

# UMA ANÁLISE DO SURGIMENTO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRÁFICO PRIVILEGIADO FRENTE ÀS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA GAÚCHO

GONÇALVES, Thomas Ramos<sup>1</sup>

MARTINS, Felipe Antunez<sup>2</sup>

**GRUPO DE TRABALHO: GT1**

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo fazer uma análise do surgimento da política criminal de drogas no Brasil e trazer considerações a respeito do tráfico privilegiado previsto no art. 33, §4 da Lei de drogas. Utilizando-se da pesquisa bibliográfica na doutrina, assim como na própria legislação brasileira, busca-se dissertar acerca desta causa de diminuição de pena, levando em conta o entendimento de autores pesquisados e apresentando conceitos, assim como as partes envolvidas e jurisprudências recentes decorrente de novos posicionamentos do próprio Supremo Tribunal Federal (STF).

**Palavras-Chave:** Política criminal; Lei de drogas; tráfico privilegiado;

## INTRODUÇÃO

Quando se fala sobre política criminal de drogas no Brasil, em um primeiro momento é preciso que se diga que a lei 11.343/2006 não foi a primeira lei que surgiu no nosso ordenamento jurídico como meio de controle sobre os entorpecentes ilícitos presentes na sociedade brasileira. Há de ressaltar que o tráfico de drogas, cresce desenfreadamente, tendo como sua principal característica inovar constantemente suas práticas, desde as maneiras de comercialização com a utilização da atual tecnologia, assim como pelo surgimento de novas drogas em todos os meios sociais.

Levando-se em conta que a sociedade brasileira está cada vez mais consciente a respeito do encarceramento em massa da “luta” da política criminal contra as drogas, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem adotando novos entendimentos sobre esta polêmica questão, dentro um deles, muito importante foi da retirada do caráter hediondo para os réus que são condenados com o benefício do tráfico privilegiado ao qual será analisado no decorrer deste presente :

---

<sup>1</sup> O autor, possui graduação no Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, Câmpus de Santiago, RS. Advogado. E-mail: thomasramos40@hotmail.com

<sup>2</sup> O co-autor é Mestre em Ciências Criminais – PUC – RS, Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, Campus de Santiago-RS. Advogado. E-mail: felipeantunezmartins@yahoo.com.br

## 1. UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O SURGIMENTO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

Para se ter uma melhor percepção a respeito da política criminal de drogas existente no Brasil, temos que voltar algumas décadas no tempo, pois a legitimação do direito penal do inimigo, estava presente no nosso ordenamento jurídico antes mesmo da Lei 11.343/2006.

Inicialmente, durante a década de sessenta, nos Estados Unidos o consumo da maconha (*Cannabis sativa*) e do LSD (Lysergsäurediethylamid) era comum dentro de todas as classes sociais da população americana, estando popularizado. Além disso, há de ressaltar que, o uso de entorpecentes era associado à contracultura, e aos movimentos sociais, com posturas reivindicantes e libertárias que demonstravam um posicionamento ideológico contrário a Guerra do Vietnã, juntamente como vários outros elementos da cultura (artes plásticas, sexualidade, música, alimentação, vestuário, literatura).

Consequentemente que tal prática ganha espaço público, ocasionando um *pânico moral*, ocorrendo então campanhas financiadas por empresários acompanhados com movimentos conservadores, e meios de comunicação no qual iriam fortalecer a ideia já existente de uma parcela conservadora significativa dos Estados Unidos para buscar uma racionalização para o controle dos entorpecentes.

É preciso que se diga que além do discurso conservador, havia interesses econômicos em jogo, pois havia então a oportunidade que muitos empresários queriam em poder transformar o sistema penitenciário americano, em um investimento altamente rentável, não apenas para as construtoras, mas também para as cidades que havia construções de penitenciários, gerando emprego para os habitantes locais.

