e o artigo 33 da referida lei, prevê o crime de tráfico de drogas. A distinção entre traficante e usuário tem a finalidade de retirar do âmbito penal as pessoas usuárias, uma vez que são consideradas doentes, e levá-las para o campo da saúde pública.

Diante disso, observa-se que o bem jurídico que a lei visa proteger é a saúde pública, uma vez que o uso dessas substâncias psicoativas traz grande demanda aos serviços de saúde. Vale salientar, que conforme a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLII, o crime de tráfico de drogas é equiparado a crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), e, portanto, os condenados por tráfico não podem ser beneficiados com a extinção de suas penas por (anistia, graça ou indulto). Porém, uma recente jurisprudência já pacificada no STF, afastou parcialmente a equiparação que antes era absoluta, no caso do crime de tráfico de drogas, tornando-a relativa ao se tratar do crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada, conforme o §4º, do artigo 33, da lei 11.343/2006.

Diante disso, verifica-se que a eventualidade e não reincidência são critérios relevantes para o afastamento da hediondez e para o enquadramento destes agentes dentro do crime tráfico de drogas na modalidade privilegiada, sendo impreterível que o agente seja réu primário, possua bons antecedentes, não se dedique as atividades criminosas e nem integre organização criminosa, podendo assim, ter sua pena diminuída, possibilitando ao agente

transportador, benefícios como poder iniciar a pena com o regime mais brando e ainda ter a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade para a restritiva de direitos.

Anteriormente, havia o entendimento do STJ, de que independentemente de o réu ter tido a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, este ainda era considerado equiparado a hediondo e por sua vez o tratamento a estes agentes deveria ser de acordo com tal equiparação e seus efeitos, de modo que tais crimes seriam considerados inafiançáveis e insuscetíveis de 26 sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, onde era vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Porém, em 2016, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal se posicionou a respeito do assunto, julgado no Habeas Corpus - HC 131.795/SP, onde por unanimidade, reconheceu que o agente na condição de mula não necessariamente integra a organização criminosa, o STJ decidiu acompanhar a jurisprudência e conceder tratamento privilegiado aos transportadores inabituais, verificados os requisitos constantes do §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006.

Por fim, foi um marco à luz das Jurisprudências, uma vez que pôs fim a omissão que havia a respeito equiparação do crime tráfico de drogas na modalidade privilegiada aos crimes hediondos, encerrando as divergências entre os tribunais, e trazendo benefícios aos agentes que incorrem na conduta intitulada como mulas tipificada no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006 como, por exemplo, foi possibilitado que o agente tenha direito a indulto e com afastamento do óbice que trata §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 que instituía a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados a mula tem a possibilidade de iniciar o regime de cumprimento de pena de maneira mais benéfica, de acordo com o caso concreto e também que sua pena privativa de liberdade seja convertida em restritiva de direitos.

RELEVANT ASPECTS OF DRUG TRAFFICKING CRIME, AND THE REQUIREMENTS FOR THE APPLICATION OF THE PRIVILEGED MODALITY IN THE LIGHT OF JURISPRUDENCE.

ABSTRACT

This paper aims to elucidate the applicability of the privilege dealt with in §4, article 33, of Law 11.343 / 2006, known as drug law. The reflection on the subject, through a jurisprudential analysis of the superior courts, aims to address the effects arising from the incidence of the predicted penalty reduction, since there were controversial and divergent understandings before the courts about the heinous nature of the Trafficking Crime. drugs. However, after recent jurisprudence pacified in the Supreme Federal Court - STF, through

the judgment of HC 118.533 / MS, it was concluded that the heinous nature was partially removed in the case of crime of drug trafficking in the privileged mode, making the understanding uniform. of the courts. This removal led to reflections on the initial regime of serving a sentence and the possibility of replacing the custodial sentence with restrictive sanctions.

Key-words: Trafficking. Concession. Article 33. Sentence Reduction.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Decreto Nº 9.761, de 11 de Abril De 2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: . Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Lei nº 11343, de 23 de agosto de 2006. **Site da Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Código Penal, de 7 de dezembro de 1940 (Decreto-lei nº 2.848/1940). **Site da Presidência da República**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 Set 2022.

E. DE JESUS, Damásio. **Lei Antitóxicos Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. Crimes Hediondos. Lei nº 8.072/1990. *In*: DAOUN, Alexandre Jean; FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio (Coord.). **Leis Penais Comentadas**. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal** (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940). Vol. IX. Artigos 250 a 361. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958

NUCCI, Guilherme de Souza. **Lei Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 0519. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Direito Penal. Progressão de Regime no Tráfico de Drogas. Recurso Repetitivo (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). Disponível em: . Acesso em: 09 Set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 111.840/ES. Disponível em: Acesso em: 28 Out 2019. 20 27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 602. Disponível em: . Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Condição de “mula” não expressa participação em organização criminosa, decide 2ª Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315795>>. Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97.256/RS. Disponível em: . Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101.265/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629958>>. Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 118.533/MS. Disponível em: . Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 124.107/SP. Disponível em: Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 131.795/SP. Disponível em: . Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Lei n. 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. Disponível em: Acesso em: 09 Set 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.088 – RS. Disponível em: . Acesso em: 09 Set 2022.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. Ed. São Paulo: Atlas S/A, 2008.

JESUS, Damásio de. Lei antidrogas anotada. – 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único – 4 ed. rev. atual. ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016.21

28 MACIEL FILHO, Euro Bento. A questão do tráfico de drogas como crime hediondo: Tráfico de entorpecentes, na forma privilegiada, não tem natureza hedionda. 2017. Disponível em: Acesso em: 09 Set. 2022.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica. 5. Ed. São Paulo: Atlas S/A, 2008.

PARANÁ. Divisão Estadual de Narcóticos. Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária. Drogas. Disponível em: Acesso em: 25 Ago. 2022.

QUEIROZ, Paulo. NOTAS SOBRE A LEI DE DROGAS: Teoria geral dos crimes de tráfico e afins. Disponível em: Acesso em: 17 Set. 2022.

SENAD. Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas. SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS E SEUS EFEITOS: Classificação das substâncias psicoativas e seus efeitos. 2019. Disponível em: Acesso em: 17 Set. 2022.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. Lei de Drogas Comentada. – 2 ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SOUZA, Luísa Luz de. As consequências do discurso punitivo contra as mulheres "mulas" do tráfico internacional de drogas: ideias para a reformulação da política de enfrentamento às drogas no Brasil. – Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2013. Disponível em: . Acesso em: 17 Set. 2022.

QUEIROZ, Paulo. LOPES, Marucus Mota Moreira. Comentários a Lei de Drogas. – 2 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. Uso de drogas e sistema penal: Entre o proibicionismo e a redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.