

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Fernanda Gosmann Morais

**TRÁFICO PRIVILEGIADO: UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DEFINIDORES
DA *DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS***

Porto Alegre
2022

Fernanda Gosmann Morais

**TRÁFICO PRIVILEGIADO: UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DEFINIDORES
DA *DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS***

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção de grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.
Orientadora: Professora Doutora
Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre
2022

CIP - Catalogação na Publicação

Morais, Fernanda Gosmann
TRÁFICO PRIVILEGIADO: UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS
DEFINIDORES DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS /
Fernanda Gosmann Moraes. -- 2022.
96 f.
Orientadora: Vanessa Chiari Gonçalves.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. Direito Penal. 2. Tráfico de Drogas. 3. Tráfico
Privilegiado. 4. Art. 33, §4º, da Lei de Drogas. I.
Gonçalves, Vanessa Chiari, orient. II. Título.

Fernanda Gosmann Morais

**TRÁFICO PRIVILEGIADO: UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DEFINIDORES
DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção de grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Professora Doutora
Vanessa Chiari Gonçalves

Aprovado em: PORTO ALEGRE, 06 de outubro de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dra. Vanessa Chiari Gonçalves
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof.^a Dra. Ana Paula Motta Costa
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO

A Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) inovou ao estabelecer uma minorante em seu art. 33, §4º - denominada “tráfico privilegiado” - possibilitando a redução de pena ao réu condenado pelo crime de tráfico de drogas que cumpra, cumulativamente, quatro requisitos, sendo um deles “não se dedicar às atividades criminosas”. Diante disso, o presente trabalho objetiva analisar os critérios utilizados pelos operadores do Direito para definir o que configura uma “dedicação às atividades criminosas” por parte do réu. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica sobre a temática e uma pesquisa jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo sido selecionados e analisados 153 (cento e cinquenta e três) acórdãos, julgados em 2020 e 2021, tendo como parâmetro o início da vigência da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, ao longo do trabalho, é realizada uma análise crítica, com base na teoria do garantismo penal, desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, acerca dos critérios identificados. Além disso, são analisadas as consequências da aplicação da referida minorante, especialmente no âmbito da execução penal, diante do caráter não hediondo do delito, consolidado com a Lei 13.964/19.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas. Tráfico Privilegiado. Artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Dedicção às atividades criminosas.

ABSTRACT

The Law 11.343/06 (Drug Law) innovated by establishing a lower bound provided for in paragraph 4, of article 33 - called "privileged drug trafficking" - enabling a punishment's reduction to the defendant sentenced by drug trafficking, if he complies, cumulatively, four conditions, and one of which is "not engage in criminal activities". Considering this, this paper aims to analyze the criteria used by legal operators to define what constitutes a "dedication to criminal activities" by the defendant. For this purpose, a bibliographic review was carried out, as well as jurisprudential research, on the website of the Court of Justice of the state of Rio Grande do Sul. Were selected and analyzed 153 (one hundred fifty-three) judgments, judged in 2020 and 2021, and the parameter was the date of effectiveness of Law 13.964/19 in the Brazilian legal system. Therefore, in this paper, a critical analysis is carried out, based on the penal "guarantism" theory, developed by the Italian jurist Luigi Ferrajoli, about the identified criteria. In addition, are analyzed the consequences of applying the lower bound mentioned, especially in the penal execution, in the face of the removal of the heinousness of the privileged drug traffic, consolidated with the Law 13.964/19.

Palavras-chave: Drug Trafficking. Privileged drug trafficking. Article 33, paragraph 4, of Law 11.343/2006. Dedication to criminal activities.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	7
1. INTRODUÇÃO	8
2. CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E OS REFLEXOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA	11
2.1. O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DA LEI 11.343/06 E SEUS DESDOBRAMENTOS APÓS DEZESSEIS ANOS DE VIGÊNCIA	11
2.1.1. Política de Guerra às Drogas	12
2.1.2. Breve histórico da legislação de drogas no Brasil: das Ordenações Filipinas à Lei 11.343/06 e o proibicionismo penal	17
2.1.3. Encarceramento em massa: uma consequência da política criminal proibicionista	23
3. O INSTITUTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO	26
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06	26
3.2. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DEFINIDORES DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS À LUZ DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI	33
3.2.1. Contextualização da metodologia de pesquisa aplicada.....	33
3.2.2. Um estudo da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli	34
3.2.2. Primeiro critério: a quantidade e a variedade de drogas apreendidas com o réu....	43
3.2.3. Segundo critério: a não comprovação de atividade lícita	49
3.2.4. Terceiro critério: a presença de ações penais em curso e/ou atos infracionais pretéritos análogos ao crime de tráfico de drogas	52
3.2.5. Considerações finais acerca da aplicação do instituto do tráfico privilegiado pelo Poder Judiciário gaúcho.....	58
4. OS DESDOBRAMENTOS DA CONCESSÃO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06	60
4.1. O CARÁTER NÃO HEDIONDO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO	60
4.1.1. Breves considerações acerca da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90).....	61
4.1.2. Súmula 512 do STJ e o julgamento do HC 118.533/MS	62
4.1.3. Lei Anticrime e o caráter não hediondo do delito para fins de progressão de regime	66
4.2. O PLANO DA EXECUÇÃO PENAL	68
4.2.1. O tratamento dado aos crimes enquadrados como hediondos ou equiparados x tráfico privilegiado	68
4.2.2. Alterações promovidas pela Lei 13.964/19 no âmbito da execução penal	72
4.3. REFLEXOS SOBRE O ENCARCERAMENTO	74
4.3.1. Levantamento e análise dos dados obtidos com a pesquisa jurisprudencial realizada	74
5. CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81
APÊNDICE 1 – TABELA DE JULGADOS LOCALIZADOS E ANALISADOS NA PESQUISA	88

1. INTRODUÇÃO

A atual Lei de Drogas (Lei 11.343/06), publicada no dia 23 de agosto de 2006, revogou e substituiu a Lei 6.386/76, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) e estabelecendo normas visando à prevenção ao uso de drogas e à repressão ao tráfico ilícito de drogas, dentre outras providências.

Promulgada em um contexto de forte repressão ao tráfico de drogas, consubstanciado na política de guerra às drogas, sob forte influência norte-americana, a “nova” legislação apresentou alterações significativas. Nesse sentido, ao passo que despenalizou a posse de entorpecentes para o consumo próprio, substituindo a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a Lei 11.343/06 aumentou a pena mínima do tráfico ilícito de drogas de três para cinco anos, em relação ao diploma legal anterior, aspecto que gerou expressivo impacto no sistema carcerário.

A legislação, porém, inovou ao estabelecer uma minorante, no §4º do art. 33, com a possibilidade de diminuição da pena, no patamar de um sexto a dois terços, ao réu condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, caso este cumpra, cumulativamente, quatro requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Referida minorante recebeu a denominação, pela doutrina, de “tráfico privilegiado”.

A legislação, no entanto, não define o que caracteriza uma dedicação às atividades criminosas, cabendo ao julgador realizar essa tarefa no caso concreto. A partir disso, surge o problema de pesquisa que o presente trabalho objetiva responder, a saber: quais são os critérios utilizados pelos operadores do Direito para definir uma “dedicação às atividades criminosas” por parte do réu para fins de aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas)?

Oportuno referir que a inquietação sobre a temática surgiu por ocasião de pesquisa jurisprudencial, durante a realização de estágio não-obrigatório, por esta pesquisadora, na Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, referente à possibilidade de aplicação da minorante aos adolescentes acusados pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de drogas.

Posteriormente, em breve estudo do instituto do tráfico privilegiado, realizou-se pesquisa jurisprudencial no âmbito da justiça estadual comum, isto é, concernente aos adultos condenados pelo delito previsto no art. 33, *caput* e §1º, da Lei de Drogas, no que diz respeito à aplicação da minorante, verificando-se a existência de entendimentos divergentes entre os desembargadores do poder judiciário gaúcho e, inclusive, nos Tribunais Superiores, incitando o interesse na realização de uma pesquisa mais aprofundada sobre a temática.

Partindo-se da pesquisa jurisprudencial supramencionada, cuja metodologia será abordada em seção específica, o presente trabalho tem como objetivo tecer uma análise crítica da aplicação do instituto do tráfico privilegiado pelo poder judiciário gaúcho, com base na teoria do garantismo penal desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli. Nesse contexto, defende-se a tese de que a ausência de definição, pelo legislador, do que configura uma “dedicação às atividades criminosas” abre amplo espaço para a discricionariedade judicial e, conseqüentemente, àquilo que Ferrajoli denomina de poder de disposição, contrária a um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, sustenta-se que a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 pelos magistrados deve se basear na estrita legalidade, vinculada e motivadamente, afastada a discricionariedade como permissivo a juízes subjetivistas, seguindo as premissas do garantismo penal propostas por Ferrajoli. Nesse sentido, para que o acusado pelo crime de tráfico ilícito de drogas tenha a garantia de um processo judicial justo e adequado é essencial a existência de parâmetros que definam uma “dedicação às atividades criminosas” de forma pacífica no ordenamento jurídico brasileiro e de acordo com os princípios que norteiam o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Dessa maneira, o tema deste trabalho é o estudo da figura do tráfico privilegiado, com enfoque na aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito aos critérios utilizados pelos operadores do Direito para definir uma “dedicação às atividades criminosas”. Somado a isso, o estudo também contempla os desdobramentos da concessão da referida minorante, especialmente no campo da execução penal, diante do caráter não hediondo do delito, consolidado com a Lei 13.964/19 (Lei Anticrime),

fator que repercute diretamente no fenômeno do encarceramento em massa, o que demonstra a importância que deve ser dada ao estudo do instituto do tráfico privilegiado.

Assim sendo, a primeira parte do presente trabalho, partindo-se de pesquisa de fontes doutrinárias, versa sobre os aspectos históricos concernentes à temática da criminalização das drogas, englobando o desenvolvimento da chamada política de guerra às drogas e a história da legislação brasileira de drogas até a promulgação da Lei 11.343/06, atualmente vigente, imprescindível para o estudo do objeto deste trabalho. Além disso, é tratado, de forma breve, o resultado da política criminal proibicionista adotada pelo Brasil no tratamento às drogas: o fenômeno do encarceramento em massa.

A segunda parte é dedicada ao estudo do instituto do tráfico privilegiado propriamente dito, por meio da pesquisa de fontes doutrinárias e de pesquisa jurisprudencial. Sendo assim, inicialmente, explica-se a metodologia de pesquisa aplicada. Em seguida, é apresentado um estudo sobre a teoria do garantismo penal de Ferrajoli, desenvolvida em sua obra denominada “Direito e Razão”, que serve de base para a posterior elaboração da análise crítica sobre os critérios utilizados pelos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para definir uma “dedicação às atividades criminosas” por parte dos réus condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Na terceira parte, são explorados os desdobramentos da concessão da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, com ênfase no plano da execução penal, diante da consolidação do caráter não hediondo do delito por meio da Lei 13.964/19, estabelecendo-se um levantamento dos dados obtidos a partir da pesquisa efetuada.

Por fim, destaca-se que a pesquisa que originou o presente trabalho foi submetida, no ano de 2021, quando ainda se encontrava em andamento, ao XXXIII Salão de Iniciação Científica da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e ao XXXIII Salão de Iniciação Científica do Direito, tendo sido obtido o título de “Destaque”, neste último, dentre todos os trabalhos apresentados pelos estudantes da Faculdade de Direito da UFRGS.

2. CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E OS REFLEXOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

2.1. O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DA LEI 11.343/06 E SEUS DESDOBRAMENTOS APÓS DEZESSEIS ANOS DE VIGÊNCIA

Em um cenário internacional de Guerra às Drogas, declarada pelo governo norte-americano de Richard Nixon, na década de 70, que decretou o conjunto dos entorpecentes como o “inimigo número do país”¹, a promulgação da Lei 11.343/06 insere-se em um contexto de forte repressão ao tráfico de drogas, com a imposição de penas severas. Nesse sentido, observa-se o aumento da pena mínima do tráfico ilícito de drogas, conforme mencionado na introdução do presente trabalho, de três para cinco anos, em relação ao diploma legal anterior, aspecto que gerou impacto significativo no sistema carcerário.

O modelo proibicionista aderido pelo Brasil e por diversos países como forma de política criminal, com forte influência norte-americana, no entanto, tem se mostrado ineficiente, produzindo efeitos contrários à proposta de redução de criminalidade. Com efeito, a política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais tem contribuído para o fenômeno do encarceramento em massa e o aumento da violência.

Ao longo dos dezesseis anos de vigência da “nova” Lei de Drogas, a situação tem se agravado gradativamente, sendo a legislação objeto de inúmeras críticas. De acordo com dados extraídos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), entre o ano de 2006 – início da vigência da Lei 11.343/06 no ordenamento jurídico brasileiro – e o mês de dezembro de 2020, o número de pessoas presas pelo cometimento do delito de tráfico ilícito de drogas aumentou de 41.236² para 246.091³, o que representa cerca de 30% do total da população carcerária, liderando as tipificações para o encarceramento.

Nesse sentido, nos próximos tópicos deste capítulo serão abordados aspectos

¹ ARGUELLO, Katie S. C.; DIETER, Vitor S. **Política criminal das drogas: o proibicionismo e seu bem jurídico**. In: MEZZARROBA, Orides et. al. (orgs). Direito penal e criminologia. Curitiba: Clássica Editora, 2014. (Coleção Conpedi/Unicuritiba, v. 17), p. 9.

² BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen, junho de 2006. Acesso em: 05.07.2022.

³ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen, dezembro de 2020. Acesso em: 05.07.2022.

imprescindíveis para a compreensão do contexto que levou à promulgação da Lei 11.343/06, bem como os reflexos de sua aplicação observados desde o início da vigência da referida legislação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.1. Política de Guerra às Drogas

Na década de 1950, a droga ainda não configurava um problema global, sendo associada a grupos marginais da sociedade, ganhando destaque os opioides, isto é, a morfina e a heroína, os quais eram convertidos a partir do ópio em laboratórios europeus controlados pela Máfia, em um contexto de superprodução no pós-guerra. Nessa época, predominava o discurso ético-jurídico e o estereótipo moral, sendo a droga sinônimo de periculosidade⁴.

A partir da década de 1960, com a expansão do uso da *cannabis* e do LSD por jovens de classe média e alta, há a difusão do modelo médico-sanitário, estabelecendo-se a visão da droga como causadora de dependência química. Inserido no contexto da chamada “contracultura”⁵ e dos movimentos de contestação, o uso de entorpecentes aparece como um instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas, criando os primeiros obstáculos às agências de controle penal⁶. Nesse período, o consumo de drogas ganha o espaço público, aumentando a sua visibilidade e, como consequência, há a “formação de um pânico moral que servirá de fundamento para produção legislativa acentuada em matéria penal”⁷.

Com efeito, no ano de 1961, ocorre a Convenção Única de Estupefacientes – com a adesão recorde de 74 países, tendo sido promulgada no Brasil, em 27 de agosto de 1964, por meio do Decreto 54.216⁸ - e, em 1962, a Corte Suprema de

⁴ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revam, 1990, p. 30.

⁵ Entende-se por “contracultura”, segundo Theodore Roszak, o fenômeno de revolta juvenil do final dos anos 60 que possuía caráter de negação à ordem tecnocrática vigente. Nesse sentido, referido movimento buscava contestar as normas e padrões estabelecidos na época nos mais diversos segmentos - comportamento social, religião, sexo, instituições sociais e padrões estéticos, por exemplo - além de lutar pela paz e pela defesa da liberdade de expressão. Nesse contexto de luta pela libertação, ganha destaque a experimentação e o uso de drogas pelos jovens, tornando-se perceptível o aumento do consumo da maconha e das drogas psicodélicas, a exemplo do LSD. ROSZAK, Theodore. **The Making of a Counter Culture: Reflections on the Technocratical Society and Its Youthful Opposition**. New York: Anchor Books, 1969.

⁶ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

⁷ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52-53.

⁸ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021, p. 257.

Justiça dos Estados Unidos reconhece o consumidor como pessoa doente e não delinquente⁹.

Segundo Valois, a referida convenção é considerada um divisor de águas na política internacional de drogas, porquanto

(...) traça a divisão clara entre um período no qual a droga poderia ser considerada um produto regulado pelo mercado, ainda que com o apoio do Direito Penal, para uma fase em que somente este, o Direito Penal, iria regular o tratamento da questão: o produto droga se transforma em um mal que contamina a todos que dele se aproximam.¹⁰

Há a predominância do discurso médico-jurídico, por tratar-se de uma junção dos dois modelos principais¹¹, tendo como característica fundamental a distinção entre consumidor e traficante, isto é, entre doente e delinquente, respectivamente. Sendo assim, o discurso médico-sanitário recai sobre o primeiro, difundindo o estereótipo da dependência, enquanto o discurso ético-jurídico incide sobre o traficante, configurando um estereótipo do “criminoso corruptor da moral e da saúde pública”¹². De fato, a droga passa a ser representada como “uma luta entre o bem e o mal” e a configurar um “inimigo interno” do Estado, expressões que serão examinadas com profundidade no tópico 2.1.2. deste trabalho.

A década de 1970, no entanto, é significativa para o estudo do presente trabalho, por se tratar da época na qual se vislumbra o modelo jurídico-político¹³, culminando com a declaração de guerra às drogas pelo governo norte-americano de Nixon (1969-1973), institucionalizada com a criação do DEA (*Drug Enforcement Administration*)¹⁴, em 1973. O então presidente dos Estados Unidos tinha como um dos propósitos do seu governo a erradicação total das drogas, tendo sido adotada uma série de medidas na tentativa frustrada de atingir tal fim. Em setembro de 1969,

⁹ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revam, 1990, p. 33.

¹⁰ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 258.

¹¹ A saber, os modelos médico-sanitário e ético-jurídico.

¹² CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

¹³ O modelo jurídico-político, conforme Rosa del Olmo, é compreendido como a coexistência do *discurso político*, na medida em que a droga passa a ser caracterizada como uma ameaça à ordem, com o *discurso jurídico*, o qual serve de embasamento para uma série de medidas legislativas mais severas visando à repressão das drogas, cujo fundamento se encontra na política criminal de caráter proibicionista. É nesse contexto que emerge o *estereótipo político-criminoso*. DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revam, 1990.

¹⁴ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 271.

apenas nove meses após a efetiva posse no cargo, é promovida a chamada *Operation Intercept*, cuja finalidade era interceptar todos os carregamentos de drogas advindos do México, principal porta de entrada de drogas no território norte-americano¹⁵. Três anos depois, é criada a Agência de Combate ao Abuso de Drogas (Office of Drug Abuse Law Enforcement – ODALE), órgão formado por policiais sob a direta administração da presidência¹⁶.

No contexto internacional, ocorre, em Viena, a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas em 1971 – ratificada pelo Brasil em 1973 e entrando em vigor quatro anos depois, por intermédio do Decreto 79.388 – que emendou a Convenção Única de 1961 e intensificou os meios jurídicos eficazes de cooperação internacional em matéria penal para eliminar as atividades criminosas internacionais de tráfico ilícito. Ainda, em março de 1972, na cidade de Genebra, é finalizado o Protocolo de Emendas à Convenção Única de Entorpecentes, também ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto 76.248, de 12 de setembro de 1975, possuindo, no entanto, alterações de caráter exclusivamente administrativo, em detrimento às pretensões iniciais dos EUA de maior rigor das regras estabelecidas na Convenção Única¹⁷.

É de grande relevância, na compreensão do papel que a droga possui nesse cenário, o texto escrito por Richard Nixon e publicado logo após os referidos encontros internacionais:

Qualquer governo em que líderes participem ou protejam a atividade daqueles que contribuem para o nosso problema com as drogas, devem saber que o presidente dos Estados Unidos é obrigado por lei a suspender toda a ajuda econômica e militar americana a esse governo (...). Eu não hesitarei em cumprir inteiramente e prontamente essa legislação.¹⁸

Com efeito, verifica-se a adoção de uma série de medidas mais severas, diante do surgimento de um “inimigo externo”¹⁹, qual seja, o tráfico de drogas, possuindo como fundamento a política criminal proibicionista reforçada pelo discurso político-

¹⁵ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 267.

¹⁶ Ibid, p. 270.

¹⁷ Ibid, p. 289-290.

¹⁸ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 290-291 apud KUSEVIC, Vladimir. **Drug abuse control and international treaties**. In: Journal of Drug Issues, 1977, n. 1, p. 35-53.

¹⁹ Tal como a expressão “inimigo interno”, será abordada com maior profundidade no tópico 2.1.2. do presente trabalho.

jurídico predominante na época, em uma verdadeira guerra às drogas. Nesse contexto, para além dos Estados Unidos, em quase todos os países da América Latina é observada a normatização do discurso jurídico, por meio da promulgação de leis especiais – como resultado da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961. Vislumbra-se que “o primeiro país foi o Equador (...) seguido pelo Brasil com sua Lei n.º 5.726 ou Lei Antitóxicos de 1971.”²⁰.