O autor Rogério Greco relata em uma de suas obras que:

Essa cultura da prisão foi crescendo nas cidades americanas. O sistema carcerário privado começou a ocupar lugar de destaque. Empresas especializadas foram surgindo ao longo dos anos, destinadas ao fornecimento dos "produtos de última geração" para a segurança do sistema (roupas especiais, algemas, gás lacrimogêneo etc.). Até mesmo empreiteiras especializadas começaram a concorrer a essa parcela importante do mercado, fazendo promoções para os diversos tipos de construção. (GRECO, 2015, p. 170)

Logo, segundo (OLMO, 2004), “passa a ser gestado, neste incipiente momento de criação de instrumentos totalizantes de repressão, o modelo médico-sanitário-jurídico”. Diante disso começa a ser propagado a ideologia de diferenciação, na qual tratava-se de u que visava fazer uma clara distinção entre o consumidor e traficante.

Para a criminologista Lola Aniyar de Castro:

Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitarista em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo da dependência (CASTRO, 1983, p.126)

Desta forma, o “*combate a esse mal*” exigira “*ação conjunta e universal*”, “*orientada por princípios idênticos e objetivos comuns*”, devendo ser projetada política internacional de controle que viesse a “*substituir os tratados existentes sobre entorpecentes*” a “*ação contra o tráfico*” e o “*tratamento dos toxicômanos*” solidificam o discurso fragmentador. (CARVALHO, 2013, p. 65).

Sendo assim, no ano de 1971, o presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, declarou uma “Guerra às Drogas”, afirmando que os entorpecentes eram o “inimigo número um do país.”. Essa declaração foi o marco “oficial” para começar a surgir através da globalização novas estratégias, tendo um controle penal contra as drogas ilícitas, obtendo êxito em mais de cem países, na Convenção Única sobre Estupefacientes, durante os anos sessenta.

Evidentemente que a América Latina também sofreu os reflexos do projeto norte-americano, no Brasil, país no qual estava dentro do bloco dos países capitalistas durante a Guerra Fria, não teria uma posição divergente dos americanos, tendo o surgimento da Lei 5.726/71 como consequência da influência do discurso jurídico contra as drogas, na qual posteriormente esta lei seria substituída ainda pela Lei 6.368/76.

Assim de acordo com o autor Salo de Carvalho:

Com a incorporação dos postulados da Doutrina de Segurança Nacional (DSN) no sistema de seguridade pública a partir do Golpe de 1964, o Brasil passa a dispor de modelo repressivo militarizado centrado na lógica bélica de eliminação/neutralização de inimigos. A estruturação da política de drogas requeria, portanto, reformulação: ao inimigo interno político (subversivo) é acrescido o inimigo interno político-criminal (traficante). Categorias como geopolítica, bipolaridade, guerra total, adicionadas à noção de inimigo interno, formatam o sistema repressivo que se origina durante o regime militar e se mantém no período pós-transição democrática. (CARVALHO, 2013, p. 73)

Logo, a expressão “*modelo médico-sanitário-jurídico*”, de acordo com CARVALHO (2013, p. 75) traz a ideia de que a Lei de Drogas, indiretamente possuía um forte caráter classista quando se observa a identidade do sujeito criminalizado. Assim, em relação a drogas pelos jovens no Brasil, é dito pela obra da socióloga Vera Batista Malaguti qu

A disseminação do uso de cocaína trouxe como contrapartida o recrutamento da mão de obra jovem para sua venda ilegal e constituiu núcleos de força nas favelas e bairros pobres do Rio de Janeiro. Aos jovens de classe média que a consumiam, aplicou-se sempre o estereótipo médico e aos jovens pobres que a comercializavam, o estereótipo criminal. Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens

pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento aos adolescentes infratores. (MALAGUTI, 2003, p. 122)

Sendo assim, no término da década de setenta juntamente com o início dos anos oitenta, ocorre a cristalização de um modelo ideológico totalmente repressivo que usará como base para o proibicionismo nacional, usando-se do Poder Legislativo para sustentar uma ideia de Defesa Social.

No Brasil, o discurso de repressão às drogas ilícitas vigorava, tendo inicialmente a Lei 5.726/1971 como fonte normativa, curiosamente 133 dias após o discurso de “Guerra às Drogas” então do ex-presidente norte americano Richard Nixon. Posteriormente, sendo substituída consequentemente pela Lei 6.378/76 e consequentemente a Lei 10.409/2002 e após e atual a Lei de Drogas.

