

TRAFICO PRIVILEGIADO, A ANTIGA E A ATUAL LEI DE DROGAS, E O CARÁTER NÃO HEDIONDO DA CONDUTA

Mariana Espírito Santo de OLIVEIRA¹
Jefferson Fernandes NEGRI²

RESUMO: Pretende-se mostrar com o presente artigo, o que previa a lei 6.378/76, o que prevê a lei 11.343/06, o mudou com o advento da lei 11.343/06 nova lei de drogas, fazendo uma comparação entre elas. Dá ênfase e respeito aos princípios mencionados, são eles: o Princípio da Proporcionalidade e os seus subprincípios, o Princípio da Alteridade e o Princípio da Individualização da Pena. Mostrar com convicção, que este crime não é crime hediondo, nem a este equiparado, comparando este crime com o crime de homicídio privilegiado qualificado, mostrando a opinião dos autores, doutrina e jurisprudência que entendem não ser crime hediondo, expondo os julgados que tem sido dado nesse sentido. Entendimento da 5ª Turma do STJ, que afirma ser crime hediondo, e vem vetando habeas corpus. Posicionamento de Luiz Flavio Gomes, que entende ser crime hediondo. Por fim, a ser estudado merece destaque, o caráter não hediondo da conduta.

Palavras-chave: Lei 6.368/76. Lei 11.343/06. Princípios. Constituição Federal. Trafico privilegiado não é crime hediondo.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se mostrar com o presente artigo, a forma que a lei de drogas tem evoluído. Trafico privilegiado é uma figura especial do crime de trafico ilícito de drogas, previsto somente com o advento da lei 11.343/06, no seu art. 33, §4º.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. mah_barbies2@hotmail.com

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. jefferson_negri@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

Parte da Doutrina e da Jurisprudência, vem entendendo que esse crime não é hediondo, mas ainda há quem discorde e afirme que é crime hediondo, e que deve ser punido como tal.

O acusado por este crime, deve preencher os requisitos exigidos que são: ser réu primário, ter bons antecedentes, não se dedicar á atividades criminosas e não integrar organização criminosa, preenchidos esses requisitos, o Juiz deve conceder a redução de pena de 1/6 a 2/3, pena mínima de 1 ano e 8 meses. Se não conceder cabe apelação criminal, buscando alcançar esse benefício.

2 LEI 6.368/76 E LEI 11.343/06

Ambas as lei trazem as modalidades de condutas, que o agente pode cometer no crime de trafico de entorpecentes; e o mesmo agente cometendo mais de uma conduta, não implica em dois crimes, não gera duas penas diferentes.

Doutrina e Jurisprudência predominantes, são convictas quando dizem que: não admite-se tentativa para esse crime, por se tratar de um crime de ações múltiplas, que ao começo da execução, já se tem o crime por consumado.

Em 2002, foi criada a lei 10.409/02, essa lei foi criada com a intenção de substituir a lei 6.368/76, mas isso não ocorreu, porque o seu projeto, possuía muitos vício de inconstitucionalidade e deficiências técnicas, sendo assim, aprovada somente a sua parte processual.

2.1 A lei 6.368/76 previa

O artigo 12 desta lei, tratava do crime de tráfico de entorpecentes, prevendo:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, adquirir, vender, expor a venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, 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:

Pena – reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias - multa.

2.2 A lei 11.343/06 prevê

Correspondem o art. 12 da antiga lei de drogas, ao art. 33 da nova lei de drogas.

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:

A nova lei de drogas, criou o §4º do art. 33, prevendo:

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

2.3 Comparação entre as duas leis

Com todas as normas que foram alteradas e criadas, a lei 11.343/06, beneficiou o réu, sendo assim, uma *novatio legis in melius*, que possui aplicação imediata aos processos em andamento, e retroatividade obrigatória.

Somente será condenado por tráfico de entorpecentes, o agente que se classificar em algumas das modalidades previstas no art. 33, da nova lei; e a substância tiver incluída na lei ou em lista feita pelo Poder Executivo da União (Portaria 344/98). Se a substância encontrada com o agente, não tiver descrita na lei, ou em lista atualizada, não haverá tipicidade na conduta, e o agente não poderá ser punido por isso.