A droga advinda do exterior passa a ocupar, efetivamente, a preocupação central do governo norte-americano, principalmente em virtude dos aspectos econômicos e políticos decorrentes do tráfico de cocaína, sendo reforçado, na década de 1980, o discurso político-jurídico, aliado ao discurso dos meios de comunicação, em ascensão na época. Como consequência, há o surgimento do discurso político-jurídico transnacional em relação às drogas, considerando o consumidor como “cliente e consumidor de substâncias ilícitas”, em detrimento à caracterização como “doente”, anteriormente predominante. Nesse cenário, cria-se o estereótipo do criminoso latino-americano²¹.

O novo discurso legitima a diferenciação entre países “vítimas”, isto é, consumidores, e países “agressores”, os responsáveis pela produção das drogas²², em substituição àquela estabelecida entre doente-consumidor e delinquente-traficante, fruto do discurso médico-jurídico predominante na década de 60. Como se pode observar de todo o contexto histórico até aqui traçado, envolvendo a guerra às drogas, é nítido visualizar que os Estados Unidos ocupavam a posição de vítima enquanto os países latino-americanos seriam os verdadeiros produtores das drogas que se propagavam, em uma escala cada vez maior, no território norte-americano.

Nesse cenário, o governo de Ronald Reagan (1981-1989), seguindo os passos de Richard Nixon, estabelece um enfoque maior em estratégias visando à internacionalização do controle das drogas, intensificando, dessa maneira, a política de guerra às drogas. Em 1982, o então presidente dos Estados Unidos promove a sua *estratégia federal contra as drogas*²³, englobando cinco aspectos, a saber: (i) a

²⁰ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revam, 1990, p. 45.

²¹ Ibid, p. 59.

²² RODRIGUES, Thiago. **Drogas, proibição e a abolição das penas**. In: PASSETI, Edson (coord.) Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revam, 2004, p. 140.

²³ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revam, 1990, p. 61.

cooperação internacional; (ii) a aplicação da lei; (iii) a educação e a prevenção; (iv) a desintoxicação e o tratamento; e (v) a investigação.

Para atingir seus objetivos, Reagan toma uma série de medidas tais como a criação do *National Narcotics Border Interdiction System* - órgão responsável pela realização das operações de confisco nas fronteiras do país - e a aprovação da chamada *Emenda Gilman-Hawkins*, que suspende a ajuda econômica às nações que se recusam a cooperar com o projeto antidrogas, promovido pelos Estados Unidos, resultando no aumento da cooperação internacional aos programas de controle²⁴.

Em agosto de 1986, Reagan afirma que “a guerra devia começar dentro de casa”²⁵ e apresenta um novo programa destinado a atacá-la a partir da demanda, incluindo, dentre as metas, o fortalecimento da cooperação internacional com o fim de evitar a entrada de drogas ilegais no país. Na visão do então presidente norte-americano, a carência de medidas efetivas contra o uso indevido de drogas abriria espaço para a possibilidade de “perder grande parte de toda uma geração”²⁶.

No plano internacional, no ano de 1988, é realizada a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena, que segue os princípios da Convenção Única, porém, determina medidas mais repressivas ao controle das drogas. Como pano de fundo à referida convenção, há uma estratégia estadunidense de tornar mais executável a sua política de drogas, legitimando os instrumentos de ingerência que já vinham sendo realizados principalmente na América Latina²⁷.

A despeito disso, verifica-se a difusão do discurso político-jurídico transnacional também nos países latino-americanos, com a adoção de uma série de providências que estabelecem o caráter prioritário do problema, a exemplo da criação do Conselho Federal de Estupefacientes, no Brasil, em 1980, e a formação de um grupo de trabalho na OEA (Organização dos Estados Americanos) com o fim de “estudar possíveis linhas

²⁴ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revam, 1990, p. 62.

²⁵ Ibid, p. 67.

²⁶ Ibid, p. 60.

²⁷ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 292-293.

de ação que pudessem ser tomadas pelo sistema interamericano”²⁸.

Por fim, na década de 90, com o término da Guerra Fria e o surgimento de ameaças multinacionais à segurança global, há uma alteração no tratamento do fenômeno das drogas. Surge o discurso econômico-transnacional, vinculado ao discurso geopolítico contra o “inimigo global”²⁹ - associado à violência e ao terrorismo - reforçando o estereótipo financeiro. Nesse contexto, há um fortalecimento da cooperação internacional que interfere diretamente na produção legislativa do Brasil e dos demais países latino-americanos, o que viria a ser a grande vitória dos Estados Unidos na sua “guerra particular” às drogas³⁰.

2.1.2. Breve histórico da legislação de drogas no Brasil: das Ordenações Filipinas à Lei 11.343/06 e o proibicionismo penal

A criminalização do uso, do porte e do comércio de substâncias entorpecentes no Brasil surge a partir da instituição das Ordenações Filipinas, em 1603, que previa, no título LXXXIX do seu livro V “*que ninguém tenha em caza rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso*”. Com o Código Penal de 1830, ocorre uma regulamentação dos crimes contra a saúde pública, prevendo a pena de multa para quem expusesse à venda ou ministrasse substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários, nos termos do artigo 159 do referido diploma legal.

Posteriormente, com a Consolidação das Leis Penais de 1932, a expressão “substâncias venenosas” é substituída por “substâncias entorpecentes” e passa a existir, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de penas carcerárias para quem cometesse o delito do art. 159, configurando um “novo modelo de gestão repressiva, o qual encontrará nos Decretos 780/36 e 2.953/38 o primeiro *grande impulso* na luta contra as drogas no Brasil.”³¹.

No entanto, segundo Salo de Carvalho, somente a partir da década de 1940 é

²⁸ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revam, 1990, p. 73.

²⁹ ARGUELLO, Katie S. C.; DIETER, Vitor S. **Política criminal das drogas: o proibicionismo e seu bem jurídico**. In: MEZZARROBA, Orides et. al. (orgs). Direito penal e criminologia. Curitiba: Clássica Editora, 2014. (Coleção Conpedi/Unicuritiba, v. 17), p. 5.

³⁰ ARGUELLO, Katie S. C.; DIETER, Vitor S., *loc. cit.*

³¹ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49

perceptível o surgimento de uma *política proibicionista sistematizada* no país. O autor refere que é possível notar que

as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito.³²

Com o Código Penal de 1940, a criminalização das drogas é descrita no artigo 281, sob o título de “comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica” que prevê a pena de reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no país para quem “importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”

Conforme abordado no tópico anterior, na década de 1950 constata-se um impulso relacionado à necessidade do controle repressivo das drogas, por meio da reprodução do discurso ético-jurídico. O Brasil, porém, ingressa de forma efetiva no cenário internacional de combate às drogas com a introdução da Convenção Única sobre Entorpecentes na legislação interna, por meio do Decreto 54.216/64, logo após a instauração da Ditadura Militar, correspondendo ao que Nilo Batista denomina de “período bélico” de combate às drogas no Brasil³³.

Com efeito, no Brasil, a política de drogas se alinha ao proibicionismo norte-

³² CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49-50.

³³ Para o autor, o período de combate às drogas no Brasil pode ser dividido em dois momentos: o sanitário e o bélico. O primeiro tem como marco inicial a subscrição do Protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, no ano de 1912, tendo sido promulgada a Convenção Internacional do Ópio por intermédio do Decreto 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Nesse período, o usuário de drogas era tratado como doente e não era criminalizado. O segundo, por sua vez, inicia-se com a Ditadura Militar, momento em que a droga passa a ser vista pelos militares como uma estratégia comunista para “envenenar” a juventude ocidental, sendo defendido o uso dos instrumentos bélicos como forma de combate às drogas. ARGUELLO, Katie S. C.; DIETER, Vitor S. **Política criminal das drogas: o proibicionismo e seu bem jurídico**. In: MEZZARROBA, Orides et. al. (orgs). *Direito penal e criminologia*. Curitiba: Clássica Editora, 2014. (Coleção Conpedi/Unicuriitiba, v. 17), p. 10 apud BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: *Revista Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan, n. 5 e 6, 1998, p. 79-81.

americano, às convenções e aos protocolos internacionais de combate às drogas. Uma das figuras mais marcantes relacionadas à política criminal abolicionista adotada pelos Estados Unidos foi Harry Anslinger, líder do Departamento Federal de Narcóticos, entre os anos de 1930 e 1962, e defensor da ideia de que o uso de drogas seria solucionado com o ataque à oferta e não à demanda, tornando-se responsável pela maioria das medidas punitivistas aplicadas no período. O comissário acreditava que a proibição do álcool teria funcionado se as penas tivessem se tornado mais rigorosas, aplicando o mesmo entendimento no âmbito das drogas³⁴. Inclusive, a revogação da Lei Seca, em março de 1933, permitiu que os esforços proibicionistas pudessem focar somente nas demais drogas tornadas ilícitas.

Na década de 60, a droga passa a ser vista, em matéria de segurança, como um “inimigo interno”, de desafio contra a ordem, em decorrência da sua grande difusão, que antes se restringia a grupos marginais, na juventude de classe média, especialmente a maconha e o LSD, motivo pelo qual os Estados Unidos lançam uma violenta campanha de erradicação no México. Nessa época, a droga constitui a verdadeira arma dos jovens, em um cenário marcado pela contracultura, para responder ao desafio da ordem vigente nos países desenvolvidos.

Como forma de resistência à contracultura e de salvaguarda dos princípios éticos, morais e cristãos da sociedade ocidental, surgem os chamados Movimentos de Lei e Ordem, na década de 1970. Tais movimentos compreendiam o direito penal como único instrumento capaz de solucionar o problema da crescente criminalidade e sustentavam a ampliação do poder punitivo do Estado, por meio de medidas punitivas mais severas, articulando-se no sentido de orientar a (re)produção legislativa em matéria criminal. É importante destacar, porém, que os Estados Unidos defendiam o controle total das drogas não somente por valores morais, mas também em razão do interesse econômico, diante do crescimento das indústrias farmacêuticas norte-americanas, que corriam sérios riscos com o desenvolvimento do tráfico internacional³⁵.

Como se observa, na década de 1970, há um duplo inimigo: interno e externo.

³⁴ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 106.

³⁵ Ibid, p. 141.

A droga atinge proporções inimagináveis, deixando de ser um problema nacional. Os Estados Unidos começam a aplicar uma série de medidas internas, incluindo a criação de leis mais severas, a exemplo do *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*, que permitiriam, posteriormente, enfrentar o problema em nível internacional, valendo-se de uma normativa jurídica internacional que facilitasse a ação, contexto no qual se insere o Protocolo de 1972 que modifica a Convenção Única sobre Estupefacientes.³⁶

No Brasil, com forte influência do proibicionismo norte-americano e como resposta às convenções internacionais, é promulgada a Lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971, dispondo sobre “medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”, iniciando o “processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a lei 11.343/06”.³⁷ A Lei de 1971 redefine as hipóteses de criminalização e modifica o rito processual, no entanto, apesar de não identificar mais o dependente como criminoso, mantém a imposição de pena privativa de liberdade de 01 (um) a 06 (seis) anos para o usuário.

Conforme Salo de Carvalho, a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, instaura no país um modelo inédito de controle, com base nos tratados e nas convenções internacionais realizados até então, influenciados pelas orientações político-criminais dos países centrais. Nesse sentido, o autor afirma que

a escassez do discurso médico-jurídico no que concernia à densificação do processo de repressão permite a elaboração de sistema preponderantemente jurídico, baseado na severa punição que, não obstante manter resquícios do antigo sistema, cria condições para o nascimento do discurso jurídico-político.³⁸

A nova legislação amplia o poder punitivo do Estado e evidencia o aprofundamento da repressão, estabelecendo pena de reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos para aquele que “importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar,

³⁶ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revam, 1990, p. 43.

³⁷ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57.

³⁸ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 59.

de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, além de prever quatro majorantes³⁹, com a possibilidade de aumento de pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Verifica-se que, por meio da Lei 6.368/76, “o discurso jurídico-político belicista toma uma dimensão de modelo oficial do repressivismo brasileiro”⁴⁰.

Salo de Carvalho reforça que a referida legislação, baseada na ideologia da diferenciação, no âmbito político criminal

manteve o histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de 1970.⁴¹

Com efeito, o autor defende a tese de que o sistema proibicionista no Brasil é embasado no tripé ideológico composto pelos Movimentos de Lei e Ordem, pela Ideologia da Defesa Social e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional⁴². O primeiro, referido anteriormente, reproduz a crença no sistema penal como único meio eficaz de combate à criminalidade, por meio da ampliação do poder punitivo, da adoção de penalidades severas e da flexibilização das regras processuais, resultando na deterioração de valores vinculados aos direitos humanos e às suas garantias⁴³.

³⁹ Art. 18. *As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços): I - no caso de tráfico com o exterior ou de extra-territorialidade da lei penal; II - quando o agente tiver praticado o crime prevalecendo-se de função pública relacionada com a repressão à criminalidade ou quando, muito embora não titular de função pública, tenha missão de guarda e vigilância; III - se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação; IV - se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino ou hospitalar, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de estabelecimentos penais, ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou do local.*

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

⁴² *Ibid*, p. 71.

⁴³ *Ibid*, p. 88.

O segundo “instrumentaliza os aparelhos repressivos determinando atuação letal em oposição frontal ao discurso oficial de proteção dos direitos fundamentais”⁴⁴, permitindo a (auto)legitimação do sistema repressivo. Por fim, o terceiro estabelece uma pauta rigorosa de combate à criminalidade comum, configurando uma transferência de conceitos próprios do direito penal militar para o direito penal comum, conforme explica Zaffaroni⁴⁵. Sendo assim, as agências de controle, moldadas no militarismo, nutrem o desejo insaciável pelo poder punitivo.

No plano internacional, os anos de proibição que antecederam a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 1988,

ajudaram a criar e fortalecer grupos organizados para o comércio das substâncias consideradas ilegais ao mesmo tempo em que forjou o pensamento estreito, norte-americanizado, de que a questão das drogas só poderia ser tratada com combate, com guerra, com criminalização.⁴⁶

Após trinta anos de vigência, a Lei 6.368/76 é substituída pela atual Lei de Drogas (Lei 11.343/06), em decorrência de sua inadequação histórica e do processo de descodificação do direito penal promovido na década de 90⁴⁷. A “nova” lei consolida a lógica discursiva diferenciadora, iniciada na década de 1970, adequando-se ao projeto global de atribuição do discurso jurídico-político ao tráfico de entorpecentes e do discurso médico-jurídico ao usuário/dependente.

A Lei 11.343/06 cria dois estatutos autônomos dotados de respostas punitivas distintas, quais sejam: a despenalização da posse de entorpecentes para o consumo próprio, com a aplicação de penas restritivas de direitos aos usuários, e a forte repressão ao tráfico de drogas, aumentando a pena mínima de três para cinco anos - fator que gerou impacto significativo no sistema carcerário brasileiro e que será tratado a seguir. Verifica-se, pois, que a referida legislação manifesta a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: “obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 77.

⁴⁵ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85 apud ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Política Criminal Latinoamericana**. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 1982, p. 108.

⁴⁶ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 293.

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103.

e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmias”⁴⁸.

2.1.3. Encarceramento em massa: uma consequência da política criminal proibicionista

Apesar de todas as medidas aplicadas no tocante ao combate às drogas ao longo de todos esses anos, acima retratados, o proibicionismo produziu efeito contrário ao pretendido, porquanto o tráfico e o consumo somente aumentaram, fazendo com que “o mercado da droga continuasse a se expandir, a se ramificar, a se tornar um negócio vultoso do ponto de vista econômico e trágico em suas consequências sociais e políticas.”⁴⁹

A própria proibição do álcool, nos Estados Unidos, pode ser citada como um exemplo negativo da política criminal proibicionista. Em que pese essa experiência prejudicial vivenciada anteriormente, o país não mediu esforços para estabelecer medidas punitivas cada vez mais severas no campo das drogas, configurando a revogação da Lei Seca um dos fatores que permitiu que o empenho se concentrasse nas demais drogas tornadas ilícitas, como já citado no tópico 2.1.2 do presente trabalho.

Segundo Valois, a “proibição, ao invés de dificultar o acesso ao fruto proibido, o tornou mais disperso, desejável e acessível.”⁵⁰ É estimado que, em 1937, ano em que os Estados Unidos proibiram a maconha, havia 50.000 usuários, negros e mexicanos, da droga referida, número que dobrou em apenas uma década.⁵¹ De fato, a política de guerra às drogas liderada pelos Estados Unidos demonstrou-se um verdadeiro fracasso.

Além disso, a legislação penal foi afastada completamente da ideia de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado, porquanto os Estados

⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 104.

⁴⁹ ARGUELLO, Katie S. C.; DIETER, Vitor S. **Política criminal das drogas: o proibicionismo e seu bem jurídico**. In: MEZZARROBA, Orides et. al. (orgs). *Direito penal e criminologia*. Curitiba: Clássica Editora, 2014. (Coleção Conpedi/Unicuritiba, v. 17), p. 05.

⁵⁰ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021, p. 112

⁵¹ Ibid, p. 125.

Unidos buscaram tornar o mais abstrato possível o tipo penal de tráfico de drogas, instituindo o uso do direito penal como medida de polícia.⁵² Como decorrência de tais fatores, verifica-se a capacidade de a violência institucionalizada fixar discricionariamente os próprios limites e restringir até o mínimo os limites da legalidade. Nesse sentido, convém destacar que

(...) quando um ordenamento jurídico permite o ingresso de uma norma de racionalidade duvidosa, ele se enfraquece como um todo. Sua ampliação mata a ideia de instrumento de garantia ao mesmo tempo em que, ampliado desordenadamente e sem fundamento lógico, contamina de forma generalizada o próprio sistema.⁵³

Ademais, importante referir que, no que se refere à política de criminalização das drogas, Alessandro Baratta a caracteriza como um 'sistema autorreferencial', que se autorreproduz ideológica e materialmente.⁵⁴ A autorreprodução ideológica seria a influência recíproca que cada um vai exercendo sobre o outro, de maneira circular, criando uma dependência de todos de um sistema proibitivo que passa a existir sem contestação, como uma autolegitimação; enquanto a autorreprodução material seria a própria alteração da realidade pela proibição que, quanto mais sustentada, mais se afasta da imagem inicial do problema, como uma espiral em que a proibição vai colocando a sociedade cada vez mais longe do núcleo da realidade.⁵⁵ Sendo assim, a proibição das drogas foi se tornando tão natural que abriu espaço para a legitimação da aplicação de leis mais severas.

Com forte influência norte-americana, a política criminal proibicionista adotada no Brasil, principalmente por meio do estabelecimento de penas mais rigorosas ao traficante, mostrou-se igualmente inefetiva, configurando um dos fatores que mais tem contribuído para o fenômeno do encarceramento em massa e o aumento da violência. Os dados extraídos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e apontados no início do presente capítulo evidenciam a falha da adoção do proibicionismo em detrimento à adoção de políticas de redução de danos.

⁵² VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 420.

⁵³ Ibid, p. 424.

⁵⁴ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 40 apud BARATTA, Alessandro. ***Criminología y sistema penal: compilación in memoriam***, 2006, p.112.

⁵⁵ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 40-41.

Em que pese a instituição encarceramento tenha como objetivo a correção, a ressocialização ou prevenção, nos seus trezentos anos de existência como prática de Estado, não se observou até então a obtenção de seus fins⁵⁶. Valois afirma que “as prisões são efetivamente um lugar de “não direito”, para onde, incoerentemente, o direito pretende enviar quem descumpra suas normas”⁵⁷, apesar disso, o encarceramento continua válido como política pública.

Com a adoção de políticas proibicionistas, a droga não é vista como um problema de saúde pública, não existindo o controle de qualidade das substâncias, o que faz com que os riscos à saúde aumentem significativamente ao consumidor, que pode vir, inclusive, a inserir-se no comércio de drogas para adquirir uma de melhor qualidade. Para aqueles que cometem o delito de tráfico de drogas, são aplicadas penas severas de cinco a quinze anos de reclusão, existindo uma criminalização seletiva, visto que a maioria da população carcerária é composta por negros e pobres.

Segundo dados do DEPEN⁵⁸, da população prisional masculina, 26% está presa por tráfico, enquanto que, dentre as mulheres, 62% delas estão encarceradas por essa tipificação. No ano de 2020 havia 765.761 presos do sexo masculino, dos quais 66% eram pretos e pardos, aproximadamente. Ainda, em relação à faixa etária, verifica-se que 40% dos presos têm entre 18 e 29 anos de idade, e no tocante ao grau de instrução, observa-se que 5% dos presos são analfabetos, 36% possuem o ensino fundamental incompleto e 13% não completaram o ensino médio.

Não é complexo visualizar, pois, a presença do fenômeno do encarceramento em massa⁵⁹ no Brasil, como decorrência da política criminal proibicionista das drogas, especialmente da Lei 11.343/06. Soma-se a isso a perpetuação do racismo institucional, porquanto o sistema reforça o estereótipo do negro e seu “papel” na sociedade, aliado ao fato de que o discurso fundado na guerra às drogas, ao longo da

⁵⁶ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 596.

