

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL

LAUREN CAROLINE CARDOSO DA SILVA

**HIPERENCARCERAMENTO: EM QUE MEDIDA O AFASTAMENTO DA
HEDIONDEZ DO TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO CONTRIBUI PARA A
REDUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA**

Porto Alegre

2018

LAUREN CAROLINE CARDOSO DA SILVA

**HIPERENCARCERAMENTO: EM QUE MEDIDA O AFASTAMENTO DA
HEDIONDEZ DO TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO CONTRIBUI PARA A
REDUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
Penal da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais

Orientadora: Professora Dr.(a) Vanessa
Chiari Gonçalves.

Porto Alegre

2018

LAUREN CAROLINE CARDOSO DA SILVA

**HIPERENCARCERAMENTO: EM QUE MEDIDA O AFASTAMENTO DA
HEDIONDEZ DO TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO CONTRIBUI PARA A
REDUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
Penal da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais

Orientadora: Professora Doutora Vanessa
Chiari Gonçalves.

Aprovado em: Porto Alegre, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves (Orientadora)
UFRGS

Professora Doutora Ana Paula Motta Costa
UFRGS

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva
UFRGS

AGRADECIMENTOS:

Após essa jornada de longos cinco anos na graduação, preenchidos por muitos questionamentos, conhecimentos e amadurecimento, só resta agradecer. Inicialmente, agradeço a minha família, pois sem eles nada disso seria possível. Agradeço a minha mãe, Rosângela, ao meu pai, Israel e ao meu irmão, William, por todo apoio e dedicação em cada momento da minha vida. Agradeço também aos meus refúgios, meus maiores amores: meus avós. Eles, que sempre me acolhem nas adversidades dessa vida. Obrigada, Vó Marina, Vô Darcy, Vó Guigui, e Vô Rosalvo.

Agradeço também aos meus amigos de longa data, sempre dispostos a ouvir, amparar e, principalmente, ensinar! Ensinar como ser um ser humano melhor. Obrigada, Cibele, Bruna Janowitz e Fabrício, sem vocês a vida não seria tão bonita.

Aos amigos que fiz ao longo da graduação, dos que estão comigo desde 2013, aos que chegaram agora: muito obrigada, sem vocês tudo seria muito mais difícil. Em especial agradeço a Bruna e a Alexandra, que estiveram mais presentes do que nunca nessa última etapa do curso, tornando tudo mais leve.

Ao meu parceiro nessa vida, meu grande amigo e cúmplice, Bruno: obrigada pelo companheirismo e compreensão de sempre.

Um agradecimento muito especial para minha amiga e para sempre “chefinha”, Daniela Vallandro, que me sugeriu o tema da pesquisa. Obrigada por todo carinho, disposição e por todas as orientações que sempre me guiaram.

Agradeço também a Professora Vanessa Chiari Gonçalves pela orientação neste trabalho e pelas sugestões para a melhoria desta pesquisa.

Por fim, agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela qualidade do ensino e pela defesa da educação enquanto instituição crítica e instauradora de novas possibilidades.

RESUMO:

O modelo proibicionista adotado na legislação penal brasileira referente às drogas, sob forte influência norte-americana, causou resultados lesivos ao sistema carcerário e à sociedade como um todo. Com o advento da Constituição Federal em 1988, da Lei dos Crimes hediondos em 1990 e, mais recentemente da Lei 11.343/2006, essa política repressiva se intensificou produzindo ainda mais danos e causando um hiperencarceramento. Embora a legislação atual tenha adotado uma política de redução de danos, o número de encarcerados se multiplicou desde sua entrada em vigor. À vista disso, se tornou necessária a adoção de políticas criminais para solucionar esse problema, sendo, uma delas, o afastamento da hediondez do tráfico de drogas privilegiado, previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, que se concretizou pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus nº 118.533/MS, momento em que alterou a jurisprudência até então dominante no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assim, a partir desse momento, com o método de análise jurisprudencial e doutrinária, o trabalho se propõe a investigar os efeitos e impactos decorrentes dessa disposição, analisando os argumentos utilizados e percebendo se houve ou não impactos significativos na população carcerária. O estudo de tais argumentos concluiu que, passando os Desembargadores do referido Tribunal a adotar o posicionamento da Suprema Corte, tendo baseado suas decisões nos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da legalidade, bem como em questões de políticas criminais, acabou se reduzindo, portanto, o contingente de encarcerados por tráfico de drogas privilegiado.

Palavras-chave: Tráfico de drogas privilegiado. Habeas Corpus nº 118.533/MS. Hiperencarceramento. Artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

ABSTRACT:

The prohibitionist model adopted in the Brazilian criminal law on drugs, under strong US influence, has caused results that are damaging to the prison system and to society as a whole. With the advent of the Federal Constitution in 1988, the Heinous Crimes Act in 1990, and more recently Law 11.343/2006, the repressive policy intensified, producing even more damage and causing hyperembarrassment. Although current legislation has adopted a policy of harm reduction, the number of incarcerated has multiplied since its entry into force. In view of this, it has become necessary to adopt criminal policies to solve this problem, one of which is the removal of the heinousness of the privileged drug traffic, provided for in paragraph 4, of article 33, of the Drug Law. Federal Supreme Court at the judgment of Habeas Corpus Nº 118.533/MS, at which time it changed the jurisprudence previously dominant in the Court of Justice of Rio Grande do Sul. Thus, from that moment, with the method of jurisprudential and doctrinal analysis, this study proposes to investigate the effects and impacts of this provision, analyzing the arguments used and noting whether or not there were significant impacts on the prison population. The study of these arguments concluded that, as the Court's Judges decided to adopt the position of the Supreme Court, based its decisions on the principles of punishment individualization, proportionality and legality, as well as on issues of criminal policies, decreased the contingent of prisoners for privileged drug trafficking

Keywords: Privileged Drug Trafficking. Habeas Corpus nº 118.533/MS. Hyperencarceramento. Article 33, paragraph 4, of Law 11.343 / 2006.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	8
1. Breve retomada histórica do movimento proibicionista das drogas e sua influência no Brasil.....	9
1.1 - Das formas de utilização às formas de repressão: breve exposição da história das drogas.....	10
1.2 - A repressão às drogas e o movimento proibicionista no Brasil.....	12
1.2.1 - O contexto da Lei n.º 6.368/1976 - Lei de Tóxicos.....	17
1.2.2 - A consolidação do modelo proibicionista e repressivo de combate às drogas com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.072 de 1990.....	19
1.2.3 - A conjuntura da atual lei de drogas: das mudanças no contexto social e da necessidade de uma nova legislação no tocante aos tóxicos.....	21
2. <i>Habeas Corpus</i> nº 118.533/MS: das razões para o afastamento da hediondez do tráfico privilegiado.....	24
2.1 - Votos favoráveis à concessão da ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas.....	26
2.2- Votos contrários à concessão da ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas.....	30
3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	32
3.1 - Metodologia utilizada na análise dos julgados.....	32
3.2 - Decisões nos julgados anteriores ao julgamento do <i>Habeas Corpus</i> nº 118.533 do STF.....	33
3.2.1 - Apelações.....	33
3.2.2 - Agravos em Execução Penal.....	38
3.3 - Decisões nos julgados posteriores ao julgamento do <i>Habeas Corpus</i> nº 118.533 do Supremo Tribunal Federal.....	44
3.3.1 - Apelações.....	44
3.3.2 - Agravos em Execução Penal.....	51
4. CONSIDERAÇÕES.....	57
CONCLUSÃO:.....	63
REFERÊNCIAS:.....	65

INTRODUÇÃO

O modelo proibicionista adotado na legislação penal brasileira referente às drogas, sob forte influência de políticas internacionais, não apresentou resultados positivos. Um dos principais efeitos disso, se não o principal, foi o superencarceramento, tendo em vista que a grande maioria da população carcerária hoje é composta por indivíduos condenados por tráfico de drogas. Esse modelo repressivo foi consolidado com o advento da Lei nº 6.368/1976, mas foi a partir dos anos 90, com a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), que a questão da superlotação carcerária se evidenciou, uma vez que o tráfico de drogas passou a fazer parte do rol de delitos por ela disciplinados, sendo atingido, assim, por todas as vedações impostas nele. Com o advento da Lei nº 11.343/2006, embora tal diploma tenha procurado adotar uma política de redução de danos, não foi o que se sucedeu. A partir da nova legislação a população se multiplicou, gerando ainda mais danos aos indivíduos e ao sistema penitenciário como um todo.

Diante desta autofagia no sistema penal nos crimes de drogas¹, o Poder Judiciário passou a aplicar medidas que promoveram um abrandamento na punição, como a possibilidade de indivíduos condenados por delitos hediondos serem contemplados com a progressão de regime, liberdade provisória, bem como com a possibilidade de iniciar sua pena em regime diferente do fechado. Nessa perspectiva, em 23.06.2016, o Supremo Tribunal Federal afastou a natureza hedionda do tráfico de drogas privilegiado, previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, fundamentado, essencialmente, em políticas criminais para promover o desencarceramento, bem como alicerçado nos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da legalidade.

Dessa forma, objetivando constatar se tal decisão, com efeito, é capaz de interferir na população carcerária, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para averiguar como os Magistrados passam a decidir diante do novo posicionamento da Superior Instância. Ainda, se tal decisão foi capaz de interferir no problema relacionado ao hiperencarceramento.

¹ GOMES, Marcus Alan de Melo. A Lei 11.343/2006 e a autofagia do sistema penal nos crimes de drogas. in: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 13.

Ademais, mostra-se essencial a análise do tema, tendo em vista que essa disfunção no sistema penal produz efeitos não só para o indivíduo primário, de bons antecedentes, sem dedicação às atividades criminosas nem integrante de organização criminosa, que sofre as sanções penais, permanecendo em ambiente criminógeno por mais tempo, mas também gera consequências para toda sociedade, uma vez que produz cada vez mais violência. Diante disso, torna-se fundamental aferir se as decisões judiciais estão observando princípios fundamentais, como os que são extraídos da decisão do Habeas Corpus em questão, bem como se estão aplicando as políticas públicas adotadas para evitar o encarceramento em massa e de forma descabida, já que a realidade brasileira demonstra o fracasso ao combate às drogas.

Quanto a sua estrutura, o presente trabalho buscou realizar, no primeiro capítulo, uma breve retomada histórica relacionada ao consumo de drogas e à sua repressão, traçando os principais momentos de evoluções normativas e o contexto social em que tais evoluções aconteceram, analisando, por fim, as razões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS. No segundo capítulo, foi realizada a análise jurisprudencial, sendo selecionadas oito apelações e doze agravos em execução penal, obtendo-se, assim, número significativo de decisões para dimensionar o impacto que o afastamento da hediondez pela Suprema Corte causou no sistema penitenciário gaúcho. Após a análise, foram respondidas, de modo dedutivo, as questões que se buscava apurar.

1. Breve retomada histórica do movimento proibicionista das drogas e sua influência no Brasil

A política proibicionista adotada pelo Brasil sofreu uma forte influência das políticas repressivas internacionais. Tanto é assim, que o Brasil é signatário das três convenções elaboradas pelas Nações Unidas sobre o assunto, seguindo suas imposições.

Dessa forma, as legislações brasileiras possuem um forte cunho repressivo, criminalizando muitas condutas e impondo para os agentes que as praticam as mesmas restrições dos delitos hediondos, uma vez que o tráfico de drogas é equiparado a eles.

Contudo, essas medidas adotadas não trouxeram resultados positivos, sobrecarregando o sistema carcerário e violando princípios constitucionais, tornando-se imprescindível a aplicação de políticas criminais² para solucionar estes problemas.

1.1 - Das formas de utilização às formas de repressão: breve exposição da história das drogas

O consumo de drogas existe desde o início da humanidade, estando presente em diversas culturas. Tanto é assim, que há indícios do uso dessas substâncias por sociedades pré-históricas anteriores à revolução agrícola e urbana do período Neolítico, com a finalidade de estabelecer um vínculo com o profano e com o sagrado, visando à liberação das impurezas ou de algum mal. Nesse sentido, tais substâncias não eram vistas como boas ou más, puras ou impuras, mas sim como úteis ou não aos fins libertários que eram buscados por meio delas, de modo que, se a droga poderia matar, por esse motivo, poderia curar³.

Devido à evolução da humanidade, o consumo de tóxicos recebeu conotação mais científica, sendo utilizado de forma mais racional. Na Grécia, as drogas eram usadas como medicamentos, sendo indicadas as dosagens adequadas para não se tornarem letais. Já entre os Romanos, diferente do que acontecia na Grécia, não havia menção sobre o potencial viciante das drogas, mas também eram usadas como formas terapêuticas para cura de doenças e males⁴. Ainda, com o avanço do conhecimento dos efeitos das substâncias psicotrópicas, estas também passaram a ser uma questão jurídica, ou seja, o direito passou a controlar seu uso, sendo permitido o consumo apenas em determinados momentos do ano, como festas e comemorações que envolviam rituais religiosos; ainda, em caráter penal, começou a ser punido a sua utilização com finalidade de causar morte por envenenamento, por

² Para Antonio Carlos Santoro Filho, Política criminal “consiste na crítica ao direito criminal, fundada em argumentos jurídicos ou ideológicos -ou em ambos-, tendente a modificar ou reformar os institutos e sistema de direito penal vigentes, que implica o dinamismo desta disciplina”.

Cf.: FILHO, Antonio Carlos Santoro. Fundamentos do direito penal - introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 21.

³ ESCOHOTADO, Antonio. Historia general de las drogas - 7. ed. rev. ampl. Madrid: Alianza, 1998, p. 28 e 30.

⁴ ESCOHOTADO, Antonio. Historia general de las drogas. 7. ed. rev. ampl. Madrid: Alianza, 1998, p. 96 e 128.

exemplo, bem como consequências jurídicas para médicos que ministravam indevidamente substâncias com fins medicinais⁵.

Com o advento do cristianismo, houve uma forte repressão às drogas. Tal repúdio estava ligado às intolerâncias religiosas que surgiram na época, uma vez que o consumo dessas substâncias estava vinculado às raízes históricas de suas utilizações em rituais pagãos. Nesse sentido, acreditavam que os prazeres corpóreos eram impuros, enquanto a divindade era incorpórea e transcendente, como a fé. Ainda, as associava com os comportamentos violentos dos indivíduos⁶. Apesar dessa forte repressão vinda da Igreja, o consumo e o comércio de drogas cresceram em decorrência da expansão territorial e mercantilista pelas Grandes Navegações do século XVI, em que substâncias psicoativas foram incluídas nas rotas comerciais⁷.

Entre os séculos XIX e XX, as drogas se tornaram verdadeiros produtos comerciais. Nesse sentido, o aumento alarmante do consumo de ópio no oriente levou à proibição do seu comércio, que era monopolizado pela Inglaterra⁸, pelo governo Chinês, desencadeando a Guerra do Ópio (1839-1842). Em vista da derrota chinesa, inicialmente, houve um aumento nas importações, chegando em seu ápice nos anos oitenta (1880)⁹. Contudo, com as importações sendo legalizadas e com o

⁵ MORAIS, Renato Watanabe de, LEITE, Ricardo savignani Alvares, LEMOS, Sílvio eduardo Valente. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: Clécio. et al. Drogas: uma nova perspectiva. / Clécio Lemos; Cristiano Ávila Marona; Jorge Quintas. São Paulo : IBCCRIM, 2014.,. p. 195-195.

⁶ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., pp. 166, 170 e 175.

⁷ Assim explicam Gustavo de Carvalho Guadanhim e Leandro de Castro Gomes: “Há que se reconhecer, por outro lado, que o uso dos psicotrópicos sofreu um crescimento vertiginoso, especialmente a partir das Grandes Navegações, quando não só especiarias, mas também substâncias psicoativas foram incluídas nas rotas comerciais e passaram a fazer parte do “cardápio” europeu.”

Cf.: GUADANHIM, Gustavo de carvalho; GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 123/2016, p. 259 - 300, Set. 2016. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001643c49f089e86450ad&docguid=1a6e670c086c811e69dfd010000000000&hitguid=1a6e670c086c811e69dfd010000000000&spos=2&epos=2&td=100&context=207&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 mai. 2018.

⁸Nesse sentido, sustenta Valóis que: “O principal motivo dessas guerras, consenso entre pesquisadores, é que o crescimento do consumo desta substância no século XIX fez com que se desequilibrasse a balança comercial da China, fazendo com que esta proibisse o consumo do ópio, enquanto a Inglaterra, se vendo prejudicada também em sua balança comercial, resolveu impor a venda à China pela Guerra”.

Cf.: VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra às drogas. Belo Horizonte: editora D'Plácido, 2016.

⁹ “Durante algún tiempo siguen aumentando las importaciones de opio, que alcanzan su techo a finales de los años ochenta con cien mil cajas (casi siete millones de kilos), cuando el virrey británico

fim do contrabando, houve a diminuição no crescimento do consumo. Assim, a partir de 1880, ocorreram mudanças nas políticas relacionadas ao uso em excesso, sendo criadas instalações hospitalares para atender os casos agudos relacionados à droga. Nesse mesmo período, surgiram os primeiros debates no mundo para controlar o consumo, com o objetivo de conter os abusos e impactos negativos na saúde dos indivíduos. Nesse cenário, visando acabar com domínio do comércio de drogas dos países produtores, regulando o seu controle no mundo, os Estados Unidos emergem como principal expoente do combate às drogas, iniciando a política proibicionista, embasado em um discurso moral e religioso, que influenciou o mundo todo¹⁰.

Dessa forma, em 1909 ocorreu a primeira tentativa de controle e repressão de caráter internacional, com a Conferência de Shanghai, que reuniu 13 países para discutir a problemática do alto índice de consumo de ópio. Em seguida, houve a Conferência Internacional do Ópio, em Haia, em 1911, na qual resultou a Convenção do Ópio, em 1912, em que foram traçadas as primeiras estratégias para reduzir o comércio e a produção internacional e para limitar seu uso a fins medicinais que, conforme explica Vicente Greco Filho, “restou prejudicada em sua execução pela I Grande Guerra, tendo entrado em vigor apenas em 1921¹¹”.

1.2 - A repressão às drogas e o movimento proibicionista no Brasil

No Brasil, a primeira legislação que tratou da matéria referente a tóxicos foram as Ordenações Filipinas¹², que dispunham pena de perda de propriedade e

en la India es Sir E. Bulwer Lytton II. El Presupuesto inglés de 1871-72 revela que la East India Company está obteniendo una quinta parte de los ingresos totales recaudados en Extremo Oriente, y como rentas del opio presenta una partida neta de ocho millones de libras. ”.