Portanto, pode-se afirmar que a leis 6.368/76 e 11.343/06, são normas penais em branco, o seu corpo por si só, não são suficientes para condenarem o agente, necessitam da complementação de outra lei ou de listas atualizadas, dizendo quais são as drogas, ou quais são as substancias que são proibidas, não precisa constar o nome popular da substancia ou do entorpecente, basta somente constar, definindo alguma substancia entorpecente, para que antigamente a lei 6.368/76, e hoje a lei 11.343/06, possam punir o agente por tráfico de entorpecentes.

Não constando a substância ou a droga, estaremos diante de uma *abolitio criminis*, que é quando a culpabilidade do agente é excluída, mesmo que já tenha havido o transito em julgado.

Alexandre de Moraes, menciona o entendimento de Damásio de Jesus, (2008, p.109 e 110):

Disposições cuja sanção é determinada, permanecendo indeterminado o seu conteúdo.

E continua mencionando o entendimento de Damásio de Jesus, (2008, p. 110):

Depende, pois a exequibilidade da norma penal em branco (ou cega, ou aberta) do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos atos administrativos (regulamentos, portarias, editais). A sanção é imposta à transgressão (desobediência, inobservância), de uma norma (legal ou administrativa) a emitir-se do futuro.

Luiz Flavio Gomes, cita o pensamento de Acácio Rebouças, lembrado por Valdir Sznick, que complementa o pensamento afirmando, (2006, p. 180):

Que se dizer dos produtos estrangeiros que entram no país clandestinamente e são traficados, mas que, por não serem aqui comercializados, nunca figurarão em nenhuma portaria de qualquer órgão administrativo?.

Luiz Flavio Gomes, menciona também o pensamento da Convenção de Viena, sobre substâncias psicotrópicas, (2008, p. 180 e 181):

Basta que uma droga tenha capacidade de produzir: 1- um estado de dependência; 2- estímulo ou depressão do sistema nervoso central, que cause alucinações, distúrbios da função motora, do raciocínio, do comportamento, da percepção ou do estado de ânimo ou abusos e efeitos semelhantes a uma substância da tabela I a IV.

Luiz Flavio Gomes, dá um conceito sobre o que é droga, (2008, p. 26):

Drogas, de acordo com o conceito legal, são substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e que estejam especificados em lei

ou relacionados em listas atualizadas, de forma periódica, pelo Poder Executivo da União.

A nova lei de drogas, criou o Sisnad – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas; Alexandre de Moraes, fala sobre a finalidade da lei de drogas, (2008, p. 108 e 109):

Tem como finalidade, a prevenção do uso indevido de drogas, a reinserção social de usuários e dependentes e a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

Alexandre de Moraes, fala também da função do Sisnad, (2008, p. 109):

O Sisnad, tem por função articular, integrar, organizar, e coordenar as atividades relacionadas com a finalidade da Lei de Drogas.

2.4 O que a lei nova trouxe de novo para o ordenamento jurídico

Algo importante que a nova lei trouxe, foi à criação do §4º do art. 33; que pune o agente de forma diferente dos crimes descritos no caput e no §1º tem pena menor, e é causa de diminuição de pena.

Sendo assim, terá direito a redução de pena o agente que respeitar quatro requisitos, sendo eles:

- a) Ser réu primário;
- b) Possuir bons antecedentes;
- c) Não se dedicar as atividades criminosas;
- d) Não integrar organização criminosa.

Esses requisitos são cumulativos, devendo o agente preencher todos eles, para que alcance a diminuição de pena; um requisito que não for preenchido, implica na não concessão da diminuição de pena.

O Ministério Público, tendo provas que o agente integra á alguma organização criminosa ou que se dedica á alguma atividade criminosa, deve mostrar a prova, fazendo assim, com que o agente não receba o benefício de, diminuição de pena, já que ele não estaria respeitando todos os requisitos exigidos, para alcançar o benefício. Não se provando nada, o benefício será concedido normalmente.