⁵⁷ Ibid, p. 215.

⁵⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Informações criminais - período julho a dezembro de 2020**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 12 de julho de 2022.

⁵⁹ Para além do entendimento do encarceramento em massa como sinônimo do elevado número de pessoas encarceradas, considera-se o conceito abordado por David Garland, segundo o qual o fenômeno é compreendido como uma taxa elevada de encarceramento de um determinado grupo social. GARLAND, David. **Introduction: the meaning of mass imprisonment**. In: GARLAND, David (ed.). *Mass Imprisonment: social causes and consequences*. Londres: SAGE, 2001, p. 1-2.

história do Brasil, “se materializou de diferentes formas e perspectivas em corpos negros”⁶⁰.

Nesse sentido é oportuna a reflexão de Luigi Ferrajoli sobre a história das penas e seus desdobramentos:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.⁶¹

E é com base na teoria do garantismo penal desenvolvida por Ferrajoli que será delineada uma análise, no próximo capítulo, do instituto do tráfico privilegiado e da sua aplicação pelo poder judiciário gaúcho.

3. O INSTITUTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06

Ao passo que a “nova” Lei de Drogas impôs penas mais severas em relação ao diploma legal anterior (Lei nº. 6.368/76), aumentando a pena base dos crimes tipificados no art. 33, *caput* e §1º da Lei nº. 11.343/06⁶² de três para cinco anos, o legislador inovou ao estabelecer uma causa especial de diminuição de pena, com

⁶⁰ BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Editora Pólen, 2019. p. 24.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 310.

⁶² 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; IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.*

previsão no §4º do referido artigo, criando a figura do tráfico privilegiado, cuja aplicação será analisada neste capítulo.

Verifica-se que o legislador pretendeu realizar uma distinção entre o “traficante de primeira viagem” e o “traficante habitual”, diante da menor reprovabilidade da conduta daquele, gerando a possibilidade da redução da pena no patamar de um sexto a dois terços, nos seguintes termos:

§ 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.

Com efeito, a inovação legislativa é considerada um avanço, na medida em que passa a permitir ao magistrado maior amplitude de apreciação do caso concreto, “de maneira a poder melhor quantificar e, portanto, individualizar a pena, dando tratamento adequado àquele que apenas se inicia no mundo do crime”, segundo Renato Marcão⁶³. Realizando uma comparação com a Lei 6.368/76, o autor afirma que

sob a égide da lei antiga, até por má aplicação do art. 59 do CP, na maioria das vezes o neófito recebia pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que, conforme a prova dos autos, já se dedicava à traficância de longa data, mas que fora surpreendido com a ação policial pela primeira vez. Sendo ambos primários, de bons antecedentes etc., recebiam pena mínima, não obstante o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico.⁶⁴

Sendo assim, com a criação da figura do tráfico privilegiado, vislumbra-se a possibilidade de aplicação de uma reprimenda menos grave ao agente condenado como incurso nos delitos previstos no art. 33, *caput* e §1º, da Lei de Drogas pela primeira vez, isto é, o traficante eventual, estabelecendo-se uma diferenciação com o agente que já se encontra inserido no mundo do tráfico.

Convém destacar que a redação original do art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06 proibia a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos. No entanto, em 01 de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n.º 97.256/RS, decidiu pela inconstitucionalidade

⁶³ MARCÃO, Renato. **Lei de Drogas: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (crimes, investigação e procedimento em juízo)**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2021, p. 95.

⁶⁴ *Ibid.*

incidental das regras impeditivas da substituição da pena privativa de liberdade previstas no referido dispositivo e na parte final do art. 44 da Lei de Drogas, em razão da ofensa ao princípio da individualização da pena⁶⁵. Nesse sentido, passou a ser admitida a aplicação de referidas penas substitutivas, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal⁶⁶.

Posteriormente, o tema foi objeto da Resolução n.º 5 do Senado Federal, publicada em 16 de fevereiro de 2012, que conferiu eficácia *erga omnes* à decisão do STF, com base no art. 52, X, da Constituição Federal⁶⁷, suspendendo a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida na redação original do §4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Outro aspecto importante a ser mencionado quanto à inovação legislativa em tela diz respeito à retroatividade⁶⁸: com a promulgação da “nova” Lei de Drogas, surgiu a discussão acerca da possibilidade de aplicação da redução de pena prevista no art. 33, §4º, do referido dispositivo legal, aos casos ocorridos em período anterior ao início da sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, por força do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal⁶⁹ e no art. 2º, parágrafo único do Código Penal⁷⁰, por constituir *novatio legis in mellius*, o STF assim decidiu:

“(...) a Constituição Federal determina que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (CF, art. 5º, XL) e, tendo em conta que o §4º do art. 33

⁶⁵ MASSON, Cleber. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método. 2022, p. 150.

⁶⁶ Art. 44. *As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.*

⁶⁷ Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*

⁶⁸ MARCÃO, Renato. **Lei de Drogas: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (crimes, investigação e procedimento em juízo)**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2021, p. 98.

⁶⁹ Art. 5º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.*

⁷⁰ Art. 2º. *Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.*

da Lei n. 11.343/2006 consubstancia *novatio legis in mellius*, entendeu-se que ele deveria ser aplicado em relação ao crime de tráfico de entorpecentes descrito em lei anterior.” (STF, HC 101.511/MG, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 09/02/2010, Informativo STF n. 574).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da matéria, editou a Súmula 501 que assim dispõe: “É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/06, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.” (RSTJ, 232/749, DJe 28/10/2013).

Superadas essas questões iniciais, passa-se à análise dos requisitos necessários para a concessão do benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Nesse sentido, frisa-se que o redutor “não constitui mera faculdade conferida ao magistrado, mas direito subjetivo do réu, desde que presentes os requisitos”⁷¹. Sendo assim, para ser aplicado o instituto do tráfico privilegiado, o réu precisa preencher, cumulativamente⁷², quatro requisitos, a saber: ser primário, ter bons antecedentes, não integrar organização criminosa e não se dedicar às atividades criminosas⁷³.

Antes de adentrar ao estudo de cada requisito, oportuno mencionar, de forma breve, o aspecto concernente ao ônus da prova das condições necessárias para a concessão do benefício da minorante do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Nesse ponto, constata-se divergência na doutrina: a posição majoritária é de que cabe à acusação verificar “a presença de ao menos uma das situações indesejadas que estão indicadas expressamente, de maneira a afastar a incidência do §4º, pois, em caso de dúvida, esta se revolverá em benefício do réu.”⁷⁴ No entanto, há autor que refere, por exemplo, que “cabe ao acusado demonstrar os bons antecedentes, mas as provas de

⁷¹ MARCÃO, Renato. **Lei de Drogas: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (crimes, investigação e procedimento em juízo)**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2021, p. 95.

⁷² A cumulatividade dos requisitos legais é imprescindível para o reconhecimento da causa especial de redução de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, matéria pacificada nos Tribunais Superiores. Nesse sentido: “O tráfico privilegiado, para ser reconhecido, impescinde do preenchimento cumulativo dos vetores estabelecidos pelo legislador. Precedentes: HC 129.360, Segunda Turma, rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 4-2-2016; HC 123.430, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18-11-2014” (HC 170.603 AgR/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09 de agosto de 2018, DJe 22/08/2019).

⁷³ Por questões de organização do presente trabalho, optou-se por não seguir a ordem dos requisitos disposta pelo legislador na redação do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, invertendo-se o terceiro e o quarto requisitos.

⁷⁴ MARCÃO, Renato. **Lei de Drogas: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (crimes, investigação e procedimento em juízo)**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2021, p. 95.

primariedade e de que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa incumbem exclusivamente ao Estado.”⁷⁵ Tal aspecto será abordado de forma mais minuciosa ao longo deste capítulo.

No tocante ao primeiro requisito, constata-se que o conceito de primariedade é alcançado por uma via residual⁷⁶, isto é, por exclusão, uma vez que o Código Penal somente trata da reincidência, ao dispor, em seu art. 63, que referida circunstância se verifica “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”, não prevalecendo a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos – o denominado período depurador – nos termos do art. 64, I, do Código Penal.

Isto posto, considera-se primário o agente que não se encaixa no perfil de reincidente. Além disso, importante referir que há uma distinção entre a chamada “primariedade pura”, que incide quando o indivíduo não ostenta nenhuma condenação, e a expressão “tecnicamente primário”, que se refere àquele que possui condenação definitiva, porém, não é reincidente. Nesse caso, há duas possibilidades:

a) o sujeito possui uma ou diversas condenações definitivas, mas não praticou nenhum dos crimes depois da primeira sentença condenatória transitada em julgado; b) o indivíduo ostenta uma condenação definitiva e, depois dela, praticou um novo crime. Entretanto, entre a extinção da punibilidade do crime anterior e o novo delito decorreu período superior a cinco anos (CP, art. 64, I).⁷⁷

Em que pese tais diferenciações, para o preenchimento do requisito previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas é necessário apenas que o agente não seja reincidente.

No que diz respeito ao segundo requisito, há divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da sua incidência. Isso porque há uma corrente que defende a utilização de inquéritos policiais em curso e processos em andamento para a configuração de maus antecedentes, bem como condenações não definitivas e aquelas cujo período depurador já findou. No entanto, consoante reiterada

⁷⁵ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2015, p. 114.

⁷⁶ MASSON, Cleber. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método. 2022, p. 125.

⁷⁷ Ibid.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁷⁸, com base no princípio da presunção de inocência, consubstanciado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que preconiza que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, apenas é possível utilizar, para fins de maus antecedentes, as sentenças condenatórias transitadas em julgado que não possuírem força para caracterizar reincidência, em razão de ter sido ultrapassado o período depurador.

Nesse contexto, também entra em discussão a Súmula 444 publicada pelo Tribunal Superior de Justiça, no ano de 2010, que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. No entanto, por se tratar de proibição que abrange somente a pena-base, a sua incidência para fins de não concessão do benefício da minorante do tráfico privilegiado é polêmica, questão que será abordada de forma mais minuciosa no tópico 3.2.4. do presente trabalho.

O terceiro requisito impõe ao agente a não integração em organização criminosa. Nesse sentido, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei 12.850/13, a organização criminosa é definida como “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

A legislação estabelece o termo “organização criminosa” de uma forma genérica, sendo, pois, indiferente o fato de a organização empenhar-se especificamente para o tráfico de drogas ou apenas para a realização de outros ilícitos. Nesse âmbito, convém destacar que a própria Lei de Drogas prevê o delito de associação para o tráfico, em seu art. 35, configurando a associação entre duas ou mais pessoas cujo fim seja praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 da Lei 11.343/06.

Em vista disso, é pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores de que a condenação pelo referido delito obsta a concessão da minorante do tráfico privilegiado. Nesse sentido:

⁷⁸ ARE 925.299/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 01/02/2016.

“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa. (AgRg no AREsp n. 1.035.945/RJ, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15-3-2018, DJe 27-3-2018).” (AgRg nos EDcl no REsp 1.866.666/SC, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15 de setembro de 2020, DJe de 21/09/2020).

Ademais, outro aspecto que merece atenção no estudo do requisito em tela é a figura da “mula” do tráfico, isto é, a pessoa recrutada com a finalidade de promover o transporte das drogas⁷⁹. Nesse ponto, surge a discussão acerca da possibilidade de concessão ou não da minorante do §4º, do art. 33, da Lei 13.343/06 aos referidos agentes. Nessa seara, existia o entendimento de que haveria presunção, diante do transporte da droga, de que o agente teria envolvimento com organização criminosa, motivo pelo qual o benefício do tráfico privilegiado deveria ser afastado, salvo no caso de prova em contrário.

Entretanto, atualmente, verifica-se superada referida posição, sendo pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores de que a “mula” não necessariamente é integrante de organização criminosa, porquanto pode ser acionada para exercer um único transporte de droga, ausente, pois, vínculo estável e com propósito duradouro. Inclusive, o papel exercido pela “mula” configura, de forma geral, “mão de obra avulsa, esporádica, de pessoas que são cooptadas para empreitada criminosa sem ter qualquer poder decisório sobre o modo e o próprio roteiro do transporte, cabendo apenas obediência às ordens recebidas. Pouco ou nada sabem a respeito da organização criminosa.”⁸⁰

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que o réu integre organização criminosa. O exercício da função de ‘mula’, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga.” (HC 134.597/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 28 de junho de 2016, DJe 09/08/2016).

⁷⁹ MASSON, Cleber. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método. 2022, p. 129.

⁸⁰ MASSON, Cleber. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método. 2022, p. 156 apud GOMES, Abel Fernandes; LUCAS, Flávio Oliveira; PEREIRA, Frederico Valdez. **Nova lei antidrogas**. Niterói: Impetus, 2006. p. 86.

Seguindo a mesma linha, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência desta Corte, acompanhando o atual posicionamento do STF, entende que a simples atuação do agente como ‘mula’, por si só, não induz que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, a autorizar a redução da pena em sua totalidade.” (AgRg no AREsp 1.534.326/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19 de setembro de 2019, DJe 24/09/2019)

Em que pese a figura da “mula” não obste a incidência da privilegiadora, o julgador pode utilizar tal fator como fundamento para aplicar a minorante em seu patamar mínimo, em consonância com entendimento firmado no STJ: “o conhecimento do acusado de estar a serviço de organização criminosa voltada ao tráfico de drogas (...) é circunstância apta a justificar a redução da pena no patamar mínimo, isto é, de 1/6 (um sexto), pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.” (AgRg no AREsp 1.667.616/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16 de junho de 2020, DJe 24/06/2020).

Por fim, para a concessão do benefício da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, é necessário que, somado aos três requisitos explanados acima, o agente não se dedique às atividades criminosas. O legislador, no entanto, não definiu o que configuraria uma “dedicação às atividades criminosas”, abrindo espaço para que o julgador defina a sua aplicação com base no caso concreto, o que constitui o objeto de estudo do presente trabalho e que será delineado em sequência.

3.2. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DEFINIDORES DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS À LUZ DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

No presente tópico, será procedida à análise crítica dos critérios utilizados pelos magistrados do Poder Judiciário gaúcho - identificados por meio de pesquisa jurisprudencial, cuja metodologia será explicitada na sequência - com base na teoria do garantismo penal desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, que também será elucidada ao longo deste tópico.

3.2.1. Contextualização da metodologia de pesquisa aplicada

O objetivo da pesquisa foi identificar, por meio da análise de decisões do poder judiciário, os critérios utilizados pelos magistrados para definir uma “dedicação às

atividades criminosas”, requisito necessário para a concessão do benefício da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, conforme exaustivamente mencionado.

Sendo assim, em virtude da experiência e da proximidade com a prática forense do judiciário gaúcho, optou-se por realizar a pesquisa jurisprudencial, de forma minuciosa, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Além disso, o marco temporal fixado para a pesquisa na seção pública de jurisprudência disponível no site do TJRS foi o período compreendido entre janeiro de 2020 e dezembro de 2021, tendo como parâmetro o início da vigência, no ordenamento jurídico brasileiro, da Lei 13.964/19 (Lei Anticrime), em razão da promoção de alterações na Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que superou a discussão existente acerca do caráter não hediondo do tráfico privilegiado, provocando consequências importantes no âmbito da execução penal, o que será objeto de análise no quarto capítulo do presente trabalho.

Ademais, utilizou-se a palavra-chave “art. 33, §4º” como filtro de acórdãos no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, selecionando-se os julgados com maior relevância ao objeto do presente estudo. Dessa maneira, foram localizados diversos acórdãos e analisados um total de 153 (cento e cinquenta e três) apelações criminais, todas versando sobre a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, nas quais discutiu-se a aplicação da minorante do tráfico privilegiado. Para melhor visualização e compreensão desse resultado, elaborou-se uma tabela, que segue anexa ao presente trabalho (Apêndice 1), contendo as seguintes especificações de cada um dos processos localizados: número do acórdão, data de julgamento, aplicação da minorante do tráfico privilegiado, regime inicial estabelecido para o cumprimento de pena e composição do voto.

Como resultado da pesquisa, identificou-se a utilização de três principais critérios pelos desembargadores do TJRS para definir uma “dedicação às atividades criminosas”, a saber: (i) a quantidade e a variedade de drogas apreendidas com o réu; (ii) a não comprovação de atividade lícita; e (iii) a presença de ações penais em curso e/ou atos infracionais pretéritos análogos ao crime de tráfico de drogas.

3.2.2. Um estudo da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Previamente à realização da análise crítica da aplicação do instituto do tráfico

privilegiado pelo poder judiciário gaúcho, é imprescindível a compreensão do referencial teórico do presente trabalho, concernente na teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli, jurista italiano, que exerce influência significativa no estudo do Direito Penal.

Inicialmente, convém destacar que o garantismo consiste em um modelo ideal, do qual os ordenamentos jurídicos podem mais ou menos se aproximar, representando “uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente”⁸¹, como bem descreve Norberto Bobbio no prefácio à 1ª edição italiana do livro “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, de Luigi Ferrajoli. O fato de se tratar de um modelo dotado de caráter utópico não impede, todavia, que possa ser satisfeito em maior ou menor grau conforme as técnicas legislativas e judiciais adotadas, segundo afirma o próprio autor⁸².

Nesse sentido, Ferrajoli desenvolve, na obra supramencionada, a teoria do garantismo penal, que compreende a tutela dos direitos fundamentais, os quais fundam e justificam a existência do Direito e do Estado, “cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia”⁸³. Ao elaborar sua teoria, Luigi Ferrajoli demonstra que “a tutela dos direitos fundamentais somente poderá ser efetivada a partir da minimização do exercício do poder, evitando-se o arbítrio (com a adoção de regras racionais de limitação e controle), e da maximização das garantias e liberdades individuais.”⁸⁴. Sendo assim, como critério metodológico da teoria do garantismo penal, o jurista italiano propõe o uso irrenunciável da razão no campo da epistemologia, da axiologia e da normatividade⁸⁵.

O primeiro sentido atribuído à razão diz respeito à racionalidade das decisões que detém caráter penal, tanto as legislativas como as jurisdicionais. Tais decisões devem ser baseadas em critérios de máxima racionalidade e certeza possíveis,

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 9.

⁸² Ibid, p. 34.

⁸³ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 5.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Convém consignar que, para o presente trabalho, é de fundamental importância o estudo da razão em seu sentido epistemológico, motivo pelo qual será delineada de maneira mais minuciosa ao longo de todo o capítulo, em face dos outros dois sentidos atribuídos à razão por Ferrajoli.

fundando-se em vínculos de conhecimento, e não de autoridade⁸⁶.

Nesse sentido, Ferrajoli sustenta que há, na atividade judicial, espaços de poder específicos e em parte não suprimíveis que, conjuntamente, formam o poder judicial, a saber: (i) o poder de indicação, de interpretação ou de verificação jurídica; (ii) o poder de comprovação probatória ou de verificação fática; (iii) o poder de conotação ou de compreensão equitativa; e (iv) o poder de disposição ou de valoração ético-política. Conforme o autor, os três primeiros poderes compõem o que ele denomina de “poder de cognição”.

No que diz respeito ao primeiro poder mencionado, Ferrajoli afirma que a interpretação da lei é sempre resultado de uma escolha prática acerca de hipóteses interpretativas alternativas, esgotando-se no exercício de um poder na indicação ou qualificação dos fatos julgados⁸⁷. Entretanto, o autor ressalta que a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certa e objetiva, em que pese o sistema de garantias penais esteja o mais aperfeiçoado possível.

Quanto ao segundo poder, o autor discorre que a prova empírica dos fatos penalmente relevantes constitui sempre a “conclusão mais ou menos provável de um processo indutivo, cuja aceitação é, por sua vez, um ato prático que expressa um poder de escolha a respeito de hipóteses explicativas alternativas”⁸⁸.

Em relação ao terceiro poder referido, Ferrajoli sustenta que o juiz deve discernir as conotações que fazem de um caso, diante de diversos outros abrangidos pelo mesmo gênero jurídico, como único, isto é, distinto dos demais. A conotação judicial, porém, não é totalmente predeterminada, porquanto remete-se à função cognitiva da equidade do juiz.

O princípio da equidade, diversamente do princípio da legalidade - que será abordado na sequência e que engloba a denotação judicial -, refere-se à conotação judicial. Ambos, no entanto, podem ser caracterizados como uma regra semântica sobre a formação da linguagem penal. Com efeito, a equidade pode ser considerada

⁸⁶ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 5.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 33.

⁸⁸ Ibid, p. 33-34.

como uma “regra metajudicial que prescreve que o juízo conote da maneira mais precisa e penetrante os fatos denotados pela lei, compreendendo neles todas as características acidentais, específicas ou particulares”⁸⁹.