O artigo 75 da atual Lei 11.343/2006 revogou as Leis 6.368/76 e a 10.409/2002. A referida Lei de Drogas foi publicada no Diário da União no dia 28/08/2006, tendo o *vacatio legis* de 45 dias, entrando em vigor no dia 8 (oito) de outubro de 2006. Essa lei separou os crimes de usuários e dependentes previstos no artigo 28 *caput* e o §1º do respectivo artigo e os crimes de tráfico e outros delitos previstos no artigo 33 até o 39 da lei.

Primeiramente, é preciso que se diga que o artigo 28 da Lei de Drogas tem um regime próprio, não admitindo em tese o seu encarceramento diferentemente do que era previsto ainda na Lei 6.368/76 em seu artigo 16 no qual estava previsto a pena de 6 (seis) meses até 2 (dois) anos de detenção para quem utilizasse entorpecentes para consumo próprio. Logo pode-se dizer que é uma norma penal em branco, porque necessita de um complemento normativo, necessitando-se de outra norma para que se possa compreender o âmbito da aplicação de seu preceito primário, ou seja, a Portaria 344/98.

Logo, ficou denominado no artigo 66 da Lei 11.343 através da Portaria 344/98 SVS/MS Serviço de vigilância sanitária do Ministério da Saúde, todas as substâncias que ficam denominadas como drogas, ao qual transcreve-se a seguir:

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, at atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob control da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Se diante de uma situação na qual uma das substâncias seja retirada da Portaria nº 344/98 ocorrerá o *abolitio criminis*, tendo o fato deixando de ser crime, retroagindo, como prevê o artigo 2º do Código Penal Brasileiro, no qual diz que ninguém pode ser culpado por um crime cuja qualquer lei futura que o revogue declare a sua atipicidade, não podendo estar sujeito a punição pelo Estado.

É de conhecimento da sociedade brasileira, o fracasso da política em relação a guerra às drogas, não apenas pelo fato de que mesmo com a proibição do comércio de entorpecentes o mesmo continua cada vez mais desenfreadamente, mas também pela desilusão de crer que com o aumento de penas elevadas sem distinção para aqueles que são acusados, e com a proibição de penas restritivas de direito possa se obter resultados satisfatórios como foi tentado desde a implantação da Lei 5.726/71. Aliás nesse sentido, o sociólogo Marcos Flávio Rolim em uma de suas obras nos mostra exatamente isso:

(...) as políticas contra as drogas na América Latina têm seguido os passos da guerra contra as drogas proposta pelos EUA. Por esta abordagem, os governos pretendem livrar as sociedades das drogas com medidas repressivas. Após décadas de experiência, essa política colheu um retumbante fracasso. Mesmo assim, seus seguidores não se cansam de propor doses mais fortes do mesmo remédio. (ROLIM, 2006, p. 174)

Podemos dizer que a Lei 11.343/06 mantém sua base ideológica totalmente inalterada com o sistema proibicionista que surgiu com a Lei 6.368/76, inclusive reforçando-o. O mesmo discurso reproduzido ainda desde o início da década de 70 e com políticas, chega ao seu ápice com sua cristalização dos dois estereótipos com a atual lei de drogas.

## **2. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO**

Cumpramos ressaltar, primeiramente, que quem comercializa entorpecentes, quem trafica encontra-se sua tipificação dentre os artigos 33 a 39 da Lei 11.343/2006. Também, é preciso que se diga que o legislador criou um capítulo específico para o tráfico, o capítulo II, dentro da referida lei.

O artigo 33 *caput* da Lei de Drogas é o mais comum dentro das condenações por tráfico de drogas, até porque o mesmo é um artigo extenso em virtude de possuir 18 núcleos verbais, os mesmos da lei anterior. Ainda, é um crime de conduta múltipla ou variada, logo, se está diante de um caso no qual o indiciado está sendo acusado de ter cometido várias condutas previstas no *caput* do artigo 33, mas que estejam todas dentro do mesmo contexto fático, ocorrerá crime único.

O *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que:

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.