Outras mudanças ocorreram, tais como: a lei mudou a expressão “substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica”, como previa a lei 6.378/76, para a expressão “drogas”. Criou as figuras típicas, “transportar” e “ter em depósito”. Não prevê mais pena privativa de liberdade para o usuário de drogas. Passando a prever, penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa.

O agente sendo condenado pelo §4º do art. 33 da nova lei de drogas, tem direito a uma causa de diminuição de pena, de 1/6 a 2/3.

Nesse sentido, não se quer mais punir o usuário de drogas, com penas privativas de liberdade, e sim lhe aplicar uma pena que lhe ajude a deixar de usar drogas, como medidas de recuperação e tratamento, e também medidas para a reinserção social do agente.

A nova lei de drogas criou, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, o Sisnad.

3 PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

Segundo Ricardo Freire Soares, (2007, p. 589):

Etimologicamente, o vocábulo “proporcionalidade” contém uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. Proporção, no entanto, é um conceito relacional, isto é, diz-se que algo é proporcional quando guarda uma adequada relação com alguma coisa a qual está ligado. A idéia de proporcionalidade reclama o apelo à prudência na determinação da adequada relação entre as coisas.

Humberto Ávila, explica que, (2004, p. 112 e 113):

Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípio que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.

Segundo Fernando Capez, (disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAA23QAB/fernando-capez-direito-penal-parte-geral>):

A incriminação e a pena devem ser proporcionais ao mal produzido pelo crime. É necessário um equilíbrio.

Esse princípio defende a ideia que, as penas precisam ser proporcionais à gravidade do crime, respeitando a sua proporcionalidade.

O STF tem mantido a ideia, que o Princípio da Proporcionalidade, é um princípio constitucional, e é defendido por esta Corte.

3.1 Subprincípios que estão acoplados ao corpo do Princípio da Proporcionalidade

São três:

- a) Princípio da Adequação
- b) Princípio da Necessidade
- c) Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito

A doutrina também menciona esses subprincípios.

3.1.1. Princípio da adequação

Esse princípio é usado como parâmetro para ajudar a escolher qual é a medida mais cabível para ser aplicada a determinada norma jurídica.

Ricardo Freire Soares, faz uma observação deste subprincípio, à luz da relação jurídica processual: (2007, p. 591)

Adequação de um processo decisório exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à uma realização da finalidade normativa. Logo, administração, legislador e o julgador têm o dever de escolher um meio processual que simplesmente promova o fim da ordem pública. O processo será adequado somente se o fim for efetivamente no caso concreto ; será adequado se o fim for realizado na maioria dos casos com a sua adoção; e será adequado se o interprete avaliou e projetou bem a promoção do fim no momento da tomada da decisão.

Cada tipo de pena, é cabível para um tipo de crime, para uma situação concreta. Esse princípio pode ser alegado, para firmar a ideia de que o acusado de determinado crime, tem direito a determinada espécie de pena.

3.1.2 Princípio da Necessidade

A função desse princípio, é analisar se a medida adotada para o caso concreto, é realmente a medida ideal, ou se há outra medida que será mais cabível para determinado caso, que será melhor aplicado, lesando menos os direitos fundamentais lesados em determinada relação jurídica.

Humberto Ávila, reforça essa ideia afirmando que, (2004, p. 122):

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.

Paulo Bonavides, completa a ideia afirmando que, (2007, p. 397):

Pelo princípio ou subprincípio de necessidade a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legitimado que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária.

O publicista francês Xavier Philippe, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”.E acrescenta que pela necessidade

não se questiona a escolha operada “mas o meio empregado” e que este “deve ser dosado para chegar ao fim pretendido.

A escolha de determinada medida ou não, sobre a necessidade de ser adotada, requer um estudo extenso, porque possui um nível grande de complexidade, para só assim se chegar a conclusão se essa medida, é a ideal ou não, para ser adotada em determinado caso.

3.1.3 Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Recebeu esse nome através da doutrina.