Cf.: ESCOHOTADO, Antonio. Historia general de las drogas. 7. ed. rev. ampl. Madrid: Alianza, 1998, p.398.

¹⁰ VALOIS, Luís Carlos - O direito penal da guerra às drogas. Belo Horizonte: editora D'Plácido, 2016. p. 53.

¹¹ FILHO, Vicente Greco. Tóxicos: prevenção e repressão: comentários à Lei n.º6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 33.

¹² Livro V, Título LXXXIX, das Ordenações Filipinas: Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda nem outro material venenoso. Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimao, nem água delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza algumas das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar, e seja degredado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trazer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios. 1. E os Boticarios as não vendão, nem despendão, se não com Officiaes, que por razão de seus Officios as hão mister, sendo porem Officiaes conhecidos per elles, e taes, de que se presuma que as não darão à outras pessoas, E os ditos Officiaes as não darão, nem a venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja,

deportação para África para aqueles que possuíam ou vendiam tóxicos. Aqueles que consumiam ou compravam tóxicos, entretanto, não eram penalizados. No Código Penal do Império, que esteve vigente de 1831 a 1891, não havia menção sobre o tema. Já no Código Criminal de 1890¹³, em seu artigo 159¹⁴, no modelo republicano de Estado, a venda sem a devida autorização foi criminalizada e punida com multa.

Até então, não havia uma política efetiva sobre fiscalização e consumo de drogas, sendo que isso ocorreu de forma progressiva, de acordo com as mudanças que ocorriam no mundo sobre o assunto. Dessa forma, em 1912, o Brasil promulgou a Convenção Internacional do Ópio, comprometendo-se com a sua fiscalização e consumo.

Seguindo a política proibicionista¹⁵ crescente no mundo, foi que em 1921 sobreveio o Decreto nº 4.294¹⁶, que revogou o artigo 159 do Código Criminal de 1890, estabelecendo pena de prisão para quem comercializasse substâncias entorpecentes, como o ópio, a cocaína e seus derivados, e determinando internação compulsória para o usuário¹⁷. No mesmo ano, foi estabelecida a criação de

segundo o dano for. 2. E os Boticarios poderão metter em suas mezinhas os ditos materiaes, segundo pelos Médicos, Cirurgiões, e Escriutores for mandada. E fazendo o contrario, ou vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiaes conhecidos, pola primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir. E pela segunda haverão mais qualquer pena, que houvermos por bem. PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Portugal, 1603, p.1240. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1240.htm>>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

¹³ BRASIL. Código Penal de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 08.05.2018.

¹⁴ Art. 159 do Código Penal de 1890: Expôr á venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena - de multa de 200\$ a 500\$000.

¹⁵ Segundo Maurício Fiore, “o paradigma proibicionista é composto de duas premissas fundamentais: 1) o uso dessas drogas é prescindível e intrinsecamente danoso, portanto não pode ser permitido; 2) a melhor forma de o Estado fazer isso é perseguir e punir seus produtores, vendedores e consumidores. Assim, interessa apresentá-las, seguindo sua própria lógica, mais detalhadamente.” FIORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 140-141.

¹⁶ BRASIL. Decreto 4.294, de, de 06 de julho de 1921. Senado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>>. Acesso em: 08.05.2018.

¹⁷ Art. 1º Vender, expôr á venda ou ministrar substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:Pena: multa de 500\$ a 1:000\$000. Paragrapho unico. Si a substancia venenosa tiver qualidade entorpecente, como o opio e seus derivados; cocaína e seus derivados: Pena: prisão cellular por um a quatro annos. [...]

Art. 3º Embriagar-se por habito, de tal modo que por actos inequívocos se torne nocivo ou perigoso a Si proprio, a outrem, ou á ordem publica: Pena: internação por tres mezes a um anno em estabelecimento correccional adequado.

"Sanatório para Toxicômanos"¹⁸, no Decreto nº 14969/1921¹⁹, para o tratamento dos intoxicados.

Em 1932, aumentou a preocupação sobre o comércio de substâncias tóxicas entorpecentes por estabelecimentos autorizados. Nesse sentido, o Decreto nº 20.930 de janeiro de 1932²⁰ discriminou quais seriam estas substâncias e elaborou normas quanto à sua importação e à sua comercialização, tornando a venda restrita a estabelecimentos licenciados e mediante apresentação de receita médica. Tal Decreto também endureceu de forma notável a punição para quem descumprisse as normas estabelecidas, sendo inafiançável para quem, de qualquer modo fornecesse ou importasse entorpecentes sem autorização. Ainda, vedou a suspensão da execução da pena e o livramento condicional, bem como dobrou a pena em casos de reincidência²¹.

Com o Decreto nº 891 de 1938²², que seguiu as orientações da Convenção de Genebra de 1936²³, a repressão se acentuou, aumentando o rol de verbos nucleares para tipificação do delito, criminalizando o consumo e dispondo sobre a internação e interdição civil de toxicômano. Ainda, manteve a vedação à concessão de livramento condicional e *sursis* para condenados pelos crimes previstos no Decreto.

¹⁸ Conforme Vicente Greco Filho "toxicomania é um estado de intoxicação periódico ou crônico, nocivo ao indivíduo e a sociedade, pelo consumo repetido de uma droga natural ou sintética". Cf.: FILHO, Vicente Greco. Tóxicos: prevenção e repressão : comentários à Lei n.º6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 3.

¹⁹ BRASIL. Decreto 14.969, de 03 de setembro de 1921. Senado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14969-3-setembro-1921-498564-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁰ BRASIL. DECRETO Nº 20.930, DE 11 DE JANEIRO DE 1932. SUBSTÂNCIAS TÓXICAS ENTORPECENTES EM GERAL. Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/1/1932, Página 978 (Publicação Original). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

²¹ Art. 25 do decreto 20930/1932. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias.

Penas: De um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$0 a 5:000\$0.

Art. 35. Nos crimes previstos neste decreto não terá lugar a suspensão da execução da pena nem o livramento condicional.

²² BRASIL. Decreto 891, de 25 de novembro de 1938. Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²³ A convenção de Genebra resultou de duas conferências em que foi estabelecida, conforme leciona Vicente Greco Filho, "a obrigação de os estados participantes tomarem as providências para proibirem, no âmbito nacional, a disseminação do vício." FILHO, Vicente Greco. Tóxicos: prevenção e repressão: comentários à Lei n.º6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 33.

Contudo, com o advento do Código Penal de 1940²⁴, o consumo foi descriminalizado e os verbos tipificadores foram reduzidos. Isso porque a matéria referente às drogas não era, naquele momento, de primordial atenção, tendo em vista que o seu uso estava vinculado aos grupos marginalizados e seu consumo ainda não havia sido tão difundido²⁵, o que acarretou, alguns anos após, diversas alterações do artigo 281 desse diploma legal²⁶. Em 1942, o Decreto nº 4.720²⁷ fixou normas para o cultivo de plantas entorpecentes e para extração, transformação e purificação dos seus princípios ativo-terapêuticos²⁸. Já em 1946, foi editado o Decreto nº 20.397²⁹, que objetivou regular a indústria farmacêutica.

Após a Segunda Guerra e com a criação da Organização das Nações Unidas as políticas proibicionistas e o controle internacional de drogas se acentuaram no mundo, trazendo um discurso contrário às drogas de cunho médico e protecionista. Ainda, a forte militarização decorrente da Guerra Fria foi fundamental para a política belicosa. Soma-se a isso o fato da década de 60 ter sido marcada por movimentos socioculturais denominados “contracultura *hippie*”³⁰. Esses movimentos objetivavam desconstruir padrões sociais, por meio do uso exacerbado de substâncias psicodélicas “como instrumento de protesto contra o imperialismo, base da política

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei 2848, de 07 de dezembro de 1940. Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁵ Leciona Rosa Del Olmo: “...nem nos países do centro, nem nos da periferia o consumo de drogas ainda causava grande inquietação. Estava bem localizado. Resulta disso que os especialistas norte-americanos, e particularmente os sociólogos, o considerassem prática de “subcultura”, que poderia coexistir, com características próprias e independentes, com a sociedade em geral. Cf.: OLMO, Rosa del. A face oculta da droga. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 33.

²⁶ Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$000 a 5:000\$000.

²⁷ BRASIL. Decreto 4720, de 04 de setembro de 1942. Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁸ FILHO, Vicente Greco. Tóxicos: prevenção e repressão: comentários à Lei n.º6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 11. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 1996. p. 40.

²⁹ BRASIL. Decreto 20397, de 28 de junho de 1946. Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1946.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

³⁰ GUADANHIM, Gustavo de carvalho; GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 123/2016, p. 259 - 300, Set. 2016. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001643c49f089e86450ad&docguid=la6e670c086c811e69dfd010000000000&hitguid=la6e670c086c811e69dfd010000000000&spos=2&epos=2&td=100&context=207&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

externa norte-americana para a América Latina, contra a síndrome armamentista e, fundamentalmente nos estados Unidos da América do Norte, contra a Guerra do Vietnã”³¹.

Por conseguinte, começaram a ser elaboradas as Convenções das Nações Unidas acerca do assunto, em vigor até hoje. A primeira delas, de 1961, denominada Convenção Única de Entorpecentes, assinada em Nova Iorque, que revogou as convenções anteriores e foi revisada através de um protocolo em 1972³², deliberou acerca das formas de intervenção e controle da produção, distribuição e comércio das drogas, mediante ações internacionais planejadas para combater o tráfico ilícito, bem como limitar o uso de drogas para fins médicos e científicos³³. Ainda, nesse cenário, conforme explica Rosa Del Olmo³⁴, havia um duplo discurso, em que os traficantes eram vistos como criminosos, enquanto os consumidores, que faziam parte da alta classe, eram vistos como doentes, trazendo uma visão médica, e em contrapartida, repressiva para o transgressor.

Neste contexto, foi que o Brasil, em 27 de agosto de 1964, promulgou a Convenção Única de Entorpecentes, através do Decreto nº 54.216³⁵,

³¹ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 21.

³² Conforme pesquisa “tráfico e constituição”, coordenada por Luciana Boiteux (e outros), esse protocolo foi assinado “para aumentar os esforços no sentido de prevenir a produção ilícita, o tráfico e o uso de narcóticos, mas também registrou a necessidade de providenciar acesso a tratamento e reabilitação de drogados, em conjunto ou em substituição à pena de prisão nos casos criminais envolvendo adictos.” Sendo considerado importante, “pois autorizava os estados a adotarem medidas menos repressivas com relação aos usuários, especialmente a substituição do encarceramento.”

Cf.: BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ela (Coord.) et al. *Tráfico de drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), n. 1, 2009, p. 19.

³³ KARAM, Maria Lúcia. *Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos*. São Paulo: *Revista de Estudos Criminais* n. 23. Ano VI. p. 77.

³⁴ Segundo ela, “O problema da droga se apresentava como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família”. Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato de o discurso jurídico enfatizar na época o estereótipo criminoso, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o inicitador ao consumo, o chamado Pusher ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo de “delinquente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do estereótipo da dependência, de acordo com o discurso médico que apresentava o já bem consolidado modelo médico-sanitário.” Cf.: OLMO, Rosa del. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 34.

³⁵ BRASIL. Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1964. Senado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

comprometendo-se com as normas estabelecidas internacionalmente. Em novembro do mesmo ano, foi alterado o artigo 281 do Código Penal, sendo incluído o verbo plantar em sua redação. Na sequência, em 1968, o Decreto nº 385/1968³⁶, incluiu mais verbos nucleares para tipificar o tráfico de entorpecentes, bem como criminalizou o usuário, contrariando a orientação internacional, prevendo para ele a mesma pena do traficante de drogas.

1.2.1 - O contexto da Lei n.º 6.368/1976 - Lei de Tóxicos

Com o advento da Lei nº 5.726 de 1971³⁷, a pena para o tráfico de drogas aumentou, passando a ser de 01 a 06 anos de reclusão, sendo mantida a criminalização do usuário, e nos casos em que fosse reconhecida a dependência, seria determinada a internação compulsória do sujeito em estabelecimento hospitalar até sua recuperação³⁸. Também em 1971, foi assinada em Viena a segunda Convenção das Nações Unidas, denominada “Convênio Sobre Substâncias Psicotrópicas”, que dispôs sobre adequação das formas de controle internacional, de acordo com surgimento de variações dos tipos de drogas, conforme o potencial danoso e o poder terapêutico, sendo ratificada em 1976 e promulgada pelo Decreto nº 79.388, de 1977³⁹.

Em 1976, após as diversas legislações sobre a matéria, houve uma completa descodificação com a Lei nº 6.368⁴⁰, que seguiu as orientações internacionais. Esta Lei foi dividida em cinco capítulos, e esteve vigente de 1976 até 2006. O capítulo I tratou sobre a prevenção do uso e instituiu o Sistema Nacional Antidrogas, que exerceria atividades de prevenção do uso, tratamento, recuperação e reinserção social do dependente de substâncias entorpecentes, bem como tratou da repressão ao uso, da prevenção, repressão ao tráfico ilícito e da produção não autorizada de

³⁶ BRASIL. Decreto 385, de 26 de dezembro de 1968. Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

³⁷ BRASIL. Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L5726.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

³⁸ Conforme leciona Salo de Carvalho, “O fato de não mais considerar o dependente como criminoso, porém, escondia faceta ainda mais perversa da Lei, que é de não diferenciar o usuário eventual (ou experimentador) do traficante”.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 - Salo de Carvalho. - 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

³⁹ BRASIL. Decreto 79.388, de 14 de março de 1977. Senado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

drogas, devendo tal sistema ser instituído por Decreto. O capítulo II, dispôs sobre o tratamento e prevenção, determinado a internação hospitalar compulsória quando o quadro clínico do dependente assim exigisse, e caso desnecessária a internação, o dependente seria submetido a tratamento extra-hospitalar, com assistência do serviço social competente. O capítulo III, versou sobre os crimes e as penas, havendo aqui, uma mudança significativa quanto à quantidade da reprimenda, que passou a ser de 03 a 15 anos de reclusão. Importante destacar que o legislador colocou, ao prever 18 verbos nucleares no artigo 12 e artigo 13, todas as condutas no mesmo patamar do tráfico de drogas. Nesse sentido, conforme Vilmar Velho Pacheco Filho e Gilberto Thums “a lei nivelou no mesmo tipo o traficante que explora a mercancia, cuja ação é lesiva à coletividade de uma forma mais grave, com pequenas condutas insignificantes que não tem o condão de produzir a mesma lesividade”⁴¹. Ainda manteve a criminalização da posse para consumo próprio, prevendo, contudo, pena inferior a do traficante de drogas (06 meses a 02 anos de reclusão). Isso porque, o bem tutelado por esta lei é a saúde pública, considerada como bem transindividual, ou seja, o objeto de proteção legal não é a saúde do usuário nem do traficante, mas da coletividade. Dessa forma, a Lei preocupa-se em evitar o risco à integridade social que os entorpecentes acarretam, não em evitar os males àqueles que consomem⁴². Os capítulos IV e V trataram do procedimento criminal e das disposições gerais, respectivamente.

Observa-se que esta Lei buscou uma uniformização do assunto, com a finalidade de o deixar mais cognoscível, seguindo as orientações internacionais. Além disso, instaurou um modelo jurídico-político, baseado na severa punição⁴³, com quantidade significativa de verbos tipificadores e aumento exorbitante na quantidade da pena, mantendo os resquícios do antigo sistema em relação aos dependentes.

⁴¹ THUMS, Gilberto; FILHO, Vilmar Velho Pacheco. *Leis antitóxicos: crimes, investigação e processo, análise comparativa das leis 6.368/1976 e 10.409/2002* - 2.ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 19.

⁴² THUMS, Gilberto; FILHO, Vilmar Velho Pacheco. *Leis antitóxicos: crimes, investigação e processo, análise comparativa das leis 6.368/1976 e 10.409/2002*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 4.

⁴³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

1.2.2 - A consolidação do modelo proibicionista e repressivo de combate às drogas com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.072 de 1990

Em 1988 foi assinada a terceira Convenção das Nações Unidas sobre entorpecentes⁴⁴, momento em que se internacionalizou, de forma definitiva, a política americana de “guerra às drogas”⁴⁵. Essa Convenção criou medidas para o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas e para cooperação internacional, aumentando o rol de circunstâncias qualificadoras, estabelecendo restrições ao livramento condicional e criminalizando a posse para uso pessoal.

No mesmo ano, foi promulgada a Constituição Federal da República do Brasil⁴⁶, que, observando os princípios preconizados internacionalmente, inseriu, em seu artigo 5º, inciso XLIII, o tráfico de drogas no rol taxativo dos crimes de natureza mais graves, juntamente com a prática da tortura, o terrorismo e os crimes hediondos, tornando-os inafiançáveis e insuscetíveis de anistia e de graça⁴⁷. Ainda, incumbiu ao legislador ordinário a tarefa de regulamentação.

Verifica-se que, ao definir o tráfico de drogas como delito equiparado a hediondo, o legislador constituinte, além de observar as determinações internacionais, entendeu ser essa figura tão nociva para a sociedade quanto os delitos elencados naquele rol⁴⁸. Nesse sentido, de acordo com Alberto Silva Franco,

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 20 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴⁵ De acordo com Zaffaroni, “nos anos 80 do século passado, toda a região sancionou leis antidroga muito parecidas, em geral por pressão da agência estadunidense especializada, configurando uma legislação penal de exceção análoga à que antes havia sido empregada contra o terrorismo e a subversão. Estas leis, que em sua maioria permanecem em vigor, violaram o princípio da legalidade, multiplicaram os verbos conforme a técnica legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa preparação e consumação, desconhecaram o princípio da ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, apenaram enfermos e tóxico-dependentes”. Cf.: RAÚL, Eugenio; ZAFFARONI, Raúl. O inimigo no direito penal. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 52.

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mai. 2018.

⁴⁷ Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal - 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-lo, se omitirem.

⁴⁸ João José Leal conceitua hediondo como sendo o “crime que causa profunda e consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade. Ontologicamente, o conceito de crime hediondo repousa na ideia de que existem condutas que se revelam como a antítese extrema dos padrões éticos de comportamento social e de que seus autores são portadores de extremo grau de perversidade, de perniciosidade ou de

o legislador constituinte baseou seu posicionamento nos valores político-criminais do Movimento da Lei e da Ordem, que surgiu na década de setenta, com um discurso mais punitivista para combater a criminalidade. Conforme o referido autor, essa política “encontrou origem em alguns fatos merecedores de especial atenção”, estando “o crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, entre eles⁴⁹.