Nesse sentido, as referidas características configuram as circunstâncias do delito propriamente ditas, onde se encontra o objeto de estudo do presente trabalho. Nesse contexto, Ferrajoli sustenta que o juiz possui a tarefa de compreender todas as circunstâncias, o que inclui, a propósito, o preenchimento de conotações em branco provenientes de “atenuantes genéricas” estabelecidas pelo legislador. Assim sendo, o autor afirma que a carência de definição das circunstâncias específicas acarreta o exercício de um poder de conotação apoiado em escolhas e valorações amplamente discricionárias⁹⁰. Referido poder, como será demonstrado ao longo do capítulo, é intrínseco à função judicial, no entanto, pode ser reduzido ou disciplinado por meio da definição mais precisa e particularizada das circunstâncias legais.

Ademais, o Ferrajoli afirma que, no plano axiológico, que será abordado posteriormente, o modelo penal garantista admite momentos valorativos, quando servem, por exemplo, para atenuar as penas dos réus, segundo as circunstâncias específicas e particulares do caso concreto, englobando, pois, o objeto do presente trabalho. Sendo assim, o jurista italiano sustenta que é incompatível com o sistema penal garantista a ideologia mecanicista da aplicação da lei, consubstanciada na expressão “*bouche de la loi*”, oriunda dos ideais racionais iluministas como reação ao poder absoluto do rei, segundo a qual o juiz constituiria um ser inanimado, possuindo o papel de apenas dizer o que a própria lei diz.

Por fim, o quarto poder constitui os espaços inevitáveis de discricionariedade dispositiva decorrentes da insatisfação do modelo penal garantista com o plano legislativo, que comprometem o caráter cognitivo do juízo e sua sujeição exclusivamente à lei⁹¹. Nesse sentido, Ferrajoli trabalha, na obra *Direito e Razão*, com a seguinte hipótese:

“enquanto os três espaços que constituem o poder de cognição são de certa forma irreduzíveis e fisiológicos, o espaço deixado em aberto ao poder de disposição é o produto patológico de desvios e disfunções politicamente

⁸⁹ Ibid, p. 129.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 129.

⁹¹ Ibid, p. 34.

injustificadas dos três primeiros tipos de poder”.⁹²

Com efeito, a função judicial, e especialmente a penal, é uma atividade cognitiva, característica que a distingue das demais funções do Estado. Nesse âmbito, as decisões e as escolhas tomadas pelos juízes são justificadas por critérios pragmáticos e subjetivos, no entanto, devem estar sempre relacionados à busca da verdade, assim como qualquer outra forma de conhecimento⁹³.

Assim sendo, o poder de disposição é patológico, porquanto é sempre o resultado de carências ou imperfeições do sistema, estando em contradição com a natureza da jurisdição. Nesse sentido, Ferrajoli afirma que o exercício do poder de disposição “não pressupõe motivação cognitiva, mas apenas opções e/ou juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas caracterizações pragmáticas, ligadas à obrigação da decisão”⁹⁴.

Nesse contexto, o poder de cognição pode se transformar em um poder de disposição quando os espaços de discricionariedade ultrapassarem as fronteiras do arbítrio, versando a decisão judicial sobre outros valores que não a verdade. Desse modo, o Poder Judiciário pode ser, predominantemente, um poder de cognição ou um poder de disposição, a depender do grau de garantismo do sistema penal, uma vez que se trata de um modelo utópico. Nesse caso, analisa-se o grau de decidibilidade da verdade processual que normativamente permita e efetivamente satisfaça referido sistema⁹⁵.

Nesse contexto, para definir o grau de garantismo de um sistema, Ferrajoli propõe a adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, consubstanciados em garantias penais e processuais penais, assim definidos:

- 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou na exterioridade da ação; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10)

⁹² Ibid.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 56.

⁹⁴ Ibid, p. 134.

⁹⁵ Ibid, p. 56-57.

princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.

Dessa maneira, um sistema apresentará um grau maior de garantismo quanto maior for a aplicação dos referidos princípios no plano das normas e/ou das práticas. Os dez princípios, em verdade, definem o próprio modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, e foram desenvolvidos, principalmente, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, configurando, à época, princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”⁹⁶. Frisa-se que tais princípios já foram incorporados, em grande parte, às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, tornando-se, pois, princípios jurídicos do moderno Estado de Direito.

Destaca-se que o princípio fundamental do sistema garantista proposto por Ferrajoli é o princípio da legalidade. Nesse sentido, o autor o subdivide em “princípio de *estrita* legalidade” e “princípio de *mera* legalidade”. O primeiro é uma norma metalegal dirigida ao legislador, o qual deve utilizar uma técnica específica de qualificação penal, “idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados”⁹⁷.

Assim sendo, o Poder Legislativo não deve, em uma perspectiva garantista, elaborar leis penais obscuras, imprecisas, com expressões vagas e controvertidas. Além disso, o legislador deve atentar para a necessidade de direcionar suas proibições a fatos e nunca a pessoas, sancionando as condutas que efetivamente causem dano a bens jurídicos relevantes, independentemente da qualidade pessoal do agente⁹⁸.

O segundo configura uma norma dirigida aos juízes, os quais devem considerar como delito qualquer fenômeno qualificado como tal na lei, abstraindo suas concepções pessoais do que considera um ato imoral como fundamento da sanção penal. Nesse sentido, ao exercer sua atividade jurisdicional, o juiz deve priorizar o cognoscitivismo, isto é, o “labor de conhecimento baseado na verdade processual apurada por meio da coleta de provas, exigindo do juiz a máxima motivação de suas

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 75.

⁹⁷ Ibid, p. 76.

⁹⁸ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 8.

decisões” em detrimento ao decisionismo, que configura o espaço de discricionariedade proveniente do poder de disposição.

Compreendido o campo epistemológico da razão, conforme a teoria desenvolvida por Ferrajoli, passa-se à análise razão em seu sentido axiológico: nesse âmbito, a razão consiste na fundamentação externa ou política do Direito Penal, constituindo as justificações ético-políticas da pena e dos delitos na seara da justiça criminal. Sendo assim, o autor trabalha com a questão do “se” e “por que” punir, proibir e julgar, discorrendo que, por meio da justificação externa, obtém-se o fundamento para a legitimidade das três referidas ações.

Nesse contexto, Ferrajoli explana que a consequência mais importante desse modelo de legitimação é a de que a legitimidade da função judiciária é sempre parcial e imperfeita⁹⁹, em virtude de seu caráter potestativo proveniente da discricionariedade que intervém seja na interpretação da lei, na valoração das provas, na conotação do fato ou na determinação da extensão de pena. Desse modo, quanto mais potestativa for a atividade jurisdicional, principalmente no âmbito do poder de disposição, mais carente será a legitimação.

Ferrajoli distingue, no entanto, a carência de legitimidade decorrente dos espaços de discricionariedade potestativa, considerada não suprimível, daquela evitável e remediável, decorrente de escolhas políticas nas esferas dos Poderes Legislativo e Judiciário. No tocante à última, o autor cita exemplos existentes na Itália, que contribuíram para o desenvolvimento de uma crise profunda de legitimidade da jurisdição do país, mas que também podem ser identificados no ordenamento jurídico brasileiro, como a “crescente discricionariedade da ação penal em virtude do caráter vago e indeterminado dos tipos legais” e o “incremento do decisionismo judiciário devido a técnicas legislativas caracterizadas por uma linguagem polissêmica e propositadamente vaga ou genérica”, que permeiam o objeto do presente trabalho.

Sendo assim, em síntese, legitimar externamente o Direito Penal, conforme descreve com maestria a jurista Ana Paula Bastos de Pinho, é

buscar uma fundamentação metajurídica (filosófica, política, utilitária), que seja suficiente para justificar os custos que a intervenção estatal violenta

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 439.

causa na liberdade do cidadão, o que não se confunde (ou melhor, não deve se confundir) com a legitimação interna, que corresponde, tão-somente, a fundamentar o Direito Penal no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada Estado, sem recorrer a qualquer argumentação de ordem moral.¹⁰⁰

A legitimação interna do Direito Penal configura o último sentido atribuído por Ferrajoli à razão, qual seja, o normativo, também denominado jurídico. Nesse âmbito, a razão configura a conformação das normas inferiores com os princípios que detêm um grau superior¹⁰¹, correspondendo, pois, à validade ou coerência lógica interna de cada sistema penal. No campo normativo, Ferrajoli trabalha com a questão de “quando” e “como” punir, proibir e julgar, uma vez que a partir da legitimação externa são elaboradas as regras, em conformidade com o direito interno, para justificar os mecanismos válidos de “quando” e “como” realizar tais ações.

Sendo assim, no campo normativo, procura-se desenvolver um modelo de Direito Penal harmônico com o perfil de Estado no qual está inserido. Nesse sentido, em uma perspectiva constitucional garantista, perseguem-se meios de limitação do poder de punir por meio dos princípios que regem o ordenamento jurídico interno, os quais configuram os fundamentos internos do Direito Penal¹⁰².

Por fim, importa referir que Ferrajoli atribui três significados ao garantismo¹⁰³, considerando-o como (i) um modelo normativo de direito; (ii) uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não somente entre si, mas também pela “existência” ou “vigor” das normas e (iii) um sentido de filosofia do direito e crítica da política¹⁰⁴.

Em um primeiro significado, o garantismo é tido como um modelo de estrita legalidade, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, enquanto no plano político é uma técnica de tutela idônea a

¹⁰⁰ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 11.

¹⁰¹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 6.

¹⁰² Ibid, p. 12.

¹⁰³ Ferrajoli explana que os três significados de “garantismo” delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo, dentre os quais encontra-se a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior. Convém destacar que o autor assinala que os elementos constitutivos da teoria geral do garantismo não valem somente para o direito penal, sendo aplicáveis aos demais ramos do direito.

¹⁰⁴ BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e Discricionariedade: a fixação da pena no tráfico privilegiado**. Belo Horizonte: Editora Dialética. 2021, p. 89-90.

minimizar a violência e a máxima liberdade e, ainda, no âmbito jurídico, constitui um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos¹⁰⁵. No entanto, por se tratar de um modelo limite, conforme mencionado anteriormente, Ferrajoli afirma que se deve ponderar mais os graus de garantismo do que o próprio garantismo em si, além de distinguir o modelo constitucional do efetivo funcionamento do sistema.

Assim sendo, conforme um segundo significado, o garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito, tendo como ponto central a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos, que são tendentemente garantistas, e as práticas operacionais que, por sua vez, são tendentemente antigarantistas¹⁰⁶. Nesse sentido, Ferrajoli interpreta referida distinção como aquela existente entre validade (e não efetividade) dos modelos normativos e efetividade (e invalidade) das práticas operacionais. Nesse contexto, o autor assinala que a teoria desenvolvida em sua obra é uma teoria garantista do direito penal normativa e, ao mesmo tempo, realista. Sob essa perspectiva, Ferrajoli expõe que

(...) o garantismo opera como doutrina jurídica da legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo.¹⁰⁷

Como um terceiro significado, dirigindo-se à atividade política do Estado, o garantismo pressupõe a existência de uma legitimação externa do sistema jurídico. Nesse sentido, constitui uma “filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”¹⁰⁸, implicando, nesse contexto, a separação entre direito e moral e entre validade e justiça.

Compreendida, pois, a teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 684.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 684.

¹⁰⁷ Ibid, p. 684-685.

¹⁰⁸ Ibid, p. 685.

Ferrajoli, proceder-se-á, nos próximos tópicos do presente capítulo, à análise da aplicação da figura do tráfico privilegiado pelos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

3.2.2. Primeiro critério: a quantidade e a variedade de drogas apreendidas com o réu

Dentre os três principais critérios utilizados pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como indicativos de uma “dedicação às atividades criminosas” por parte do réu, com o fim de obstar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, identificou-se a quantidade e a variedade de drogas apreendidas com o acusado, a exemplo do seguinte trecho extraído do julgamento da Apelação Criminal n.º 70084553189¹⁰⁹ pela Segunda Câmara Criminal do TJRS:

“O contexto fático no qual se deu a apreensão de expressiva quantidade de substância estupefaciente – a acusada flagrada com mais de 1kg de maconha - é indicativo de forte e duradoura ligação com o narcotráfico, e sua dedicação à atividade criminosa. Do contrário, não lhe seria confiada tão valiosa mercadoria. Conclui-se, assim, que a imputada não faz jus à incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.”

No mesmo sentido, o voto proferido pela relatora no acórdão n.º 21:

“Em relação ao pedido de concessão da benesse disposta do art. 33, §4º da lei de Drogas, cabe sublinhar que a considerável quantidade de drogas apreendidas, 300 gramas de maconha; 40 gramas de crack; 95 gramas de cocaína, poderia ser distribuída a um enorme número de pessoas, demonstrando o elevado grau de envolvimento do réu com a traficância, circunstância que apenas corrobora o nível de profissionalização e dedicação à atividade criminosa a qual a lei alude.”

Somado a esse fator, muitos julgadores consideram a capacidade de lesividade da droga apreendida com o réu como um elemento aliado à quantidade e à variedade para reforçar a argumentação contrária à aplicação da minorante. Nesse sentido:

“(…) porque não só a considerável quantidade de entorpecentes apreendidos, mas também sua **natureza altamente lesiva** (oitocentos e cinquenta gramas de cocaína) (...) têm o condão de demonstrar o maior envolvimento do acusado com a prática delitativa, não se tratando, pois, de pequeno e eventual traficante ao qual a lei visa a beneficiar.”¹¹⁰ (grifo meu)

¹⁰⁹ Acórdão n.º 99 da tabela do Apêndice 1. Para fins de organização, no presente capítulo, os acórdãos analisados serão identificados conforme o seu respectivo número constante na referida tabela, a qual contém as especificações explicitadas no tópico 3.2.1.

¹¹⁰ Acórdão n.º 91.

Em caso semelhante, no qual foram apreendidos cerca de 500g de maconha com o réu, a minorante foi afastada sob o argumento de que “a quantidade de maconha tipo "skank" apreendida evidencia o envolvimento do réu em tráfico de maior porte e lesividade social, além da dedicação a essa atividade criminosa, tornando incabível o reconhecimento da privilegiadora”¹¹¹. Em outro caso, no qual foram apreendidos 19g de crack, 27g de cocaína e 18g de maconha, foi afastada a privilegiadora porque “apreendida quantidade de droga que, considerada sua natureza e valor econômico, evidencia por si só a dedicação do acusado”¹¹².

No julgamento do acórdão n.º 78, foi proferido voto divergente à relatora, para o fim de afastar o reconhecimento da minorante, nos seguintes termos: “(...) o acusado restou flagrado na posse de grandes quantidades de drogas, de duas espécies distintas, sendo uma delas, a cocaína, de elevado poder viciante e destrutivo – foram localizados 312 gramas de maconha e 92 gramas de cocaína.”, referido voto, porém, restou vencido.

Essa distinção do potencial de lesividade entre as drogas é genericamente autorizada pela Lei 11.343/06, porém, o legislador não estabeleceu parâmetros para tal. Sendo assim, diante da ausência de paradigmas científicos para embasar a distinção, “a classificação vai ao sabor do juiz”¹¹³, como é possível perceber nos trechos de acórdãos acima colacionados, configurando uma verdadeira exemplificação do que Ferrajoli denominou de poder de disposição, explicitado no tópico anterior do presente trabalho.

Vislumbra-se, pois, o desenvolvimento de uma argumentação baseada no senso comum e em informações e imagens que a mídia reproduz, em detrimento ao conhecimento científico. Ao tecer uma análise acerca da distinção em questão no tocante à dosimetria da pena nos crimes de tráfico de entorpecentes, Marcelo Semer assinala que “o reconhecimento de que a maconha é uma droga mais inofensiva, atrelado aos movimentos de sua legalização, podem ter estimulado aumentos de pena em relação a outras drogas.”¹¹⁴.

¹¹¹ Acórdão n.º 117.

¹¹² Acórdão n.º 106.

¹¹³ SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. 1. ed. São Paulo: Editora Tirant lo Blanch. 2019, p. 248.

¹¹⁴ Ibid.

Além disso, um ponto crucial e divergente na jurisprudência é a possibilidade da ocorrência de *bis in idem* na consideração da quantidade e variedade de drogas como fator de influência no *quantum* da fração de diminuição fixada quando do reconhecimento da figura do tráfico privilegiado. Isso porque a própria Lei de Drogas, ao dispor sobre a dosimetria da pena dos crimes previstos no capítulo III, estabelece, em seu artigo 42, que: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”¹¹⁵

Com efeito, o princípio *ne bis in idem* é um dos princípios norteadores do Direito Penal, sendo adequadamente conceituado por Pablo Alflen nos seguintes termos:

o princípio *ne bis in idem*, que vem do direito romano e faz parte da tradição democrática do direito penal, nada mais é do que corolário do ideal de justiça, uma vez que determina que jamais alguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Dito de outro modo, jamais uma mesma circunstância pode ser levada em consideração mais de uma vez para punição de um mesmo indivíduo e isso para evitar a dupla punição.¹¹⁶

Segundo o autor, o princípio do *ne bis in idem* exerce uma dupla função na ordem jurídica. A primeira é dirigida ao legislador, de modo que este não pode “produzir ou permitir incompatibilidades ou rupturas no sistema, que conduzam à criação de regras que afetem as garantias dos cidadãos, em especial, no sentido de conduzir a uma dupla punição”¹¹⁷. A segunda, por sua vez, é dirigida ao julgador e diz respeito à impossibilidade de levar em consideração mais de uma vez, por ocasião da condenação, uma circunstância em prejuízo do réu. Na visão do autor, a primeira função, inclusive, evita a arbitrariedade por parte do julgador.

Sendo assim, em conformidade com o princípio *ne bis in idem*, não poderia o magistrado utilizar o critério da quantidade e variedade de drogas apreendidas com o réu para, simultaneamente, aumentar a pena na primeira fase da dosimetria, com base no art. 42 da Lei de Drogas, e reduzir o *quantum* da fração de diminuição proveniente

¹¹⁵ Art. 59. *O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.*

¹¹⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Sobre a Técnica Legislativa em Matéria Penal na Lei de Drogas**. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei De Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 671-672.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 673-674.

da aplicação da minorante do tráfico privilegiado - ou até mesmo afastar o reconhecimento da causa especial de redução de pena - na terceira fase do apenamento.

Felizmente, em consonância com a teoria do garantismo penal, esse é o entendimento da maioria dos julgadores, conforme se depreende da leitura dos trechos dos acórdãos abaixo colacionados:

“(...) presentes os requisitos previstos no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, possível aplicar a causa especial de diminuição de pena, na fração máxima, eis que a natureza e quantidade de drogas apreendidas já foi contabilizada na pena-base, não podendo incidir novamente na minorante sob pena de incorrer no *ne bis in idem*, em conformidade com o previsto no art. 42 da Lei de Drogas.”¹¹⁸

“Presentes os requisitos previstos no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, possível aplicar a causa especial de diminuição de pena, na fração máxima, eis que a natureza e quantidade de drogas apreendidas já foi contabilizada na pena base, não podendo incidir novamente na minorante sob pena de incorrer no *ne bis in idem*, em conformidade com o previsto no art. 42 da Lei de Drogas.”¹¹⁹

“Importante ressaltar que a natureza e quantidade dos entorpecentes já foram valorados na pena-base, de modo que não é possível incidir novamente na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de se incorrer no *bis in idem*.”¹²⁰

Ainda, é perceptível a fundamentação de alguns magistrados com base em decisões dos Tribunais Superiores, a exemplo do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 666.334/AM:

“A teor do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga são fundamentos aptos para o acréscimo da basilar. Porém, levando em conta entendimento do Supremo Tribunal (ARE 666.334/AM, j. em 03/04/2014), a fim de evitar *bis in idem*, no caso, tais fundamentos serão usados na terceira fase da dosimetria para definição do quantum de redução em face da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que preenchidos os requisitos para a benesse. (...)”¹²¹

Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo acima mencionado, o relator Ministro Gilmar Mendes manifestou-se pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e “pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que as

¹¹⁸ Acórdão n.º 120.

¹¹⁹ Acórdão n.º 105.

¹²⁰ Acórdão n.º 146.

¹²¹ Acórdão n.º 130.

circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena.”¹²².

No julgamento da Apelação Criminal n.º 116, a questão suscitou divergência entre os magistrados da composição. Em voto contrário ao relator, adotou-se o entendimento firmado no STF:

“(…) já assentou a Suprema Corte no julgamento do ARE 666.334/AM (Repercussão Geral) o entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade de droga apreendida nos crimes de tráfico de drogas podem ser sopesadas ou como circunstância judicial na pena-base, ou, de outro canto, na terceira fase da dosimetria penal, influenciando no quantum da fração fixada pelo reconhecimento do § 4º, do artigo 33, Lei de Tóxicos, vedando apenas o *bis in idem*.”

