

# TRÁFICO PRIVILEGIADO E A (IM)POSSIBILIDADE DO SEU RECONHECIMENTO COMO CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO

Karine Martins da Silva <sup>1</sup>

Eduardo Fernandes Pinheiro <sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo abordará acerca do tráfico privilegiado, e a (im)possibilidade do seu reconhecimento como crime equiparado a hediondo. A figura do tráfico privilegiado está prevista no art. 33, §4º da Lei n.º 11.343/2006, que introduz o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, bem como constitui regulamentos para coibir a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. O tema é de grande importância para o Direito Penal brasileiro e dessa forma serão apresentados entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), com seus posicionamentos sobre a figura do tráfico privilegiado e sua aplicabilidade, bem como no que se refere à equiparação aos crimes hediondos.

**Palavras-chave:** Tráfico privilegiado; Reconhecimento como crime equiparado a hediondo.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente conteúdo trata sobre a recente reforma ocorrida na jurisprudência concernente ao crime de tráfico privilegiado de drogas, cujo entendimento leva em consideração a natureza menos gravosa do delito relativamente aos outros tipos de tráfico, classificados como crimes hediondos por equiparação, nos termos da Lei n.º 8.072/90.

Por sua própria natureza, desde o início da colonização, o uso ilícito de drogas está relacionado à prática de outros delitos. Os primeiros registros do ingresso da substância *Cannabis Sativa*. L. (maconha) no Brasil remontam aos escravos africanos, porém foi formalmente registrado por um português no ano de 1564.

O uso de substâncias entorpecentes, já no período colonial, remetia à segregação de classes sociais, já que o consumo de morfina e cocaína era comum

---

<sup>1</sup> UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 131-C. E-mail – karinemartinsmt@hotmail.com.

<sup>2</sup> UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista, Orientador. E-mail – efernandespinheiro@gmail.com

entre milionários, intelectuais e artistas, enquanto a maconha era consumida nos guetos pobres.

Logo depois de um amplo tempo de progresso do tráfico no Brasil, marcado por homicídios, torturas e guerras entre facções rivais em busca do controle territorial, entrou em vigor a Nova Lei de Drogas (Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006), abordando de maneira singular a questão do tráfico de drogas no Brasil.

Importantes modificações trazidas pela reforma tangem à nomenclatura utilizada no tipo penal, que deixou de ser “substância entorpecente” e deu espaço ao termo “droga”, ao tratamento dispensado aos usuários, garantindo-lhes cuidados e a reinserção social e, sobretudo, a constituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), responsáveis pela articulação da Política Pública pertinente à prevenção ao uso de entorpecentes, bem como à tentativa de reinserção social dos usuários e dependentes químicos.

Imperiosamente, o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 (CRFB/88), equipara o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins a crimes hediondos, além de conceituá-lo como sendo inafiançável e insuscetível de graça, anistia ou indulto. Busca-se tutelar constitucionalmente a saúde pública, posto que, a sua deterioração não se restringe ao usuário, mas compromete sua própria integridade social.

Nessa perspectiva, a Lei nº 11.343/2006 foi criada com o intuito de promover a prevenção e a punição dos delitos envolvendo entorpecentes. Nela foram positivadas as hipóteses consideradas crimes e as respectivas penas nas quais incorrem.

Nota-se a grande importância da criação dessa lei, uma vez que é a partir do tráfico de drogas que seus agentes praticam outros delitos. O problema é global, e essa lei serve para prevenir e punir tais atos.

No que se refere ao tráfico de drogas privilegiado, percebe-se que o tratamento penal é diferenciado, ou seja, incorre em pena de menor gravidade, todavia é necessário preencher os requisitos do tráfico privilegiado, dando assim uma oportunidade de diminuição de pena ao acusado.

O tráfico de drogas privilegiado, a princípio, segundo a Súmula nº 512 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi considerado crime equiparado a hediondo, pois se entende que o Art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006, constitui parte do texto

do *caput* da mencionada lei e, sendo assim, relaciona-se a mesma prática delituosa.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (STF), já apresentou um novo entendimento, baseado em um caso concreto, no qual se retira a hediondez equiparada do tráfico privilegiado, posição que, posteriormente, após recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em novembro/2016, foi acolhida, sob o posicionamento de que o delito de tráfico privilegiado de drogas não possui natureza hedionda, de acordo com o que será explanado no presente artigo.

O tráfico de drogas consta no rol, da Nova Lei nº 11.343/06, vem com a finalidade de instituir um sistema que melhore as políticas públicas sobre as drogas no Brasil, na qual criou-se medidas para que haja prevenção do uso dessas substâncias tóxicas, que manipulam e tornam a sociedade dependente.