Diferentemente do caso para usuários, no ano de 2012 a 1ª Turma do STF, em julgamento do Remédio Constitucional, Habeas Corpus (HC 110.475/SC) no dia 14 de fevereiro, tendo o Ministro Dias Toffoli como Relator, onde no caso em si, o acusado havia sido pego portando consigo 0,6g de maconha, ocorreu o reconhecimento do Princípio da Insignificância para o crime de porte de drogas para consumo próprio, uma realidade distante ainda para os que são acusados de tráfico, em virtude de estar consolidado já o entendimento tanto para o STJ como para o STF que a aplicação do tal princípio não é admitida para tal atividade delitiva, ocorrendo condenações por quantidade mínimas como o caso de um homem que foi condenado por tráfico por 1,05g de maconha.

No capítulo II da Lei de Drogas, ao trazer as condutas criminosas, o legislador trouxe também o tráfico privilegiado, o que por sua vez já existia na antiga Lei 6.368 no seu parágrafo único em seu artigo 19. Entretanto sua aplicação com a redução da pena de 1/3 a 2/3 era destinada apenas para o agente que não possuía a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, ou seja para o imputável.

Em virtude da Lei 6.368 ter sido revogada e conseqüentemente, ter entrado em vigor a atual e vigente Lei de Drogas sob o nº 11.343 de 2006, o dispositivo no qual prevê a diminuição de pena no momento em que o juiz realizar a dosimetria da pena se encontra em seu artigo 33 no §4º, ao qual transcrevo a seguir:

[...]

§ 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.

Logo, para o indiciado que comete um dos crimes dentro do rol dos crimes da Lei 11.343/2006 e que seja primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas nem que seja integrante de organização criminosa, na hora da dosimetria poderá ser reduzido de 1/6 a 2/3.

Ao realizarmos um estudo do Direito Penal, diga-se que réu primário é quem não tem condenação definitiva por crime anterior. Logo, se o indivíduo praticou 10 crimes, mas não tem nenhuma condenação definitiva transitada em julgado por crime anterior, ele ainda é primário, ou se tem condenação por crime anterior, mas a reincidência já prescreveu, ou seja se a pena já se extinguiu a mais de 5(cinco) anos, o agente retorna a posição de ser Primário.

Por exemplo, se está em uma situação na qual se um indivíduo possui 3 (três) condenações por Furto (Art.155, CP), mas as três estão aguardando julgamento de Recurso de Apelação por parte da Defesa, são três condenações provisórias. Entretanto se este indivíduo é acusado de ter cometido ou estar cometendo o crime de tráfico de entorpecentes, ele ainda é primário, porque nenhuma destas condenações é definitiva.

Assim como, se um indivíduo possui uma condenação definitiva cuja pena foi integralmente cumprida em 02/07/2010 e logo após ele é acusado de cometer o crime de tráfico de drogas no dia 10/07/2015, ele ainda é primário, porque entre a data da extinção da pena definitiva anterior e a prática do novo crime passaram-se mais de cinco anos como prevê o artigo 64 do Código Penal. Além disso, o artigo 63 do referido código é claro ao afirmar que “verifica-se a reincidência 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.”

Em relação aos bons antecedentes no qual encontramos no §4º do artigo 33 que menciona como requisito para o tráfico privilegiado, o STJ se posicionou através da Súmula 444 que “Inquéritos em andamento, ou encerrados, ou processos em andamento sem condenação definitiva, não podem ser considerados maus antecedentes, em decorrência do Princípio da Presunção da Inocência.”

Entretanto se for demonstrado a ausência de qualquer um dos requisitos previstos no §4º do artigo 33, seja a reincidência ou o fato do réu ser membro de uma organização criminosa, ocorrendo a comprovação seja na fase pré-processual, no decorrer das investigações do Inquérito Policial (IP), ou até mesmo depois, no decorrer da instrução, o réu não terá direito a aplicação da causa especial de redução de pena, para a diminuição de pena quando o juiz(a) proferir a sentença.