No entanto, prevaleceu o voto do relator, que adotou o critério “quantidade e variedade de drogas” como fator de aumento da pena-base e, ao mesmo tempo, como argumento para obstar a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas:

“(…) Com base no disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, pode-se assegurar que a natureza, a diversidade e a quantidade das drogas são desfavoráveis, pois se trata de 30,5 gramas de crack e 65,2 gramas de cocaína, o que poderia render, respectivamente, até 305 e 326 porções para a venda, além de 57,9 gramas de maconha, sendo que o crack e a cocaína são das substâncias mais graves, mais prejudiciais à saúde pública, dotada de alto potencial de vício e degradação. (...) Na terceira fase, entendo que tem razão o Promotor de Justiça ao postular a exclusão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e o afastamento da substituição de pena. (...) No caso, entendo que não se aplica a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, como pretende a defesa, pois, embora o réu não tenha maus antecedentes, observa-se que não comprovou a prática de qualquer atividade lícita. Deve-se considerar, ainda, a quantidade expressiva de drogas apreendidas.”

Sendo assim, apesar de a maioria dos julgadores reconhecer a ocorrência de *bis in idem*, há uma minoria que defende a possibilidade de consideração da quantidade e variedade de drogas para elevar a pena-base e afastar a minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Há caso, inclusive, fundamentado com base em decisão do Supremo Tribunal de Justiça:

“Não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da natureza, quantidade e diversidade das drogas apreendidas e afasta o referido redutor em razão da dedicação do agente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, com destaque para a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos (AgRg

¹²² ARE 666.334/AM, rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, DJe 06/05/2014 (Tese de Repercussão Geral n.º 712).

no HC n. 542.989/ES, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/3/2020).¹²³

Por fim, outro aspecto relevante no tocante à consideração da quantidade e da variedade de drogas apreendidas com o réu como indicativo de uma “dedicação às atividades criminosas” diz respeito à (im)possibilidade de utilização do referido critério, de forma isolada, para obstar a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Nesse âmbito, há entendimento predominante no sentido de que não é possível afirmar que um réu se dedique às atividades criminosas com base unicamente na quantidade e na variedade de drogas apreendidas.

É o que se depreende da leitura dos trechos extraídos dos acórdãos n.ºs 27 e 129, respectivamente:

“(…) há de se destacar que a quantidade de droga, isoladamente, não pode configurar óbice à aplicação da causa de diminuição de pena aludida. Tal disposição se dá, em síntese, com o escopo de resguardar a figura do “traficante eventual” que, embora não faça da traficância seu meio de vida, acaba flagrado na posse de elevados volumes do narcótico.”

“(…) A quantidade de droga é elemento apto a afastar a incidência da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mas não por si só; apenas quando, ponderada com as circunstâncias do fato, decorre a conclusão de dedicação a atividades delituosas.”

A propósito, diversos precedentes dos Tribunais Superiores vêm conformando o entendimento de que o *quantum* de drogas, isoladamente, não constitui fundamento idôneo para negar o benefício. Nesse sentido: Habeas Corpus nº 138.138/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29/11/2016. Info 849. STF. 2ª Turma; Recurso em Habeas Corpus nº 138.715/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 23/5/2017. Info 866. STF. 2ª Turma; Recurso em Habeas Corpus nº 148.579/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 09/03/2018. STJ. 5ª Turma; Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 1.292.877/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/08/2018. STJ. 6ª Turma; Agravo em Recurso Especial nº 1.763.113/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 27/11/2018. A título de exemplificação, destaca-se o seguinte trecho:

“Este Tribunal Superior vem decidindo que a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, isoladamente, não legitima o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, se dissociada de outros elementos de prova aptos a atestar que o agente efetivamente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.” (AgRg no

¹²³ Acórdão n.º 72.

HC 600.179/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020)

Apesar disso, foram identificados, em alguns julgados, votos divergentes entre os magistrados em relação a esse ponto em específico, a exemplo do acórdão n.º 133, no qual a relatora entendeu que “embora a quantidade de droga apreendida seja razoável e demonstrativa da traficância (275g de cocaína, 213g de maconha e 250g de crack -, bem como digna de maior recrudescimento da pena, não permite, por outro lado, concluir que se dedique, o acusado, a atividades criminosas”, o que foi contestado, em voto vencido, sob o argumento de que “a quantidade de droga apreendida evidencia o envolvimento do réu em tráfico de maior porte e lesividade social, além da dedicação a essa atividade criminosa, tornando incabível o reconhecimento da privilegiadora.”.

Em caso semelhante¹²⁴, ao proferir voto divergente ao desembargador relator, foi utilizado entendimento doutrinário como fundamento para afastar a aplicação do instituto do tráfico privilegiado:

“(…) RENATO BRASILEIRO DE LIMA, in Legislação Especial Criminal Comentada, 8ª edição, 2020, pág. 1.072, ao exame do § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06, leciona:

“Da mesma forma, se o indivíduo for flagrado com grande quantidade e variedade de drogas, tem-se aí forte indicativo de que se trata de agente dedicado a atividades criminosas, até mesmo porque não é normal que um traficante pequeno e eventual dê início às atividades de traficância com tamanha quantidade e diversidade de drogas.”

No entanto, diante do entendimento majoritário de que a quantidade e a variedade de drogas, por si só, não configuram fator apto a afastar o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, é perceptível a consideração, em diversos julgados, de mais elementos, para além do referido, como indicativo de uma “dedicação às atividades criminosas” por parte do réu, conforme se verá a seguir.

3.2.3. Segundo critério: a não comprovação de atividade lícita

Associado ao primeiro critério abordado no tópico anterior, foi identificada, na pesquisa jurisprudencial realizada, a utilização do fator relacionado à ausência de comprovação de atividade lícita por parte do acusado como circunstância indicativa de uma “dedicação às atividades criminosas”, pelos magistrados do Poder Judiciário

¹²⁴ Acórdão n.º 72.

gaúcho, para fins de afastamento da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Nesse sentido, verificou-se em diversos julgados o emprego da seguinte argumentação, variando tão somente a espécie de droga apreendida:

“Caso concreto em que não se aplica a minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, pois, embora o réu não tenha maus antecedentes e seja tecnicamente primário, não comprovou a prática de qualquer atividade lícita. Deve-se considerar, ainda, a quantidade enorme de maconha apreendida com o réu.”¹²⁵

De fato, nos acórdãos analisados, os magistrados limitaram-se a afirmar que o réu “não comprovou a prática de qualquer atividade lícita”, em uma evidente tentativa de reforçar a argumentação contrária à aplicação da minorante do tráfico privilegiado, diante do cenário caracterizado pelo entendimento majoritário de que a quantidade e a variedade de drogas, por si só, não indicam uma “dedicação às atividades criminosas”, atraindo, portanto, mais um critério a ser considerado.

Assim como o primeiro critério analisado, o segundo também é objeto de divergência e discussão entre os juízes, a exemplo do acórdão n.º 62, no qual, em discordância com a relatora, sustentou-se que “a mera inexistência nos autos de comprovação do exercício de atividade laboral formal não pode servir para presumir a dedicação do acusado a atividades criminosas, ainda mais se considerado o índice alarmante de desemprego no país”. Nesse caso, a relatora proferiu voto contrário à aplicação da minorante, que restou vencido, no sentido de que, somado à “expressiva quantidade de entorpecente de alta lesividade”, encontrava-se “o fato do acusado não ter comprovado ocupação lícita, o que deve ser valorado como indicativo da dedicação do agente à atividade criminosa.”.

Para fundamentar a posição adotada, a relatora utilizou-se de precedente do STJ¹²⁶, destacando o seguinte trecho da ementa: “Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante”. Desse modo, perceptível a consideração pela relatora da

¹²⁵ Acórdão n.º 122. O argumento mencionado foi identificado, também, nos acórdãos n.ºs 19, 23, 37, 98, 138 e 152, distinguindo-se somente pela espécie de droga apreendida.

¹²⁶ AgRg no AREsp 1666943/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 29/06/2020.

ausência de comprovação de atividade lícita por parte do réu como um fator aliado à expressiva quantidade de droga apreendida, para servir de indicativo da “dedicação às atividades criminosas”.

Em sentido contrário, porém, convém destacar o acórdão n.º 129, no qual o relator tratou de maneira mais minuciosa a questão em debate, conforme se depreende do seguinte trecho:

“No que tange à não comprovação de atividade lícita, tal circunstância, a meu sentir, não se revela idônea para negativa da benesse; primeiro, porque há uma inversão no ônus da prova, deslocando a “dedicação a atividades criminosas”, consoante o dispositivo textual, a cargo da acusação, para a comprovação, pelo acusado e, ainda, levando em conta a dificuldade de comprovação, em tempos de informalidade, bem como a realidade nacional de altas taxas de desemprego.”

Para sustentar a sua argumentação, o relator também se valeu de precedentes do STJ, no seguinte sentido:

“(…) STJ possui entendimento de que o simples fato de o acusado não haver comprovado o exercício de atividade lícita à época dos fatos não pode, evidentemente, levar à conclusão contrária, qual seja, a de que ele se dedica a atividades criminosas, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população, e não algo desejado (…)” (AgRg no HC 406.671/SP, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, j. em 21/08/2018).

“(…) De acordo com entendimento desta Corte a ausência de comprovação do exercício de atividade lícita não é apta a gerar presunção da dedicação ao tráfico (…)” (AgRg no HC 581222 / SP, Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 01/09/2020)

Em caso semelhante¹²⁷, ao afirmar que “a não comprovação do exercício de atividade laboral lícita não comprova, por si só, esteja o réu a fazer do crime meio de vida”, o relator colacionou ementa de relevante precedente do STJ, cujo trecho abaixo se destaca:

“(…) conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “a circunstância de o paciente não haver eventualmente comprovado o exercício de atividade laboral não pode militar em seu desfavor na dosimetria da pena, por falta de amparo legal e constitucional, até porque o fato de estar desempregado não traduz, por evidente, conduta ilícita (HC n. 127.096/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/12/2009).” (HC n. 265.101/DF, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/2/2014, DJe de 28/2/2014).

Nesse sentido, dois pontos merecem relevância: em primeiro lugar, deve-se

¹²⁷ Acórdão n.º 75 do Apêndice 1.

considerar o nono princípio listado por Ferrajoli que conforma o sistema garantista, qual seja, o princípio do ônus da prova. Nesse sentido, é uma verdadeira inversão do ônus da prova considerar a “ausência de comprovação de atividade lícita” como indicativo de uma “dedicação às atividades criminosas”, uma vez que cabe à acusação provar que o réu não preenche os requisitos previstos para a concessão do benefício do tráfico privilegiado, conforme já mencionado na seção 3.1. do presente trabalho, não devendo recair sobre o acusado tal responsabilidade.

Em segundo lugar, deve-se considerar a realidade brasileira caracterizada pela alta taxa de desemprego, especialmente no período contemplado na pesquisa jurisprudencial realizada, isto é, os anos de 2020 e 2021, abrangido pela pandemia da Covid-19, que produziu consequências devastadoras em diversos âmbitos, incluindo-se o aumento da taxa de desemprego. Conforme dados extraídos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)¹²⁸, a taxa média anual de desemprego no Brasil registrada em 2020 foi de 13,8% e, em 2021, de 13,12%¹²⁹. Sendo assim, a ausência de comprovação de atividade lícita por parte do acusado não deveria resultar em uma presunção de que este se dedica às atividades criminosas.

Por fim, na pesquisa jurisprudencial, também foi identificada a utilização, pelos magistrados, aliado aos dois critérios examinados, do fato de o acusado responder a outras ações penais em curso e/ou possuir atos infracionais pretéritos análogos ao crime de tráfico de drogas, como indicativo de uma “dedicação às atividades criminosas”, o que será analisado a seguir.

3.2.4. Terceiro critério: a presença de ações penais em curso e/ou atos infracionais pretéritos análogos ao crime de tráfico de drogas

Para além da consideração dos fatores “quantidade e variedade de drogas” e

¹²⁸ A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua é a principal ferramenta para monitoramento da força de trabalho no país, sendo reconhecida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) como um dos instrumentos mais alinhados às suas recomendações. PNAD Contínua é referência internacional para avaliação do mercado de trabalho. **Agência de Notícias IBGE**, 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22939-pnad-continua-e-referencia-internacional-para-avaliacao-do-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 27 de agosto de 2022.

¹²⁹ Painel de Indicadores. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>> Acesso em: 27 de agosto de 2022.

“não comprovação de ocupação lícita”, foi identificada, na pesquisa jurisprudencial realizada, a utilização, pelos desembargadores do TJRS, do critério concernente na presença de ações penais em curso e/ou no fato de o acusado ter cometido ato infracional pretérito análogo ao crime de tráfico de drogas, como indicativos de uma “dedicação às atividades criminosas” e o conseqüente não reconhecimento da incidência da minorante do tráfico privilegiado.

Nesse sentido:

“(…) Caso concreto em que o acusado não demonstrou exercer qualquer atividade lícita e responde a outras ações penais por tráfico de drogas, além do presente feito, circunstância que indica o envolvimento do réu em atividade criminosa. (...)”¹³⁰

“(…) Incabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, uma vez que o acusado cometeu o presente delito enquanto processado criminalmente por crime de mesma natureza. Assim, ainda que o réu seja tecnicamente primário, não preenche ele os requisitos cumulativos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, porquanto evidente sua dedicação às atividades criminosas, não lhe sendo recomendada a benesse. (...)”¹³¹

Com efeito, a utilização, pelos magistrados do TJRS, do terceiro critério constatado encontra respaldo no Informativo 596 do STJ, publicado no dia 1º de março de 2017, que firmou a seguinte tese: “É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.”¹³². Como exemplo, há o acórdão n.º 57¹³³, destacando-se o trecho abaixo:

“Sobre o tema, é, por igual, a posição pacífica do Colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a privilegiadora do tráfico de drogas deve incidir em casos singulares, quando preenchidos os requisitos legais cumulativamente, a prestigiar quem, de fato, faça jus à redução da pena. E, justamente por isso, defendeu aquele Tribunal Superior, por ocasião da publicação do Informativo 596, que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.”.

No entanto, identificou-se, em votos favoráveis à aplicação da minorante do

¹³⁰ Acórdão n.º 121.

¹³¹ Acórdão n.º 144.

¹³² Tendo como referência o EREsp 1.431.091-SP (Rel. Min. Felix Fischer, por maioria, julgado em 14/12/2016, DJe 1/2/2017).

¹³³ No mesmo sentido: acórdãos n.ºs 45, 50, 51 e 56.

tráfico privilegiado¹³⁴, a fundamentação em decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário:

“[...] O Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, possui o entendimento de que inquéritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Ressalva deste relator. (ARE 1332943, Min Roberto Barroso, Decisão Monocrática em 18/08/2021).

E, no mesmo sentido, o entendimento alinhado na Sexta Turma do STJ de que a existência de ações penais em curso não consiste em circunstância suficiente para afastar a aplicação da minorante de tráfico de drogas:

“[...] Em relação à dosimetria da pena, a decisão recorrida está de acordo como entendimento da Suprema Corte e deste Tribunal Superior, segundo o qual tão somente a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode justificar a negativa de minorante, na esteira do entendimento, firmado sob a sistemática da repercussão geral, de que, ‘ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais’ [...]” (RE 591.054, Tema 129, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PLENO, DJe 26/02/2015) (AgRg no AREsp n. 1.834.919/SE, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 25/6/2021) (STJ, AgRg no HC 673030 / SP, Sexta Turma, Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 10/08/2021).

Ainda, constatou-se a existência de divergência no que diz respeito à possível ofensa à Súmula n. 444 do STJ¹³⁵ na utilização do critério em tela para fins de não reconhecimento da privilegiadora do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Sendo assim, em caso no qual foi aplicada a referida minorante, o relator proferiu voto nos seguintes termos:

“Em que pese o réu esteja a responder a outra ação penal por delito da mesma natureza, por fato cometido antes do presente feito, é ele ainda primário, pelo que não há como negar o benefício em questão. A Súmula 444 do STJ proclama que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem servir para macular os antecedentes do acusado. De forma contraditória, esse entendimento é relativizado para permitir que ações penais em curso sirvam para afastar a aplicação da causa especial de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei Antidrogas. Interpretação que se mostra flagrantemente hostil ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.”¹³⁶

No entanto, há entendimento do STJ em sentido contrário, tendo sido utilizado,

¹³⁴ A exemplo do acórdão n.º 131.

¹³⁵ Súmula n. 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

¹³⁶ Acórdão n.º 141. No mesmo sentido, o acórdão n.º 140.

por exemplo, o seguinte precedente no julgamento do acórdão n.º 30, no qual não foi aplicada a minorante do tráfico privilegiado ao réu:

“(…) Não bastasse, entendo que não se aplica, na espécie, a súmula 444/STJ, senão vejamos. A orientação firmada no âmbito dos Tribunais para dosagem de pena preconiza que a pena-base deve sempre partir do mínimo, sendo elevada quando existirem fundamentos. Desse modo, consolidou-se a impossibilidade de utilização de inquéritos e ações penais em andamento para agravar as condições do Réu na circunstância judicial de maus antecedentes prevista no artigo 59 do Código Penal. Situação diversa consiste em concessão de benefício, que não agrava a situação do Réu, por isso, sua interpretação deve ser mais restritiva, de modo que uma benesse legal somente seja aplicável a quem efetivamente mereça, interpretando-se de forma teleológica o dispositivo, observada, inclusive, as exposições dos motivos do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, supramencionado. (...) Ainda que inexista trânsito da ação penal anterior, entendo evidenciado que referido Réu não deve ser agraciado com a benesse legal, porque há elementos concretos (ações penais, prisões, inquéritos) que indicam sua dedicação a atividade criminosa e, por isso, a decisão estaria devidamente fundamentada.” (REsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017).

Nesse contexto, é perceptível a fundamentação dos votos analisados em alguns princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal, a exemplo do princípio da presunção de inocência, no caso de uma argumentação favorável à aplicação da minorante do tráfico privilegiado e, por outro lado, o princípio da individualização da pena e da isonomia, para fins de afastamento da referida causa especial de redução de pena, conforme será examinado a seguir.

No primeiro caso, a consideração de ações penais em curso como fator impeditivo de aplicação da minorante do tráfico privilegiado constituiria uma ofensa ao princípio da presunção de inocência, porquanto “utilizar processos em tramitação, sem condenação definitiva, como impeditivo da concessão de um direito previsto em lei, seria, ao contrário, a consagração da culpa sem julgamento definitivo - verdadeira presunção de culpa.”¹³⁷. Somado a isso, foram identificados julgados cuja fundamentação possui escopo no seguinte entendimento firmado no STF¹³⁸: “(...) o Supremo Tribunal Federal não admite a utilização de ações penais em curso para obstar a minorante, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição (HC 152.631, Relator Min. Gilmar Mendes, j. em 20/03/2018; HC 144309 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. 19/11/2018; HC 151431, Relator Min. Gilmar Mendes, j.

¹³⁷ Acórdão n.º 89. No mesmo sentido: acórdãos n.ºs 50, 56 e 60.

¹³⁸ Trecho extraído do acórdão n.º 69. No mesmo sentido, os acórdãos n.ºs 7 e 25.

20/03/2018).”.

No segundo caso, a menção ao princípio da individualização da pena e da isonomia como fundamento para afastar a aplicação da causa especial de redução de pena, nos julgados analisados, foi realizada nos seguintes termos:

“(...) como visto, o acusado não é nenhum neófito no mundo do crime e respondeu a outros processos, inclusive um deles pelo mesmo delito de tráfico de drogas, contando, inclusive, com condenação provisória. E diante disso, tenho que se dedica a atividades criminosas e, por isso não pode ser agraciado com a redutora, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena e da isonomia, pois não se pode igualar os desiguais.”¹³⁹.

Nesse caso, o voto proferido, em divergência ao relator, restou vencido, tendo sido aplicada ao réu a minorante do tráfico privilegiado, no entanto, em caso semelhante¹⁴⁰, utilizando-se da mesma argumentação, a causa especial de redução de pena restou afastada por maioria.

Nesse contexto, verifica-se que, em que pese a aplicação de princípios constitucionais, os quais, uma vez positivados, incidem na interpretação da lei como parâmetros antidiscricionários¹⁴¹, há uma evidente insegurança jurídica decorrente da inexistência de entendimento pacífico quanto à possibilidade ou não de utilização de ações penais em curso como fator impeditivo do reconhecimento da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Além disso, na pesquisa jurisprudencial também foi identificada a ponderação, pelos magistrados, do fato de o réu ter cometido ato infracional análogo ao tráfico de drogas, quando então adolescente, o que indicaria a sua “dedicação às atividades criminosas”, valendo-se, inclusive, de precedente do STJ, conforme se depreende do seguinte trecho extraído do acórdão n.º 139:

“sua certidão de antecedentes infracionais coloca à mostra sua dedicação às atividades criminosas, repisa-se, merecendo destaque a circunstância de que o acusado possui registros definitivos pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, inclusive com imposição de medida socioeducativa de internação. E não há dúvidas, destaca-se, da possibilidade de utilização de histórico infracional para aferição de sua dedicação ou não às atividades criminosas, conforme se observa de iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tomando-se como exemplo: HC 660.874/SC,

¹³⁹ Acórdão n.º 63.

¹⁴⁰ Acórdão n.º 68.