Criaram-se normas que agem como repressoras de tal ato explicito na Lei de Drogas, definindo-a como crime.

No momento em que se dialoga sobre o tráfico de droga privilegiado, logo se vê uma nova oportunidade ao infrator de menor gravidade, isto é, conforme enunciado na Lei de Drogas em seu art.33, §4º, tendo preenchido os pressupostos como ser réu primário, não possuir antecedentes criminais, não se dedicar a atividades criminosas, bem como não pertencer a nenhuma organização criminosa, o acusado terá o direito a prerrogativa da redução de pena, e ainda a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direito.

## **2. HISTÓRICO DAS PUNIÇÕES PÁTRIAS. DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL AO TRÁFICO DE DROGAS. CRIME HEDIONDO**

O Estado utiliza-se do Direito Penal para proporcionar garantias fundamentais ao indivíduo, posto que, em harmonia com Guilherme de Souza Nucci, (2013, p. 71), no que tange ao Direito Penal, aborda que: “é o conjunto de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”, constituindo referido como sendo a mais drástica opção para regular acerca dos conflitos e aplicações de sanções.

Assim, é perfeitamente claro que o objetivo por intermédio da incriminação dos fatos atentatórios a algum bem jurídico coletivo, como por exemplo a saúde, o

meio ambiente e a economia, nasce da necessidade de se promover a segurança das pessoas e dos Estados, fator que preencheu lugar de grande destaque nos debates envolvendo caráter econômico, social e até mesmo políticas.

Segundo, Luiz Regis Prado (2005, p. 553), *ad litteram*:

A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal. São inúmeras as teorias que buscam justificar seus fins e fundamentos, reunidas de modo didático em três grandes grupos: (...)

A Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006) introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, um recente método de tratar este tema que enseja tanto cuidado. Se precedentemente as decrépitas Leis de Drogas, quais sejam, Lei n.º 6.368/76 e Lei n.º 10.409/02, as quais arrazoavam o tema, preferencialmente com um sentido penalista e não sociológico, então, desde o ano de 2006 esta dialética se modificou.

Diante do surgimento da vigente Lei n.º 11.343/2006, o legislador se apresentou mais desassossego com a figura sociológica do assunto abordado. Pois, percebeu que o contratempo não pertencia tão somente ao direito penal.

Posto que, compreendia também sobre assistência social, economia, parâmetros criminológicos, políticas públicas e, ainda, diversos aspectos que colaboram para a propagação das drogas e afins em todo o território pátrio, essas condições demonstram-se determinantes no procedimento de elaboração de políticas públicas contra as drogas, que será aplicada pelo legislador brasileiro.

O inciso XLIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 (CRFB/88), equipara o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins a crimes hediondos, além de considerá-lo inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. *In verbis*:

Art. 5º. XLIII – 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 os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988)

Os crimes hediondos não são considerados crimes na sua essência, mas determinados gêneros de crimes que foram abordados de maneira mais severa

pela Lei n.º 8.078/90 que trata dos crimes hediondos, dando importância a sua natureza horrenda, desprezível, apavorante.

A referida lei elenca o rol de crimes considerados os mais graves, tais como o homicídio praticado em atividade típica de grupos de extermínio, apesar de praticado por um só indivíduo, homicídio qualificado, latrocínio, extorsão qualificada em decorrência de morte, extorsão, extorsão por intermédio de sequestro e também na forma qualificada, estupro, estupro de vulnerável, epidemia com consequência de morte, falsificação, corrupção, adulteração ou modificação de produto designado com destinações terapêuticas ou medicinais, genocídio, e outros.

Além dos crimes hediondos previstos no art. 1º da supracitada lei, ela tratou de mencionar em seu art. 2º os delitos que deveriam ter tratamento similar aos descritos no artigo anterior, os quais, por imperativo constitucional, convencionou-se chamar de crimes equiparados a hediondos. Veja-se: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança.”<sup>3</sup>

O tráfico privilegiado recebeu tratamento similar àqueles previstos no *caput* e § 1º do art. 33, e arts. 34, 36 e 37, sendo as condutas distintamente tipificadas consideradas como equiparadas a crimes hediondos.