Esse princípio exige que seja feito um juízo de ponderação entre, os interesses, os objetivos que se têm no caso, e os direitos fundamentais. Depois de concluído o juízo de ponderação, é que se pode concluir quão importante são os interesses jurídicos buscados no referido caso, através cabível que foi escolhida e qual é a intensidade que os direitos fundamentais podem ser atingidos.

Cabe mencionar, os dizeres de Luis Roberto Barroso (2002, p. 213 – 216), sobre o Princípio da Proporcionalidade e os seus três subprincípios, efetuado por Ricardo Freire Soares, (2007, p. 591, 592):

O princípio da proporcionalidade funciona como um parâmetro hermenêutico que orienta como uma norma jurídica deve ser interpretada e aplicada no caso concreto, mormente na hipótese de incidência dos direitos fundamentais, para a melhor realização dos valores e fins do sistema constitucional. Permite-se assim, ao Poder judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos nas hipóteses em que não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado pela norma jurídica (adequação); a medida normativa não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade ou vedação do excesso); e não se manifeste o binômio custo – benefício, pois o que

se perde com a medida normativa é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).

Com isso, é possível afirmar que um subprincípio necessita do outro, fazendo assim com que os três trabalhem junto, um complementando o outro.

Outro princípio que é importante ser destacado aqui, é o Princípio da Alteridade.

3.2 Princípio da Alteridade

Esse princípio esclarece que, um indivíduo ao fazer algo que somente lhe prejudique, não será punido por isso; porque esta somente se prejudicando, não prejudicando mais ninguém.

Fernando Capez explica que, (2011, p. 203):

No delito previsto no art. 28 da lei 11.343/06, poder-se-ia alegar ofensa a esse princípio, pois quem usa droga só está fazendo mal à própria saúde, o que não justificaria uma intromissão repressiva do Estado (os usuários costumam dizer: “se eu uso droga, ninguém tem nada a ver com isso, pois o único prejudicado sou eu”). Tal argumento não convence. A lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas o consumo pessoal.

3.3 Princípio da Individualização da Pena

(Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17731/trafico-privilegiado-e-a-lei-no-8-072-90>).

Por esse princípio, a pena deve ser individualizada nos planos legislativo, judiciário e executório, evitando-se a padronização a sanção penal. Para cada crime tem-se uma pena que varia de acordo com a personalidade do agente, o meio de execução etc.

Art. 5º, inc. XLVI, 1ª parte, da Constituição Federal.

Esse princípio esclarece que, a pena não pode ser padronizada de uma forma, deve ser sempre respeitada sendo aplicada caso a caso, levando em conta além da personalidade do agente, e o meio de execução, deve ser levado em conta também, se há qualificadora, redução de pena, liberdade provisória, possibilidade de iniciar a pena em regime semiaberto e todas as questões que forem importantes para o caso concreto.

4 TRAFICO PRIVILEGIADO E O CARÁTER NÃO HEDIONDO

Há divergência entre o posicionamento da Doutrina e da Jurisprudência sobre o caráter do tráfico privilegiado, ser ou não crime hediondo. O entendimento que vem caminhando, tem mostrado que não é crime hediondo, mas ainda assim, tem quem discorde e declare que é crime hediondo.

Um dos fatores que caracteriza esse crime, além dos quatro requisitos exigidos, é que o acusado por esse crime, não obtenha os lucros da

droga; pode-se dizer que em alguns casos, o acusado se envolve nesse crime, para ter dinheiro para manter seu vício nas drogas.

A lei 11.343/06, ao criar o §4º do art. 33, concedeu redução de pena que varia entre de 1/6 a 2/3 para o acusado desse crime, pena mínima é de 1 ano e 8 meses, portanto, concedendo ao acusado pena menos grave, do que a pena do acusado de tráfico ilícito de drogas.

O art. 44 da nova lei de drogas, não menciona sobre o tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da nova lei de drogas), com base nisso, tem-se concedido indulto, para os acusados por esse crime.

Através do decreto lei 6.706, de 22/12/2008, o Presidente da República concedeu indulto para os acusados deste crime.

