

# Análise da equiparação do tráfico privilegiado a crime hediondo

*Analysis of the Equalization of Privileged Trafficking to Heinous Crime*

João Pedro Rozalem de Jesus<sup>1</sup>  
Alessander Lopes Dias<sup>2</sup>  
João Geraldo Nunes Rubelo<sup>3</sup>  
Helton Laurindo Simoncelli<sup>4</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade uma análise do delito de tráfico privilegiado de drogas (artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06) e a sua equiparação a crime hediondo. Referido estudo é importante para a reflexão das benesses concedidas aos favorecidos pela minorante que institui o privilégio. Este tema ainda é divergente, mesmo com o recente posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que o tráfico privilegiado não é crime equiparado a hediondo. Apesar de tratar-se de uma grande benesse ofertada ao traficante eventual, essa causa especial de diminuição de pena não retira o caráter equiparado a hediondo do tráfico de drogas. Para este trabalho serão utilizados procedimentos bibliográficos, pesquisas documentais e estudos de direito comparado.

**Palavras-chave:** Hediondo. Lei Antidrogas. Tráfico privilegiado.

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the crime of privileged drug trafficking (article 33, paragraph 4 of Law No. 11.343 / 06) and its equation to a heinous crime. This study is important for the reflection of the benefits granted to those favored by the minorant who institutes the privilege. This issue is still divergent, even with the recent position taken by the Federal Supreme Court (STF) in the sense that privileged trafficking is not a heinous crime. Although it is a great boon offered to the eventual trafficker, this special cause of penalty reduction does not detract from the hideous character of drug trafficking. For this work will be used bibliographic procedures, documentary research and studies of comparative law.

**Keywords:** Heinous. Anti-drug law. Privileged traffic.

## Introdução

O presente artigo tem por escopo a análise da equiparação do tráfico privilegiado de drogas a crime hediondo, em meio ao contexto histórico-jurídico brasileiro, à luz da Constituição Federativa da República Brasileira de 1988 (CRFB/88) e da jurisprudência. O tráfico privilegiado, *a priori*, foi tido como crime equiparado a hediondo, uma vez que a conduta praticada pelo agente criminoso era

---

<sup>1</sup>Acadêmico do 10º termo do curso de Direito no Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSalesiano Campus Araçatuba.

<sup>2</sup>Delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo, Mestrado em Direito; Docente do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSalesiano Campus Araçatuba.

<sup>3</sup>Filósofo e Mestre em Geografia. Docente do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSALESIANO de Araçatuba.

<sup>4</sup>Coordenador de curso de Direito e Mestre em Direito do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSALESIANO de Araçatuba.

a grave conduta de tráfico de drogas (esculpida no *caput* e no §1º do artigo 33 da Lei nº 11.343). Entretanto, outra corrente doutrinária disciplinava que o legislador ordinário objetivou – em razão de política criminal - dar tratamento penal mais benéfico ao traficante eventual daquele ofertado ao traficante contumaz e, portanto, estabelecer natureza hedionda ao tráfico privilegiado ofenderia os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 118.533/MS (BRASIL, 2016), cristalizou a tese de que o tráfico de entorpecentes “privilegiado” não é crime equiparado a hediondo, recebendo o tratamento penal de crime comum e a execução da pena reger-se-á nos termos do regime geral de execução penal.

Diante de todo o exposto, mister o estudo da natureza jurídica do tráfico de drogas em sua modalidade “privilegiada”, compulsando minuciosamente os preceitos determinados pelo legislador nessa minorante e os fins a que estes se destinam, de modo a esclarecer a interpretação da natureza equiparada - ou não - do tráfico privilegiado a crime hediondo.

### **Dos crimes hediondos**

Os tipificados crimes hediondos surgem com fundamento no princípio da proporcionalidade, de modo que o legislador, determinando-se por referido princípio, buscou distinguir o tratamento penal a ser dado aos crimes repugnantes, com grande repercussão social e jurídica, àqueles delitos de menor potencial ofensivo, os quais traziam, em seu bojo, consequências menores que se estendiam, muitas vezes, somente entre as partes envolvidas.