Nas notas do insigne autor Renato Brasileiro de Lima, a lógica aplicada é de que, em sendo o crime de tráfico de drogas equiparado a hediondo, clarividente que os delitos mais graves também o seriam. Assim, diante dessa percepção, o supramencionado autor entende:

Em outras palavras, se a tais delitos foi estabelecida uma série de restrições, algumas delas próprias dos crimes hediondos e equiparados, somos levados a acreditar que, à exceção do art. 35 (associação para fins de tráfico), que jamais foi considerado equiparado a hediondo na vigência da Lei anterior (art. 14 da Lei nº 6.368/76), os delitos citados no art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (art. 33, *caput*, e § 1º, art. 34, art. 36 e art. 37) são tidos como “tráfico de drogas”. (BRASILEIRO, 2017, p.1.004)

Por sua vez, o legislador não pode discorrer de forma análoga a condutas, cuja reprovabilidade é divergente, em virtude da abundância punitiva, a qual colidirá no princípio da razoabilidade e/ou proporcionalidade, assim, entende-se que, esta é

---

<sup>3</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

fundamental motivação para não se oferecer tratamento semelhante, ao tráfico de drogas e ao tráfico privilegiado.

Em contrapartida o autor Renato Brasileiro, expõe:

Interpretando-se *a contrario sensu* o art. 44 da Lei nº 11.343/06, não podem ser rotulados como “tráfico de drogas” e, portanto, equiparados a hediondos, os crimes previstos nos arts. 28 (porte ou cultivo de drogas para consumo próprio), 33, § 2º (auxílio ao uso), 33, § 3º (uso compartilhado), 38 (prescrição ou ministração culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave após o uso de drogas). Por mais que a Lei nº 11.343/06 não defina expressamente quais seriam os crimes de tráfico de drogas, não se pode perder de vista que a palavra *tráfico* está vinculada a ideia de comércio, mercancia, trato mercantil, negócio fraudulento, etc. Assim, não se pode querer atribuir a natureza de tráfico de drogas à conduta daquele que divide com outrem um cigarro de maconha (Lei nº 11.343/06, art. 33, § 3º), sob pena de rotularmos como equiparado a hediondo um crime cuja pena cominada é de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano. (BRASILEIRO, 2017, P.1.004)

### **3. DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT) E CONDUTAS EQUIPARADAS (§1º)**

Ao reputar a existência social do tráfico de drogas no Brasil, é imperioso um estudo crítico, no que se refere a aplicação jurídica da nova Lei de Drogas. Constata-se que o novo texto legal (Lei 11.343/2006) sofreu relevantes modificações em sua formação, confrontado ao texto que o antecede.

Dispõe a Lei de Drogas (11.343/2006):

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. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção,

de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, 2006)

A vigente Lei de Drogas (11.343/2006) estabeleceu inteiramente os crimes atinentes aos entorpecentes, na medida em que procura uma estabilidade entre as penas previstas e as ações criminosas. Na Lei anterior (6.368/76) as condutas menos lesivas são análogas ao crime de tráfico, atribuindo-lhes, assim, penas idênticas. Devido ao surgimento da Nova Lei de Drogas, se finda tal desproporcionalidade, qualificando as penas conforme o grau de lesividade e as respectivas condutas criminosas.

O tipo jurídico relevante consta disposto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, haja vista que os outros apenas os subentende, seja direta ou indiretamente, salvo quando se trata do financiamento para o tráfico (art.36), que por ser considerado mais grave, prepondera na ocorrência de concurso aparente de tipos, sobre o tráfico de drogas, compreendendo na sua interpretação típica, em que pese, fazendo conotação ao princípio da consunção (quando um fato considerado de maior gravidade, absorve outros fatos de menos gravosos ou com menos amplitude).

Sendo assim, observamos que diz respeito a um tipo penal em branco, já que a condição primária encontra-se incompleta, aludindo a complementação a um regulamento inferior (Portaria SVS/MS nº 344, de 12/05/1998). Pois apesar, de terem sido contemplados 18 (dezoito) verbos distintos, que configuram o tráfico de droga, a Lei não adverte rigorosamente quais são as drogas por ela desautorizadas.

Deveras, que a definição de drogas, se trata de um conceito jurídico-político, antes mesmo de ser um conceito científico ou farmacológico. Nessa acepção, dispõe o artigo 1º, parágrafo único que, “para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Por seu turno, o artigo 66 estabelece que: “para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas,

precursoras e outras sobre o controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”.