Dessa forma, a Lei dos Crimes Hediondos, sancionada em 1990⁵⁰, regulamentou o que foi enunciado na Constituição Federal, inserindo o comércio ilegal de drogas no rol de delitos equiparados a hediondos. Tal preceito legal determinou que o cumprimento da pena fosse em regime integralmente fechado⁵¹ e a prisão temporária poderia ser pelo prazo de 30 dias, com a possibilidade de prorrogação por igual período, desde que comprovada necessidade; ademais, estipulou o cumprimento de 2/3 da pena para concessão do livramento condicional, incluindo o inciso V no artigo 83 do Código Penal, que impedia a concessão do benefício nos casos de reincidência específica⁵², vedando a concessão de liberdade provisória⁵³. Ainda, acrescentou em seu rol de vedações o indulto⁵⁴. Esse

periculosidade. Em consequência, o autor de um crime hediondo deve merecer sempre o grau máximo de reprovação ética por parte do grupo social e do próprio sistema de controle.”

Cf.: LEAL, João José. Crimes Hediondos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 37.

⁴⁹ FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90. 4.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 78.

⁵⁰ BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018

⁵¹ A exigência do cumprimento de pena em regime integral fechado foi declarada inconstitucional em 2007, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, uma que que violava o princípio da individualização da pena, sendo editada, após a decisão, a Lei nº 11.464/2007, que revogou o artigo 2º, da Lei dos Crimes hediondos e determinou apenas o cumprimento inicial da pena em regime fechado, possibilitando, portanto, a progressão de regime, desde que cumpridos $\frac{2}{5}$ da pena, se o condenado fosse primário, e $\frac{3}{5}$ da condenação nos casos de condenado reincidente. Ainda, em 2012, foi afastado o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, que estabelecia a obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime inicial fechado para os crimes hediondos ou equiparados, observando o princípio constitucional da individualização da pena.

⁵² Para Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, “o reincidente específico é aquele que, após a condenação transitada em julgado por crime hediondo ou assemelhado, vem cometer novo crime hediondo ou assemelhado, qualquer que seja, dentro do prazo do artigo 64, inciso I, do Código Penal (cinco anos). Não se exige para reincidência específica que o agente tenha praticado dois crimes hediondos ou assemelhados idênticos.”

Cf.: MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 51.

⁵³ A proibição de liberdade provisória para presos por tráfico de drogas foi declarada inconstitucional em 10.05.2012, pelo Supremo Tribunal Federal quando do Julgamento do *Habeas Corpus* nº HC 104339/SP.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 104339-SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 10.05.2012. Disponível em:

enrijecimento da política de penalização para delitos relacionados às drogas gerou um enorme aumento da população carcerária⁵⁵, tendo em vista que os condenados por ele possuíam uma pena elevada, não havendo possibilidade de progressão de regime, de anistia, de graça e de indulto, bem como a concessão de livramento condicional exigia maior tempo de encarceramento.

1.2.3 - A conjuntura da atual lei de drogas: das mudanças no contexto social e da necessidade de uma nova legislação no tocante aos tóxicos

Com a evolução da sociedade e as mudanças no contexto social, a Lei nº 6.368 de 1976 se tornou ultrapassada, sendo necessária sua substituição, o que vinha sendo discutido desde o início da década de 90. À vista disso, em 2002 entrou em vigor a Lei nº 10.409⁵⁶, que tinha como objetivo o aprimoramento e atualização da legislação anterior; contudo, a maior parte dos seus dispositivos foram revogados, pois estabeleceram normas confusas e desordenadas, tornando inviável sua completa aplicação. Como consequência, tornou-se indispensável a aplicação da Lei 6.368 de 1976, vigorando nesse período ambas legislações, situação anômala e inédita no direito brasileiro⁵⁷.

Em agosto 2006, pretendendo solucionar o problema normativo referente aos entorpecentes, foi sancionada a Lei nº 11.343⁵⁸, que revogou as legislações até

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>>. Acesso em: 05 juní. 2018.

⁵⁴ João José leal entende que não poderia o legislador ordinário ampliar o rol limitado do mandamento constitucional. Dessa forma, sustenta que “o inciso I (final) do artigo 2º da Lei 8.072/90, ao vedar também a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos, contrariou o preceito constitucional imperativo e determinativo que restringiu a proibição somente aos casos de graça e anistia.” Cf.: LEAL, João José. Crimes Hediondos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. p. 188.

⁵⁵ Segundo Pablo Ornelas Rosa, Humberto Ribeiro Junior e Clécio Lemos, entre 1990 e 2014 a população carcerária no Brasil cresceu 575%, saindo de 90 mil para 607, 7 mil presos.

ROSA, Pablo Ornelas, JUNIOR, Humberto Ribeiro, LEMOS, Clécio. Encarceramento em massa e criminalização da pobreza: ponderações sobre os efeitos biopolíticos da guerra às drogas. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs.]. 10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 143.

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 11 jan. 2018.

⁵⁷ “O veto da matéria penal derivou, na prática forense situação anômala e inédita: a aplicação conjugada de dois textos com fundamentos e historicidades diversas. Assim, no que tange ao processo penal, a Lei nº 10.409/2002 obteve plena vigência, restando a estrutura material do direito penal (delitos e penas) atrelada à antiga Lei 6.368/1976”. CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 129.

⁵⁸ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

então vigentes, trazendo mudanças significativas para a política de drogas no Brasil. A atual legislação foi dividida em VI títulos, sendo o título I sobre as disposições preliminares. O título II, foi dividido em quatro capítulos e tratou do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), sendo ocupado o capítulo I pelos princípios e objetivos do SISNAD, o capítulo II, pela sua composição e organização, o capítulo III foi vetado e o capítulo IV sobre a coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas. O título III, dividido em três capítulos, dispõe sobre as atividades de prevenção, atenção e reinserção social de dependentes de drogas, sendo o capítulo I da prevenção ao uso, o capítulo II, das atividades de reinserção social dos usuários dependentes de drogas e o capítulo III dos crimes e das penas. O título IV tratou sobre a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, e foi dividido em três capítulos, sendo o capítulo I sobre as disposições gerais, o capítulo II sobre os crimes, o capítulo III sobre o procedimento penal e, o capítulo IV tratou da apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado; o título V dispõe sobre a cooperação internacional e, por fim, o título VI tratou das disposições finais e transitórias.

Essa Lei promoveu notórias alterações em relação aos usuários, promovendo o desencarceramento explícito para quem possuísse ou cultivasse drogas para consumo próprio, prevendo sanções de advertência, prestação de serviço à comunidade ou medida educativa, sendo determinado, expressamente, no artigo 48, parágrafo 1⁵⁹, a competência dos Juizados Especiais Criminais, para o processamento das infrações do artigo 28, pois incluído nos delitos de menor potencial ofensivo⁶⁰, embora o usuário já não fosse mais encarcerado desde a

⁵⁹ Art. 48 da Lei nº 11.343/2006: O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. [...] § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

⁶⁰ Art. 89 da Lei nº 9.099/1995: Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário

vigência da Lei nº 9.099/1995⁶¹. Destaque-se que no §2º, do artigo 28, a lei deixou a cargo do julgador dizer se a droga era ou não era para consumo próprio, devendo levar em consideração a natureza e a quantidade da droga apreendida, o local, as condições da ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta do agente e os seus antecedentes. Com esse dispositivo, tem-se uma forma discricionária e discriminatória para definição de quem é traficante e de quem é consumidor, punindo pelo o que a pessoa é, não pelo o que ela fez⁶². Além disso, no §3º, do artigo 33, despenalizou também a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita. Dessa forma, a nova Lei de Drogas estabelece, conforme leciona Salo de Carvalho, um discurso médico-jurídico, visando às formas de prevenção, redução de danos e reinserção social, o que foi corroborado com a instituição do Sisnad - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas -, que previa as medidas para tanto, bem como disponha sobre normas de repressão à produção não autorizada⁶³.

Quanto ao comércio ilegal de drogas, as penas foram endurecidas, aumentando seu mínimo legal, passando a ser de 05 a 15 anos de reclusão. Ainda, desdobrou o comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas⁶⁴. Em seu artigo 44, dispôs serem inafiançáveis, insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, os crimes previstos nos artigos. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, vedando, ainda, a conversão das penas em restritivas de direitos. Além disso, a nova legislação trouxe, no parágrafo 4º do artigo 33, uma minorante, com a finalidade de diferenciar os indivíduos e aplicar penas proporcionais aos grandes, médios e pequenos traficantes de drogas, de acordo com as singularidades do agente que

vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. §5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover aduz que “o escopo da suspensão condicional do processo é evitar a estigmatização derivada do próprio processo. Como consequência acaba evitando a estigmatização que traz a sentença condenatória”. Ainda, leciona ser um dos seus fundamentos o princípio da desnecessidade da pena de prisão que, segundo ela, “é nefasta, embrutece e constitui forte fator criminógeno”. GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 2. ed. rev., atual e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 231.

⁶¹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. p, 184.

⁶² GIACOMOLLI, José Nereu. Análise crítica da problemática das drogas e a lei 11.343/2006. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 71/2008, p. 181 - 204, Mar./Abr. 2008.

⁶³ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140

⁶⁴Idem.

comete o delito, quais sejam: ser primário, com bons antecedentes, que não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa, ou seja, trata-se de uma conduta considerada menos grave, gerando um tipo privilegiado em relação ao *caput*. Ressalta-se que “esta causa de diminuição da pena não se insere na esfera discricionária do magistrado, mas, implementados os requisitos legais, é de obrigatório reconhecimento, em razão do princípio constitucional da individualização e humanização das penas”⁶⁵.

Nesse ínterim, permaneceu o sistema proibicionista sobre o qual estava alicerçada a Lei nº 6.368/76, mesmo que a atual legislação tenha adotado uma política de desencarceramento quanto a usuários, prevendo penas alternativas e medidas educacionais contra o consumo de drogas⁶⁶. Em relação aos traficantes, se intensificou a repressão ao enrijecer as penas privativas de liberdade, mantendo a inafiançabilidade, a impossibilidade da concessão de sursis, graça, anistia e indulto, liberdade de provisória, sendo vedada a conversão das penas em restritivas de direitos.

2. Habeas Corpus nº 118.533/MS: das razões para o afastamento da hediondez do tráfico privilegiado

A política repressiva adotada na Lei 11.343/2006 não apresentou resultados favoráveis, uma vez que intensificou a punição para o tráfico provocando um elevado crescimento no número de encarcerados. Tanto é assim que após a entrada em vigor da nova legislação a população carcerária multiplicou, passando de 401.236 mil detentos no ano de 2006⁶⁷, para 726.712 mil no ano de 2016⁶⁸. Dessa forma, objetivando a redução do contingente penitenciário, o Supremo Tribunal Federal afastou a hediondez do tráfico de drogas privilegiado, uma vez que, conforme

⁶⁵ GIACOMOLLI, José Nereu. Análise crítica da problemática das drogas e a lei 11.343/2006. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 71/2008, p. 181 - 204, Mar./Abr. 2008.

⁶⁶ Sustenta Salo de Carvalho “serem medidas que conservam mecanismos penais de controle, com similar efeito moralizador e normalizador, obstruindo a implementação de políticas públicas saudáveis” Cf.: CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

⁶⁷ Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações penitenciárias INFOPEN. Dezembro de 2006. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/populacaocarcerariasintetico2006.pdf>> acesso em: 17 de Jun. 2018.

⁶⁸ Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações penitenciárias INFOPEN - Junho de 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf acessado em 17 de Jun. 2018.

observado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, impor um tratamento mais gravoso para estas condutas, não geraria nenhuma consequência relevante para o problema referente ao tráfico de drogas, criando uma sobrecarga para o sistema com pessoas erradas⁶⁹.

Assim, em 24.06.2015, iniciou o julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Ricardo e Robinson, contra o Recurso Especial nº 1.297.936, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze. Os pacientes foram condenados à pena de 07 anos e 01 mês de reclusão em 15.06.2010, por incurso nas sanções do artigo 33, §4º (tráfico privilegiado), da Lei 11.343/2006, em regime inicial fechado e 710 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade, pelo transporte de 55 embalagens de substância entorpecente conhecida como “maconha”.

A sentença condenatória afastou a incidência do disposto na Lei nº 8.072/1990, de modo que o Ministério Público interpôs recurso de apelação, pleiteando o reconhecimento da natureza hedionda do delito. Ainda, a Defesa de um dos pacientes também recorreu, pleiteando a redução da pena. Ao julgar a apelação, o Tribunal de Justiça negou provimento aos recursos, sustentando não estar o tráfico privilegiado no rol dos delitos disciplinados pela Lei nº 8.072/1990, bem como manteve a pena inicialmente imposta. Dessa forma, o Ministério Público interpôs o Recurso Especial nº 1.297.936, contra o acórdão proferido, sendo que, em 30.04.2012, o Ministro relator deu provimento ao recurso, em decisão monocrática, na qual reconheceu a natureza hedionda do delito, alegando que a causa de diminuição do §4º do artigo 33 não afasta a hediondez do tráfico de drogas. Contra esta decisão foram opostos embargos de declaração, sendo rejeitados em 18.03.2013. Após, foi interposto agravo regimental, sendo oposto também pela Defensoria Pública, em favor de ambos pacientes. Em 18.04.2013, foi negado provimento aos recursos pela Quinta Câmara do Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁹ Luiz Regis Prado sustenta que “ a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como último rateio. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Aparece como ele como uma orientação político-criminal do jus puniendi e deriva da própria natureza do direito penal e da concepção matéria de Estado de direito democrático. ”

Cf.: PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. v. 1: parte geral, arts, 1.º a 120. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 149.

Diante disto, foi interposto o *Habeas corpus* nº 118.533/MS, tendo como impetrante a Defensoria Pública da União em favor dos pacientes Robinson e Ricardo. Em suas razões, alegou haver violação à constituição, diante da interpretação de que deva incidir a Lei nº 8.072/1990 também sobre as condenações por tráfico de drogas em que tenha sido reconhecida a causa de diminuição constante no §4º, do artigo 33. Sustentou, ainda, que “a incidência das agravantes da Lei dos Crimes Hediondos a toda condenação imposta pela Lei de Tóxico vem dando ensejo à desarrazoada situação de se tratar alguém que seja condenado a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses (por ser primário, ter bons antecedentes, não integrar organização criminosa, etc.) de maneira mais severa do que a outro que tenha sofrido uma condenação de 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos de reclusão, pena imposta no patamar máximo, diante de suas péssimas condições judiciais e legais”, apontando “a necessidade de afastar do tráfico privilegiado a pecha de hediondez”, impondo-se que se faça “uma analogia *in bonam partem*, a fim de se afirmar que o tráfico privilegiado possui a mesma justificativa do homicídio qualificado-privilegiado, qual seja, a necessidade de tratamento menos rigoroso para o agente delituoso que, por requisitos atenuantes, cometeu o crime”. Conclui afirmando que “o tráfico privilegiado não pode ser equiparado ao crime hediondo e, conseqüentemente, deve ser concedida a possibilidade de início de cumprimento de pena nos regimes diversos do fechado, bem como seja autorizada a progressão de regime prisional após o cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 112 da LEP, qual seja, 1/6 da pena imposta, tempo este já cumprido pelo recorrente”. Por fim, requereu a concessão da ordem de *habeas corpus* em favor dos pacientes, para que fizessem jus aos benefícios de livramento condicional e progressão de regime nos prazos dos crimes comuns e, no mérito, requereu fosse conhecida a ordem para o reconhecimento da inexistência da hediondez no tráfico privilegiado e, por consequência, a concessão do livramento condicional e da progressão de regime ocorresse nos prazos dos crimes comuns.

2.1 - Votos favoráveis à concessão da ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas

Inicialmente, votou a Relatora Ministra Cármen Lúcia, favorável à concessão da ordem para afastar a hediondez do tráfico privilegiado de drogas. Em suas

razões, sustentou que as normas legais relativas ao tráfico de drogas definem como crimes equiparados a hediondos apenas as modalidades previstas no artigo 33, *caput*, e §1º da Lei nº 11.343/2006. Ainda, para fundamentar seu voto, trouxe a doutrina de Eugênio Paccelli, afirmando, após citar o referido autor, que “o tráfico de entorpecentes privilegiado não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e §1º do artigo 33 da Lei de Tóxicos”, uma vez que apresenta contornos mais benignos, diante dos requisitos subjetivos do agente que comete o delito. Citou os Decretos Presidenciais nº 6.706/2008 e nº 7.049/2009, aludindo que os mesmos beneficiaram os condenados por tráfico privilegiado com o indulto, demonstrando inclinação para corrente doutrinária que defende não ser delito equiparado à hediondo. Por fim, entendeu que haveria “evidente constrangimento ilegal ao estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores legais destinados ao tráfico de entorpecentes equiparado ao crime hediondo”, manifestando-se, assim, pela concessão da ordem.

Acompanhando o voto da Relatora, o Ministro Luís Roberto Barroso elaborou sua argumentação no sentido de demonstrar as atuais causas de abrandamento no rigor referente ao tráfico de drogas. Nesse sentido, mencionou algumas decisões, como a que considerou ilegítima a exigência de regime necessariamente fechado (*Habeas corpus* nº 82.959/SP), a que declarou inconstitucional a proibição de aplicação de pena restritiva de direito e a que decidiu pela inconstitucionalidade do impedimento à liberdade condicional. Elegeu dois motivos principais para isso, sendo um deles o fracasso da guerra às drogas, mediante exacerbação do direito penal⁷⁰, e, o outro motivo, seria o hiperencarceramento. Sustentou que, ao se reconhecer a minorante em grau máximo, a pena aplicada seria de 01 ano e 08 meses, de modo que, evidentemente, “o ordenamento jurídico não estaria tratando essa conduta como de reprovabilidade tal que possa merecer as consequências de um crime hediondo”⁷¹. Assim, o Ministro entendeu por conceder a ordem, sobretudo,

⁷⁰ Nesse sentido Luiz Regis Prado entende que “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa”.

Cf.: PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, v. 1: parte geral, arts. 1.º a 120. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 149.

⁷¹ Vincula-se neste argumento do Ministro o princípio da proporcionalidade que, conforme entende Rogério Greco (apud. Maurício Antônio Ribeiro Lopes, teoria constitucional do direito penal, p. 421) “o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção.”

conforme exposto em seu voto, em razão do hiperencarceramento, considerando que “a atribuição do caráter hediondo dificultaria a progressão de regime”⁷².

O Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto em 01.06.2016, após ter pedido vista dos autos em 24.06.2015. Em suas razões, aduziu que, havendo um mandado de criminalização dirigido ao legislador, como ocorreu no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, isso legitima a ideia de que “o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face do poder Público, como também a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros”, decorrente do dever de proteção identificados pelo constituinte. Afirmou, nesse íterim, que o constituinte, ao colocar o tráfico de drogas entre os crimes de natureza mais graves, não determinou idêntica responsabilidade para todas as condutas, deixando a cargo do legislador ordinário estabelecer os tipos penais e definir as penas proporcionais. Dessa forma, sustentou que, interpretar qualquer conduta relacionada ao tráfico de drogas como crime equiparado a hediondo, não seria proporcional e não produziria resultados razoáveis. Trouxe, como exemplo, a conduta tipificada no §3º do artigo 33, da lei de drogas, alegando que, por ser uma conduta de menor potencial ofensivo, foi deixado de fora do regime dos crimes hediondos, concluindo que, se não houvesse espaço de conformação, essa exclusão seria inconstitucional. Ainda, assinalou que o §4º não se trata de um tipo penal novo, mas de uma causa de diminuição. Ou seja, o que ocorre é o cometimento do crime do artigo 33, “caput”, ou §1º com a incidência do §4º. Apesar disso, entendeu que o legislador não quis tratar o tráfico privilegiado como delito hediondo, pois, se assim quisesse, o teria mencionado, de forma expressa, no artigo 44 da Lei tal dispositivo⁷³. Por fim, considerou ser válida a exclusão do tráfico de drogas, feita pelo legislador, do regime constitucional, diante do caráter isolado do envolvimento do transgressor com o

GRECO, Rogério. Curso de Direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 70.

⁷² “O sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade tem por finalidade propiciar a reinserção gradativa do condenado ao convívio social, fazendo-o passar do regime mais gravoso para o menos rigoroso, até a completa liberdade. (...). Em regra, para obtenção da progressão de regime, deve o condenado cumprir, no mínimo, um sexto da pena no regime anterior.”

Cf.: ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação penal especial. 8.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 352-355.

Dessa forma, ao conceder a progressão de regime ao apenado pelo prazo do artigo 112, da Lei de Execução Penal, possibilitando sua saída do ambiente criminógeno de maneira mais célere, promove-se a política criminal de desencarceramento.

⁷³ Nesse sentido, Rogério Greco leciona que “o princípio da legalidade veda, também, o recurso a analogia *in malam partem* para criar hipóteses que de alguma forma, venham prejudicar o agente (...). Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente.”

Cf.: GRECO, Rogério. Curso de Direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 91.

crime. Dessa forma, acompanhando a relatora, concedeu a ordem, “assentando que aos incursos no art. 33, § 4º, da Lei nº 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 nº 11.343/06 (livramento condicional) e no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 (progressão de regime)”.

O Ministro Edson Fachin, inicialmente, votou pela denegação da ordem, entendendo não ser a causa de diminuição incompatível com a manutenção do caráter hediondo do crime, citando alguns julgados nesse sentido, de modo a manter a jurisprudência anteriormente consolidada. Contudo, pediu vista dos autos em 01.06.2016, suspendendo a emissão do seu posicionamento, tendo em vista ser um tema de repercussão imensa e de impacto intenso no sistema carcerário. Assim, em 23.06.2016, manifestou seu voto em sentido favorável à concessão da ordem de *Habeas corpus*. Arguiu em sua fundamentação que, sendo um regime excepcional, por ser mais gravoso, o legislador deve ter um espaço para definir quais condutas se ajustam a tal regime. Ainda, o afastamento do regime geral só poderia ocorrer quando houvesse indicação legislativa expressa, embora não houvesse tipo penal autônomo. Nesse sentido, usou como paradigma o fato do legislador ter inserido expressa e estritamente os delitos tentados, que ensejam intensa diminuição da pena, no regime especial da Lei nº 8.072/1990, concluindo seu raciocínio no fato de não haver menção expressa do artigo 33, §4º, da Lei de drogas, no artigo 44 do mesmo diploma legal. Em última análise, sustentou ser desproporcional o reconhecimento do tráfico privilegiado como delito equiparado a hediondo, pois “o ordenamento jurídico confere a tal delito, na perspectiva da quantidade da pena, tratamento que não se coaduna com a agressividade ínsita à hediondez por equiparação”, não havendo, dessa forma, um tratamento uniforme por parte do legislador, à luz das demais respostas penais⁷⁴.

O Ministro Teori Zavascki, que havia votado, em sessão anterior, pela denegação da ordem, retificou seu voto após os debates, acompanhando a relatora.

⁷⁴ Nessa perspectiva, explica Luiz Flávio Gomes ter “o princípio da proporcionalidade um duplo significado: político criminal e interpretativo e dogmático. Seus destinatários, portanto, são: o Poder Legislativo (que há de estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito), o intérprete e o Poder Judiciário (as penas que os juízes imponham ao autor do delito devem ser proporcionais à sua concreta gravidade).”

Cf.: GOMES, Luiz Flávio; et al. Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 553.

Na mesma linha, seguiu a Ministra Rosa Weber, reajustando seu voto pela concessão da ordem.

O Ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir seu voto, embasou sua argumentação nas consequências fáticas que a classificação do tráfico privilegiado como crime equiparado a hediondo apresenta, citando, como exemplo, a impossibilidade da concessão de indulto e comutação de pena. Ainda, mencionou a degradação do sistema penitenciário, que foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal uma situação que configura um “estado de coisas inconstitucional”. Apresentou dados que demonstram que 68% das mulheres presas estão vinculadas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico, trazendo fatores afetivos e econômicos como causa dessas condenações, de modo que sofrem sanções desproporcionais, sobretudo em razão da menor relevância de sua participação nessa atividade ilícita. Além disso, menciona que aproximadamente 45% da população carcerária, provavelmente, já tenha experimentado uma sentença com reconhecimento explícito do privilégio. Por fim, afirmou que “reconhecer que essas pessoas podem receber tratamento condizente com sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileiro), mas também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da individualização da pena”⁷⁵. Dessa forma, também se alinhou ao voto da relatora, concedendo a ordem para afastar os efeitos da hediondez em relação ao tráfico de drogas na modalidade privilegiada.

2.2- Votos contrários à concessão da ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas

O Ministro Luiz Fux divergiu da relatora em seu voto, entendendo não haver irregularidade na opção do constituinte originário. Sustentou que uma causa de diminuição não descaracteriza o tráfico como delito hediondo. Afirmou que tráfico

⁷⁵ Para Guilherme de Souza Nucci, “individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, que dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitar a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto. ”. Dessa forma, conforme argumento utilizado pelo Ministro, ao afastar a natureza hedionda do tráfico de drogas privilegiado, observando as particularidades do agente que comete o delito, se estaria respeitando o tal princípio.

Cf.: NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena / Guilherme de Souza Nucci. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 31.

privilegiado é uma figura penal inexistente. Ainda, aduziu que o reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de $\frac{1}{6}$ da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se o texto legal, é um incentivo para que cada vez mais pessoas se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo que permanecerão presas. Dessa forma, manifestou-se pela denegação da ordem.

Acompanhando o voto divergente, pronunciou-se o Ministro Dias Toffoli. Argumentou que, se a hediondez do tráfico privilegiado fosse afastada, as organizações criminosas cada vez mais procurariam pessoas com bons antecedentes, atraindo-as, com o oferecimento de valores razoáveis, para se aventurar e se iniciar no ilícito, de modo que, como consequência desse abrandamento, teríamos um estímulo às organizações criminosas para atrair cada vez mais pessoas à prática desse delito⁷⁶. Por fim, asseverou não haver possibilidade de distinção do tráfico por uma causa de redução da pena, uma vez que o tráfico, como um todo, é equiparado a hediondo.

Indeferindo a ordem, manifestou-se também, o Ministro Marco Aurélio. Afirmou, em suas razões, que atua como juiz vinculado ao direito positivo e, desse modo, acredita não haver tipo penal próprio no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, mas apenas uma causa de diminuição da pena, não podendo, dessa forma, ser afastada a opção normativa mais rigorosa dada ao tráfico de entorpecentes pelos legisladores.

Embora não tenha sido dado efeito vinculante e eficácia erga omnes a decisão proferida neste *Habeas corpus*, ela trouxe mudanças significativas na política criminal de drogas no Brasil. Isso porque, ao excluir a hediondez do delito, o tempo de encarceramento dos indivíduos condenados por este delito reduz, com a necessidade de cumprimento de frações menores para benefícios, bem como a possibilidade da concessão de indulto e comutação de pena. Dessa forma, resta saber se, de fato, tal decisão interferiu no julgamento dos recursos nas instâncias inferiores.

⁷⁶ Nesse sentido, cumpre destacar o papel da pena. Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “quando a pena só cumpre uma função simbólica, será irracional e antijurídica, porque se vale de um homem como instrumento para sua simbolização, o usa como um meio e não como um fim em si, “coisifica” um homem, ou, por outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos.” Cf.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 98.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

3.1 - Metodologia utilizada na análise dos julgados

No capítulo anterior, foi realizado um breve resumo sobre a história das drogas e de suas proibições, sendo traçados os principais momentos de evoluções normativas e o contexto social em que tais evoluções aconteceram. Dessa forma, verificou-se, inicialmente, uma forte repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, o que, com o decorrer do tempo, foi sendo flexibilizado através de decisões de políticas criminais em razão dos problemas sociais ocasionados por essas repressões.

Assim, chegou-se ao *Habeas Corpus* nº 118.533/MS do Supremo Tribunal Federal, que afastou a incidência da Lei nº 8.072/1990 do tráfico de drogas privilegiado, em razão de fatores como o superencarceramento. Visando apurar se tal decisão, que não foi dado a ela efeito vinculante e eficácia erga omnes⁷⁷, de fato, é capaz de interferir na população carcerária, fez-se uma pesquisa jurisprudencial, restringindo-a ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para averiguar como os Magistrados passaram a decidir acerca do assunto, diante desse novo precedente do Supremo Tribunal Federal. Pretendeu-se ainda, expor os seus posicionamentos, esclarecendo os argumentos utilizados por eles.

Para isso, foram selecionados vinte acórdãos, sendo oito apelações criminais e doze agravos em execução penal. Dessa maneira, obteve-se um número relevante de decisões sobre o assunto, uma vez que se buscou analisar os argumentos dos Magistrados da Primeira, Segunda e Terceira Câmaras Criminais, sendo capaz de dimensionar o impacto do julgamento nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, ainda que presumidamente, no sistema carcerário gaúcho.

O fundamento para essa escolha está vinculado à necessidade de averiguar como os condenados por tráfico de drogas privilegiado iniciavam seu cumprimento de pena, bem como em apurar o impacto nas condenações já em execução,

⁷⁷ Art. 102, § 2º Constituição Federal: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

considerando que o afastamento da hediondez do delito em questão tem repercussão principal na fase de cumprimento da pena. Isso porque, ao afastar a hediondez, as frações para progressão de regime, livramento condicional, comutação e indulto de pena são reduzidas, possibilitando, assim, que o apenado permaneça no estabelecimento prisional por tempo inferior ao que teria de permanecer se houvesse o reconhecimento da natureza hedionda do delito.

A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos períodos de 01.12.2015 a 01.05.2016, anterior a decisão do *habeas corpus* 118.533/MS, e de 01.12.2017 a 01.05.2018, posterior a decisão do referido julgado. Foram analisadas quatro apelações e seis agravos em execução penal no primeiro período, bem como quatro apelações criminais e seis agravos em execução no último período. Os critérios utilizados para a pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foram: “tráfico privilegiado e afastamento da hediondez”, “tráfico privilegiado e hediondo”, “causa de diminuição e afastamento e hediondez”, “causa de redução e hediondo e tráfico de drogas”, “afastamento e hediondez”.

3.2 - Decisões nos julgados anteriores ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533 do STF

Aqui, procurar-se-á averiguar quais eram os posicionamentos dos Magistrados do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul antes do afastamento da hediondez do tráfico de drogas privilegiado pela Suprema Corte.

3.2.1 - Apelações

O primeiro acórdão analisado, de número 70068353275⁷⁸, julgado pela Primeira Câmara Criminal em 29.04.2016, com relatoria do Desembargador Sylvio Baptista Neto, trata de maneira mais específica sobre a questão do afastamento da

⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70068353275. Primeira Câmara Criminal. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 20 abr. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068353275%26num_processo%3D70068353275%26codEmenta%3D6729878+70068353275++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068353275&comarca=Comarca%20de%20Sobradinho&dtJulg=20/04/2016&relator=Sylvio%20Baptista%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 10 mar. 2018. O critério de busca utilizado aqui foi “tráfico privilegiado e hediondez”.

hediondez do tráfico privilegiado. O Ministério Público e a Defensoria Pública interuseram apelações. O *parquet* postulou a correção do erro material na sentença, requerendo o reconhecimento da hediondez do delito praticado pelo réu, consistente em arremessar “tijolos de maconha para o interior do presídio”, o qual o réu “admitiu, em juízo, que, mediante o pagamento de um desconhecido, atirou um pacote para o interior do presídio, pacote este que continha maconha”. O Defensor Público pugnou pelo reconhecimento da forma tentada e a redução da pena pela confissão espontânea.

Ao analisar a questão suscitada pelo Ministério Público, o Desembargador relator, reformando a decisão, arguiu esta não ter consistência jurídica. Em suas razões, afirmou que a minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, diz respeito às características pessoais do condenado, não ao tipo de delito praticado. Dessa forma, o crime cometido pelo réu seria tráfico de drogas e, como tal, de natureza hedionda. Além disso, citou julgados anteriores, manifestando ser este o posicionamento da Primeira Câmara naquele momento. Os desembargadores Jayme Weingartner Neto e Honório Gonçalves da Silva Neto, que igualmente entenderam não haver criação de novo tipo penal, mas somente redução da pena quando o condenado possuísse as características determinantes para incidência do dispositivo legal. Ainda, apresentou um *Habeas corpus*, do Superior Tribunal de Justiça, que, nesse mesmo sentido, entende que a minorante “interfere na quantidade da pena e não na natureza ou qualidade do crime de tráfico de drogas”⁷⁹. Dessa forma, por unanimidade, foi dado provimento ao recurso do Ministério Público para reformar a decisão, devendo ser aplicada a Lei 8.072/1990 para o tráfico de drogas privilegiado, e dado parcial provimento ao recurso da Defesa para reduzir a pena, em face da confissão espontânea.

Extrai-se do voto do magistrado uma interpretação mais severa, voltada para uma forte repressão ao tráfico de drogas, ainda que presentes todas as circunstâncias que evidenciam o envolvimento eventual do agente com o ilícito,

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 143361-SP. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/02/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=947063&num_registro=200901461615&data=20100308&formato=PDF>. Acesso em: 28 mai. 2018.

demonstrando, portanto, menor potencial lesivo da conduta. Ainda, no mesmo viés, posiciona-se José Fernando Marreiros Sarabando⁸⁰:

Em primeiro lugar, não há se falar, no caso, em tipo penal autônomo, verdadeira “figura privilegiada”, como preconizam alguns estudiosos do assunto, algo que somente ocorre com o §3º do dispositivo em tela (chamado “tráfico de drogas privilegiado” ou “tráfico entre amigos”), quando o imputável, sem objetivo de lucro financeiro, oferece droga a pessoa amiga ou conhecida, para uso em conjunto da substância (...). O art. 33, §4º, da Lei Antidrogas, portanto, disciplina, exclusivamente, uma causa especial de diminuição de pena, antiga aspiração, aliás, dos juristas pátrios, que sempre defenderam a separação, clara e evidente, entre os traficantes iniciantes e os profissionais, os pequenos e os grandes traficantes, quando da imposição das respostas penais.

A segunda decisão abordada é o acórdão nº 70062042536⁸¹, julgado pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça em 28.04.2016, com relatoria do Desembargador José Antônio Cidade Pitrez. Os recursos foram interpostos pelo Ministério Público e pelos réus Luiz e Janderson por intermédio de Defesa constituída do primeiro e por intermédio da Defensoria Pública do segundo, contra a sentença que os condenou como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006. O Ministério Público requereu a condenação dos réus também pelo delito de associação para o tráfico, previsto no artigo 35, do mesmo diploma legal. Já as Defesas requereram, por sua vez, a aplicação da minorante prevista no §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, considerando se tratarem de réus primários, com bons antecedentes e que não se dedicavam a atividades, organizações ou associações criminosas. Por fim, a questão relativa à exclusão do caráter hediondo foi suscitada pela Defensoria Pública que aduziu não possuir natureza hedionda o tráfico de drogas privilegiado. Todos, em suas respectivas contrarrazões, requereram o

⁸⁰ SARABANDO, José Fernando Marreiros. Lei Federal nº 11.343/2006, a Lei Antidrogas: abordagem prática: questões jurídicas pontuais importantes para a dosimetria das penas: rotina do MP e do Judiciário na repressão ao tráfico de drogas. *JUS*, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul. / dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=75727>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70062042536. Segunda Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 24 abr. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70062042536%26num_processo%3D70062042536%26codEmenta%3D6745525+70062042536++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70062042536&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Gabriel&dtJulg=28/04/2016&relator=Jos%C3%A9%20Ant%C3%B4nio%20Cidade%20Pitrez&aba=juris>. Acesso em: 10 mar. 2018.

O critério de busca utilizado aqui foi “tráfico privilegiado e hediondo”.

desprovemento dos recursos. A apelação do Ministério Público restou desprovida, uma vez que o conjunto probatório nos autos não demonstrou haver associação para o tráfico, mantendo a sentença nesse ponto. Foi dado parcial provimento ao recurso do réu Luiz para reduzir a pena imposta, enquanto o do réu Janderson foi negado provimento. No tocante ao reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado, em suas argumentações, o Magistrado entendeu não ser possível para os réus, considerando que se dedicavam à atividade criminosa. Embora não tenha reconhecido a causa de diminuição, restando prejudicado, portanto, o pedido, rebateu a questão relativa ao afastamento da hediondez do delito nos casos em que incide o §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006. Aduziu ser inviável, uma vez que “sendo privilegiado ou não é equiparado a hediondo pela legislação, exigindo maior rigor em sua apuração e repressão”, embasando sua argumentação na Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça⁸².

Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, igualmente, adotam essa posição, entendendo que embora possua menor grau de desvalor, continua sendo tráfico e gerando impactos nocivos para a sociedade. Ainda, afirma ser o tráfico privilegiado um tipo derivado de tráfico e não um tipo penal autônomo⁸³.

O acórdão nº 70051393478⁸⁴, julgado pela Segunda Câmara Criminal em 25.02.2016, com relatoria do Desembargador José Ricardo Coutinho Silva, trata-se de irresignação dos réus Diogo e Eliandro, contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Campo Bom, que os condenou como incurso nas sanções do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 à pena de 04 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Em suas razões, a Defesa requereu a absolvição por

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 512. “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

⁸³ MENDONÇA, Andrey Borges de. Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, Comentada artigo por artigo. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 135.

⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70051393478. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador José Ricardo Coutinho Silva. Porto Alegre, 25 abr. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051393478%26num_processo%3D70051393478%26codEmenta%3D6669866+70051393478++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70051393478&comarca=Comarca%20de%20Campo%20Bom&dtJulg=25/02/2016&relator=Jos%C3%A9%20Ricardo%20Coutinho%20Silva&aba=juris>. Acesso em: 11 mar. 2018. O critério de busca utilizado foi “causa de redução e hediondo e tráfico de drogas”.

insuficiência probatória e, quanto ao apenamento, pleiteou a redução da pena, a alteração de regime, o afastamento da hediondez e a substituição por penas restritivas de direito⁸⁵. Por maioria, foi dado parcial provimento ao recurso dos réus para reduzir a pena pecuniária e alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, diante do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da obrigação de fixação de regime inicial fechado nos crimes hediondos ou equiparados⁸⁶. Quanto ao afastamento do caráter hediondo do tráfico de drogas suscitado pela Defesa, o Magistrado, no mesmo sentido das apelações já analisadas, entendeu não se tratar de novo tipo penal, mas apenas de causa de redução de sua reprimenda. Para defender seu posicionamento, afirmou não haver ressalva referente a causa de diminuição na Lei dos crimes hediondos, de modo que não existiria fundamento legal para o afastamento da natureza hediondo do delito. Trouxe jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e daquela corte.

No mesmo sentido, se manifestou o Desembargador João Batista Marques Tovo, no julgamento da apelação 70068406644⁸⁷, de sua relatoria, julgado em 06.04.2016 pela Terceira Câmara Criminal. A sentença recorrida condenou o réu Rafael à pena de 03 anos, 08 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por pena restritiva de direito, por incurso na sanção do artigo 33, *caput*, combinado com o §4º, da Lei nº 11.343/2006. A Defesa requereu a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, redução da base ao mínimo legal, aplicação da fração máxima de redução pela forma privilegiada e o afastamento do

⁸⁵ Inicialmente, a Lei de Drogas, vedava a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito. Contudo, em 2010, no julgamento do Habeas Corpus (HC nº 97.256/RS), foi declarada inconstitucional essa vedação. Portanto, não há óbice legal à conversão de pena restritiva de liberdade em pena restritiva de direito em caso de tráfico ilícito de entorpecentes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 97.256-RS. Relator: Ministro Ayres Britto. julgado em 01.09.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 15 juni. 2018.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 111.840-ES. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5049490>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

⁸⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70068406644. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 06 abr. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068406644%26num_processo%3D70068406644%26codEmenta%3D6716520+70068406644++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068406644&comarca=Comarca%20de%20Lajeado&dtJulg=06/04/2016&relator=Jo%C3%A3o%20Batista%20Marques%20Tovo&aba=juris>. Acesso em: 15 mar. 2018. O critério de busca utilizado aqui foi “tráfico de drogas e hediondo”.

caráter hediondo do delito. Em suas razões, o eminente julgador, quanto ao afastamento da hediondez do tráfico de drogas privilegiado, entendeu não ser cabível, acompanhando a orientação do Superior Tribunal de Justiça, que no Recurso Especial (Resp. 1329088), reconheceu a incidência da Lei nº 8.072/1990. No restante, por unanimidade, foi dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena privativa de liberdade no patamar de metade, restando a pena de 02 anos e 06 meses, mantida as demais disposições da sentença.

Da análise das apelações, nos períodos de 01.12.2015 a 01.05.2016, verificou-se que os Magistrados entendiam ser o tráfico de drogas privilegiado delito equiparado a hediondo, não afastando, porquanto, a incidência da Lei nº 8.072/1990. Ainda, fazem menção de forma bastante sucinta acerca do afastamento da natureza hedionda do delito, uma vez que apenas utilizavam para redução da pena, havendo discussões mais profundas sobre o assunto na fase da execução da condenação, em que, de fato, o afastamento provoca mudanças significativas.

3.2.2 - Agravos em Execução Penal

O primeiro agravo em execução analisado é o nº 70053272019⁸⁸, julgado pela Segunda Câmara Criminal em 19.04.2016, com relatoria do Desembargador Sandro Luz Portal. O recurso foi interposto pelo Ministério Público contra a decisão proferida pelo Juízo da Execução da Comarca de Porto Alegre que, entendendo não ser o tráfico de drogas privilegiado delito equiparado a hediondo, determinou a remessa de atestado de conduta carcerária pela Casa Prisional, uma vez que preenchido o requisito objetivo para progressão de regime⁸⁹. Em suas razões, o *parquet*, requereu, preliminarmente a nulidade da decisão, por violação à coisa julgada e, no mérito,

⁸⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70053272019. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador Sandro Luz Portal. Porto Alegre, 19 abr. 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70053272019%26num_processo%3D70053272019%26codEmenta%3D6729030+70053272019++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70053272019&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=19/04/2016&relator=Sandro%20Luz%20Portal&aba=juris>. Acesso em: 12 mai. 2018.

O critério de busca utilizado foi “afastamento e hediondez”.

⁸⁹ Art. 112 da Lei de Execução Penal: 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 um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

fosse reformada a decisão para que fosse possível a progressão de regime e o livramento condicional quando cumprido $\frac{2}{5}$ e $\frac{3}{5}$ da pena, respectivamente. O Magistrado, dando razão ao Ministério Público, alegou ter o Superior Tribunal de Justiça pacificado o entendimento com a edição da Súmula 512, de modo que não afasta a hediondez o reconhecimento da causa de diminuição prevista no §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci⁹⁰, para o estabelecimento das frações para a concessão da progressão de regime, leva-se em conta a natureza do delito cometido. Tratando-se de delito comum, é necessário o cumprimento de $\frac{1}{6}$ da pena para a sua concessão, ou seja, tendo cumprido $\frac{1}{6}$ da pena e apresentado bom comportamento carcerário, o apenado faz jus ao benefício. Já nos delitos hediondos ou equiparados, para concessão da progressão de regime o condenado deve cumprir a fração de $\frac{2}{5}$ da pena se primário, ou $\frac{3}{5}$ em caso de reincidência. Tal fração foi estabelecida pela Lei nº 11.464/2007, quando o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional, no *habeas corpus* nº 82.959/SP, regime integralmente fechado para delitos hediondos ou equiparados.

Esse também foi o posicionamento no recurso nº 70063034912⁹¹, igualmente julgado pela Segunda Câmara Criminal em 31.03.2016, com relatoria do Desembargador José Antônio Cidade Pitrez. A Defesa requereu a reforma da decisão, que indeferiu o pedido de progressão de regime, por ausência do requisito objetivo, pugnando pela incidência da fração dos crimes comuns e a retificação da guia de execução penal, uma vez que na sentença condenatória houve reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado. Contudo, quando do julgamento do recurso, o réu já havia cumprido $\frac{2}{5}$ da pena (fração necessária para concessão do

⁹⁰ Nos delitos comuns, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, “tem o condenado direito a progressão de regime, após cumprir um sexto da pena, e desde que tenha merecimento.”

Cf.: NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas. 10. ed. rev., atual. e ampl. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 280.

⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70063034912. Segunda Câmara. Relator: Desembargador José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 31 mar. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70063034912%26num_processo%3D70063034912%26codEmenta%3D6711036+70063034912++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70063034912&comarca=Comarca%20de%20Novo%20Hamburgo&dtJulg=31/03/2016&relator=Jos%C3%A9%20Ant%C3%B4nio%20Cidade%20Pitrez&aba=juris>. Acesso em: 12 mai. 2018.

O critério de busca utilizado foi “33, §4º e hediondo”.

benefício nos crimes hediondos), restando prejudicado o pedido neste ponto. No tocante à exclusão da hediondez, o relator entendeu não ser cabível, pois ofenderia a coisa julgada. Ainda, asseverou que a aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, é de causa especial de diminuição de pena, não criando um novo tipo penal e, por conseguinte, não sendo suficiente para afastar o caráter hediondo previsto expressamente na lei de regência.

Como já salientado, a fração para os crimes comuns é menor do que as para os crimes hediondos, uma vez que estes são considerados mais nocivos para sociedade, entendendo o legislador que estes merecem, portanto, reprimenda maior. Dessa forma, o agente que comete o crime de tráfico se submete a frações maiores, permanecendo, portanto, mais tempo encarcerado antes de ser beneficiado com a progressão de regime, de modo que isso afetaria ainda mais o problema do superencarceramento⁹².

O outro recurso analisado foi o de nº 70067976290⁹³, julgado em 06.04.2016 pela Primeira Câmara Criminal, com relatoria do Desembargador Jayme Weingartner Neto. O agravo foi interposto pelo apenado Claudionei, requerendo a reforma da decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Borja, que retificou a guia de execução penal, fazendo constar a fração de $\frac{2}{3}$ para a concessão do livramento condicional. Sustentou o agravante que a hediondez do delito não foi reconhecida na sentença condenatória, nem mesmo no acórdão proferido em apelação, devendo constar, assim, a fração de $\frac{1}{3}$ para concessão do benefício. Ao julgar o recurso, o desembargador relator arguiu ser pacífico no STJ o entendimento de que a causa de redução da pena presente no §4º, não afasta o caráter hediondo do tráfico de drogas, trazendo precedentes daquele Tribunal, bem

⁹² Conforme Francisco Glauber Pessoa Alves, “excessivo encarceramento por crimes de menor potencial ofensivo relacionados a drogas é ineficaz em diminuir a reincidência e sobrecarrega os sistemas de justiça criminal, impedindo-nos de lidar melhor com crimes mais graves.”

Cf.: ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A custosa questão carcerária brasileira e as inverdades convenientes. **Revista dos Tribunais**, vol. 987/2018, p. 241 - 266, Jan. 2018.

⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70067976290. Primeira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 06 abr. 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70067976290%26num_processo%3D70067976290%26codEmenta%3D6715848+70067976290++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70067976290&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Borja&dtJulg=06/04/2016&relator=Jayme%20Weingartner%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 12 mai. 2018. O critério de busca utilizado aqui foi “tráfico de drogas e hediondez”.

como um *Habeas corpus* julgado pelo STF⁹⁴, com relatoria do Ministro Luiz Fux, para alicerçar seu posicionamento.

Ainda, nesse mesmo sentido, manifestou-se a Desembargadora Rosaura Marques Borba no agravo nº 70067974519⁹⁵, julgado em 19.05.2016, também pela Segunda Câmara Criminal. O recurso foi interposto em razão da inconformidade do apenado Juliano com a decisão que indeferiu o pedido de livramento condicional por ausência de requisito objetivo, pois o apenado não havia cumprido $\frac{2}{3}$ da condenação pelo tráfico de drogas privilegiado. Sustentou estar preenchido o requisito objetivo, postulando a reforma da decisão para contar a fração de $\frac{1}{3}$ para concessão do benefício, uma vez que reconhecida a causa de diminuição da pena na sentença do processo nº 004/2.11.000044-64. A decisão recorrida foi mantida pela magistrada, que defendeu a incidência do parágrafo 44, da Lei 11.343/2006⁹⁶, por ser lei especial em relação a regra geral do artigo 83, inciso I, do Código Penal⁹⁷. Além disso, entendeu que a norma insculpida no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal⁹⁸, não abre margem para interpretação trazida pelo agravante, uma vez que a privilegiadora constante no §4º, da Lei nº 11.343/2006 não cria novo tipo penal, apenas reduz a pena corporal, mantendo, assim, o caráter hediondo do delito, de

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 114452-RS AgR. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3064804>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70067974519. Segunda Câmara Criminal. Relatora: Desembargadora Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 19 mai. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70067974519%26num_processo%3D70067974519%26codEmenta%3D6770944+70067974519++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70067974519&comarca=Comarca%20de%20Bag%C3%A9&dtJulg=19/05/2016&relator=Rosaura%20Marques%20Borba&aba=juris>. Acesso em: 16.05.2018.

O critério de busca utilizado aqui foi “tráfico de drogas e hediondez”.

⁹⁶ Art. 44 da Lei 11.343/2006: 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.

⁹⁷ Art. 83 do Código Penal - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

⁹⁸ Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal - 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.

consequentemente, a necessidade do cumprimento de $\frac{2}{3}$ da pena para concessão do livramento condicional.

José Frederico Marques, leciona que o livramento condicional “é a liberdade provisória concedida, sob certas condições, ao condenado que não revele periculosidade, depois de cumprida uma parte da pena que lhe foi imposta⁹⁹”. De acordo com o autor, tal benefício tem suas raízes no princípio da individualização da pena, ou seja, está vinculado às condições pessoais do agente. Nesse sentido, a sentença que reconhece a privilegiadora do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, já revela não haver grau elevado de periculosidade do autor do delito, de modo que a exigência do cumprimento de uma fração maior, nesse caso, revela-se desproporcional. Além disso, considerando a falta de vagas em casas prisionais, o posicionamento dos Magistrados nos recursos analisados parece desconsiderar a realidade social enfrentada no nosso sistema carcerário.

Na mesma perspectiva dos demais Magistrados, decidiu o Desembargador relator Sérgio Miguel Achutti Blattes, ao analisar o recurso nº 70066755661¹⁰⁰, julgado pela Terceira Câmara Criminal, em 03.12.2015. O recurso versou sobre o indeferimento de pedido de indulto de pena, com base no artigo 9, do Decreto nº 8.380/2014¹⁰¹, que veda a concessão nos casos de condenação por tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo. A Defesa do apenado sustentou não estar o tráfico de drogas privilegiado abarcado na vedação do referido Decreto. O Magistrado, por sua vez, referiu que tal delito, ainda que com a incidência da minorante, integra o rol de delitos equiparados a hediondos. Arguiu que o referido parágrafo, menciona expressamente as condutas previstas no *caput* e no parágrafo 1º do mesmo artigo, estas com vedações à concessão de indulto e comutação da

⁹⁹ MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964-1966. 3 v. p. 276.

¹⁰⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70066755661. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 03 dez. 2015. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70066755661%26num_processo%3D70066755661%26codEmenta%3D6590438+70066755661++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70066755661&comarca=Comarca%20de%20Passo%20Fundo&dtJulg=03/12/2015&relator=S%C3%A9rgio%20Miguel%20Achutti%20Blattes&aba=juris>. Acesso em: 16.05.2018.

O critério de busca utilizado aqui foi “tráfico de drogas e hediondo”.

¹⁰¹ Art. 9º do Decreto nº 8.380/2014: O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas: [...] II - por crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do *caput* e § 1º do art. 33 e dos arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

pena. Concluiu afirmando que a incidência do §4º não representa conduta típica autônoma, “não havendo como diferenciar, para fins dos benefícios do Decreto nº 8.380/2014, condenações pelo artigo 33, *caput* e pelo artigo 33, §4º, pois a conduta típica é *una*, além de vedada pelo artigo 9º deste decreto”.

O desembargador Ingo Wolfgang Sarlet, relator do agravo em execução nº 70068688753¹⁰², julgado também pela Terceira Câmara Criminal em 18.05.2016, igualmente se posicionou pelo reconhecimento do caráter hediondo do tráfico privilegiado, mantendo a decisão que indeferiu o pedido de indulto/comutação, porquanto a apenada cumpria pena pelo crime de tráfico de drogas e, por este motivo, não fazia jus à concessão do benefício, nos termos do artigo 9º do Decreto nº 8.615/2015. A agravante alegou que “a inclusão do indulto dentre as vedações impostas aos condenados por crimes hediondos é passível de inconstitucionalidade, pois não existiria vedação constitucional expressa. Além disso, sustentou que o artigo 9º, do Decreto nº 8.615/2015, não engloba o delito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Para fundamentação do seu voto, o Magistrado elencou julgados daquela Câmara e do STF¹⁰³, que entendiam não ser a causa de diminuição de pena, passível de descaracterizar o delito de tráfico de drogas e, conseqüentemente, não afastaria a equiparação aos crimes definidos como hediondos, estabelecida pelo artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

O indulto de pena consiste numa forma de extinção da punibilidade e se “justifica pela necessidade, não raro, de atenuar os rigores exagerados das sanções penais, muitas vezes desproporcionais ao crime praticado”¹⁰⁴. Nesse sentido, a não concessão de indulto nos casos em que reconhecida a privilegiadora do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, revela-se desproporcional, posto que o crime praticado, bem

¹⁰² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70068688753. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068688753%26num_processo%3D70068688753%26codEmenta%3D6768379+70068688753++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068688753&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=18/05/2016&relator=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet&aba=juris>. Acesso em: 18 mai. 2018.

O critério de busca utilizado aqui foi “33, §4º e hediondo”.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 119578-MS. Relator: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma, julgado em 04/02/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290707>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 709. (apud - Maggiore, Diritto penale..., p. 759).

como as condições pessoais do agente, não estão em consonância com essa vedação. Além disso, conforme leciona Cezar Bitencourt¹⁰⁵, o indulto coletivo também é delimitado pela pena aplicada. Dessa forma, vale dizer que, se é possível a concessão de indulto para delitos com pena mais elevadas e condutas mais lesivas para sociedade, seria incoerente vedar tal concessão para um indivíduo que se envolve eventualmente com o delito de tráfico de drogas.

Além disso, frisa-se que a vedação à concessão de indulto para os crimes hediondos e equiparados está prevista no artigo 2º, inciso I da Lei nº 8.072/1990. Essa Lei, ao disciplinar o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, ampliou o rol de restrições postas naquele dispositivo legal, inserindo, além da vedação à graça e anistia, a vedação ao indulto. Nesse sentido, tal dispositivo é passível de dúvidas quanto sua constitucionalidade. Assim, sustenta Alberto da Silva Franco aduzindo que “se a Constituição Federal incluiu a concessão de indulto e a comutação das penas, entre as atribuições previstas do Presidente da República (art. 84, XII, da CF¹⁰⁶), e se ela própria não excepcionou, em situação alguma, o exercício de sua competência, não caberia, evidentemente, ao legislador ordinário, limitá-lo. O dispositivo do inciso I do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990¹⁰⁷ está, portanto, eivado de flagrante inconstitucionalidade no tópico em que estende aos delitos especificados na referida lei à proibição de indulto”¹⁰⁸.