Fernando Capez, menciona a afirmação de Luiz Vicente Cernicchiaro, (1991, p. 172):

Em se analisando, finalisticamente o art. 5º XLIII, percebe-se a proibição constitucional significa excluir da *clementia Principis* os autores de crimes hediondos. Não faz sentido, pela Constituição, afastar o favor do Presidente da República, individualmente concedido, mas, autorizar o benefício só porque, no mesmo decreto, foram contempladas outras pessoas. Sufragar-se-ia conclusão meramente formal, em dado simplesmente numérico. Realça aqui, o significado altamente negativo de crime hediondo, incompatível com a tradicional clemência.

Há quem pense de forma diferente. Luiz Flavio Gomes, menciona as suas alegações, (2008, p. 234):

A CF/88 vedou a concessão de anistia e graça, aos crimes hediondos e equiparados, mas não o indulto. Foi com o advento da lei 8.072/90 que se acrescentou essa restrição. No ano de 1997, a lei 9.455/97 foi criada, permitindo indulto para tortura, fomentando, com isso, o argumento de que a restrição a benefício teria sido revogada tacitamente (permitindo indulto para tortura e não para os demais delitos hediondos e equiparados, feriria o Princípio constitucional da

Isonomia). O Supremo decidiu que o indulto deve limitar-se ao crime de tortura, não se expandindo aos demais. Nesse espírito agiu o legislador ao continuar proibindo os três institutos para o crime de tráfico (e equiparados).

TJMS, concedeu indulto em agravo criminal, (disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6195276/agravo-criminal-agv-25615-ms-2009025615-4-tjms>).

RECURSO MINISTERIAL - INDULTO CONCEDIDO - TRÁFICO PRIVILEGIADO - HEDIONDEZ AFASTADA - AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - IMPROVIDO.

Concedeu também, (disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5726735/agravo-criminal-agv-16572-ms-2009016572-9-tjms>).

AGRAVO CRIMINAL - TRÁFICO PRIVILEGIADO - CONCESSÃO DE INDULTO - RECURSO MINISTERIAL - PRETENDIDA CASSAÇÃO DO INDULTO - BENESSE PREVISTA NO DECRETO PRESIDENCIAL N. 6.706, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2008 - HEDIONDEZ AFASTADA - DECISÃO MANTIDA - IMPROVIDO.

A concessão do indulto tem sido aceita, mas alguns ainda são contra.

4.1 Comparação do crime de tráfico privilegiado, com o crime de homicídio privilegiado qualificado, que não é crime hediondo

A Doutrina e a Jurisprudência, são unânimes quando dizem que o crime de homicídio privilegiado qualificado, não é crime hediondo.

Rogério Greco, relata a sua posição, (2010, p. 249):

"Majoritariamente, a doutrina, por questões de política criminal, posiciona-se favoravelmente à aplicação das minorantes ao homicídio qualificado, desde que as qualificadoras sejam de natureza objetiva, a fim de que ocorra a compatibilidade entre elas".

"Dessa forma, poderia haver, por exemplo, um homicídio praticado mediante emboscada (qualificadora de natureza objetiva), tendo o agente atuado impelido por um motivo de relevante valor moral (minorante de natureza subjetiva)."

Supremo Tribunal Federal, também relata a sua posição, (STJ, HC 28623/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 21/11/2005, p. 303):

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, incluídamente do Excelso Supremo Tribunal Federal, é firme na compreensão de que as circunstâncias privilegiadoras, de natureza subjetiva, e as qualificadoras, de natureza objetiva, podem concorrer no mesmo fato-homicídio, à falta de contradição lógica.

Fernando Capez, fala sobre o caráter hediondo do homicídio privilegiado qualificado, (2007, p. 41):

"Assim, o reconhecimento do privilégio afasta a hediondez do homicídio qualificado".

Nesse sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confirmarão dizendo, (TJSP, RT 781/565, TJRJ, RT 804/648):

“Homicídio qualificado privilegiado: Não é crime hediondo”.

Segundo o que dispõe a lei 8.072/90, lei dos crimes hediondos, em seu art. 2º, é conflitante com o que dispõe o §4º do art. 33 da lei 11.343/06.