Com a criação da Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006, o autor Victor Eduardo Rios Gonçalves (2011) leciona:

A Lei nº 11.343, sancionada em 23 de agosto de 2006, é a nova Lei Antitóxicos. Essa lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção de usuários e dependentes de drogas, e estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito, além de definir os respectivos ilícitos penais. As Leis nº 6.368/76 e 10.409/2002, que tratavam do tema foram expressamente revogadas. No âmbito criminal as principais inovações foram o tratamento diferenciado em relação ao usuário, a tipificação de crime específico para a cessão de pequena quantidade de droga para consumo conjunto, o agravamento da pena do tráfico, a tipificação do crime de financiamento ao tráfico, bem como a regulamentação de novo rito processual, temas que serão estudados a seguir. (GONÇALVES, 2011, p. 31)

A Lei de Drogas (11.343/2006) veio como meio de prevenção, ou seja, para combater o uso indevido, a mercancia e a distribuição de entorpecentes em detrimento da sociedade. A criação de políticas públicas tem por escopo combater o tráfico, e assim diminuir a marginalização dos usuários, que a partir das drogas cometem outras condutas criminosas.

Nota-se que seu elemento jurídico, equivaler a saúde pública em geral, e seu comportamento se embasa em adquirir, trazer consigo, guardar em depósito e transportar. O autor Victor Eduardo Rios Gonçalves acrescenta que:

Trata-se de uma conduta crime de ação múltipla em que a realização de mais de uma conduta em relação à mesma droga constitui crime único. Como por exemplo, um agente que compra e depois traz consigo o entorpecente. (GONÇALVES, 2011, p. 32)

Talvez até mesmo por erro do legislador, não foi tipificado o uso pretérito da droga. Dessa forma, na hipótese de ser constatado em um exame de urina ou de sangue, que alguém fez uso de drogas, ou ainda, se ele mesmo confessar que, em certo instante, utilizou a droga para consumo próprio, em razão disso, essa pessoa não responderá pelo crime. Sendo assim, é possível perceber que a lei pune apenas quando se apresenta ameaça social desempenhada pela retenção contemporânea da substância, ou seja, se ela já foi consumida, deixa de existir.



Em relação ao tráfico de drogas, está previsto que a Lei antitóxicos, tem como objeto jurídico a saúde pública, o sujeito pode ser qualquer pessoa, pois é considerado um crime comum, quando se fala do sujeito passivo este será a coletividade, seu elemento subjetivo apontam a tráfico de drogas na forma dolosa. E ainda estabelece dezoito condutas típicas que são: importar, exportar, remeter, preparar, produzir ou criar, fabricação, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, transportar, trazer consigo, dentre outras.

Para Gonçalves (2011):

Crime de ação múltipla. Nota-se facilmente que o crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 é de ação múltipla, isto é, possui várias condutas típicas separadas pela conjunção alternativa “ou”. Em razão disso, a pluralidade de condutas envolvendo o mesmo objeto material constitui crime único. [...] Não haverá contudo delito único quando as condutas referirem as cargas diversas de entorpecentes sem qualquer ligação fática. Assim, se uma pessoa compra um quilo de maconha e depois o vende e, na semana seguinte, compra mais dois quilos e vende, responde por dois delitos em continuação delitiva, já que a forma de execução foi a mesma. Porém, se o agente importa cinquenta quilos de maconha e expõe a venda outros cem quilos, responderá pelos delitos na forma do concurso material, uma vez que as condutas são diversas (importar e expor à venda). (GONÇALVES, 2011, p. 40)

Conforme podemos observar acima, houve algumas alterações significativas na Nova Lei de Drogas, quanto a declaração “substância entorpecente ou que a determine dependência física ou psíquica” foi alterada pelo termo “drogas”, desse modo, o legislador amoldou o preceito regulamentar à inclinação mundial, que utiliza o vocábulo como sendo um mal a ser combatido.

O art. 33, § 1º, apresenta as figuras equivalentes ao tráfico, nota-se que no inciso I, além da palavra “droga”, conforme explanada acima, o legislador demonstrou o componente subjetivo do tipo, ou melhor, adicionou o algoritmo “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, e com isso, se o sujeito praticar quaisquer dos verbos inseridos no tipo, caso seja com autorização ou em acordo com determinação legal ou regulamentar, tal fato será considerado atípico, o que vale também para o inciso II.

Já no inciso III, do § 1º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, agregou a expressão “bens de qualquer natureza” no quadro de recintos em que o tráfico venha a ser realizado, e por sua vez, excluiu a conduta “utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem

dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido”, de maneira que somente será assemelhada o comportamento que tenha por fim o tráfico de drogas.

No tocante ao art. 33, § 2º, a lei de drogas desvela-se acerca do crime de participação quanto ao uso de entorpecentes, entretanto o legislador adaptou a pena ao comportamento de menor gravidade. A vista disso, a pena incidiu de 3 (três) a 15 (quinze) anos para 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão.