Sendo assim, para um melhor entendimento conforme com o que já foi estudado no presente artigo, exponho a seguir alguns julgados recentes do Tribunal Gaúcho (TJRS)

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE DEMONSTRAM SUFICIENTEMENTE MATERIALIDADE E AUTORIA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PENAS. 1. Elementos dos autos que, sopesados, autorizam concluir pela existência de materialidade e autoria do réu em relação ao crime de tráfico de entorpecentes. Alegação de enxerto, por parte dos policiais militares, que se mostra dissociada do conjunto probatório angariado aos autos. Condenação mantida. 2. Redução da pena-base, considerando que a quantidade de drogas apreendidas não se mostrou expressiva ao ponto de elevar a basilar, conforme efetuado pelo juízo de origem. 3. A constitucionalidade da agravante da reincidência é questão já assentada na jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, inclusive com repercussão geral reconhecida, a vincular as demais instâncias do Poder Judiciário. Agravante da pena mantida. 4. Inviável a incidência da privilegiadora do tráfico de drogas, pois o réu é reincidente, o que obsta o

reconhecimento da forma privilegiada. 5. Recrudescimento do regime inicial para o fechado, considerando o quantum de pena corporal aplicada e a reincidência do agente. 6. Impossibilidade de isenção da pena pecuniária, a qual apresenta suporte no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, bem como consta do preceito secundário do tipo penal incriminador. Exigibilidade da multa mantida. 7. Indeferimento do pedido de fixação de valor mínimo a título de reparação dos danos causados à coletividade e ao Estado neste Segundo Grau de Jurisdição, sem que tenha havido manifestação sobre a pretensão no ato sentencial, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal, sobretudo o duplo grau de jurisdição e a ampla defesa. RECURSOS PROVIDOS EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70079610176, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 20/02/2019)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. CONDENADO COM ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. FICAÇÃO DO REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. Em que pese ser o condenado primário, verifica-se da sua certidão de antecedentes que ele está envolvido em outros delitos, sendo um deles, inclusive, por tráfico de drogas. Tal situação demonstra que ele se dedica às atividades criminosas como meio de vida, o que, conseqüentemente, interfere na concessão do benefício. Pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado negado. A motivação, que se leva ao não reconhecimento do tráfico de entorpecentes privilegiado, serve para estabelecer o regime prisional em fechado, na forma do § 3º do artigo 33 do Código Penal. Apelo defensivo desprovido. Apelo ministerial provido. (Apelação Crime Nº 70080479793, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 27/03/2019)

Ao analisarmos minuciosamente, cada uma das duas decisões supra referidas logo acima, percebemos que em ambas as câmaras, tanto a Terceira, assim como a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), negaram provimento ao apelo defensivo, no que diz respeito ao reconhecimento do benefício do tráfico de entorpecentes privilegiado, em virtude de estar presente um único requisito como a reincidência no primeiro julgado e no segundo caso que o réu se dedicaria às atividades criminosas como meio de vida, o que reforça a percepção de que o Tribunal Gaúcho, apresenta uma postura legalista.

### **3. A FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS**

Com o decorrer nestes últimos anos após o surgimento da atual Lei de Drogas, e conseqüentemente com o grande número de condenações por tráfico tendo como um dos resultados o encarceramento massivo na sociedade brasileira, o Supremo Tribunal (STF) reconheceu que a presente lei continha inúmeras questões nos quais ao ser que foi constatado a existência de inúmeras inconstitucionalidades na referida Lei.

Logo em relação ao Tráfico Privilegiado, de acordo com o artigo 52 e inciso X da Constituição Federal (CF), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade publicando a Resolução n. 5/2012 (Dje 16/02/2012), decorrente do julgamento do Habeas

Corpus (HC 97.256/RS), decidindo que é possível a conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direito aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, declarando inconstitucional a passagem “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Logo, a Lei nº 8.072/90 que dispõe a respeito dos crimes hediondos equipara o tráfico de drogas a crime a tal natureza, logo no que se diz respeito a progressão de regime deve-se observar o §2º do artigo 2º da referida lei que nos diz que “a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. ”

Ao analisar-se a situação, fica absolutamente visível a dimensão do problema, em virtude de estar evidente a gravidade da situação onde a massiva população carcerária que são condenados por tráfico de entorpecentes no Brasil, a ponto de que no dia 24 de junho de 2016 o Supremo Tribunal Federal ( STF ), ao julgar o Habeas Corpus (HC 118533/MS) decidiu em retirar o caráter hediondo para os réus que são primários condenados por tráfico, entendendo que o tráfico privilegiado não possui natureza hedionda, podendo o apenado ser beneficiado pela progressão de regime após cumprir um sexto da pena no regime fechado conforme dispõe o artigo 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Aliás nesse sentido, é preciso que se diga que durante a votação do Habeas Corpus, o Ministro Celso de Melo ao votar para que não fosse considerada a natureza de crime hediondo para os réus primários, cita um memorial elaborado pelo Conectas Direitos Humanos, Institutos de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) no qual diz que a população carcerária feminina cresceu de 5.601 para 33 mil, sendo que 64% das mulheres que estão detidas, é decorrente do tráfico privilegiado.