3.3 - Decisões nos julgados posteriores ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533 do Supremo Tribunal Federal

Buscar-se-á aqui descobrir quais foram os efeitos causados após o julgamento do referido *Habeas corpus* nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, expondo os votos e argumentos utilizados pelos Magistrados em seus julgados.

3.3.1 - Apelações

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 11. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2007. p. 710.

¹⁰⁶ Art. 84 da Constituição Federal: Compete privativamente ao Presidente da República: II - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

¹⁰⁷ Art. 2º da Lei 8.072/1990: Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto;

¹⁰⁸ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 142.

No julgamento da apelação nº 70075657825¹⁰⁹, realizado pela Segunda Câmara Criminal em 22.03.2018, com relatoria do Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima, houve o afastamento da natureza hedionda do delito, no qual foi afirmado ser este o entendimento da maioria que compõem a Câmara. Salienda-se que o caso julgado nesta apelação, foi decorrente de um delito cometido por companheira de apenado que teria sido usada como “mula” para transportar substância entorpecente, possivelmente, para o Presídio de Júlio de Castilhos, casa prisional em que seu companheiro estava recolhido, conforme relatado na sentença. Destaca-se aqui, a recorrência de situações como essas entre companheiras de apenados, conforme bem relatado pela Ministra Cármen Lúcia no *Habeas corpus* nº 118.533/MS, de modo que, como bem dito, elas são levadas por dependência econômica, psíquica ou afetiva, acabando em subserviência total. Isso é corroborado com o que foi apurado no último levantamento realizado pelo Infopen, em junho de 2016, em que 77% das mulheres com penas privativas de liberdades estavam encarceradas por tráfico de drogas no Rio Grande do Sul¹¹⁰. Nesse sentido, confirma Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo que as políticas proibicionistas e, conseqüentemente, a atual Lei de Drogas, afetaram de modo considerável o encarceramento feminino¹¹¹. Assim também afirma, Maria Palma Wolff aduzindo que “a implementação da Lei nº 11.343/2006 que vem ocorrendo apenas em seu aspecto repressivo e a falta de efetivação de programas preventivos potencializam e evidenciam as violações verificadas no âmbito da seletividade e execução da pena de mulheres”¹¹².

¹⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça. Apelação 70075657825. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre 23 mar 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075657825%26num_processo%3D70075657825%26codEmenta%3D7678433+70075657825+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075657825&comarca=Comarca%20de%20Tupanciret%C3%A3&dtJulg=22/03/2018&relator=Victor%20Luiz%20Barcellos%20Lima&aba=juris. Acesso em: 29.05.2018.

O critério de busca aqui utilizado foi “tráfico privilegiado e afastamento e hediondez”.

¹¹⁰ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres, 2ª edição Brasília, DF. 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em 06 jun. 2018.

¹¹¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. 10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p. 252.

¹¹² WOLFF, Maria Palma. Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero: Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 87/2010. p. 375 - 395. Nov. - Dez / 2010. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. vol. 4. p. 429 - 448. Ago. 2011 | DTR\2010\865. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srcuid=i0ad82d9a00000164>

Feita estas considerações, cumpre informar que a sentença objeto do recurso, condenou a ré à pena de 05 anos de reclusão, em regime semiaberto, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Em suas razões recursais, o Ministério Público postulou a fixação do regime fechado. Já a Defesa, requereu absolvição e, subsidiariamente, postulou a redução da pena em face da atenuante de confissão, bem como a incidência da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. O relator do voto acolheu o pedido defensivo, reconhecendo a incidência da causa de diminuição do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, pois entendeu terem sido preenchidos os requisitos legais. Afirmou ser este dispositivo legal decisivo para se diferenciar os grandes criminosos do tráfico daqueles que eventualmente praticam “pequenos tráficos”, pois não seria possível tratar todos de forma igual. Ainda, não reconheceu o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, com base no entendimento do Supremo Federal no habeas corpus em análise. Dessa forma, aplicou a pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, destacando o entendimento da Suprema corte de que, ainda que fosse de natureza hedionda, isso não conduziria a aplicação de regime inicialmente fechado, bem como substituiu as penas por duas restritivas de direito. O Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, embora tenha acompanhado o voto do relator, manifestou sua posição pessoal de discordância do afastamento do caráter hediondo do tráfico privilegiado. O voto também foi acompanhado pela Desembargadora Rosaura Marques Borba, que se insurgiu apenas quanto aos argumentos utilizados para escolha da fração de redução do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, mantendo, contudo, o voto do relator, porquanto o *quantum* final seria o mesmo.

Igualmente é o entendimento da Terceira Câmara Criminal que, ao julgar a apelação nº 70072925670¹¹³, de relatoria do Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet,

3c1b72f1e8aebf6c&docguid=I613d7df03e5f11e09ce30000855dd350&hitguid=I613d7df03e5f11e09ce30000855dd350&spos=1&epos=1&td=100&context=80&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=>. Acesso em: 16 jun. 2018.

¹¹³ RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça. Apelação nº 70072925670. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre 13 dez. 2017. Disponível em: <

afastou a natureza hedionda do delito de tráfico de drogas privilegiado. Os réus foram condenados como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 02 anos e 11 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, por terem o intuito de arremessar um invólucro plástico contendo aproximadamente 7,5 gramas da substância popularmente conhecida como “maconha” para dentro do Presídio Estadual de Encantado. No recurso, a Defesa requereu a insuficiência probatória e o reconhecimento da coação moral irresistível e, de forma subsidiária, busca a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06¹¹⁴, pedidos que restaram indeferidos. O Ministério Público, em suas razões, pleiteou fossem os réus condenados como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei de Drogas, o qual também não foi acolhido. Em seu voto, o relator deu parcial provimento apenas para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado, conforme o precedente do Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS. Essa posição foi acompanhada pelos demais magistrados, tendo o Desembargador Sérgio Miguel Achuttes Blattes apenas divergindo quanto a

8&numProcesso=70072925670&comarca=Comarca%20de%20Encantado&dtJulg=13/12/2017&relator=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet&aba=juris>. Acesso em: 29.05.2018.

O critério de busca aqui utilizado foi “tráfico privilegiado e afastamento e hediondez”.

¹¹⁴ Art. 28 da Lei 11.343/2006: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Nesse sentido, Roberto Mendes de Freitas Júnior que “ esta suposta pena cominada pelo legislador, constitui verdadeira despenalização do porte ou do uso para uso próprio. ”

Cf.: FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. Drogas: comentários à Lei 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006. p. 36.

Elisangela Melo Reghelin (apud CARVALHO, Salo de.), entende, contudo, que “a nova lei de drogas revive o Direito Penal do Autor ao impor sanções em relação a condutas habituais, privadas e relativas à opção individual, pois o senso comum acredita que o usuário ou é um dependente, ou é responsável pela existência do tráfico (como se fosse possível uma sociedade sem consumo de drogas), ou é um futuro traficante em potencial, razão pela qual deveria ser obrigatoriamente internado ou preso, a fim de ser tratado e ressocializado. São esses os resquícios dos sistemas inquisitoriais e ditatoriais estruturados a partir de ideologias totalitárias, os quais ainda encontramos em nosso Direito Penal contemporâneo”. Ainda, afirmou que o “artigo 28 carece de bem jurídico constitucional-penal e, assim esvaziado, possui conteúdo de Direito Penal simbólico, o que o levará ao descrédito e ao escárnio público dentro em breve. ”

Cf.: REGHELIN, Elisangela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira: **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. vol. 64/2007, p. 57 - 77, jan. / fev. 2007. Disponível em:

<[https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001643c1e46f0e8aebfca&docguid=le392dd90f25111dfab6f010000000000&hitguid=le392dd90f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=94&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1](https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001643c1e46f0e8aebfca&docguid=le392dd90f25111dfab6f01000000000&hitguid=le392dd90f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=94&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

quantidade da pena imposta, na qual entendeu ser cabível a redução em grau máximo da fração do §4º, artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, sendo acompanhado pelo Desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro.

Em sentido contrário, foi julgado, pela Segunda Câmara Criminal, apelação nº 70076704501¹¹⁵, com relatoria do Desembargador Luiz Mello Guimarães. O recurso foi interposto contra a sentença que condenou o réu nas sanções do artigo 33, *caput*, com o §4º da Lei de Drogas, à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão em regime inicialmente fechado. A Defesa interpôs recurso postulando a absolvição do apenado por insuficiência probatória ou a desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei de Drogas. Ainda, suscitou a redução da pena privativa de liberdade, diante da aplicação da minorante prevista no artigo 33, §4º, do mesmo diploma legal, em sua fração máxima, excluindo a hediondez do delito e fixando o regime aberto para cumprimento de pena. O relator, em seu voto, deu parcial provimento ao apelo apenas para fixar o regime semiaberto, com base no disposto no art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal¹¹⁶. No tocante ao pedido de afastamento da hediondez, o referido relator manteve seu posicionamento anterior, manifestando-se pela manutenção do caráter hediondo da conduta, uma vez que entende ser descabido tal afastamento pela simples aplicação da causa de diminuição, que não cria novo tipo penal, apenas reduz a sanção. Ainda, sustentou que a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas corpus* nº 118.533 não possui efeito vinculante. Trouxe precedentes no mesmo sentido da Segunda Câmara, embora não unânime. Acompanhou o voto do relator, o Desembargador José Antônio Cidade Pitrez. Em contrapartida, a Desembargadora Rosaura Marques Borba divergiu do voto, alinhando-se com o

¹¹⁵ RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça. Apelação 70076704501. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre 12 abr. 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076704501%26num_processo%3D70076704501%26codEmenta%3D7710585+70076704501+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076704501&comarca=Comarca%20de%20Tramanda%C3%AD&dtJulg=12/04/2018&relator=Luiz%20Mello%20Guimar%C3%A3es&aba=juris. Acesso em: 02.06.2018
O critério de busca utilizado aqui foi “tráfico privilegiado e afastamento e hediondez”.

¹¹⁶ Art. 33, §2º, do Código Penal - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...] § 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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

precedente da Suprema Corte. Em suas razões, manifestou-se pela exclusão do caráter hediondo quando aplicado o §4º do artigo 33, da Lei de Drogas. Fundamentou seu voto em critérios de proporcionalidade¹¹⁷ e razoabilidade, alegando ser até mesmo incongruente, no que se refere ao quantitativo de reprimenda, conferir tratamento penal igualmente severo ao traficante habitual. Ainda, mencionou o largo lapso temporal existente entre a atual Lei de Drogas e a Lei dos Crimes Hediondos, elaboradas em períodos distintos com políticas criminais diferentes¹¹⁸, “gerando uma incompatibilidade atual entre normas infraconstitucionais e verdadeira lacuna legal para os casos em que os condenados foram beneficiados pela redutora prevista na lei antitóxicos”. Por fim, informou que o Superior Tribunal de Justiça alinhou seu posicionamento ao da Suprema Corte entendendo que o tráfico de drogas na sua forma privilegiada não possui natureza hedionda, cancelando o Enunciado 512¹¹⁹ de sua Súmula.

No sentido de manter a hediondez do tráfico de drogas quando reconhecida a causa privilegiadora, leciona Renato Brasileiro de Lima não se tratar de privilégio, embora muito se adote esse termo, explicando que se trata apenas de causa de

¹¹⁷ Para Krisztina Karsai “a decisão sobre a punibilidade em geral, mas sobretudo no domínio da legislação penal sobre drogas, é tomada no âmbito de uma complexa matriz de valores. (...) Nesse aspecto, vêm à tona em primeira linha as respectivas diretrizes constitucionais de um Estado, e é necessário fazer jus à proporcionalidade (eventualmente ao princípio da *ultima ratio* do Direito Penal) e ao princípio da igualdade, independentemente do que venham a significar nos diferentes ordenamentos jurídicos.”

Cf.: KARSAI, Krisztina. As questões fundamentais de uma legislação penal sobre drogas (esboço de uma legislação comparada sobre drogas). Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92/2011, p. 97-120. Set./ Out. 2011. Disponível em: <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001643c314c0975d631df&docguid=led8a8680051b11e1b3cf00008558bdfc&hitguid=led8a8680051b11e1b3cf00008558bdfc&spos=2&epos=2&td=2&context=136&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

¹¹⁸ Nesse sentido, conforme leciona Valdir Sznick, o julgador, ao interpretar a norma penal também deve considerar o elemento sociológico, uma vez que “como a lei disciplina relações da comunidade, da sociedade em si, deve-se levar em conta a realidade da vida presente, diversa de quando a lei foi editada, buscando na lei, mediante uma interpretação progressiva (evolutiva), conceitos às novas necessidades da vida atual”. Ainda, sustenta que a interpretação progressiva busca atender os objetivos da lei, que mudam “conforme as circunstâncias e exigências sociais”, de modo que se deve “ajustar as normas penais às exigências sociais, às necessidades econômicas e ao progresso jurídico e científico, adaptando-a lei ao momento presente, aos dias atuais”.

Cf.: SZNICK, Valdir. Manual de direito penal: parte geral. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002. p. 47-50.

¹¹⁹ Acompanhando entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que o tráfico privilegiado de drogas não constitui crime de natureza hedionda.

diminuição, porquanto não inserido pelo legislador novo mínimo ou máximo de pena privativa de liberdade¹²⁰.

Assim também foi decidida a apelação nº 70075121145¹²¹, de relatoria da Desembargadora Rosaura Marques Borba, julgada em 22.03.2018 pela Segunda Câmara Criminal. A sentença condenatória, objeto do recurso, condenou o réu a pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, sendo substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, por incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, com §4º, da Lei nº 11.343/2006. Em suas razões recursais, a Defesa pugnou, além de outros pedidos, o afastamento da natureza hedionda do tráfico de drogas privilegiado. Em sentido contrário, o Ministério Público pleiteou o afastamento da minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas. Quanto ao pedido ministerial, foi negado provimento. Em relação a exclusão da natureza hedionda do tráfico de drogas, a relatora votou no sentido de dar provimento ao apelo defensivo, alinhando-se ao entendimento da Suprema Corte, sob critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Em contrapartida, votou o desembargador José Antônio Cidade Pitrez, sendo acompanhado pelo desembargador Luiz Mello Guimarães. Sustentou que o reconhecimento da causa de diminuição não cria novo tipo penal, ou seja, continua tipificado 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, aduzindo que a decisão do Supremo Tribunal de Justiça foi tomada em controle difuso de constitucionalidade, não possuindo efeito vinculante e eficácia erga omnes.

Conforme ressaltou o Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, a decisão foi tomada em controle difuso¹²² de constitucionalidade e não foi dado a ela efeito vinculante e eficácia erga omnes. Dessa forma, ainda persistem dentro do Tribunal,

¹²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 1035.

¹²¹ RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça. Apelação 70075121145. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador^a Rosaura Marques Borba. Porto Alegre 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075121145%26num_processo%3D70075121145%26codEmenta%3D7680520+70075121145+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075121145&comarca=Comarca%20de%20Encantado&dtJulg=22/03/2018&relator=Rosaura%20Marques%20Borba&aba=juris>. Acesso em: 02.06.2018.

O critério de busca aqui utilizado foi “tráfico privilegiado e hediondo”.

¹²² Segundo Carlos Aureliano Motta de Souza, “no controle difuso, também chamado por via de exceção, ou incidental, a fiscalização da inconstitucionalidade é exercida pelos tribunais e juízes singulares, no contexto de uma controvérsia, não gerando questão prejudicial.”

Cf.: SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 44.

embora em menor número, teses e decisões contrárias a decisão do Supremo Tribunal Federal.

3.3.2 - Agravos em Execução Penal

No agravo em execução penal nº 70074906181¹²³, julgado pela Primeira Câmara Criminal em 06.12.2017, com relatoria do desembargador Manuel José Martinez Lucas, foi afastada a natureza hedionda do tráfico de drogas quando reconhecida a causa de diminuição da pena. O recurso foi interposto pelo Ministério Público, diante a decisão que afastou a hediondez do tráfico de drogas privilegiado. Em suas razões, requereu a reforma da decisão com base na súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça. Ao julgar o recurso, o Magistrado informou ter alterado seu posicionamento, diante do entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, considerando que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça cancelou a referida súmula, pretendendo, “unificar a jurisprudência nacional, para dar segurança jurídica aos jurisdicionados evitando a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias”. Contudo, divergindo desse posicionamento, votou o Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto, sustentando que a incidência do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas não tem o condão de retirar a natureza hedionda do delito, tendo ingerência tão somente no apenamento. Por maioria, considerando que o voto do Desembargador Sylvio Baptista Neto acompanhou o relator, foi afastada a natureza hedionda do delito.

Esse também foi o posicionamento da Terceira Câmara Criminal, no julgamento do recurso 70075985960¹²⁴, em 28.03.2018, que teve relatoria do

¹²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70074906181. Primeira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre 06 dez. 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70074906181%26num_processo%3D70074906181%26codEmenta%3D7577486+70074906181++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70074906181&comarca=Comarca%20de%20Os%C3%B3rio&dtJulg=06/12/2017&relator=Manuel%20Jos%C3%A9%20Martinez%20Lucas&aba=juris>. Acesso em: 02.06.2018

¹²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70075985960. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre 23 mar. 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075985960%26num_processo%3D70075985960%26codEmenta%3D7577486+70075985960++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075985960&comarca=Comarca%20de%20Os%C3%B3rio&dtJulg=23/03/2018&relator=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet&aba=juris>.

desembargador Ingo Wolfgang Sarlet. O agravo foi interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de livramento condicional, porquanto entendeu ser a apenas reincidente específica¹²⁵ em delito de natureza hedionda, qual seja, tráfico de drogas. Dessa forma, havendo vedação à concessão do benefício nesses casos, conforme artigo 83, V, do Código Penal¹²⁶, não faria jus ao seu deferimento. A Defesa sustentou não haver reincidência específica em crime de natureza hedionda, porquanto em uma das condenações houve o reconhecimento da minorante prevista no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006. Cumpre ressaltar aqui, que o Juízo *quo* entendeu que “o tipo penal não mudou, continua sendo tráfico de drogas. Outrossim, a apenas delinuiu no mesmo fato típico e antijurídico, após o trânsito em julgado no primeiro feito, comprovada a reincidência”. Entretanto, ao julgar o recurso, o Desembargador relator entendeu que a vedação expressa no artigo 83, inciso V, do Código Penal, trata-se da natureza do delito, não do tipo penal referido. Dessa forma, sendo atribuídas naturezas diversas para esses delitos, em que um deles é hediondo e outro não, não seria possível a vedação ao benefício. Frisou que Terceira Câmara acolheu o entendimento firmado pelo Supremo Corte, afastando a natureza hedionda do delito de tráfico de drogas quando houvesse a incidência da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, embora não tenha sido dado efeito vinculante na decisão proferida no Habeas Corpus 118.533/MS. Os Desembargadores Diógenes Vicente Hassan Ribeiro e Rinez da Trindade

1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075985960%26num_processo%3D70075985960%26codEmenta%3D7686030+70075985960++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075985960&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=28/03/2018&relator=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet&aba=juris>. Acesso em: 23.05.2018.