¹⁴¹ BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e Discricioniedade: a fixação da pena no tráfico privilegiado**. Belo Horizonte: Editora Dialética. 2021, p. 132.

Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 28/10/2021).

Em outro julgado¹⁴², o magistrado considerou o fato de o réu possuir “registro por ato infracional de tráfico de drogas praticado um mês antes da data do fato”, como uma das circunstâncias demonstrativas de sua “dedicação a atividades criminosas”. Ainda, em caso semelhante, o fato de o réu ostentar “registros policiais como adolescente infrator” foi ponderado como um fator que, associado à quantidade de droga apreendida¹⁴³, evidenciaria a “dedicação às atividades criminosas” por parte do acusado:

“Apreendida quantidade de droga que, considerada sua natureza e valor econômico, evidencia por si só a dedicação do acusado, que ostenta registros policiais como adolescente infrator, às atividades criminosas, afigura-se inviável a observância da minorante de que trata o art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006.”¹⁴⁴

Com efeito, a questão não é pacífica nos Tribunais Superiores e, no julgamento do HC 660.874, acima mencionado, o relator demonstra a existência de divergências no ponto. Nesse sentido, no julgamento do Habeas Corpus n. 647525¹⁴⁵, a Ministra Laurita Vaz afirmou que “a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, tem reafirmado que '[a] prática de atos infracionais não é suficiente para afastar a minorante do tráfico privilegiado, pois adolescente não comete crime nem recebe pena. Como disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), as medidas aplicadas são socioeducativas, (arts. 1º e 112) e visam à proteção integral do adolescente infrator' (HC 184.979-AgR/SP, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, DJe 07/08/2020)”.

No referido julgado a maioria dos ministros firmou entendimento no sentido de que “o registro da prática de fato típico e antijurídico por adolescente (inimputável), que não comete crime nem recebe pena, atingida a maioridade penal, não pode ser utilizado como fundamento para se deduzir a dedicação a atividades criminosas, e

¹⁴² Acórdão n.º 95.

¹⁴³ Destaca-se, nesse caso, a análise realizada no tópico 3.2.2, no sentido de que, diante do entendimento majoritário de que a quantidade de drogas, por si só, não configuraria um indicativo de “dedicação às atividades criminosas”, é perceptível a tentativa, pelos magistrados, de atrair mais elementos para tanto, com o objetivo de sustentar a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado.

¹⁴⁴ Acórdão n.º 106.

¹⁴⁵ AgRg no HC 647.525/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 06/04/2021, DJe 25/05/2021.

produzir amplos efeitos desfavoráveis na dosimetria e execução da pena".

Em posição contrária, encontram-se manifestações da Quinta e da Sexta Turma do STJ, a exemplo do julgamento do HC 650.819/SC¹⁴⁶, do qual se extrai o seguinte trecho da ementa: "Esta Corte Superior de Justiça tem, reiteradamente, decidido, por ambas as Turmas, que atos infracionais praticados pelo agente quando adolescente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar, na análise do caso concreto, dedicação a atividades criminosas e, por conseguinte, impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006."

Por fim, também foram identificados julgados nos quais foram considerados os três critérios, conjuntamente, como fatores a evidenciar uma "dedicação às atividades criminosas" por parte do acusado, conforme se depreende do seguinte trecho extraído da ementa do acórdão n.º 118:

"(...) Caso concreto em que o acusado não demonstrou exercer qualquer atividade lícita e responde a outra ação penal por tráfico de drogas, além do presente feito, circunstância que indica o envolvimento do réu em atividade criminosa. Deve-se considerar, ainda, a quantidade considerável de droga apreendida com o réu. Inviável, pois, falar-se em tráfico eventual e ausência de dedicação à atividade ilícita."¹⁴⁷

Concluindo-se o exame de cada um dos três critérios identificados por meio da pesquisa jurisprudencial, serão tecidas, na sequência, as considerações finais acerca da aplicação do instituto do tráfico privilegiado pelo Poder Judiciário gaúcho, para fins de melhor compreensão da análise crítica como um todo.

3.2.5. Considerações finais acerca da aplicação do instituto do tráfico privilegiado pelo Poder Judiciário gaúcho

Diante da análise dos três principais critérios utilizados pelos magistrados do TJRS como indicativos de uma "dedicação às atividades criminosas", com o propósito de afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, constatou-se que a ausência de parâmetros definidores pelo legislador corrobora para a criação de espaços de discricionariedade evitáveis.

¹⁴⁶ Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/05/2021, DJe 14/05/2021.

¹⁴⁷ No mesmo sentido: acórdãos n.ºs 35, 135 e 145.

Com efeito, conforme preconiza Ferrajoli, “à medida que abrem incertezas insolúveis no plano cognitivo, tais carências deixam espaço ao poder de disposição, isto é, ao decisionismo do juiz, inevitavelmente informado por critérios subjetivos de justiça substancial ou “políticos”¹⁴⁸. Dessa maneira, é perceptível o emprego de convicções pessoais dos juízes ao avaliarem o que consideram uma “dedicação às atividades criminosas”. Fato que reforça isso é o uso, em vários julgados, da expressão “a meu sentir” pelos magistrados, principalmente, nos casos de discordância na composição do voto.

A propósito, constatou-se a presença de divergência em 42 dos 153 acórdãos analisados, no que diz respeito especificamente à questão da configuração de uma “dedicação às atividades criminosas”. Assim, verificou-se, inclusive, resultados diferentes, no âmbito da aplicação da minorante do tráfico privilegiado, em casos semelhantes, a depender, portanto, da composição do julgamento e, em última análise, da “sorte” do réu.

Verifica-se, portanto, a necessidade do estabelecimento de parâmetros, de forma pacífica na jurisprudência, do que constitui uma “dedicação às atividades criminosas”, a fim de que o acusado pelo crime de tráfico de drogas possa ter direito a um processo justo e adequado, de modo a se aproximar o máximo possível de um sistema garantista. Com efeito, é “através dessa rígida disciplina legal do poder de punir, bem como o seu exercício dentro dos limites propostos, que um sistema, considerado nele o ordenamento e as práticas judiciais, pode atingir o maior grau de garantismo.”¹⁴⁹

Além disso, essa necessidade se dá principalmente em virtude das consequências decorrentes da aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, especialmente no que diz respeito à seara da execução penal, o que será analisado no próximo capítulo deste trabalho.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 136.

¹⁴⁹ BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e Discricionariedade: a fixação da pena no tráfico privilegiado**. Belo Horizonte: Editora Dialética. 2021, p. 81.

4. OS DESDOBRAMENTOS DA CONCESSÃO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06

4.1. O CARÁTER NÃO HEDIONDO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Cumprido destacar, inicialmente, que o crime de tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, considera-se crime hediondo todo aquele delito que se enquadra no rol do artigo 1º da Lei 8.072/1990, na forma consumada ou tentada, a exemplo do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX, do Código Penal) e do estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, do Código Penal).

Assim sendo, adotou-se um critério legal: “crime hediondo é aquele que a lei define como hediondo”¹⁵⁰. No entanto, a classificação do tráfico ilícito de drogas como infração penal equiparada à hedionda decorre da previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O referido enunciado restou regulamentado pelo art. 2º da Lei 8.072/90, que estabelece que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança, bem como pelo art. 44 da Lei 11.343/06¹⁵¹ e pelo art. 83 do Código Penal¹⁵².

¹⁵⁰ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral (Arts. 1º a 120) – Vol. 1.** 7.ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2013, p. 208.

¹⁵¹ Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

¹⁵² Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (...) V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Nesse contexto, no presente capítulo será delineada uma análise acerca das consequências da aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, diante do caráter não hediondo do tráfico privilegiado – ponto que será esclarecido na sequência - especialmente no campo da execução penal.

4.1.1. Breves considerações acerca da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)

A nomenclatura “crime hediondo” tem origem na Constituição Federal de 1988 e a ideia de inclusão do delito de tráfico de drogas nessa classificação foi discutida durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987, em um contexto no qual os parlamentares foram orientados apenas pela “necessidade de expressar seus sentimentos de repúdio para com essa atividade comercial que, cegamente, foi se misturando com os demais delitos de caráter violento”¹⁵³, sem qualquer base científica.

A título de exemplificação, cita-se o seguinte trecho do discurso proferido pelo então deputado federal Farabulini Júnior:

Examinando a redação final do Anteprojeto de norma constitucional, fiquei a refletir sobre a parte que se refere à produção e ao tráfico de tóxicos, que, segundo o relatório, constitui crime inafiançável. Perfeito, sr. presidente. Na verdade, a Nação está precisando moralizar os seus costumes, punir rigorosamente os criminosos violentos, que praticam atos libidinosos, que praticam o contrabando, o tráfico de tóxicos, que desagregam as famílias brasileiras, tudo isso tem de ser coibido.¹⁵⁴

Dessa maneira, o comércio das substâncias tidas como ilícitas foi considerado imoral, equiparado a atos libidinosos e violentos. E foi nesse cenário que foi sancionada, em julho de 1990, pelo então presidente Fernando Collor, a Lei n.º 8.072/90, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos. Nesse sentido, ao tecer uma análise sobre a legislação referente aos delitos denominados hediondos, Valois aponta que esta foi “originada de preposições emotivas dos constituintes e de um projeto de lei sem debate, aprovado às presas (sic), com base no medo e na necessidade de políticos se demonstrarem rigorosos quanto a determinados fatos

¹⁵³ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 440.

¹⁵⁴ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 439 apud BRASIL. **Anais da Assembleia Constituinte**, Atas e Comissões, 1987, p. 15.

delituosos escolhidos aleatoriamente.”¹⁵⁵, considerando a figura do crime hediondo como a “maior prova de abandono da ciência penal pelo legislador”¹⁵⁶.

Com efeito, o legislador objetivou tornar a pena do delito de tráfico de drogas mais rigorosa ao equipará-lo a um crime hediondo, tendo como escopo uma lei “promulgada sob pressão do movimento *lei e ordem*”¹⁵⁷, o qual, conforme referido no item 2.1.2. do presente trabalho, fundamentava-se na ideia de que a criminalidade poderia ser reduzida com mais punição e, conseqüentemente, mais encarceramento.

Sendo assim, partindo-se dessa breve contextualização da promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, desenvolver-se-á uma análise do caráter hediondo no que diz respeito ao objeto do presente trabalho, qual seja, o instituto do tráfico privilegiado, uma vez que o enquadramento de um crime como hediondo provoca diversas conseqüências significativas, em especial, no que se refere à execução da pena.

4.1.2. Súmula 512 do STJ e o julgamento do HC 118.533/MS

No que diz respeito à minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, prevaleceu por muito tempo, nos Tribunais Superiores, a ideia de que a sua aplicação não afastaria a natureza, do tráfico de drogas, de crime equiparado a hediondo, o que ensejou a edição da Súmula 512 pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁸.

Publicada no ano de 2014, a súmula mencionada estabelecia que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 não afastava a hediondez do crime de tráfico de drogas. No entanto, referido enunciado foi cancelado com o realinhamento da posição jurisprudencial a partir do entendimento firmado no julgamento do Habeas Corpus 118.533/MS¹⁵⁹, em 23 de junho de 2016, pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, nos termos da relatora Ministra Cármen Lúcia: “A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por

¹⁵⁵ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021, p. 442.

¹⁵⁶ Ibid, p. 444.

¹⁵⁷ Ibid, p. 446.

¹⁵⁸ MASSON, Cleber. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método. 2022, p. 161.

¹⁵⁹ HC 118.533/MS, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23 de junho de 2016, DJe 01/08/2016.

repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente.”

Somado a isso, a ministra afirmou em seu voto que:

(...) a despeito da Constituição da República impedir a concessão de graça ou anistia e da Lei n. 11.313/2006 o indulto ao tráfico de entorpecentes, os Decretos Presidenciais ns. 6.706/08 e 7.049/09 beneficiaram os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado com o indulto, o que demonstra que os mencionados textos normativos inclinaram-se na corrente doutrinária de que o tráfico privilegiado não é hediondo.

Acompanhando a relatora, destaca-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

(...) verifico que toda a tendência do Tribunal, ao longo dos anos, tem sido a de atenuar um pouco este rigor, que resultou da equiparação do crime envolvendo drogas a crimes hediondos. Portanto, o Tribunal, ao longo do tempo, considerou ilegítima a exigência de regime inicial necessariamente fechado; depois, o Tribunal considerou inconstitucional a proibição de aplicação de pena restritiva de direito; e, depois, considerou inconstitucional o impedimento à liberdade condicional nestes casos. E acho que isso vem associado a duas questões igualmente complexas e que discutiremos aqui um pouco mais à frente: o fracasso da guerra às drogas, mediante exacerbação do Direito Penal, que hoje é uma constatação mundial, e a situação do hiperencarceramento, que aflige a todos nós que vivemos no Brasil (...) presentes essas circunstâncias brasileiras, sobretudo de hiperencarceramento, a atribuição do caráter de hediondez dificultaria a progressão.

No mesmo sentido, é de extrema relevância o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, ao analisar que na ocasião do julgamento do REsp 1.329.088/RS¹⁶⁰, em 13 de março de 2013, o qual serviu de base para a edição da Súmula 512 do STJ, afirmou-se que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 seria baseada em critérios subjetivos, não no fato em si, pelo que não se poderia refugir ao regime constitucional. No entanto, o ministro, em posição contrária, no julgamento do HC 118.533/MS, manifestou-se no sentido de que os requisitos da causa de redução de pena, de fato, dizem respeito exclusivamente ao agente, porém, denotam que o envolvimento com o tráfico de drogas é episódico. Assim sendo, na visão do ministro, o caráter isolado do envolvimento com o crime que autorizaria o afastamento do regime constitucional.

Além disso, o ministro Edson Fachin alterou o seu voto inicial contrário ao

¹⁶⁰ REsp 1.329.088/RS, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, Dje 26.04.2013.

afastamento da hediondez do tráfico privilegiado sustentando que

sob o prisma da quantidade mínima de pena, (...) o tratamento equiparado a hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade. Isso porque, sob todos os ângulos elencados, o ordenamento jurídico confere ao delito de tráfico minorado, segundo a perspectiva da quantidade de pena, tratamento que não se coaduna com a agressividade ínsita à hediondez por equiparação.

Em sentido contrário aos demais ministros, Luiz Fux sustentou que "(...) o reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se o Texto Legal, constitui, sem dúvida, incentivo para que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que permanecerão presas", proferindo voto nos seguintes termos:

Aqui, trago apenas um trecho, que não foi citado pelos Ministros que me antecederem, no sentido assentado pela Primeira Turma, no Habeas Corpus nº 114.452, de um item que é bem específico não para o caso concreto, mas para a ideia de que o tráfico se desprende da pessoa do traficante, ele é hediondo por si só. Então, disponho esse item do habeas corpus: "A minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior.

A divergência foi acompanhada pelos ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, sendo que o último demonstrou preocupação com o fato de que

ao se afastar a hediondez desse, popularmente chamado, tráfico privilegiado, tecnicamente uma causa de redução da pena, nós faremos com que, cada vez mais, as organizações criminosas procurem pessoas com bons antecedentes e atraiam, muito provavelmente com oferecimento de valores razoáveis, para que elas corram o risco de se aventurar no ilícito e de se iniciar no ilícito.

No entanto, vencidos os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio, foi assentado o entendimento no Supremo Tribunal Federal de que o tráfico privilegiado afasta o caráter hediondo do delito, resultando no cancelamento da Súmula 512 pelo próprio STJ por ocasião do julgamento de recurso especial sob o rito dos recursos repetitivos. Na oportunidade, firmou-se a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo (Pet 11.796/DF, rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, julgado em 23 de novembro de 2016, Dje 29/11/2016).

A propósito, convém destacar que o Habeas Corpus em tela versa sobre caso no qual foram apreendidos 772kg de maconha, tendo sido citado, inclusive, como

fundamento em voto favorável ao reconhecimento da referida privilegiadora, em um dos acórdãos do TJRS analisados¹⁶¹, ante a impossibilidade de presunção de uma “dedicação às atividades criminosas” pelo acusado com base exclusivamente na quantidade e variedade de drogas apreendidas, de acordo com a análise realizada no tópico 3.2.3. do presente trabalho.

Apesar do cancelamento da Súmula 512 do STJ, no entanto, ainda pairavam divergências no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude de entendimento exarado por magistrados no sentido de que por ser proferido incidentalmente, o referido julgamento não possuiria eficácia vinculante, com a possibilidade de não aplicação, por juízo monocrático ou colegiado, no caso concreto.

Como exemplo da referida divergência, encontra-se o entendimento da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Execução Penal n. 0001820-88.2020.8.26.0637, decisão que cassou a sentença de primeiro grau que havia concedido livramento condicional a um sujeito condenado à pena de cinco anos e dez meses de prisão pela prática do crime de tráfico de entorpecentes¹⁶².

No julgamento, o relator desembargador Alcides Malossi Junior considerou a inexistência de eficácia vinculante da decisão do HC 118.533 e citou a Súmula 512 do STJ que, embora cancelada, não afastaria a avaliação das repetidas decisões que a teriam justificado, "cujos argumentos, com todo o respeito, ainda permanecem, sendo possível avaliá-la, para motivar, destarte, ainda assim, o caráter hediondo do delito praticado naquelas circunstâncias".

Nesse sentido, ao defender o caráter hediondo do tráfico privilegiado, o desembargador proferiu voto nos seguintes termos:

A motivação do delito, incidente ou não sua forma “privilegiada”, é exatamente a mesma, podendo-se justificar a possibilidade de aplicação de pena mais branda tão somente por questão de política criminal, que, jamais, por possuir a mesma gravidade exacerbada, desnatura a hediondez da infração. Para a concessão do referido benefício importa somente aspectos objetivos e pessoais do agente, tal como a idade, a condição de primariedade e a não comprovação de envolvimento em organizações criminosas, estranhos aos

¹⁶¹ Acórdão n.º 86

¹⁶² Tráfico privilegiado não afasta natureza de crime hediondo, diz TJ-SP. **Consultor Jurídico**. 22 de abril de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-22/trafico-privilegiado-nao-afasta-natureza-crime-hediondo-tj-sp>>. Acesso em: 31 de agosto de 2022.

elementos do tipo penal.¹⁶³

Dessa maneira, ao considerar que se tratava de réu reincidente em crime hediondo, o relator sustentou a vedação do livramento condicional, fulcro nos artigos 83, inciso V, do Código Penal, e 44, parágrafo único, da Lei de Drogas, afastando o reconhecimento do referido incidente de execução da pena.

4.1.3. Lei Anticrime e o caráter não hediondo do delito para fins de progressão de regime

Como reflexo da decisão exarada por ocasião do julgamento do HC 118.533, a Lei 13.964/19, conhecida como “pacote anticrime”, ao promover diversas inovações à legislação penal e processual penal brasileira, alterou a redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), que trata da progressão de regime, com a inclusão do §5º no referido dispositivo legal, nos seguintes termos:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado;

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

(...)

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Sendo assim, ao passo que alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal, a Lei

¹⁶³ Agravo de Execução Penal n. 0001820-88.2020.8.26.0637, Relator Des. Alcides Malossi Junior, 9ª Câmara de Direito Criminal, TJSP, Foro de São José do Rio Preto - Vara das Execuções Criminais, julgado em 11 de janeiro de 2021, DJe 11/01/2021.

Anticrime também revogou expressamente o parágrafo 2º do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos¹⁶⁴, modificando o requisito objetivo para a obtenção da progressão de regime, porquanto passou a exigir percentuais diferentes de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Isto é, o tráfico privilegiado deixou de ser delito "equiparado" a hediondo para fins de progressão de regime de cumprimento de pena, com aplicação retroativa benéfica - *novatio legis in melius*¹⁶⁵ - consubstanciada no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal¹⁶⁶ e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal¹⁶⁷.

A Lei Anticrime promoveu, pois, uma alteração significativa ao não considerar delito hediondo ou equiparado o tráfico privilegiado para fins de progressão de regime - fato que justifica o recorte temporal da pesquisa jurisprudencial realizada como base para o desenvolvimento do presente trabalho, isto é, acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgados a partir do início da vigência da Lei 13.964/19 no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, em comentários à Lei Anticrime, Gustavo Junqueira analisou a alteração mencionada nos seguintes termos:

A lei é explícita ao indicar que o tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2016, não será considerado crime hediondo para os efeitos do art. 112 da LEP, ou seja, para progressão. É verdade que o STF já pacificou que o crime de tráfico privilegiado não é hediondo, mas a previsão é salutar diante da imensa rebeldia das instâncias inferiores, que insistem em contrariar entendimentos pacificados e sumulados dos Tribunais Superiores, provocando proliferação de recursos e ações impugnativas. Com a previsão

¹⁶⁴ Referido dispositivo previa que a progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos no art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, dar-se-ia após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, em caso de apenado primário, e de 3/5 (três quintos) para réu reincidente.