Sendo o último a votar, o ministro Ricardo Lewandowski leu um estudo diferente, no qual já dizia que esse dado era maior, equivalente a 68% dos casos em que mulheres estão presas no país, estão envolvidas com o tráfico de drogas, colaborando muitas vezes até por questões pessoais afetivas, visto que seus companheiros, maridos por estarem presos, acabam transportando drogas, continuando com o comércio, ou até em residir em lugares entorpecentes são armazenados. Assim, o ministro comenta que:

[...]São as vezes simples “correios” ou “mulas”, em troca de alguma pequena vantagem econômica. São pessoas que não são criminosos típicos, mas pessoas “descartáveis” das quais se aproveitam os grandes cartéis. É medida de justiça não comparar essas pessoas aos grandes traficantes.

Este julgamento histórico foi o marco inicial para se tentar buscar uma possível redução de danos, devido à enorme população carcerária nos presídios em todas as regiões do país por tráfico de drogas, uma consequência da enorme desigualdade social existente, no qual diferentemente do que é visto nos meios midiáticos existentes na sociedade brasileira, a figura do traficante na maior parte dos casos está longe de seguir o estereótipo ao qual seguidamente é mostrado.

Tal medida visou trazer um pouco de justiça para os condenados, em especial para a população carcerária feminina, pois conforme pronunciado pelo ministro, os grandes traficantes não fazem o papel de “mulas”. Sendo assim o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul começa a mudar seu posicionamento após a decisão a qual exponho a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDOS DE FIXAÇÃO DE REGIME CARCERÁRIO MAIS BENÉFICO, SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO CRIME. DECISÃO DO STJ QUE CASSA ANTERIOR ACÓRDÃO ABSOLUTÓRIO, RECONHECENDO A EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE NO CASO CONCRETO. PROSSEGUIMENTO DO ATO DECISÓRIO, AGORA ANALISANDO OS DEMAIS PEDIDOS DEFENSIVOS. Afastamento da Lei nº 8.072/1990, por se tratar de tráfico privilegiado, cor recente julgado do Supremo Tribunal Federal. Deferimento de todos c defensivos. RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70054387071 Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marq Julgado em 05/10/2016)

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRIVILEGIADORA. APENAMENTO. 1. Destinação da droga a terceiros demonstrada pela apreensão de relevante quantidade e variedade de drogas, bem como pela forma de fracionamento dos narcóticos. Narrativa coerente dos policiais. Alegação defensiva de enxerto que não encontra respaldo nos autos. Suficiência probatória. Condenação confirmada. 2. O parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 estabelece, como condições para a concessão da benesse, os seguintes requisitos: que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na espécie, o acusado é tecnicamente primário e não existe qualquer prova de que a recorrente integrasse organização criminosa ou se dedique à atividade criminosa, sendo verossímil a tese de que o episódio do tráfico de drogas se trate de situação excepcional. A quantidade de entorpecente apreendido não tem o condão, por si, de afastar a incidência da privilegiadora. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Reconhecimento da forma privilegiada. 3. Penas redimensionadas. Tratando-se de réu primário, e estando a pena dentro dos limites contidos no artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, fixa-se o regime inicial aberto para cumprimento da pena. Substituição da pena. Possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o disposto no artigo 44 do Código Penal. 4. Impossibilidade de isenção da pena pecuniária, a qual apresenta suporte no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, bem como consta do preceito secundário do tipo penal incriminador. Exigibilidade da multa mantida. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70080565732, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 17/04/2019)

Comparando os dois julgados que foram expostos logo acima, é de se notar a postura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pois após o julgamento do Habeas Corpus (HC 118533/MS) pelo Supremo Tribunal Federal, o referido Tribunal vem reformando as decisões nos recursos que chegam a sua jurisdição, mesmo após quase 3 (três) anos do julgamento do referido Remédio Constitucional (como se observa ao comparar a data de julgamento da segunda decisão transcrita acima com a primeira) o que leva a concluir que a atuação da Administração Pública está realmente vinculada ao Princípio da Legalidade.