Sendo que houve uma modificação na conduta típica. Na lei anterior, o disposto do artigo 12 (“induzir, instigar ou auxiliar a usar”), o tipo penal demandava para haver sua consumação, deveria ter o uso efetivo do entorpecente pelo indivíduo passivo, todavia conforme a Nova Lei, o verbo “usar” foi alterado pela expressão “ao uso”, ditando assim, que o crime consuma-se tão somente pelo simples auxílio moral ou material, autonomamente, da utilização da droga pela vítima, concernindo assim, se faz manifesta a *novatio legis in melius*, em razão da consumação ser conjecturada à usual conduta do sujeito, sendo assim, dispensado um resultado naturalístico.

Em relação ao art. 33, §3º, da aludida Lei, esse dispositivo trata de uma nova figura típica, mormente porque parte da doutrina e da jurisprudência entendia que a conduta de “fornecer, ainda que gratuitamente, sem o fim de lucro”, não era qualificada pela lei 6.368/1976, por isto, fato atípico.

Contudo, a aludida conduta, hoje em dia é considerado crime autônomo e detém penas muito menores do que as penas previstas para o tráfico. Tendo em vista, que para sua definição são exigidos, dois fundamentos subjetivos do tipo: o positivo “para juntos consumirem”, nesse caso é quando os usuários consomem juntamente drogas nos tipos de “rodas de fumos”, porém sem intenção de arrecadar clientes para o traficante; e ainda, a do tipo subjetivo negativo, pois não tem por finalidade angariar lucro, tratando-se assim, tão apenas do intuito do agente em possuir drogas para o próprio consumo e não voltada para mercancia. Lidando, desse modo, de transgressão com menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, sobre o art. 33, §3º da Lei supracitada, Gonçalves (2011) expressa:

O presente dispositivo tem por finalidade punir quem tem uma pequena porção de droga e a oferece, p. ex., a uma amigo ou namorada para consumo em conjunto. Na vigência da antiga Lei Antitóxica, embora a conduta encontrasse enquadramento no crime de tráfico do art. 12, a jurisprudência era praticamente unânime em desclassificar o crime para

aquele previsto no art. 16, já que a conduta era considerada muito menos grave do que a do verdadeiro traficante. A nova lei solucionou a questão de prever crime específico para a hipótese, estabelecendo que ao agente, será imposta pena de seis meses a um ano e multa, além daquelas previstas no art. 28 (advertência, prestação de serviços à comunidade e frequência a cursos educativos) de forma que as penas serão aplicadas cumulativamente. Como a pena máxima do crime é de um ano, enquadra-se no conceito de infração de menor potencial ofensivo, sendo portanto, cabível a proposta de transação penal no Juizado Especial Criminal. (GONÇALVES, 2011, p. 51)

O tráfico de drogas privilegiado, no caso do § 3º, art.33, deverá seguir requisitos, sendo eles: a oferta de drogas seja casual; gratuita, que o recebedor seja pessoa do relacionamento de quem a oferece, e também que o entorpecente seja para consumo em agrupamento. Vale ressaltar que a pessoa a quem a droga é oferecida não é cabível o crime do art. 33, §3º, desta lei, porém se com ela for encontrado também drogas, esta será punida pelo crime do art. 28.

Por fim, o art. 33, §4º, o qual aborda o assunto do presente artigo, este dispositivo, pressupõe causas de diminuição de pena, na aplicabilidade dos delitos elencados no *caput*, assim como do § 1º, conquanto se refira ao direito subjetivo do agente, que ao preencher os requisitos de primariedade, possuir bons antecedentes, bem como não integrar organização criminosa e tampouco se dedicar às atividades criminosas, este fará jus a concessão da diminuição de sua pena de 1/6 a 2/3.

#### **4. DA APLICABILIDADE DA LEI DE DROGAS E SUAS IMPLICAÇÕES NA EXECUÇÃO PENAL.**

De acordo com o teor do art. 66, inciso I, da Lei de Execução Penal (LEP), incumbe ao juiz da execução empregar aos fatos avaliados a lei ulterior que de alguma maneira beneficiar o réu.

Seguindo essa mesma linha de pensamento, é que foi norteadada a Súmula nº. 611 da Corte Suprema, trazendo a subsequente composição: “Transitada em julgado à sentença condenatória, compete ao juízo das execuções aplicação de lei mais benigna”.<sup>4</sup>

Portanto, se faz incontestável a competência do Juízo das Execuções para a aplicação e análise das polêmicas benignas decorrentes da Nova Lei de

---

<sup>4</sup> (HC 106454, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 2.4.2013, DJe de 17.4.2013).