O critério de busca aqui foi “tráfico privilegiado e hediondo”.

¹²⁵ Sustenta José Carlos Scalabrini Carneiro que “a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), ao acrescentar o inciso V ao Código Penal, revigorou a reincidência específica, em nosso entender, impedindo a concessão do livramento condicional ao réu reincidente nos delitos daquela natureza.” Cf.: CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. Estudo sobre a reincidência. Revista dos Tribunais, vol. 732/1996, p. 496 - 503, Out. 1996. Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001643c425931e8644f3b&docguid=176ea0d40f25011dfab6f010000000000&hitguid=176ea0d40f25011dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=100&context=167&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 18 jun. 2018.

¹²⁶ Art. 83, inciso V, do Código Penal: O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...] 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. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

acompanharam o voto do relator, dando provimento ao recurso e possibilitando, assim, a análise da concessão do livramento condicional.

A segunda Câmara Criminal, ao julgar o recurso nº 70075856328¹²⁷ em 22.02.2018, que teve relatoria da Desembargadora Rosaura Marques Borba, negou provimento ao recurso do Ministério Público que, em suas razões, postulou a reforma da decisão que afastou a natureza hediondez do tráfico de drogas privilegiado, alegando que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas corpus* nº 118.533/MS, não possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, o que dependeria de Súmula Vinculante. Suscitou a reforma da decisão para retificar a guia de execução do apenado quanto ao lapso temporal para concessão dos futuros benefícios. Ao proferir seu voto, que foi acompanhado pelo Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima, a Desembargadora relatora asseverou que a interpretação dada anteriormente à decisão do *Habeas Corpus* 118.533/MS, que vinculava as condutas por se tratarem do mesmo tipo penal, configurava desproporcionalidade, não sendo razoável manter tal interpretação. Isso porque, os casos em que a minorante é reconhecida não se verifica “habitualidade do agente na transação ilícita com as drogas, dado o caráter isolado do delito e menor juízo de reprovação da conduta, o que autoriza o afastamento da natureza hedionda do crime.” Por fim, mencionou a diferença temporal entre a lei dos crimes hediondos e a atual Lei de Drogas, alegando que as políticas criminais em cada contexto social eram muito distintas, de modo que isso gera uma lacuna para os casos em que a minorante é reconhecida. Divergindo da relatora, manifestou-se o Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, votando no sentido de dar provimento ao recurso ministerial. Em suas razões, informou não ter desconhecimento do teor da decisão proferida no *Habeas Corpus*, ressaltando, contudo, que a mesma foi tomada em controle difuso de constitucionalidade, de modo que não possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Dessa forma, manteve

¹²⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70075856328. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargadora Rosaura Marques Borba. Porto Alegre 22 fev. 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075856328%26num_processo%3D70075856328%26codEmenta%3D7638632+70075856328++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075856328&comarca=Comarca%20de%20Os%C3%B3rio&dtJulg=22/02/2018&rrelator=Rosaura%20Marques%20Borba&aba=juris>. Acesso em: 20.05.2018.

seu entendimento de que a incidência do parágrafo 4º é somente causa de diminuição, não criando novo tipo penal, uma vez que o delito continua tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Já no recurso nº 70076964543¹²⁸, julgado em 26.04.2018, a Segunda Câmara proferiu decisão em sentido contrário. O recurso foi interposto pela Defesa do apenado, que cumpria pena de 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão em regime semiaberto, contra a decisão que indeferiu a progressão de regime por ausência de requisito objetivo. A Defesa alegou que, sendo afastada a natureza hedionda do delito de tráfico de drogas privilegiado, reconhecido na sentença condenatória, o apenado já teria preenchido o lapso temporal necessário à concessão do benefício, qual seja, 1/6 da pena. O Desembargador relator, Victor Luiz Barcellos Lima, votou para dar provimento ao recurso do apenado, afastando a hediondez do delito de tráfico de drogas praticado na forma privilegiada, possibilitando, assim, a análise da progressão de regime. Diverso foi o voto do Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, o qual foi acompanhado pelo Desembargador Luiz Mello Guimarães, que concluiu ser a incidência do §4º apenas causa de diminuição da pena, indeferindo o recurso, devendo o apenado cumprir o lapso temporal correspondente ao tempo dos delitos de natureza hedionda.

A Terceira Câmara Criminal em 18.04.2018, no julgamento do agravo nº 70076724004¹²⁹, reconheceu, por unanimidade, que a incidência da causa privilegiadora descaracteriza a natureza hedionda do tráfico de drogas. O recurso foi interposto pelo Ministério Público contra a decisão que deferiu o pedido de indulto da

¹²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70076964543. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre 26 abr. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076964543%26num_processo%3D70076964543%26codEmenta%3D7744270+70076964543++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076964543&comarca=Comarca%20de%20Sarandi&dtJulg=26/04/2018&relator=Victor%20Luiz%20Barcellos%20Lima&aba=juris>. Acesso em: 03.06.2018.

¹²⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70076724004. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre 18 abr. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076724004%26num_processo%3D70076724004%26codEmenta%3D7714319+70076724004++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076724004&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=18/04/2018&relator=Diogenes%20Vicente%20Hassan%20Ribeiro&aba=juris>. Acesso em: 03.06.2018.

pena com base no artigo 1º, inciso XV, do Decreto nº 8.615/2015, uma vez que o requisito objetivo teria sido alcançado. O *parquet* requereu fosse reconhecida a natureza hedionda do tráfico de drogas privilegiado, afastando o indulto concedido. O Desembargador Relator, Diógenes V. Hassan Ribeiro, no tocante a natureza hedionda do delito, referiu que o tráfico de drogas privilegiado não é delito hediondo, o que ficou determinado no julgamento do *Habeas Corpus* 118.533/MS. Esclareceu que o artigo 9º, do Decreto Presidencial nº 8.615/2015 não faz referência ao artigo 33, §4º, da Lei nº11.343/2006. Dessa forma, negou provimento ao recurso, sendo acompanhado em seu voto pelos Desembargadores Sérgio Miguel Achutti Blattes e Rinez da Trindade.

Adotando esse entendimento, Leonardo Melo Moreira defende que o tráfico de drogas em sua forma privilegiada não possui caráter hediondo. Aduz que tal compreensão decorre de uma forma de política criminal, adotada diante da menor gravidade da conduta praticada. Informa, ainda, que “o Conselho Nacional de Política criminal e Penitenciária, em 2012, sugeriu à Presidência da República que contemplasse os condenados pelo referido delito com os benefícios de indulto e comutação de penas”, de modo que, “deve-se entender como constitucional a aplicação de benefícios a condenados por tráfico privilegiado previstos no decreto natalino¹³⁰”.

Por fim, a Primeira Câmara Criminal, no agravo em execução penal nº 70076343870¹³¹, julgado em 28.03.2018, também se posicionou pelo não reconhecimento da natureza hedionda do tráfico de drogas, quando incidir o §4º, do artigo 33 da Lei de Drogas. No recurso, interposto contra a decisão que concedeu o indulto de pena ao condenado, o Ministério Público alegou que o reconhecimento da causa de diminuição não exclui a hediondez do tráfico de drogas, afirmando não possuir efeito vinculante a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. O

¹³⁰ MOREIRA, Leonardo Melo. Indulto de crimes não impeditivos em concorrência com crimes impeditivos e outras reflexões: constitucional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 112/2015, p. 369 - 389, Jan. / Fev. 2015.

¹³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 70076343870. Primeira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre 28 mar. 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076343870%26num_processo%3D70076343870%26codEmenta%3D7691419+70076343870++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076343870&comarca=Comarca%20de%20Torres&dtJulg=28/03/2018&relator=Jayme%20Weingartner%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 03.06.2018

relator do recurso, Desembargador Jayme Weingartner Neto, em seu voto, sustentou que o voto paradigma do Supremo Tribunal Federal, que representa alteração da jurisprudência dominante foi, em linhas gerais, adequado. Além disso, alegou ser esse também o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que cancelou a Súmula 512. Sustentou ainda, que os dispositivos que versam sobre a equiparação do tráfico de drogas a delitos hediondos, não fazem nenhuma menção referente aos casos em que incide o §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, inclusive, prevendo no artigo 44 do referido diploma legal, apenas os delitos do artigo 33, *caput*, e §1º. Ademais, quanto a possibilidade de indulto nesses casos, afirmou que os Decretos natalinos vem vedando, reiteradamente, apenas a concessão dos benefícios de indulto e comutação quando se trata de delito de tráfico ilícito de drogas nos termos do *caput e §1º do artigo 33*. Dessa forma, entende que o legislador considerou menos reprovável a conduta do indivíduo que pratica do delito nestas condições, de modo que vedar a concessão de indulto e comutação de pena, nestes casos, seria desproporcional. Fundamentou ainda, que adotando esta medida está se concretizando o princípio da individualização da pena¹³², “pois confere ao aplicador da reprimenda alternativas para seu abrandamento, em face de circunstâncias concretas que diminuem a reprovabilidade da conduta”. Assim, o legislador possibilitou uma flexibilização na gestão de política de drogas, considerando que cada crime tem suas peculiaridades. Entendeu que o afastamento da hediondez do tráfico de drogas privilegiado está de acordo com a política criminal instituída pela Lei de Drogas, sendo inadequado impor os rigores da lei nº 8.072/1990 a tal delito. Por fim, acrescentou que “o argumento trazido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que salientou que a realidade brasileira demonstra o fracasso

¹³² De acordo com Hélio Martins Costa, “a individualização penal consiste na adaptação da reprimenda abstratamente prevista na norma incriminadora, também chamada individualização legislativa, à natureza da pessoa sobre quem deve recair, procedimento denominado individualização judiciária. Assim, promove-se a individualização da pena partindo do tipo penal em que, pela sua natureza, acham-se estabelecidas as características e a quantificação aplicável da reprimenda, a qual se chegará, efetivamente, em face da análise das circunstâncias judiciais e legais estatuídas na lei material.”

Cf.: COSTA, Hélio Martins. Individualização da pena - repercussão na determinação do regime de cumprimento e na substituição por pena alternativa. **Revista dos Tribunais**, vol. 781/2000, p. 459 - 478, Nov. 2000. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001643c4710ca848b38d2&docguid=Ida5bd3f0f25411dfab6f010000000000&hitguid=Ida5bd3f0f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=193&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

do combate à criminalidade e ao tráfico de drogas¹³³, não mostrando resultados a exacerbção do Direito Penal e o hiperencarceramento, que inclusive, vêm contribuindo para o caos vivenciado no sistema prisional brasileiro”. O Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto votou em sentido contrário, divergindo do relator. Sustentou em seu voto que a redutora do §4º não retira a hediondez do delito, porquanto está ligada apenas ao apenamento, considerando as condições pessoais do agente. Ressaltou, por fim, que o referido dispositivo não tem relação com a tipicidade da conduta, mas apenas com a quantidade da pena, diferente do que ocorre com o *caput* e com o §1º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006. Contudo, foi negado provimento ao recurso, porquanto o Desembargador Sylvio Baptista Neto acompanhou o voto do relator, que mantinha a decisão que concedeu o indulto ao apenado.

4. CONSIDERAÇÕES

A pesquisa realizada teve o condão de averiguar como a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, julgado em 23.06.2016, influenciou nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pretendendo entender os posicionamentos adotados antes e após a referida decisão que, conforme bem salientado pelo Desembargador Jayme Weingartner Neto, alterou a jurisprudência até então dominante. Além disso, com a busca realizada, intentou-se apurar se, ao excluir a hediondez do tráfico de drogas quando reconhecida a causa de diminuição do §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, os condenados permanecem menos tempo encarcerados quando do cumprimento da pena, reduzindo, assim, o contingente nas casas prisionais gaúchas.

¹³³ Gustavo de carvalho Guadanhim e Leandro de Castro Gomes, nesse diapasão, afirmam que “após mais de 100 anos de vigência do *Proibicionismo*, o qual pretende impor um mundo livre de certas drogas, seus métodos demonstraram-se um fracasso, acabando por provocar danos mais graves que o próprio uso das substâncias que almejou banir.”

Cf.: GUADANHIM, Gustavo de carvalho; GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 123/2016, p. 259 - 300, Set. 2016. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001643c49f089e86450ad&docguid=1a6e670c086c811e69dfd010000000000&hitguid=1a6e670c086c811e69dfd010000000000&spos=2&epos=2&td=100&context=207&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Na análise das apelações proferidas no período de 01.12.2015 a 01.05.2016, anterior a decisão paradigmática no *Habeas Corpus* 118.533/MS, os Magistrados, de forma unânime nos recursos analisados, mantinham a natureza hedionda do tráfico de drogas quando do reconhecimento da causa de diminuição. Alegavam, em suma, que a sua incidência não gerava novo tipo penal, sendo apenas causa de diminuição da reprimenda. No mesmo sentido foi o resultado da análise dos agravos em execução penal que exigiam maior fração para concessão de benefícios como progressão de regime, $\frac{2}{5}$ da pena, conforme previsto na Lei nº 11.464/2007, livramento condicional, $\frac{2}{3}$ de cumprimento da reprimenda, bem como vedavam o indulto e a comutação, por se tratar de delito equiparado a hediondo.

Destaca-se aqui, que ao entender cabível a incidência da Lei nº 8.072/1990 nestes casos, os Magistrados interpretaram o dispositivo legal de forma mais rígida, fundamentando suas razões essencialmente em questões de caráter mais hermenêutico e formal. As teses referentes à política criminal foram deixadas de lado quando do julgamento dos recursos, e a severa resposta estatal dada ao tráfico de drogas privilegiado, além de revelar-se desproporcional frente ao injusto penal cometido, aumentava o contingente carcerário, deixando o sistema penitenciário ainda mais defasado¹³⁴.

Frisa-se que, considerar como hedionda conduta praticada de forma eventual, por agente primário, de bons antecedentes e não dedicado às atividades criminosas ou integrante de organizações criminosas, revela-se desproporcional ao delito praticado. Assim explica Luigi Ferrajoli¹³⁵:

O fato de que entre a pena e o delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente, o caráter convencional e legal do nexu retributivo

¹³⁴ A título exemplificativo desse defasamento, cita-se o Recurso Extraordinário (RE n.º 641.320/RS) proferido pela Suprema Corte, de profunda relevância acerca do assunto, em que o Ministro Gilmar Mendes examinou, de forma notável, os problemas enfrentados no sistema penitenciário gaúcho. Após análise esmiuçada, considerando a quantidade de pena bem como o potencial ofensivo do delito praticado, possibilitou prisão domiciliar mediante monitoramento eletrônico para apenados que estivessem cumprindo pena em regime semiaberto, bem como prisão domiciliar sem o dispositivo para os que estivessem em regime aberto. Dessa decisão retira-se fundamento importante: a necessidade de encarcerar apenas detentos com penas mais elevadas e delitos mais graves, face ao superencarceramento e a falta de vagas nas casas prisionais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 366.

que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo Juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. O princípio de proporcionalidade expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e retributividade, que tem neste seu fundamento lógico e axiológico.

Dessa forma, conceber o tráfico privilegiado como crime equiparado a hediondo revela-se deveras paradoxal, uma vez que a lesividade da conduta não se afigura proporcional a pena aplicada. Além disso, manifesta violação ao princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal¹³⁶. Isso porque a conduta do §4º, artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 configura situação diferente, menos prejudicial do que a prevista no *caput*, e no §1º, daquele dispositivo legal, bem como difere-se pela situação que levou os indivíduos a cometer o crime, conforme exposto pelo Ministro Ricardo Lewandowski, quando do seu voto no *Habeas Corpus* 118.533/MS. Nesse sentido, ensina José Antônio Paganella Boschi que “individualizar a pena é torná-la única, singular e específica para o caso concreto e seu autor”, devendo assim, “atentar para os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da conformidade do processo executório com os termos da sentença quantificadora”, estabelecendo, dessa forma, “pena necessária e suficiente para os fins da prevenção e da repressão penal”¹³⁷.

No tocante à análise das apelações criminais e agravos em execução julgados no período de 01.12.2017 a 01.05.2018, posteriores a decisão do Supremo Tribunal Federal, observou-se divergência nos posicionamentos adotados pelos Magistrados quanto a questão do afastamento da hediondez do tráfico de drogas privilegiado. Contudo, a maioria alterou o posicionamento anteriormente adotado, passando a afastar a hediondez do tráfico de drogas privilegiado.

Os argumentos utilizados pelos Desembargadores que mantiveram o posicionamento anterior, de que o delito de tráfico de drogas, ainda que reconhecida a causa de diminuição, é equiparado a hediondo, foram, em síntese, de que a

¹³⁶ Art. 5º da Constituição Federal: 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: [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

¹³⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 53 e 54.

incidência do §4º não cria novo tipo penal, não estando relacionado com a tipicidade da pena, apenas com quantidade de sua reprimenda. Ainda, ressaltaram que não foi dado efeito vinculante e eficácia *erga omnes* ao *Habeas Corpus* julgado em controle difuso de constitucionalidade, de modo que é possível a manutenção dos seus entendimentos. Destaca-se aqui, o exposto no voto do Desembargador Manuel José Martinez Lucas que, afastando a natureza hedionda do tráfico de drogas privilegiado, alegou que o Superior Tribunal de Justiça ao cancelar a Súmula 512, que mantinha a natureza hedionda do referido dispositivo legal, pretendeu “unificar a jurisprudência nacional, para dar segurança jurídica aos jurisdicionados evitando a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias”.

A maior parte dos Desembargadores, contudo, entendeu, após o julgamento do remédio constitucional nº 11.533/MS, pelo afastamento da hediondez do tráfico quando incide a privilegiadora do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. As mudanças de posicionamentos foram baseadas, sobretudo, na questão da proporcionalidade e razoabilidade que deve ser dada ao delito, bem como em questões de política criminal, tendo em vista o problema do superencarceramento.