Lei 8.072/90, art. 2º, que fala do tráfico de drogas:

"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:"

O art. 2º da lei dos crimes hediondos, não trata da figura do tráfico privilegiado, portanto, não há o que se falar que o tráfico privilegiado seja crime hediondo, porque não é.

O acusado por tráfico privilegiado, tendo preenchido os quatro requisitos exigidos para ter a redução da pena, e o juiz não aplicar, caberá apelação criminal, para se alcançar a redução da pena.

O Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, faz um breve comentário sobre a comparação desses crimes, na Apelação Criminal nº 1.0024.07.488163-2/001:

"A Lei 11.343/06 criou a figura do Tráfico Privilegiado, que, tal como o homicídio privilegiado, por exemplo, não é crime equiparado a hediondo, não se aplicando a ele a restrição da Lei 8.072/90. Nesse sentido:"

"A figura mais controversa, a nosso ver, será a do . 33, § 4º, que prevê a figura do "Tráfico de drogas Privilegiado", ficando uma causa de diminuição de pena de 1/6 a 2/3, quando o agente for primário de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa."

"Utilizamos aqui o mesmo raciocínio fixado pela jurisprudência quanto ao crime de homicídio qualificado-privilegiado não ser considerado hediondo. Embora o homicídio qualificado seja crime hediondo, a presença da figura do privilégio não foi prevista no art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90."

O acusado em tráfico privilegiado, é alguém que é contratado pelo traficante para levar a drogas para os lugares, mediante pagamento muito baixo por esse serviço, e logo é substituído por outro, não ganham lucro pela venda da droga, recebem apenas uma pequena quantia paga pelo traficante. Portanto, é incabível que o acusado desse crime, seja condenado com a mesma pena de quem já cometeu crimes muitos mais graves.

4.2 Doutrina e uma parte da Jurisprudência entendem não ser crime hediondo, e vem julgando desta forma

Doutrina e Jurisprudência veem entendendo não ser crime hediondo, e julgando nesse sentido.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: (disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17731/trafico-privilegiado-e-a-lei-no-8-072-90>).

EMENTA: TÓXICO - TRÁFICO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - AUMENTO DO REDUTOR APLICADO PELA MINORANTE - REGIME PRISIONAL ABERTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Mantém-se a condenação pelo delito do artigo 33 da Lei 11.343/06 se, pelo local e condições que a ação foi desenvolvida, ficou comprovado que a droga apreendida destinava-se ao tráfico. - Aumenta-se o percentual referente à minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, pelo réu preencher todos os requisitos exigidos no dispositivo. -

Reconhecida a modalidade de tráfico privilegiado afasta-se a natureza hedionda do delito, possibilitando o cumprimento inicial da pena em regime diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.09.633360-5/001 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - APELANTE(S): JOÃO PAULO MAESTRI - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. HERBERT CARNEIRO – Publicação: 23/06/2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 - TRÁFICO PRIVILEGIADO - REGIME ABERTO - SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - POSSIBILIDADE - OMISSÃO E OBSCURIDADE NÃO CONFIGURADAS. Inexistindo omissão e obscuridade no acórdão embargado que aplicou o regime aberto ao tráfico privilegiado e concedeu a suspensão condicional da pena, analisando toda a matéria jurídica e fática pertinente, devem ser rejeitados os embargos de declaração. (Embargos Declaratórios nº 1.0452.08.036164-8/002 – publicação: 24/03/2010 – Desembargador Relator Alexandre Victor de Carvalho).

Tribunal de Justiça de Minas Gerais, afirma não ser crime hediondo, e julga com base nesse pensamento:

"Ementa: Agravo de Execução – Tráfico de Drogas Privilegiado – Não se enquadra no rol dos delitos hediondos – Livramento Condicional. Estágio necessário. Mais de um terço do cumprimento da pena. O tráfico privilegiado não é delito hediondo, em que resguardo dos princípios constitucionais da legalidade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e individualização as penas. Assim, o sentenciado pode obter o benefício do livramento condicional desde que cumpra mais de um terço da pena e tenha bom comportamento carcerário." (Agravo de Execução nº 1.0000.08.488542-5/001 – Comarca de Divinópolis – Relator: Exmo. Sr. Des. Alexandre Vítor de Carvalho).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tem o concedido decisões com o mesmo posicionamento, (disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20593308/agravo-agv-70043726975-rs-tjrs> e <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20828084/agravo-agv-70045070513-rs-tjrs>).