Diante desta mudança, sobre progressão de regime, diga-se então que para aquele que é condenado pelo artigo 33 e que tenha o benefício do §4º, o tráfico privilegiado, em vez de progredir de pena após 2/5 da pena cumprida para o réu primário conforme prevê a Lei 8.072/1990, irá ocorrer a progressão para o regime semiaberto se tiver sido condenado inicialmente no regime fechado após o cumprimento de 1/6 de acordo com o artigo 112 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo que se observa, durante estes últimos anos, após a publicação e entrada em vigor da Lei 11.343/2006, que adotou uma política criminal de encarceramento como meio de combate aos entorpecentes ilícitos na sociedade brasileira, tornou-se totalmente ineficaz nos seus objetivos, resultando em um ciclo vicioso responsável pelo número massivo da população carcerária do Brasil.

Assim, o modelo repressivo que foi instaurado, e que vem sendo aplicado nas últimas décadas, foi moldado cada vez mais com a função de fazer uma distinção binária e consequentemente a cristalização do estereótipo de dois rótulos, de quem usa, o usuário, o jovem branco de classe média quem supostamente demonstra ser alguém que precisaria de ajuda médica; e, de quem vende, o traficante, o jovem negro da periferia mal-intencionado, que vê da traficância como um meio de lucro fácil.

Mais do que isso, tal Lei proporcionou uma situação no qual muitos magistrados utilizam uma aplicação genérica de penalidades severas, sem diferenciar o pequeno do grande comerciante de drogas. Assim, entende-se que tal distinção deveria ter sido reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, da mesma maneira que, em razão de seu entendimento, a retirada da natureza hedionda do tráfico privilegiado.

De qualquer maneira, entende-se que a atual Lei de Drogas possui um papel fundamental para a contribuição e perpetuação deste negócio cada vez mais rentável para

poucas pessoas, no qual diretamente e/ou indiretamente afeta a todas as classes sociais da sociedade brasileira sob inúmeras formas e que mesmo com avanços significativos na jurisdição que ocorreram nos últimos anos é uma luta que está longe de terminar.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei de Drogas**. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)

\_\_\_\_\_. **Lei dos Crimes Hediondos**. Lei 8.072 de 25 de Julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)

\_\_\_\_\_. **Art.2º §2º da Lei dos Crime Hediondos - Lei 8.072/90**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11269717/paragrafo-2-artigo-2-da-lei-n-8072-de-25-de-julho-de-1990>

\_\_\_\_\_. **Lei de Drogas**. Lei nº 5.726 de 29 de Outubro de 1971. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm)

\_\_\_\_\_. **Lei de Drogas**. Lei 6.368 de 21 de Outubro de 1976. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6368.htm)

\_\_\_\_\_. **Lei de Drogas**. Lei 10.409 de 11 de Janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm)

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)

CARVALHO, Salo, **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6º edição, Saraiva, 2013.

CASTRO, Lola Anyar. **Criminologia da Reação Social**. Tradução e acréscimos de Ester Kosovsk – Rio de Janeiro: Ed Forense, 1983.

FUCCIA, Eduardo Velozo. *Ato do Senado autoriza pena alternativa para tráfico*. Si Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-fev-22/senado-risca-expressao-proit-alternativa-lei-drogas>

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2º ed. rev, amp e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

MALAGUTI, Vera Batista. *Difíceis ganhos fáceis. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

OLMO. *Las Drogas y sus Discursos*. In: *Direito Criminal (05)*. PIERANGELI, José Enrique (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RAMALHO, Renan. *Réu primário que trafica drogas não comete crime hediondo, decide STF. Decisão vale para suspeitos com bons antecedentes e fora de organização. Com decisão, condenado poderá deixar prisão com menos tempo de pena*. Site G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/06/reu-primario-que-traffic-drogas-nao-comete-crime-hediondo-decide-stf.html> Acesso em 20 de outubro de 2016.

ROLIM, Marcos. *A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.