¹⁶⁵ A expressão representa a edição de uma lei favorável ao réu. Conforme leciona Nucci: "Por vezes, o legislador prefere alterar determinado tipo penal incriminador, variando a descrição da conduta, de forma a excluir certas maneiras de execução, bem como modificando a sanção penal, conferindo-lhe abrandamento ou concedendo-lhe benefícios penais antes inexistentes. Assim, mantém-se a figura delitiva, embora com outra face. Quando isso acontece, não se trata de abolição do crime, mas apenas de modificação benéfica da lei penal.". NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal – Parte Geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal – Vol. 1.** 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2021, p. 162.

¹⁶⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

¹⁶⁷ Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

legal expressa, é possível que tal insegurança jurídica seja amainada.¹⁶⁸

Com a inovação legislativa, vislumbra-se um aparente fim da discussão referente ao caráter não hediondo do tráfico privilegiado - ao menos no que diz respeito à progressão de regime - concepção aludida, inclusive, em comentários doutrinários nesse sentido: “em razão da regra vigente, fica superada qualquer discussão que se pretenda estabelecer a respeito da matéria”¹⁶⁹.

4.2. O PLANO DA EXECUÇÃO PENAL

Diante da consolidação do caráter não hediondo do tráfico privilegiado promovida pela Lei 13.964/19, na presente seção serão analisadas as consequências, propriamente ditas, no âmbito da execução penal, da aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

4.2.1. O tratamento dado aos crimes enquadrados como hediondos ou equiparados x tráfico privilegiado

Inicialmente, importa tratar de forma minuciosa o trecho extraído do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, por ocasião do julgamento do HC 118.533/MS, mencionado no tópico 4.1.2. do presente trabalho, segundo o qual o Tribunal, ao longo dos anos, demonstrou uma tendência a atenuar o rigor que resultou da equiparação do crime envolvendo drogas a crimes hediondos. Destaca-se, pois, três momentos importantes: o Supremo Tribunal Federal considerou (i) ilegítima a exigência de regime inicial necessariamente fechado; (ii) inconstitucional a proibição de aplicação de pena restritiva de direito; e (iii) inconstitucional o impedimento à liberdade condicional nesses casos.

Sendo assim, em primeiro lugar, no julgamento do HC 111.840/ES, em 27 de junho de 2012, em sessão plenária, o STF declarou, por maioria, *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007¹⁷⁰, vencidos os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim

¹⁶⁸ JUNQUEIRA, Gustavo [et al.]. **Lei anticrime comentada – artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021, p. 23

¹⁶⁹ MARCÃO, Renato. **Lei de Drogas: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (crimes, investigação e procedimento em juízo)**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2021, p. 109.

¹⁷⁰ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida

Barbosa.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho extraído do voto do relator Ministro Dias Toffoli:

(...) parece-me que não se poderia, em hipótese de tráfico de entorpecentes, sustentar a cogência absoluta de que o cumprimento da reprimenda carcerária decorrente da prática do crime de tráfico se dê em regime inicialmente fechado, tal como preconizado no art. 1º da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incurso em dispositivos da Lei nº 8.072/90. Dentre elas não se encontra nenhuma que verse sobre a obrigatoriedade de imposição do regime extremo para o início de cumprimento da pena. No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena.

Somado a isso, o relator destacou que, a partir do julgamento do Habeas Corpus 82.959/SP, em 04 de setembro de 2006, pelo Tribunal Pleno, o STF passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que resultou na modificação da Lei de Crimes Hediondos pela Lei nº 11.464/07. Desse modo, positivou-se a possibilidade da referida progressão. No entanto, nos termos do relator, a Lei 11.464/07

estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07.

Em segundo lugar, posteriormente à declaração de inconstitucionalidade da obrigatoriedade de imposição de regime fechado para o cumprimento inicial de pena dos crimes hediondos e equiparados, foi considerada inconstitucional também a proibição de aplicação de pena restritiva de direito, a partir do julgamento do Habeas Corpus nº. 97.256/RS, em 01 de setembro de 2010, conforme mencionado no tópico 3.1. do presente trabalho. Nesse sentido, ao tratar da questão da natureza não hedionda do tráfico privilegiado, Delmanto comenta que “denominar “hediondo” um delito que até pena alternativa admite afigura-se um contrassenso do legislador”¹⁷¹.

inicialmente em regime fechado.

¹⁷¹ DELMANTO, Fabio M. de Almeida; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. **LEIS**

Em terceiro lugar, foi considerado inconstitucional o impedimento à liberdade condicional. Desse modo, seguindo a linha jurisprudencial majoritariamente adotada até então, no julgamento do HC 118.533/MS, foi assentado o entendimento de que aos incursos no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 não se aplicam os regimes mais severos previstos no art. 5º, XLIII, da CF (equiparação a crime hediondo), no art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06 (livramento condicional) e no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 (progressão de regime).

Com efeito, o livramento condicional é o “instituto pelo qual se concede a liberdade antecipada ao condenado, frente à existência de pressupostos e condicionada a determinadas exigências durante o restante da pena que deveria cumprir”¹⁷², competindo ao juiz da execução decidir sobre a sua aplicação no caso concreto, nos termos do art. 66, III, e, da Lei de Execução Penal¹⁷³. Nesse sentido, aos réus condenados por crime hediondo ou equiparado são estabelecidos critérios mais rigorosos para a concessão do benefício, existindo disposição específica para o delito de tráfico de drogas, em comparação aos crimes não hediondos, o que será explicitado no próximo tópico do presente trabalho.

Somado a esses três importantes momentos, há a questão de que, embora a Constituição Federal não permita a concessão de graça ou anistia e a Lei 11.343/06 não permita o indulto ao tráfico de entorpecentes, na prática, no entanto, os condenados pelo referido delito na modalidade privilegiada estavam sendo beneficiados pela figura do indulto, a exemplo dos Decretos Presidenciais ns. 6.706/08 e 7.049/09 citados pela Ministra Cármen Lúcia em seu voto no julgamento do HC 118.533/MS.

Com efeito, a anistia, o indulto e a graça são espécies de incidentes extintivos da execução. O primeiro é “medida de interesse coletivo, motivada em regra por considerações de ordem política e inspirada na necessidade de paz social a fim de fazer esquecer comoções intestinais e pacificar espíritos tumultuados”¹⁷⁴. Nesse sentido, é o instrumento por meio do qual ocorre a extinção de todos os efeitos penais

PENAIIS ESPECIAIS COMENTADAS. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 1083.

¹⁷² FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** 15. ed. Barueri: Editora Atlas. 2022, p. 212.

¹⁷³ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...) III - decidir sobre: (...) e) livramento condicional;

¹⁷⁴ FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** 15. ed. Barueri: Editora Atlas. 2022, p. 591.

decorrentes da prática do delito, aplicando-se, principalmente, aos crimes políticos, militares e eleitorais. Sendo assim, o referido instrumento opera de forma *ex tunc*, apagando o delito e extinguindo todos os efeitos penais do crime e da sentença, não abrangendo, porém, os efeitos civis. A Constituição Federal prevê que a concessão de anistia se dará pelo Congresso Nacional, em seu art. 48, inciso VIII¹⁷⁵.

Segundamente, o indulto é “um ato de clemência do Poder Público em favor de um réu condenado ou de natureza coletiva quando abrange vários condenados que preenchem os requisitos exigidos”¹⁷⁶. A Constituição Federal prevê, em seu art. 84, inciso XII¹⁷⁷, que é competência do Presidente da República a concessão do indulto. Sendo assim, o indulto consiste na forma de perdão da pena concedido pelo Presidente da República, sendo destinado aos condenados que cumprem pena privativa de liberdade e que se enquadrem nas hipóteses previstas no respectivo Decreto Presidencial, que determina as circunstâncias e o modo de aplicação do benefício. O referido instituto é comumente praticado no Brasil, principalmente, na época do Natal.

Por fim, a graça é o perdão da pena destinado a uma pessoa específica e não a um fato criminoso de forma geral. O instituto da graça está previsto nos artigos 734¹⁷⁸ e 738¹⁷⁹ do Código de Processo Penal Brasileiro e, conforme Nucci, a Lei de Execução Penal, em seus artigos 188 a 193, passou a chamar o instituto, de forma correta, de indulto individual “(...) embora a Constituição Federal tenha entrado em contradição a esse respeito. No art. 5.º, XLIII, utiliza o termo *graça* e no art. 84, XII, refere-se tão somente a *indulto*. Portanto, diante dessa flagrante indefinição, o melhor a fazer é aceitar as duas denominações: *graça* ou indulto *individual*.”¹⁸⁰

¹⁷⁵ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) VIII - concessão de anistia;

¹⁷⁶ FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 15. ed. Barueri: Editora Atlas. 2022, p. 593.

¹⁷⁷ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

¹⁷⁸ Art. 734. A graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, ressalvada, entretanto, ao Presidente da República, a faculdade de concedê-la espontaneamente.

¹⁷⁹ Art. 738. Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena.

¹⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2021, p. 584.

4.2.2. Alterações promovidas pela Lei 13.964/19 no âmbito da execução penal

A partir das alterações promovidas pela Lei Anticrime, o réu beneficiado com a causa especial de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, para progredir de regime, no que diz respeito ao requisito objetivo, precisará cumprir 16% da pena privativa de liberdade, em vez dos 40% exigidos para os condenados por crime hediondo ou equiparado, diante do afastamento do caráter hediondo do tráfico privilegiado.

Além disso, no caso do tráfico privilegiado, verifica-se um abrandamento do requisito objetivo para a obtenção do livramento condicional, exigindo-se o cumprimento de mais de 1/3 (um terço) da pena privativa de liberdade (artigo 83, inciso I, do CP), no caso do condenado a pena igual ou superior a 02 (dois) anos, em vez dos mais de 2/3 (dois terços) para os condenados por crime hediondo ou equiparado (artigo 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006).

Por fim, também ficou assentada a possibilidade de concessão de indulto aos condenados por tráfico “privilegiado” de drogas, consignando que “é possível a concessão de indulto aos condenados por crime de tráfico de drogas privilegiado (§4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006), por estar desprovido de natureza hedionda”¹⁸¹.

Sendo assim, conforme bem sintetizado por Cleber Masson, o condenado por tráfico de drogas privilegiado tem, ao menos em tese, direito a:

a) anistia, graça e indulto; b) concessão de livramento condicional, após o cumprimento de 1/3 ou 1/2 da pena (se reincidente em crime doloso), e desde que atendidos os demais requisitos legais; e c) progressão de regime prisional depois de cumprir 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário (LEP, art. 112, I) e preencher o requisito subjetivo da medida (mérito). Ainda, afastada a hediondez do tráfico privilegiado, e, por conseguinte, a inafiançabilidade prevista no Texto Constitucional (art. 5º, XLIII), é possível, no curso do processo penal, o estabelecimento da medida cautelar diversa da prisão vertida no art. 319, VIII, do CPP (fiança).¹⁸²

Além disso, convém destacar que no importantíssimo julgamento do HC

¹⁸¹ STJ. **Jurisprudência em Teses nº 139**. Publicada em 13/12/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%A2ncia%20em%20Teses%20139%20-%20Do%20Indulto%20e%20da%20Comuta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Pena.pdf>. Acesso em 03/09/2022.

¹⁸² MASSON, Cleber. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método. 2022, p. 161.

596.603/SP, em 08 de setembro de 2020, a 6ª Turma do STJ decidiu que: a) em relação aos presos condenados por tráfico privilegiado a 1 ano e 8 meses, isto é, pena mínima, em regime fechado, deve-se fixar o regime aberto para o cumprimento da sanção; b) os juízes das varas de execução penal devem reavaliar a situação de condenados por tráfico privilegiado a penas menores que quatro anos de reclusão, de modo a verificar a possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena em face de eventual detração decorrente do período em que tenham permanecido presos cautelarmente; e c) em relação aos condenados que cumprem pena por crime de tráfico privilegiado, em que sejam reconhecidas todas as circunstâncias como favoráveis, e aos que vierem a ser sancionados por tal ilicitude (mesmas circunstâncias fáticas), a determinação de que não se imponha – devendo haver pronta correção aos já sentenciados – o regime inicial fechado de cumprimento da pena.

Por fim, no que diz respeito às alterações promovidas pela Lei Anticrime no plano da execução penal, importante e necessária a ressalva de que, embora tenha propiciado, ao afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, um abrandamento na seara da execução penal para os casos enquadrados no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, apresentou, também, irrefutáveis retrocessos.

De forma sintetizada, porquanto a questão merece um estudo aprofundado em apartado, a Lei 13.964/19 passou a exigir, conforme nova redação dada ao artigo 112 da Lei de Execução Penal, um maior período de cumprimento da pena como critério objetivo para progressão de regime nos casos de (i) apenado reincidente e crime cometido sem violência ou grave ameaça; (ii) apenado primário ou reincidente e crime cometido com violência ou grave ameaça; (iii) apenado condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; e (iv) apenado condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada.

Além disso, o instituto do livramento condicional também sofreu impacto significativo com a vedação da concessão do direito ao livramento, pela Lei Anticrime, nos seguintes casos: (i) apenado primário ou reincidente, condenado por crime hediondo, se houver morte; e (ii) apenado condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime

hediondo ou equiparado, se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Ainda, a Lei 13.964/19 também alterou o art. 75 do Código Penal, aumentando o tempo máximo de cumprimento de penas privativas de liberdade de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos. Sendo assim, todas essas alterações promovidas pela Lei Anticrime, evidentemente configuradas como retrocessos, acarretarão impactos significativos no superencarceramento brasileiro.

4.3. REFLEXOS SOBRE O ENCARCERAMENTO

A partir da compreensão das consequências decorrentes do caráter não hediondo do tráfico privilegiado, no plano da execução penal, verifica-se que referido fator repercute diretamente no fenômeno do hiperencarceramento brasileiro, conforme será delimitado a seguir.

4.3.1. Levantamento e análise dos dados obtidos com a pesquisa jurisprudencial realizada

A partir da pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, verificou-se que, dentre os 153 (cento e cinquenta e três) acórdãos analisados, em 74 (setenta e quatro) houve a concessão da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. Além disso, nos casos em que foi aplicado o referido benefício, em 67 (sessenta e sete) deles ocorreu a imposição de regime aberto para início de cumprimento de pena¹⁸³.

Isso porque o dispositivo legal permite a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, restando, na prática, em patamar igual ou inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, requisito necessário para a imposição de regime inicial aberto, nos termos do art. 33, §2º, alínea c, do Código Penal¹⁸⁴.

Além disso, nos casos em que foi aplicada a minorante no grau máximo,

¹⁸³ Convém consignar que, nos outros 7 casos em que aplicado o benefício, não ocorreu a imposição de regime inicial aberto para cumprimento de pena em razão de o réu ter sido condenado, simultaneamente, a outros delitos.

¹⁸⁴ § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (...) c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

ausentes demais causas de aumento ou de redução de pena, a pena restou fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, fato que enseja a possibilidade, por exemplo, de concessão do instituto do livramento condicional, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Com efeito, diante dos efeitos promovidos, na seara da execução penal, com o afastamento do caráter hediondo do tráfico privilegiado, convém destacar a análise realizada por Valois, ao afirmar que o desdém demonstrado pela Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) para com o ordenamento jurídico é mais grave exatamente na execução penal

(...) vez que agrava o cumprimento das penas, ou seja, cria penas mais graves no ordenamento jurídico, e estas são cumpridas de forma aleatória no sistema prisional. Presos condenados por crime hediondo cumprem pena nos mesmos estabelecimentos penais de presos condenados por crimes comuns, violando o princípio constitucional da isonomia penitenciária, que estabelece deverem ser as penas cumpridas “em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito” (art. 5º, XLVII). No caso do tráfico de drogas, essa violação da norma constitucional é mais temerária, inclusive e principalmente para a sociedade, vez que por uma relação comercial de uma substância, um fato sem violência, a pessoa é presa e cumpre pena misturada com outros apenados por crimes como latrocínio, estupro e homicídio.¹⁸⁵

Nesse contexto, destaca-se o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, em 27 de agosto de 2015, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, do “estado de coisas inconstitucional” relativo à superlotação carcerária, nos seguintes termos:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional'.¹⁸⁶

Na inicial, o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, em representação formalizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, alegou que os estabelecimentos prisionais convertem-se em verdadeiras “escolas do crime” diante da superlotação e das condições degradantes do sistema carcerário. Nesse sentido, convém destacar o seguinte trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Celso de

¹⁸⁵ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 448-449.

¹⁸⁶ ADPF 347. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09 de setembro de 2015, DJe 09/09/2015.

Mello:

(...) O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre uma punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno. Daí a advertência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em um de seus “Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas” (2011), no sentido de que sempre que o sistema penitenciário de um País não merecer a atenção necessária e os recursos essenciais a serem providos pelo Estado, a função para a qual esse mesmo sistema está vocacionado distorcer-se-á e, em vez de os espaços prisionais proporcionarem proteção e segurança, eles se converterão em escolas de delinquência, propiciando e estimulando comportamentos antissociais que dão origem à reincidência e, desse modo, afastam-se, paradoxalmente, do seu objetivo de reabilitação.

Com efeito, o referido julgamento resultou na determinação de medidas para reduzir o superencarceramento, a exemplo da liberação das verbas do Fundo Penitenciário nacional e a obrigatoriedade de realização de audiências de custódia em até noventa dias, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Sendo assim, ao contrário do que sustentou o Ministro Luiz Fux por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 118.533/MS, conforme mencionado no tópico 4.1.2. do presente trabalho, no sentido de que “(...) o reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se o Texto Legal, constitui, sem dúvida, incentivo para que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que permanecerão presas”, a consolidação do caráter não hediondo do tráfico privilegiado representa um avanço e uma alternativa ao fenômeno do hiperencarceramento brasileiro.

5. CONCLUSÃO

A política criminal proibicionista adotada pelo Brasil, em um contexto internacional de guerra às drogas, com forte influência norte-americana, tem se mostrado um verdadeiro fracasso, com o aumento da violência e do encarceramento, em contraposição à redução da criminalidade proposta pela via punitivista, conforme demonstrado ao longo da presente pesquisa.

Com efeito, em um cenário brasileiro caracterizado pela superlotação dos estabelecimentos prisionais, no qual o número de pessoas presas pelo cometimento do delito de tráfico ilícito de drogas representa cerca de 30% do total da população carcerária, liderando as tipificações para o encarceramento, o estudo da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas é de extrema importância, enquanto benefício que possibilita a diminuição da pena de forma significativa, em um patamar de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Na prática forense, no entanto, constatou-se uma grande problemática em torno da aplicação da referida minorante, diante da discussão existente acerca de um dos quatro requisitos necessários para a concessão do benefício, qual seja, “não se dedicar às atividades criminosas”, em um contexto de ausência de parâmetros estabelecidos pelo legislador, o que corrobora a tese inicial de que tal circunstância resulta em amplo espaço para a discricionariedade judicial.

Nesse sentido, a tese encontra respaldo na teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Isso porque, ao exercer o que o jurista italiano denomina de “poder de conotação”, o juiz possui a tarefa de compreender todas as circunstâncias do delito, o que inclui o preenchimento de conotações em branco provenientes de atenuantes genéricas estabelecidas pelo legislador, sendo que, conforme sustenta Ferrajoli, a carência de definição das circunstâncias específicas acarreta o exercício de um poder de conotação apoiado em escolhas e valorações amplamente discricionárias.

De fato, é o que se observa dos resultados obtidos por meio da pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Com efeito, o primeiro critério identificado e utilizado pelos magistrados do Poder Judiciário gaúcho como um indicativo de uma “dedicação às atividades criminosas”, isto é, a quantidade e a variedade de drogas apreendidas com o réu, porquanto inexistentes

parâmetros para tanto, revela apenas uma opção do magistrado baseada em juízos de valor, ainda mais quando o argumento é a potencialidade de lesividade da droga, sem qualquer base em pesquisa científica.

Além disso, configura evidente afronta ao princípio *ne bis in idem*, uma vez que a própria Lei de Drogas prevê a possibilidade de aumento da pena, na primeira fase da dosimetria, em razão da natureza e da quantidade da substância ou do produto. Novamente, porém, o legislador não estabelece parâmetros, recaindo a distinção ao “sabor do juiz”. Outrossim, observa-se que o critério mencionado é utilizado até mesmo para a própria configuração do delito, para fins de diferenciação da destinação da droga apreendida, isto é, para o comércio ou para o consumo pessoal.

O segundo critério utilizado pelos magistrados do TJRS, qual seja, a não comprovação de atividade lícita, também se revela demasiadamente problemático em um contexto brasileiro de alto índice de desemprego, além da manifesta inversão do ônus da prova. Ademais, é evidente afronta ao princípio da não culpabilidade a consideração de ações penais em curso, apresentada neste trabalho como terceiro critério utilizado, para fins de afastamento da concessão da minorante.

Além disso, salta aos olhos o número significativo de julgados analisados com divergência entre os magistrados no que diz respeito especificamente ao critério “não se dedicar às atividades criminosas”. É perceptível a insegurança jurídica no ponto, porquanto há precedentes dos tribunais superiores em ambos os sentidos, seja para afastar, seja para aplicar a minorante do tráfico privilegiado. Sendo assim, em casos muito semelhantes verificou-se resultado distinto, recaindo, em última análise, à sorte do réu quanto à composição do julgamento.