EMENTA - AGRAVO EM EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INDULTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO.

O reconhecimento do privilégio no delito de tráfico de drogas afasta a caracterização de hediondez, contida na Lei 8.072/90. Por isso, no juízo a quo deverão ser reapreciados o requisito objetivo temporal comum e não o dos hediondos, bem como os requisitos subjetivos. AGRAVO PROVIDO EM PARTE. (Agravo Nº 70043726975, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 15/09/2011).

EMENTA - AGRAVO EM EXECUÇÃO. INDULTO, LIVRAMENTO CONDICIONAL, PROGRESSÃO DE REGIME. TRÁFICO PRIVILEGIADO.

O reconhecimento do privilégio no delito de tráfico de drogas afasta a caracterização da hediondez, contida na Lei 8.072/90. Por isso, no juízo a quo deverá ser reapreciado o requisito objetivo temporal comum e não o dos hediondos, bem como o requisito subjetivo dos pedidos sucessivos da defesa. AGRAVO PROVIDO EM PARTE. (Agravo Nº 70045070513, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 10/11/2011).

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, também julgou nesse sentido, (disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21464270/apelacao-criminal-acr-33552-ms-2011033552-9-tjms>).

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA RELATIVA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - RECONHECIDA - ALTERAÇÃO PARA O REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA - POSSIBILIDADE -

AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO - MANTIDA -
RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

4.3 Entendimento da 5ª Turma do STJ, que afirma ser crime hediondo

A 5ª Turma do STJ afirma que o crime de tráfico privilegiado, seja crime hediondo. E com base nesse posicionamento denegou Habeas Corpus, para um acusado por esse crime, (disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-17/trafico-drogas-privilegiado-tambem-crime-hediondo-decide-stj>).

EMENTA

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ. ORDEM DENEGADA.

I. O tráfico de drogas, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), é considerado figura típica equiparada aos crimes hediondos definidos em lei, sujeitando-se, por consequência, ao tratamento dispensado a tais delitos, sendo que a Lei n.º 8.072/90 não fez qualquer ressalva em sentido contrário.

II. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime. Precedentes.

III. A redução da pena, em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição, não implica desconsiderar as razões que levaram o legislador constituinte a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do relato.

4.4 Luiz Flavio Gomes, afirma que o trafico privilegiado é crime hediondo

O autor tem o seu posicionamento, de acordo com a decisão da 5ª Turma do STJ, que alega ser crime hediondo.

Segundo o autor, para a 5ª Turma do STJ, (disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-02/coluna-lfg-traffic-drogas-ainda-privilegiado-hediondo>).

Para a 5ª Turma do STJ, no entanto, o caráter hediondo do crime de tráfico é orientação constitucional, devendo ao crime serem aplicados os rigores da Lei 8.072/90, independente de o crime ser privilegiado ou não.

E afirma que:

De acordo com o ministro Gilson Dipp, “a redução da pena, em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição, não implica desconsiderar as razões que levaram o legislador constituinte a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas”. Os crimes hediondos, no Brasil, ganharam um regramento jurídico específico. Quando se fala em crime hediondo imediatamente todos voltamos nossas atenções para a Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII), para a Lei 8.072/90 e suas modificações posteriores. O tráfico privilegiado, de acordo com o julgado acima citado, entra nesse regramento especial.

O autor explica que os crimes hediondos no Brasil, tem um tratamento diferente dos outros crimes, um regramento especial, e menciona que o julgado da 5ª Turma do STJ relatado acima, faz parte desse regramento especial.

5 CONCLUSÃO

Mediante tudo que foi exposto, é possível notar que a nova lei de drogas mudou e criou algumas coisas com relação à lei antiga, dentre elas, criou a figura do tráfico privilegiado, que antes não era previsto, prevendo

redução de pena para os condenados por este crime, desde que respeite os requisitos.