Drogas relacionada aos indivíduos que foram julgados e perceberam condenação por crime nela previsto, ou que conste da Lei n. 6.368/76 e não tipificado no novo Código.

Isto posto, irrefutável que, a competência para avaliar e aplicar os efeitos benignos decorrentes da Nova Lei de Drogas, acerca dos réus condenados por delitos elencados na aludida Lei, assim como descritas na Lei nº 6. 368/76 que não constam tipificados na nova ordem.

Mister notar que, na ocorrência de condenação sujeita à análise recursal embora irresoluto, a competência para aplicação da Lei nova benevolente, pertence a Instância Superior.

Atualmente os Tribunais Superiores tem mostrado a suscetividade no que se refere à aplicação das sanções mais rígidas, contudo, simultaneamente se contrapõe aos benefícios que poderão servir-se aos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, quais sejam, anistia, graça, e indulto; de forma que preenchidos determinados requisitos da lei, os quais não eram alcançados anteriormente.

À título de exemplificação, tem-se a retirada da hediondez nos casos em que ocorrem conduta tipificada na Lei 11.343/06, artigo 33, § 4º, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, 2006)

Outrossim, apreciada a natureza do tráfico privilegiado, foi modificado o percentual a fim de que se alcançasse o livramento condicional e a concessão de progressão, ou seja, possui tratamento utilizado em crimes comum, uma vez que não é mais equiparado a um crime de caráter hediondo, a porcentagem consiste em 1/3 para consentimento de livramento condicional aos réus que não ostentam reincidência, 1/6 para progressão de regime, e ½ para os detentores de reincidência. Fato que se resume à um benefício relativizado principalmente para os indivíduos criminosos com execução do § 4º, do artigo 33, da Nova Lei de Drogas.

## 5. DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Uma sucinta análise dos procedimentos da Lei de Crimes Hediondos corrobora o total despropósito da narrativa legal em relação a análise do tráfico privilegiado. Da maneira que, é notável observar que os indivíduos que cumprem pena por crimes hediondos são julgados como sendo de expressiva ameaça ou risco à sociedade, em consequência disso, estes serão trazidos para estabelecimentos prisionais de alta segurança, mormente porque, mantê-los em penitenciárias estaduais, arrisca-se também a ordem, bem como a segurança pública.

Nesse discernimento, dispõe o art. 3º da Lei nº 8.072/90:

A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública (BRASIL, 1990).

Além do mais, o Superior Tribunal de Justiça, já consignou seu posicionamento, no tocante ao que conceitua se tratar de crime hediondo, assentando que "Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, o pensamento legislativo se direcionou para aqueles crimes mais aviltantes e com expressiva lesividade" (BRASIL, STJ, 2011)<sup>5</sup>.

Desta forma, nota-se que crimes hediondos e equiparados a hediondo são crimes de alta gravidade, necessitando de tratamento igualmente rígido. Contudo, essas punições não encontram respaldo no princípio da proporcionalidade que precisa ser analisado no crime do tráfico privilegiado.

Por conseguinte, o tráfico de drogas privilegiado consta regulamentado no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Essa espécie de tráfico de drogas trata-se, na verdade, de hipótese de diminuição da pena. Nesse sentido o referenciado artigo estabelece que:

Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. **(Vide Resolução nº 5, de 2012)**. (BRASIL, 2006)

Cumpre ressaltar que, para haver a concessão da citada circunstância de diminuição de pena, o acusado deverá preencher os seguintes requisitos: ser réu

---

<sup>5</sup> HC-200.513/MS, Rel. Min. OG FERNANDES.

primário: ou seja, não pode ser reincidente, tendo em vista que será considerado reincidente, o réu que possuir condenação definitiva, transitada em julgado, anteriormente a data do fato investigado; ser detentor de bons antecedentes: isto é, que não esteja respondendo por outra ação penal; não se dedicar a atividades criminosas, bem como não integrar organização criminosa: o agente não pode estar envolvido na criminalidade, independentemente dele não estar respondendo a outra ação penal.

As condições mencionadas anteriormente como ser réu primário, detentor de bons antecedentes, não se dedicar a práticas criminosas, assim como pertencer a organização criminosa, são cumulativas, razão pela qual, para usufruir da redução de pena, o acusado terá que preencher todos os requisitos, haja vista se tratar de direito subjetivo do réu.

O escopo desse benefício individual é atingir somente aqueles agentes que iniciam na atividade ilícita, e não o traficante habitual, experiente, os quais praticam o comércio de drogas, conduta nociva e que alcança diretamente a saúde pública e a sociedade, inclusive, muitas vezes reiteram nas práticas delituosas. Acerca desse assunto, Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2017), assevera que “cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem.”<sup>6</sup>

Levando em conta, o tráfico privilegiado, por conseguinte, quanto aos efeitos de se utilizar essa causa de redução de pena para os tipos de tráfico de droga ou similares a este do art. 33, caput e § 1º, podemos falar que são várias.