Não se está realizando uma crítica ao espaço de interpretação intrínseco à função judicial, visto que o juiz não é a “*bouche de la loi*”, não devendo realizar, pois, uma atividade mecânica de dizer o que a lei já disse. Nesse sentido, imperioso recordar que Ferrajoli sustenta que na atividade judicial existem espaços de poder específicos e em parte não suprimíveis que, conjuntamente, formam o poder judicial: o poder de indicação, o poder de comprovação probatória, o poder de conotação - que formam o que o autor denomina de poder de cognição - e o poder de disposição.

No entanto, o poder de cognição pode se transformar em um poder de

disposição quando os espaços de discricionariedade ultrapassam as fronteiras do arbítrio. Com efeito, o poder de disposição é patológico, porquanto é sempre o resultado de carências ou imperfeições do sistema, estando em contradição com a natureza da jurisdição, e o seu exercício não pressupõe motivação cognitiva, apenas opções e/ou juízo de valor.

Desse modo, o Poder Judiciário pode ser, predominantemente, um poder de cognição ou um poder de disposição, a depender do grau de garantismo do sistema penal, uma vez que se trata de um modelo utópico. Apesar de se tratar de um modelo ideal, é possível, porém, ser satisfeito em maior ou menor grau conforme as técnicas legislativas e judiciais adotadas.

Além disso, o estudo da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de 11.343/06 ganha maior relevância enquanto figura que afasta o caráter hediondo do delito do tráfico ilícito de entorpecentes, fato consolidado com as alterações promovidas pela Lei 13.964/19, provocando impactos significativos no âmbito da execução penal e, conseqüentemente, no encarceramento. Com efeito, verifica-se o tratamento diferenciado estabelecido em comparação aos crimes hediondos, a exemplo da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, do cumprimento inicial de pena em regime aberto, da concessão do indulto e do abrandamento dos requisitos objetivos para a progressão de regime e a concessão de livramento condicional.

Na prática, constatou-se, por meio da pesquisa jurisprudencial realizada, a fixação de penas privativas de liberdade inferiores a quatro anos de reclusão, em decorrência da significativa redução de pena aplicada com a concessão do benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, motivo pelo qual estabeleceu-se o regime aberto para início do cumprimento de pena na maioria dos casos. Ainda, também verificou-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos naqueles casos em que aplicada a redutora em seu grau máximo, fixando-se a pena definitiva em patamar inferior a dois anos de reclusão.

Sendo assim, em um contexto no qual o sistema penitenciário nacional foi reconhecido, pelo Supremo Tribunal Federal, como “estado de coisas inconstitucional”, diante do quadro de violação massiva e persistente de direitos

fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas, e tendo em vista que o tráfico lidera as tipificações do encarceramento, a consolidação do caráter não hediondo do tráfico privilegiado representa um avanço e uma alternativa ao fenômeno do hiperencarceramento brasileiro.

É perceptível, pois, a necessidade do estabelecimento de parâmetros, de modo pacífico, no ordenamento jurídico brasileiro, dos critérios definidores de uma “dedicação às atividades criminosas” para que o sujeito condenado pela prática do delito de tráfico de entorpecentes possa ter direito a um processo justo e adequado. Sendo assim, por meio da adoção de regras racionais de limitação e controle, evitando-se o arbítrio, isto é, com a minimização do exercício do poder e a maximização das garantias e liberdades individuais, é possível a efetivação da tutela dos direitos fundamentais, conforme preconiza Ferrajoli.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Sobre a Técnica Legislativa em Matéria Penal na Lei de Drogas**. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei De Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 661/684.

ARGUELLO, Katie S. C.; DIETER, Vitor S. **Política criminal das drogas: o proibicionismo e seu bem jurídico**. In: MEZZARROBA, Orides et. al. (orgs). Direito penal e criminologia. Curitiba: Clássica Editora, 2014. (Coleção Conpedi/Unicuritiba, v. 17). Disponível em: <<https://slides.tips/politica-criminal-das-drogas-o-proibicionismo-e-seu-bem-juridico.html>> Acesso em: 06 de julho de 2022.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal: compilación in memoriam**, 2006, p. 112.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Revista Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro: Revan, n. 5 e 6, 1998, p. 79-81.

BORER, Louise V. L. F. **Dosimetria e Discricionariedade: a fixação da pena no tráfico privilegiado**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Editora Pólen, 2019.

BRASIL. **Anais da Assembleia Constituinte**, Atas e Comissões, 1987, p. 15. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct_abertura.asp>. Acesso em: 29 de agosto de 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2022.

_____. **Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932**. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm> Acesso em: 10 de julho de 2022.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2022.

_____. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html>. Acesso em: 10 de julho de 2022.

_____. **Decreto 76.248, de 12 de setembro de 1975**. Promulga o Protocolo de Emendas à Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1975/D76248.html>. Acesso em: 10 de julho de 2022.

_____. **Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977.** Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 de julho de 2022.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em: 10 de julho de 2022.

_____. **Lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971.** Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l5726.htm#:~:text=L5726&text=LEI%20No%205.726%2C%20DE%2029%20DE%20OUTUBRO%20DE%201971.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20medidas%20preventivas%20e,ps%C3%ADquica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias> Acesso em: 10 de julho de 2022.

_____. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.368%2C%20DE%2021%20DE%20OUTUBRO%20DE%201976.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20medidas%20de%20preven%C3%A7%C3%A3o,ps%C3%ADquica%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias> Acesso em: 10 de julho de 2022.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 05 de julho de 2022.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2022.

_____. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm> Acesso em: 05 de julho de 2022.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen, junho de 2006. Acesso em: 05 de julho de 2022.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen, dezembro de 2020. Acesso em: 05 de julho de 2022.

_____. **Ordenações Filipinas de 1603**. Livro Quinto. Título LXXXIX. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1240.htm>> Acesso em: 10 de julho de 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.763.113/GO**. 6ª Turma. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 27/11/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202002452283&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Habeas Corpus nº 600.179/SP**. 5ª Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 24/11/2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202001847983&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.866.666/SC**. 5ª Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 15/09/2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000599402&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.534.326/SP**. 5ª Turma. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 19/09/2019. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901938033&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 14 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.667.616/SP**. 5ª Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 16/06/2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000415834&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 14 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 1.292.877/MS**. 5ª Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 16/08/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro>>.

gistro&termo=201801141510&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea
>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 647.525/SP**. 6ª Turma. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 06/04/2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100547173&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 650.819/SC**. 6ª Turma. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 04/05/2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100702277&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses nº 139**. Publicada em 13/12/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Teses%20139%20-%20Do%20Indulto%20e%20da%20Comuta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Pena.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 666.334/AM**. Tese de Repercussão Geral nº 712. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 03/04/2014. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4179290>>. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 101.511/MG**. 2ª Turma. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 09/02/2010. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3794657>>. Acesso em: 14 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 111.840/ES**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 27/06/2012. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4187084>>. Acesso em: 03 de setembro de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. 2ª Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4432320>>. Acesso em: 20 de julho de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 134.597/SP**. 2ª Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 28 de junho de 2016. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984872>>. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 138.138/SP**. 2ª Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 29/11/2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5081202>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 170.603/RR**. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 09/10/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5682914>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 138.715/MS**. 2ª Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 23/5/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5081202>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 148.579/MS**. 2ª Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 09/03/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5278336>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 925.299/SP**. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 01/12/2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4872724>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Execução Penal nº 0001820-88.2020.8.26.0637**. 9ª Câmara de Direito Criminal. Relator Desembargador Alcides Malossi Junior. Julgado em 11 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=06F5AFC104102AD243A2B2C55E6ED253.cjsg3>>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revam, 1990.

DELMANTO, Fabio M. de Almeida; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. **LEIS PENAIS ESPECIAIS COMENTADAS**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 15. ed. Barueri: Editora Atlas, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARLAND, David. **Introduction: the meaning of mass imprisonment**. In: GARLAND, David (ed.). *Mass Imprisonment: social causes and consequences*. Londres: SAGE, 2001, p. 1-2.

GOMES, Abel Fernandes; LUCAS, Flávio Oliveira; PEREIRA, Frederico Valdez. **Nova lei antidrogas**. Niterói: Impetus, 2006. p. 86.

JUNQUEIRA, Gustavo [et al.]. **Lei anticrime comentada – artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

KUSEVIC, Vladimir. **Drug abuse control and international treaties**. In: Journal of Drug Issues, 1977, n. 1, p. 35-53.

MARCÃO, Renato. **Lei de Drogas: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (crimes, investigação e procedimento em juízo)**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral (Arts. 1º a 120) – Vol. 1**. 7.ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2013.

MASSON, Cleber. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal – Parte Geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal – Vol. 1**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Painel de Indicadores. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>> Acesso em: 27 de agosto de 2022.

PNAD Contínua é referência internacional para avaliação do mercado de trabalho. **Agência de Notícias IBGE**, 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22939-pnad-continua-e-referencia-internacional-para-avaliacao-do-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 27 de agosto de 2022.

RODRIGUES, Thiago. **Drogas, proibição e a abolição das penas**. In: PASSETI, Edson (coord.) Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 140.

ROSZAK, Theodore. **The Making of a Counter Culture: Reflections on the Technocratical Society and Its Youthful Opposition**. New York: Anchor Books, 1969.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

Tráfico privilegiado não afasta natureza de crime hediondo, diz TJ-SP. **Consultor Jurídico**. 22 de abril de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr->

22/trafico-privilegiado-nao-afasta-natureza-crime-hediondo-tj-sp>. Acesso em: 31 de agosto de 2022.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Política Criminal Latinoamericana**. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 1982, p. 108.

**APÊNDICE 1 – TABELA DE JULGADOS LOCALIZADOS E ANALISADOS
NA PESQUISA**

	Número do acórdão	Data de julgamento	Aplicação da minorante do tráfico privilegiado	Regime inicial de cumprimento de pena	Composição do voto
1	70082962325	19.02.2020	Não	Semiaberto	Unânime
2	70083503508	20.02.2020	Sim	Aberto	Unânime
3	70083537951	20.02.2020	Sim	Aberto	Unânime
4	70083049700	20.02.2020	Não	Semiaberto	Unânime
5	70083435255	12.03.2020	Sim	Aberto	Por maioria
6	70081982258	12.03.2020	Sim	Aberto	Unânime
7	70083653832	24.04.2020	Sim	Aberto	Por maioria
8	70083702738	24.04.2020	Sim	Aberto	Por maioria
9	70083446310	22.05.2020	Não	Semiaberto	Por maioria
10	70084010271	22.05.2020	Não	Fechado	Por maioria
11	70082901760	22.05.2020	Sim	Aberto	Unânime
12	70083461681	22.05.2020	Não	Semiaberto	Unânime
13	70083488684	22.05.2020	Não	Semiaberto	Unânime
14	70083641712	22.05.2020	Não	Semiaberto	Por maioria
15	70083059873	22.05.2020	Não	Semiaberto	Unânime
16	70083303685	22.05.2020	Não	Fechado	Unânime

17	70083933796	22.05.2020	Não	Semiaberto	Unânime
18	70083794982	22.05.2020	Não	Semiaberto	Unânime
19	70083226266	22.05.2020	Não	Semiaberto	Unânime
20	70082857038	22.05.2020	Não	Semiaberto	Unânime
21	70083631440	22.05.2020	Não	Semiaberto	Unânime
22	70083297200	22.05.2020	Não	Semiaberto	Unânime
23	70083568113	22.05.2020	Não	Fechado	Unânime
24	70082477886	22.05.2020	Não	Semiaberto	Unânime
25	70083911404	29.05.2020	Sim	Aberto	Por maioria
26	70083832436	29.05.2020	Sim	Aberto	Unânime
27	70083373217	29.05.2020	Sim	Aberto	Unânime
28	70083619080	29.05.2020	Sim	Aberto	Unânime
29	70083808121	18.06.2020	Não	Semiaberto	Unânime
30	70083415950	26.06.2020	Sim	Aberto	Unânime
31	70083979096	26.06.2020	Sim	Aberto	Unânime
32	70081051427	26.06.2020	Sim	Aberto	Unânime
33	70083834507	26.06.2020	Não	Fechado	Unânime
34	70083893909	23.07.2020	Não	Semiaberto	Por maioria
35	70083960286	29.07.2020	Não	Semiaberto	Unânime
36	70083529958	29.07.2020	Sim	Aberto	Por maioria
37	70084046937	29.07.2020	Não	Semiaberto	Unânime

38	70083910398	29.07.2020	Não	Fechado	Unânime
39	70083895847	29.07.2020	Não	Semiaberto	Unânime
40	70083813196	29.07.2020	Não	Semiaberto	Unânime
41	70084219617	29.07.2020	Não	Semiaberto	Unânime
42	70083943290	29.07.2020	Não	Semiaberto	Unânime
43	70083590471	30.07.2020	Não	Semiaberto	Unânime
44	70084059179	31.07.2020	Sim	Aberto	Unânime
45	70084026053	31.07.2020	Não	Semiaberto	Unânime
46	70083264952	27.08.2020	Sim	Aberto	Por maioria
47	70083616821	28.08.2020	Não	Semiaberto	Unânime
48	70083632018	28.08.2020	Sim	Aberto	Unânime
49	70082452681	28.08.2020	Não	Fechado	Unânime
50	70079326195	03.09.2020	Não	Semiaberto	Por maioria
51	70081563306	03.09.2020	Não	Semiaberto	Unânime
52	70084221894	25.09.2020	Não	Semiaberto	Por maioria
53	70084389139	25.09.2020	Não	Semiaberto	Unânime
54	70084066844	25.09.2020	Sim	Semiaberto	Unânime
55	70084212455	25.09.2020	Não	Semiaberto	Unânime
56	70079453619	28.09.2020	Não	Fechado	Por maioria
57	70081366726	28.09.2020	Não	Semiaberto	Por maioria
58	70079652319	28.09.2020	Sim	Aberto	Unânime

59	70081639023	28.09.2020	Sim	Semiaberto	Por maioria
60	70081971863	28.09.2020	Não	Semiaberto	Por maioria
61	70081762866	16.10.2020	Sim	Aberto	Por maioria
62	70084412121	19.10.2020	Sim	Semiaberto	Por maioria
63	70083772327	26.10.2020	Sim	Aberto	Por maioria
64	70083713370	26.10.2020	Sim	Aberto	Por maioria
65	70083989699	26.10.2020	Sim	Aberto	Unânime
66	70084371046	26.10.2020	Não	Semiaberto	Por maioria
67	70084553858	19.11.2020	Sim	Aberto	Unânime
68	70083996942	19.11.2020	Não	Semiaberto	Por maioria
69	70084575299	19.11.2020	Sim	Aberto	Por maioria
70	70083753707	19.11.2020	Sim	Aberto	Unânime
71	70083978023	19.11.2020	Sim	Aberto	Unânime
72	70084047182	19.11.2020	Sim	Aberto	Por maioria
73	70083981357	19.11.2020	Sim	Aberto	Por maioria
74	70084057447	09.12.2020	Sim	Aberto	Unânime
75	70084631175	16.12.2020	Sim	Aberto	Unânime
76	70084038819	16.12.2020	Sim	Aberto	Unânime
77	70083660662	16.12.2020	Sim	Aberto	Unânime
78	70084590645	16.12.2020	Sim	Semiaberto	Por maioria
79	70084545391	16.12.2020	Sim	Aberto	Unânime

80	70084570282	16.12.2020	Sim	Aberto	Unânime
81	70084483601	16.12.2020	Sim	Aberto	Unânime
82	70084631217	16.12.2020	Sim	Semiaberto	Por maioria
83	70083643213	04.03.2021	Sim	Aberto	Unânime
84	70084042845	04.03.2021	Sim	Semiaberto	Por maioria
85	70084673029	04.03.2021	Sim	Aberto	Unânime
86	70084593391	04.03.2021	Sim	Aberto	Unânime
87	5004448292020 8210014	08.04.2021	Não	Fechado	Unânime
88	5005337772019 8213001	15.04.2021	Sim	Aberto	Unânime
89	70084520063	15.04.2021	Sim	Aberto	Por maioria
90	70083606301	11.05.2021	Não	Semiaberto	Unânime
91	70084667427	27.05.2021	Não	Semiaberto	Unânime
92	70084959881	28.05.2021	Sim	Aberto	Por maioria
93	70085040848	24.06.2021	Não	Semiaberto	Unânime
94	70085038826	24.06.2021	Não	Fechado	Unânime
95	70085031227	24.06.2021	Não	Semiaberto	Unânime
96	70085038826	24.06.2021	Não	Fechado	Unânime
97	70085019602	25.06.2021	Não	Semiaberto	Unânime
98	70084584523	25.06.2021	Não	Fechado	Unânime

99	70084949395	25.06.2021	Não	Fechado	Unânime
100	70084553189	25.06.2021	Não	Fechado	Por maioria
101	70085019164	30.06.2021	Sim	Aberto	Unânime
102	70084680008	15.07.2021	Não	Semiaberto	Unânime
103	70085055853	25.08.2021	Sim	Aberto	Unânime
104	70085064640	25.08.2021	Sim	Aberto	Unânime
105	70085023539	25.08.2021	Sim	Aberto	Unânime
106	70085095008	26.08.2021	Não	Semiaberto	Por maioria
107	70085125961	27.08.2021	Não	Semiaberto	Unânime
108	70085059368	27.08.2021	Não	Semiaberto	Unânime
109	70074764291	27.08.2021	Sim	Aberto	Unânime
110	70085219103	27.08.2021	Sim	Aberto	Unânime
111	70085019248	27.08.2021	Não	Semiaberto	Unânime
112	70085093920	09.09.2021	Sim	Aberto	Unânime
113	70085140663	09.09.2021	Sim	Semiaberto	Unânime
114	70085154599	09.09.2021	Sim	Semiaberto	Por maioria
115	5013546782020 8210033	21.09.2021	Não	Semiaberto	Unânime
116	5005415712019 8213001	21.09.2021	Não	Fechado	Por maioria
117	5003939402021 8210022	21.09.2021	Não	Semiaberto	Unânime

118	5003496132020 8213001	21.09.2021	Não	Fechado	Unânime
119	5001840232020 8210058	21.09.2021	Não	Semiaberto	Unânime
120	5000066492018 8210018	23.09.2021	Sim	Aberto	Unânime
121	70085144327	24.09.2021	Não	Semiaberto	Unânime
122	70085021426	24.09.2021	Não	Fechado	Por maioria
123	70085022416	24.09.2021	Não	Semiaberto	Unânime
124	70085047017	24.09.2021	Não	Fechado	Unânime
125	70085063733	29.09.2021	Sim	Aberto	Unânime
126	70085104149	29.09.2021	Sim	Aberto	Unânime
127	70085153609	29.09.2021	Sim	Aberto	Unânime
128	70085130540	29.09.2021	Sim	Aberto	Unânime
129	5010545242020 8210021	14.10.2021	Sim	Aberto	Unânime
130	70085165165	14.10.2021	Sim	Aberto	Por maioria
131	5019052052018 8210001	14.10.2021	Sim	Aberto	Unânime
132	5011846852020 8210027	25.10.2021	Não	Aberto	Unânime
133	5003937522020 8210007	25.10.2021	Sim	Aberto	Por maioria

134	5009786572020 8210022	25.10.2021	Não	Semiaberto	Unânime
135	5072580172019 8210001	25.10.2021	Não	Semiaberto	Unânime
136	5107862822020 8210001	28.10.2021	Sim	Aberto	Por maioria
137	70085048080	29.10.2021	Não	Semiaberto	Unânime
138	70085044956	29.10.2021	Não	Fechado	Unânime
139	70085155224	11.11.2021	Não	Semiaberto	Unânime
140	5008596132020 8210005	12.11.2021	Sim	Aberto	Unânime
141	5004026712020 8210073	12.11.2021	Sim	Aberto	Unânime
142	5001315402016 8210039	12.11.2021	Sim	Aberto	Unânime
143	70085034197	19.11.2021	Sim	Aberto	Unânime
144	5078759642019 8210001	22.11.2021	Não	Semiaberto	Unânime
145	5001866552021 8210003	22.11.2021	Não	Semiaberto	Unânime
146	5019583422020 8210027	03.12.2021	Sim	Aberto	Unânime
147	5013141422020 8210033	09.12.2021	Sim	Aberto	Por maioria

148	5002168852021 8210132	09.12.2021	Sim	Aberto	Por maioria
149	5021057082020 8210008	13.12.2021	Não	Semiaberto	Unânime
150	5004581112019 8210013	13.12.2021	Não	Semiaberto	Unânime
151	5004076632021 8210073	13.12.2021	Não	Semiaberto	Unânime
152	5002716552021 8210021	13.12.2021	Não	Fechado	Unânime
153	5000799242021 8210078	13.12.2021	Não	Fechado	Unânime