É possível perceber também, que o entendimento da Doutrina e da Jurisprudência, está mudando, mudando para o sentido que este crime não tenha caráter hediondo, e não seja a ele equiparado. Com base nisso, parte da Jurisprudência, tem julgado reconhecendo não ser crime hediondo, e concedendo indulto para alguns casos.

Trafico privilegiado, é uma figura especial do crime de trafico ilícito de drogas, é uma modalidade nova, há pouco tempo foi criada, e há pouco tempo vem sendo discutida; por isso a questão da hediondez ainda é tão polêmica, e tão divergente.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Acórdãos TJMG.

A discussão constitucional do “tráfico privilegiado” e a lei de crimes hediondos. Disponível em: <http://www.fesmp.com.br/upload/02/1619327964.pdf> Acesso em: 03 de maio de 2012.

Até passar. Lei de Drogas. Disponível em: <http://atepassar.com/artigos/lei-de-drogas-sanches/> Acesso em: 08 de maio de 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Parte Especial, vol. 2. 7ª edição, p. 41, 2007.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. 2^o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Consultor Jurídico. Trafico Privilegiado também é crime hediondo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-17/trafico-drogas-privilegiado-tambem-crime-hediondo-decide-stj> Acesso em: 08 de maio de 2012.

Fernando Capez. **Parte Geral**. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAA23QAB/fernando-capez-direito-penal-parte-geral> Acesso em: 07 de maio de 2012.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 4^a edição, Editora Impetrus, 2010.

Juridicamente, Princípio da Proporcionalidade. Disponível em: http://juridicamente.com.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=38:direito-penal&id=51:o-principio-da-proporcionalidade-e-sua-aplicacao-no-direito-penal-brasileiro Acesso em: 06 de maio de 2012.

Jus Brasil, Jurisprudência, TJRS. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TR%C3%81FICO+PRIVILEGIADO&s=jurisprudencia> Acesso em: 04 de maio de 2012.

Jus Brasil, Jurisprudência, TJMS e TJRS. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TR%C3%81FICO+DE+DROGAS+PRIVILEGIADO&s=jurisprudencia> Acesso em: 03 de maio de 2012.

Jus Brasil, TJMS – Jurisprudência, Agravo Criminal. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6195276/agravo-criminal-agv-25615-ms-2009025615-4-tjms> Acesso em: 05 de maio de 2012.

Jus Brasil, TJMS – Jurisprudência, Agravo Criminal. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5726735/agravo-criminal-agv-16572-ms-2009016572-9-tjms> Acesso em: 05 de maio de 2012.

Jus Brasil, Tópicos, lei 6.368/76 e lei 11.343/06. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/2552021/lei-6368-76-e-lei-11343-06#topicos-noticias> Acesso em: 05 de maio de 2012.

Jus Navegandi. Trafico Privilegiado: a hediondez das mulas. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12234/trafico-privilegiado-a-hediondez-das-mulas> Acesso em: 04 de maio de 2012.

Jus Navegandi. Trafico Privilegiado e a lei 8.072/90. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17731/trafico-privilegiado-e-a-lei-no-8-072-90> Acesso em: 06 de maio de 2012.

O homicídio, crime hediondo. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 22, out de 1994. Disponível em: <http://www.fesmp.com.br/upload/02/1619327964.pdf> Acesso em: 08 de maio de 2012.

Revista Consultor Jurídico, Luiz Flavio Gomes, 2 de Junho de 2011 - <http://www.conjur.com.br/2011-jun-02/coluna-lfg-trafico-drogas-ainda-privilegiado-hediondo> Acesso em: 06 de maio de 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual contemporâneo.** In: DIDIER JÚNIO, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Constituição e Processo.** Salvador: Edições Jus Podivm, 2007.

STJ, HC 28623/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 21/11/2005, p. 303.

TJRS, disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TR%C3%81FICO+PRIVILEGIADO+N%C3%83O+RECONHECIDO&s=jurisprudencia> Acesso em: 06 de maio de 2012.