De exórdio, vale mencionar sobre a possibilidade da causa especial de diminuição da pena, que deve acontecer ao final da dosimetria, ou seja, na última fase do cálculo da pena, na terceira fase, que poderá ser definida inferiormente do mínimo determinado para o tráfico de drogas, qual seja de 05 (cinco) anos, conseguindo ser diminuída numa fração que alterna de 1/6 a 2/3.

Sendo assim, no caso de uma pena ínfima de 05 (cinco) anos, sendo ela aplicada a fração maior de diminuição 2/3 (dois terços), há possibilidade de fixar a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses.

De mais a mais, devido a redução da pena, se viabiliza a fixação de regime inicial de cumprimento de pena com menor gravidade, tais como o regime aberto e, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

---

<sup>6</sup> Nucci, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. V.1 – 10 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Digno de nota que, a redação inserida na antiga lei não admitia a conversão de pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, no entanto, posteriormente, houve alteração.<sup>7</sup>

Além disso, a atual cognição do STF (HC nº 118533/MS), afirmou que o tráfico privilegiado, distintivamente do tráfico especificado no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei 11.343/2006, não possui natureza hedionda.

Logo, caracterizado o tráfico privilegiado, a progressão do regime que é de 2/5 ou 3/5 para os crimes hediondos, nesse caso, será de 1/6, isso significa que, equivalerá a mesma progressão empregada aos crimes comuns. Visto que, trata-se de circunstância mais benigna, que aplicar-se-á aos agentes que praticam as citadas ações delituosas nessas conjecturas, chamado de tráfico privilegiado, de modo que, promoverá novo cálculo de suas penas.

## **6. DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)**

O *Habeas Corpus* de nº 118.533/MS impetrado no ano de 2013 foi o estopim para dar-se início ao entendimento utilizado atualmente, uma vez que, após acalorada votação na Corte Suprema sobressaiu o entendimento vigente. Em relação ao *Habeas Corpus* o próprio legislador infraconstitucional procedeu com a retirada do caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado.

Desta forma, aduziu em termos de se chegar às razões determinantes para o livramento condicional e a progressão de regime; consoante ficou registrado no *Habeas Corpus* citado, servindo de fundamentação para a discussão, votação e aprovação no STF.

O Superior Tribunal de Justiça, *a priori*, defendia que o tráfico privilegiado seria equiparado ao crime hediondo, pois em matéria de texto da lei, faz parte do *caput*, e de tal forma será também considerado hediondo.

De acordo com a Súmula nº 512 do Superior Tribunal de Justiça, este deixa claro que não se afasta a hediondez do tráfico de drogas, com fulcro no art.33, §4º, sendo assim equiparada a hediondo.

No que lhe concerne, a compreensão do Supremo Tribunal Federal (STF), foi contrário ao posicionamento do STJ, desse modo, após um julgamento alicerçado

---

<sup>7</sup> Ato do Senado Federal, Resolução n.º 5, de 2012.

em um caso efetivo de tráfico privilegiado, a Corte Suprema (STF) apartou a hediondez equiparada do crime de tráfico de drogas, apresentando mudanças bem claras com esse julgamento, sendo elas que: haverá, em tese, direito à concessão de anistia, graça e indulto, porém terão que ser cumpridos os requisitos legais e haverá livramento condicional e progressão de regime.

É importante salientar que, em conformidade com o STF, é perceptível o constrangimento ilegal quando se inclui as normas da Lei de crimes hediondos ao tráfico de drogas privilegiado, inclusive, porquanto os delitos do tráfico privilegiado apresentam proporções menos gravosas, tendo em consideração requisitos como envolvimento aleatório e o fator da não reincidência.

Merece ser transcrito o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, nestas palavras:

(...) Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam. Ante o exposto, concedo a ordem para afastar os efeitos da hediondez em relação ao tráfico de drogas na modalidade privilegiada. É como voto. (TEOR DO ACÓRDÃO, VOTO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE): HC 118.533/MS)  
(...) Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas [...]. (STF - HC 118.533/MS)<sup>8</sup>

Todavia, fundamental realçar que o STJ, aderiu à concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), há pouco tempo asseverado posicionamento, o qual foi adotado pela Terceira Seção de forma unânime, julgado em novembro de 2016 pela PET N.º 11.796, afirmando que o crime de tráfico privilegiado não possui natureza hedionda. Por conseguinte, na oportunidade, o colegiado decidiu cancelar o declarado anteriormente em sua Súmula nº 512.