No tocante ao superencarceramento, conforme refere Luciana Boiteux, o aumento da população carcerária no Brasil se deve, especialmente, “pela Lei nº 11.343/2006, em que é representativa a presença de pequenos traficantes não violentos, primários, presos em flagrante sozinhos e desarmados no nosso sistema penitenciário¹³⁸”, uma vez tal diploma legal tratou com mais rigor a repressão ao tráfico de drogas. Corroborando esta constatação, o último levantamento realizado pelo Infopen, em junho de 2016, indicou que os crimes de tráfico de drogas correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento. Nesse sentido, frisa-se que esse índice é ainda mais significativo entre as mulheres, representando um percentual de 62% das que são condenadas a penas privativas de liberdade¹³⁹. Ademais, constatou-se um *déficit* de 12.226 vagas no sistema penitenciário gaúcho.

¹³⁸ BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: LEMOS, Clécio. Drogas: uma nova perspectiva. / Clécio Lemos; Cristiano Avila Marona; Jorge Quintas. São Paulo : IBCCRIM, 2014. p. 84..

¹³⁹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016. Brasília, DF. 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf>. Acesso em 19.06.2018.

Além disso, nos votos dos Juízes e dos Ministros, também foi referido o princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O princípio da legalidade, contudo, não se exaure em sua concepção formal posta na Constituição. Conforme Alberto Silva Franco, “o crime não pode ser confundido com o fato punível, descrito pelo legislador¹⁴⁰”, de modo que se deve considerar o conceito material do princípio da legalidade, observando, assim, a necessidade da punição descrita. Ademais, a norma penal incriminadora deve definir “com precisão e de forma cristalina a conduta proibida”¹⁴¹. Com efeito, Claus Roxin afirma que, “*una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir.*¹⁴²”

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, sustentou que “para qualificar um crime como hediondo, ou equiparado, é indispensável que haja previsão legal expressa e estrita”. Assim, em relação ao tráfico de drogas que não há determinação precisa de hediondez, considerando a multiplicidade de ações vinculadas a ele, entendeu necessário “construir uma interpretação que estabeleça o real alcance da categorização legal, o que passa por uma investigação da proporcionalidade do tratamento mais gravoso”. Dessa forma, ao analisar os dispositivos penais relativos à hediondez equiparada do tráfico de drogas minorado, concluiu ser este compatível com o regime geral da execução penal, uma vez que gera mudança substancial na aplicação da pena, conquanto a incidência do §4º não crie tipo penal autônomo.

Por fim, com a análise realizada, é possível constatar, ainda que de forma presumida, que o contingente de encarcerados por tráfico de drogas na sua forma privilegiada reduziu. Isso porque, ao entender que sobre tal conduta não incide a Lei dos Crimes Hediondos, com suas vedações e especificidades, os indivíduos condenados por tráfico de drogas privilegiado permanecem menos tempo encarcerados, uma vez que a fração para concessão de benefícios, como a progressão de regime e o livramento condicional, é minimizada, possibilitando seu

¹⁴⁰ FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. 16. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011. p. 41.

¹⁴² ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, tomo I. p. 169.

egresso do estabelecimento prisional de forma mais célere. Ainda, torna-se possível a concessão de indulto, que extingue a punibilidade, e comutação, que reduz a pena carcerária, anteriormente vedados pelos decretos presidenciais.

CONCLUSÃO:

A política de “guerra às drogas”, que ganhou força principalmente após a década de 60 no Brasil, por forte influência norte-americana, não apresentou resultados positivos. Um dos principais marcos dessa política, foi a Lei nº 6.368 de 1976, que consolidou o modelo proibicionista aumentando a pena para o tráfico de drogas. Em 1988, com o advento da Constituição Federal, esse paradigma proibicionista se intensificou, já que o tráfico ilícito de entorpecentes passou a ser considerado delito equiparado a hediondo, sendo disciplinado pela Lei nº 8.072/1990. Tal diploma legal, inicialmente, vedou a concessão de anistia, graça, indulto e liberdade provisória para os indivíduos condenados por algum dos delitos disciplinados por esta Lei. Dessa forma, inegável o vínculo existente entre a legislação que colocou o tráfico de drogas no mesmo patamar dos crimes hediondos, impondo a ele todas as restrições e vedações constantes naquele diploma legal, com o problema do superencarceramento, que se tornou mais evidente após a década de 90.

Com o advento da atual Lei de drogas (Lei nº 11.343/2006), esse problema não foi solucionado, ao contrário, a população carcerária se multiplicou desde a sua entrada em vigor. Isso porque, embora a nova legislação tenha sido formulada sob um viés de desencarceramento para o usuário, adotando uma política de redução de danos, intensificou e enrijeceu as penas para o traficante. À vista disso, o Poder Judiciário começou a adotar políticas criminais objetivando deslindar essa disfunção.

O afastamento da natureza hedionda do tráfico de drogas privilegiado, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, alterou a jurisprudência até então dominante, que passou a entender que, de acordo com os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da legalidade, não seria possível colocar o tráfico de drogas privilegiado, no mesmo patamar dos crimes hediondos. De fato, isso seria incompatível com o próprio fundamento do crime privilegiado, uma vez que o delito possui características mais brandas, que não se coadunam com a forma de punição dada aos crimes hediondos ou equiparados.

Os julgadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul passaram, então, a adotar o posicionamento da Suprema Corte, embora não tenha sido dado efeito vinculante e eficácia *erga omnes* a decisão, deixando de lado o caráter

hermenêutico e formal adotado anteriormente e interpretando a norma penal de maneira mais ampla, considerando as características do delito praticado, que se compatibilizam com uma pena mais branda, bem como aplicaram as políticas criminais adotadas pelo Supremo Tribunal de Federal.

Assim, tendo sido a minoria dos Desembargadores que mantiveram o caráter hediondo do tráfico de drogas privilegiado, sendo afastada, na grande maioria dos julgados posteriores ao *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, a natureza hedionda, possível constatar, ainda que dedutivamente, que o número de detentos por tráfico de drogas privilegiado reduziu. Dessarte, hoje está se adotando, no Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, uma política que se coaduna melhor com os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da legalidade. Ainda, desencarcerando indivíduos que se envolvem eventualmente com o delito, previne-se o contato com um ambiente criminógeno que são as penitenciárias brasileiras, reduzindo, assim, danos e, portanto, sendo compatível com a política adotada na Lei nº 11.343/2006.

REFERÊNCIAS:

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 8ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 352-355.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **A custosa questão carcerária brasileira e as inverdades convenientes**. The difficult and costly Brazilian prison question: Revista dos Tribunais. vol. 987/2018 p. 241 - 266.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 709. (apud - Maggiore, Diritto penale..., p. 759).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. Cezar Roberto Bitencourt. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 41.

BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ela (Coord.) et al. **Tráfico de drogas e Constituição. Série Pensando o Direito**. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), n. 1, 2009, p. 19

BOITEUX, Luciana. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas**. In: LEMOS, Clécio. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 84.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7ª ed., rev. atual. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 53 e 54.

BRASIL. Código Penal de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 08.05.2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mai. 2018.

BRASIL. Decreto 4.294, de, de 06 de julho de 1921. Senado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>>. Acesso em: 08.05.2018.

BRASIL. Decreto 14.969, de 03 de setembro de 1921. Senado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14969-3-setembro-1921-498564-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Decreto 891, de 25 de novembro de 1938. Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2848, de 07 de dezembro de 1940. Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Decreto 4720, de 04 de setembro de 1942. Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Decreto 20397, de 28 de junho de 1946. Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1946.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1964. Senado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Decreto 385, de 26 de dezembro de 1968. Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Decreto 79.388, de 14 de março de 1977. Senado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

¹ BRASIL. Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L5726.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018

BRASIL. Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 143361-SP**. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/02/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=947063&num_registro=200901461615&data=20100308&formato=PDF>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 114452-RS** AgR. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3064804>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104339-SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 10.05.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 119578-MS**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma, julgado em 04/02/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290707>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. **Estudo sobre a reincidência**. Revista dos Tribunais. vol. 732/1996. p. 496 - 503

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: (do discurso oficial às razões de descriminalização). Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 21.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo criminológico e dogmático). 4. ed., ampl. e atual. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007. p, 184.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 - Salo de Carvalho. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Orgs.). **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. 710p.

COSTA, Hélio Martins. **Individualização da pena** - repercussão na determinação do regime de cumprimento e na substituição por pena alternativa: Revista dos Tribunais. vol. 781/2000. p. 459 - 478.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 7ª ed. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1998. 933p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. ed. 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 366.

FILHO, Antonio Carlos Santoro. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. 318p.

FILHO, Vicente Greco. **Tóxicos: prevenção, repressão: comentários à Lei n. 6.368**, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial - 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. 508p.

FIORE, Maurício. **O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 140-141.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90**. 4.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 518.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 71/2008 | p. 181 - 204.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 70.

Grinover, Ada Pellegrini; et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099**, de 26.09.1995.I - 2.ª ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 231.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 553.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho; GOMES, Leandro de Castro. **Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 123/2016 | p. 259 - 300 | Set / 2016.

KARAM, Maria Lúcia. **Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos**. *Revista de Estudos Criminais - ano VI - n. 23*. p. 77.

KARSAI, Krisztina. **As questões fundamentais de uma legislação penal sobre drogas** (esboço de uma legislação comparada sobre drogas): Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 92/2011 | p. 97.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003. 320p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 1035.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964-1966. 3 v. p. 276.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de Drogas: Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2013. 384p.

MORAIS, Renato Watanabe de, LEITE, Ricardo savignani Alvares, LEMOS, Sílvio eduardo Valente. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: Clécio. et al. *Drogas: uma nova perspectiva*. / Clécio Lemos; Cristiano Ávila Marona; Jorge Quintas. São Paulo : IBCCRIM, 2014.,. p. 195-195.

MOREIRA, Leonardo Melo. **Indulto de crimes não impeditivos em concorrência com crimes impeditivos e outras reflexões**: constitucional? - Revista Brasileira de Ciências Criminais I vol 12

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. 365p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 31.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. - vol. 2 - Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 280.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga** - tradução de Teresa Ottoní. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 85p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 20 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Reincidência Específica e crime culposo**. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol. 2. p. 377 - 385.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120 / Luiz Regis Prado. - 5. ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 149.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70068353275**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 20 abr. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068353275%26num_processo%3D70068353275%26codEmenta%3D6729878+70068353275++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068353275&comarca=Comarca%20de%20Sobradinho&dtJulg=20/04/2016&relator=Sylvio%20Baptista%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 10 mar. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70062042536**. Segunda Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 24 abr. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70062042536%26num_processo%3D70062042536%26codEmenta%3D6745525+70062042536++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70062042536&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Gabriel&dtJulg=28/04/2016&relator=Jos%C3%A9%20Ant%C3%B4nio%20Cidade%20Pitrez&aba=juris>. Acesso em: 10 mar. 2018

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70051393478**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador José Ricardo Coutinho Silva. Porto Alegre, 25 abr. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051393478%26num_processo%3D70051393478%26codEmenta%3D6669866+70051393478++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70051393478&comarca=Comarca%20de%20Campo%20Bom&dtJulg=25/02/2016&relator=Jos%C3%A9%20Ricardo%20Coutinho%20Silva&aba=juris>. Acesso em: 11 mar. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70068406644**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 06 abr. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068406644%26num_processo%3D70068406644%26codEmenta%3D6669866+70068406644++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068406644&comarca=Comarca%20de%20Campo%20Bom&dtJulg=06/04/2016&relator=Jo%C3%A3o%20Batista%20Marques%20Tovo&aba=juris>

D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068406644%26num_processo%3D70068406644%26codEmenta%3D6716520+70068406644++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068406644&comarca=Comarca%20de%20Lajeado&dtJulg=06/04/2016&relator=Jo%C3%A3o%20Batista%20Marques%20Tovo&aba=juris>. Acesso em: 15 mar. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70053272019**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador Sandro Luz Portal. Porto Alegre, 19 abr. 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70053272019%26num_processo%3D70053272019%26codEmenta%3D6729030+70053272019++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70053272019&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=19/04/2016&relator=Sandro%20Luz%20Portal&aba=juris>. Acesso em: 12 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em **Execução Penal nº 70063034912**. Segunda Câmara. Relator: Desembargador José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 31 mar. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70063034912%26num_processo%3D70063034912%26codEmenta%3D6711036+70063034912++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70063034912&comarca=Comarca%20de%20Novo%20Hamburgo&dtJulg=31/03/2016&relator=Jos%C3%A9%20Ant%C3%B4nio%20Cidade%20Pitrez&aba=juris>. Acesso em: 12 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70067976290**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 06 abr. 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70067976290%26num_processo%3D70067976290%26codEmenta%3D6715848+70067976290++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70067976290&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Borja&dtJulg=06/04/2016&relator=Jayme%20Weingartner%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 12 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70067974519**. Segunda Câmara Criminal. Relatora: Desembargadora Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 19 mai. 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70067974519%26num_processo%3D70067974519%26codEmenta%3D6770944+70067974519++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70067974519&comarca=Comarca%20de%20Bag%C3%A9&dtJulg=19/05/2016&relator=Rosaura%20Marques%20Borba&aba=juris>. Acesso em: 16.05.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70066755661**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 03 dez. 2015. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70066755661%26num_processo%3D70066755661%26codEmenta%3D6590438+70066755661++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8>

8&numProcesso=70066755661&comarca=Comarca%20de%20Passo%20Fundo&dtJulg=03/12/2015&relator=S%C3%A9rgio%20Miguel%20Achutti%20Blattes&aba=juris>. Acesso em: 16.05.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70068688753**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068688753%26num_processo%3D70068688753%26codEmenta%3D6768379+70068688753++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068688753&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=18/05/2016&relator=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet&aba=juris>. Acesso em: 18 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça. **Apelação 70075657825**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre 23 mar 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075657825%26num_processo%3D70075657825%26codEmenta%3D7678433+70075657825+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075657825&comarca=Comarca%20de%20Tupanciret%C3%A3&dtJulg=22/03/2018&relator=Victor%20Luiz%20Barcellos%20Lima&aba=juris. Acesso em: 29.05.2018.

RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70072925670**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre 13 dez. 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70072925670%26num_processo%3D70072925670%26codEmenta%3D7594447+70072925670++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70072925670&comarca=Comarca%20de%20Encantado&dtJulg=13/12/2017&relator=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet&aba=juris>. Acesso em: 29.05.2018.

RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça. **Apelação 70076704501**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre 12 abr. 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076704501%26num_processo%3D70076704501%26codEmenta%3D7710585+70076704501+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076704501&comarca=Comarca%20de%20Tramanda%C3%AD&dtJulg=12/04/2018&relator=Luiz%20Mello%20Guimar%C3%A3es&aba=juris. Acesso em: 02.06.2018.

RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça. **Apelação 70075121145**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador^a Rosaura Marques Borba. Porto Alegre 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075121145%26num_processo%3D70075121145%26codEmenta%3D7680520+70075121145+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075121145&comarca=Comarca%20de%20Encantado&dtJulg=22/03/2018&relator=Rosaura%20Marques%20Borba&aba=juris>. Acesso em: 02.06.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70074906181**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre 06 dez. 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70074906181%26num_processo%3D70074906181%26codEmenta%3D7577486+70074906181++++&proxystylesheet=tjrs_index>

&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70074906181&comarca=Comarca%20de%20Os%C3%B3rio&dtJulg=06/12/2017&relator=Manuel%20Jos%C3%A9%20Martinez%20Lucas&aba=juris>. Acesso em: 02.06.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70075856328**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargadora Rosaura Marques Borba. Porto Alegre 22 fev. 2018.

Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075856328%26num_processo%3D70075856328%26codEmenta%3D7638632+70075856328++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075856328&comarca=Comarca%20de%20Os%C3%B3rio&dtJulg=22/02/2018&relator=Rosaura%20Marques%20Borba&aba=juris>. Acesso em: 20.05.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70075985960**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre 23 mar. 2017.

Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075985960%26num_processo%3D70075985960%26codEmenta%3D7686030+70075985960++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075985960&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=28/03/2018&relator=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet&aba=juris>. Acesso em: 23.05.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70076964543**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre 26 abr. 2018.

Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076964543%26num_processo%3D70076964543%26codEmenta%3D7744270+70076964543++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076964543&comarca=Comarca%20de%20Sarandi&dtJulg=26/04/2018&relator=Victor%20Luiz%20Barcellos%20Lima&aba=juris>. Acesso em: 03.06.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70076724004**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre 18 abr. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076724004%26num_processo%3D70076724004%26codEmenta%3D7714319+70076724004++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076724004&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=18/04/2018&relator=Diogenes%20Vicente%20Hassan%20Ribeiro&aba=juris>. Acesso em: 03.06.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 70076343870**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre 28 mar. 2018.

Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076343870%26num_processo%3D70076343870%26codEmenta%3D7691419+70076343870++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076343870&comarca=Comarca%20de%20Torres&dtJulg=28/03/2018&relator=Jaime%20Weingartner%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 03.06.2018

ROSA, Pablo Ornelas, JUNIOR, Humberto Ribeiro, LEMOS, Clécio. Encarceramento em massa e criminalização da pobreza: ponderações sobre os efeitos biopolíticos da guerra às drogas. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs.]. 10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 143.

SARABANDO, José Fernando Marreiros. **Lei Federal nº 11.343/2006**, a Lei Antidrogas: abordagem prática: questões jurídicas pontuais importantes para a dosimetria das penas: rotina do MP e do Judiciário na repressão ao tráfico de drogas. *JUS*, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=75727>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Reflexões sobre a política de drogas**, in: LEMOS, Clécio. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 243.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. **O papel constitucional do STF**: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante. / Prefácio Ellen Grace Northfleet - Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 216p.

SZNICK, Valdir. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002. p. 47-50.

THUMS, Gilberto; FILHO, Vilmar Velho Pacheco. **Leis antitóxicos** - crimes, investigação e processo, análise comparativa das leis 6.368/1976 e 10.409/2002 - 2.ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. 322p.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: editora D'Plácido, 2016. 694p.

WOLFF, Maria Palma. **Mulheres e tráfico de drogas**: uma perspectiva de gênero: Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 87/2010 | p. 375 - 395 | Nov - Dez / 2010. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 4 | p. 429 - 448 | Ago / 2011 | DTR\2010\865

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1 parte geral. 8ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 98.