Sendo assim, uma pessoa acusada pela prática de uma conduta ilícita considerado como sendo crime comum, bem como apontado como hediondo ou equiparado deve valer como prerrogativa às garantias processuais e materiais, no que se refere ao pertinente processo legal sob a perspectiva da legislação penal

---

<sup>8</sup> Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 11671903>. Acessado em: 23/11/2017.



processual e da Carta Magna; individualização da pena, presunção de inocência, liberdade provisória, entre outros, assim, tendo este saber na atuação apropriada do Supremo Tribunal Federal em entender na atuação de tráfico de entorpecentes privilegiado circunstâncias que demonstrem detalhes mais leves como o envolvimento ocasional e não ser reincidente as circunstâncias que se apresentam.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante todo o exposto, cabe salientar a respeito da Suprema Corte na atividade de suas funções determinadas aplicou um entendimento coerente à luz das normas vigentes fazendo permanecer os fatos que se apresentam mais convenientes e justos, dessa forma, cumprindo com o seu papel de evitar injustiças e abusos na busca da justiça.

Cabe considerar que o Supremo Tribunal Federal usou da equidade na harmonização da norma, removendo o caráter de hediondo no tráfico privilegiado, uma vez que privilégio não é compatível com hediondez.

De forma antagônica apresentava desproporcional conduta de penalização entre a conduta e circunstâncias do indivíduo e a lei penal de forma mais maléfica. Dito isso deixou claro o legislador no que se refere a esses recém fatos verídicos e, que possivelmente veio incidir neste novo benefício para o indivíduo causador do crime em espécies especiais, que antes iam em busca de estimular na pena mais baixa, com a finalidade de obter o afastamento deste indivíduo do mundo do crime como por exemplo, não pertencer a organizações criminosas, não ser reincidente, dentre outros.

Em síntese, depreende que o tráfico privilegiado se denota como um potencial redutor de pena, fazendo jus o réu considerado primário, que possui bons antecedentes, não participe de organizações criminosas, por essa razão, o Supremo Tribunal Federal, na ocasião da sessão elaborada na data: 23/06/2016, compreendeu que o denominado tráfico privilegiado, onde poderá ocorrer a causa especial de diminuição de pena, desde que preenchidos os respectivos requisitos, consoante o artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas nº 11.343/2006, portanto, diante de todo o exposto no presente tema abordado, conclui-se que, o crime de tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**. parte geral. V. 1. 3 ed. – São Paulo: Saraiva. 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça STJ. **HABEAS CORPUS : HC 314448 MS 2015/0010080-7**. RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER. JULGADO EM 07 DE MAIO DE 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - **Crime de tráfico Privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda, decide STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638>>. Acesso em: Julho de 2017.

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

BRASIL. LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em: Novembro de 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Terceira Seção revisa tese e cancela súmula sobre natureza hedionda do tráfico privilegiado**, 2016. Disponível em: <[www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Terceira-Seção-revisa-tese-e-cancela-súmula-sobre-natureza-hedionda-do-tráfico-privilegiado](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Terceira-Seção-revisa-tese-e-cancela-súmula-sobre-natureza-hedionda-do-tráfico-privilegiado)> Acesso em: Outubro de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - Legislação penal especial** v. 4. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVEZ, Victor Eduardo Rios. **Legislação Penal Especial** – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Coleção de Sinopses Jurídicas; v. 24).

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. V. único – 5. Ed. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

MIGALHAS. **STJ Cancela Súmula Sobre Natureza Hedionda Do Tráfico Privilegiada**. Disponível em:  
<[HTTP://WWW.MIGALHAS.COM.BR/QUENTES/17,MI249523,61044-STJ+CANCELA+SUMULA+SOBRE+NATUREZA+HEDIONDA+DO+TRAFICO+PRIVILEGIADO](http://www.migalhas.com.br/quentes/17,MI249523,61044-STJ+CANCELA+SUMULA+SOBRE+NATUREZA+HEDIONDA+DO+TRAFICO+PRIVILEGIADO)>. Acesso em: Julho de 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo: Saraiva, 19º. ed., 1991.

RIVAS, Caio. **Ascensão do Tráfico e das Drogas no Brasil**. JUSBRASIL. Disponível em:<<https://caiorivas.jusbrasil.com.br/artigos/320444306/ascensao-do-traffic-e-das-drogas-no-brasil>>. Acesso Novembro de 2017.