Desse modo, respaldando-se nesse entendimento, o legislador constituinte redigiu o artigo 5º, inciso XLIII da CRFB/88 (BRASIL, 1988):

*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;*(BRASIL, 1988, s/p).

Apesar de determinar que os crimes hediondos teriam diferente tratamento dos crimes “comuns”, o constituinte originário não determinou o conceito daqueles crimes, nem mesmo sua definição e classificação; logo, cumpriria ao legislador

ordinário este encargo. Para tanto, firmou-se o critério legal para definir os crimes hediondos e, desse modo, crimes hediondos são todos aqueles taxados em lei como sendo dessa natureza.

Nesse sentido, assegura Capez (2017, p. 211) [...] *prevaleceu o sistema legal. Só à lei cabe definir quais são os crimes hediondos, restando ao julgador apenas promover a adequação típica e aplicar as consequências legais.*

Desta feita, em 25 de julho de 1990, com o objetivo de definir quais seriam os tipificados crimes hediondos, ainda que não os conceituando, mas tão somente descrevendo-os em rol taxativo, *numerus clausus*, de acordo com o sistema legal, além de estabelecer o tratamento a ser adotado aos condenados por referidos delitos, o Congresso Nacional, embasado no artigo 5º, inciso XLIII, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), instituiu a Lei nº 8.072 (BRASIL, 1990), a qual não trouxe, em seu bojo, novos tipos penais, mas sim tratamento mais rigoroso aos já existentes.

Em seu artigo 1º, a Lei nº 8.072 (BRASIL, 1990) tipificou quais seriam os crimes considerados como hediondos, competindo ao julgador motivar-se nesse entendimento para aplicar a lei ao caso concreto, ou seja, o magistrado restringir-se-ia aos crimes ali definidos para tratá-los como hediondos, não possuindo discricionariedade para assim defini-los de acordo com a reprovabilidade da conduta delituosa.

Os crimes da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e do terrorismo não foram incluídos nesse rol taxativo; logo, não são considerados hediondos. Conquanto, a CRFB/88 atribuiu-lhes caráter equiparado aos crimes hediondos, determinando que os cometedores desses crimes, em razão de sua gravidade ímpar, submeter-se-ão a igual tratamento ao proporcionado aos hediondos, inclusive com a vedação da concessão de anistia, graça, indulto e fiança (artigo 5, inciso XLIII, da CRFB/88).

### **Do tráfico privilegiado**

Por razões de política criminal, a Lei nº 11.343 (BRASIL, 2006), dentre outros aspectos, de maneira inovadora em relação às outras duas Leis Antidrogas percursoras a si (Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/02), introduziu, no bojo de sua redação, a causa de diminuição de pena prevista em seu artigo 33, §4º, comumente denominada como tráfico privilegiado.

Esta minorante favorece o “pequeno traficante” ou “traficante eventual” que, supostamente, não se dedique corriqueiramente a atividades criminosas e não se atém ao crime como seu “meio de vida”, possibilitando, assim, maior eficácia em sua ressocialização.

Apesar de usualmente denominado “tráfico privilegiado”, o dispositivo legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343 (BRASIL, 2006) atribui ao *caput* e às condutas assemelhadas a este delito previstas no §1º deste artigo, uma causa especial de diminuição de pena (minorante) e não uma circunstância privilegiadora.

Em verdade, o dispositivo legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas não altera a pena mínima e máxima do tipo penal ou estabelece novas elementares a este, mas institui uma possível diminuição de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena daqueles que cumprirem os requisitos ali delineados, razão pela qual detém a natureza jurídica de causa especial de diminuição de pena e deve ser ponderada na 3ª (terceira) fase do cálculo da pena (consoante sistema trifásico de dosimetria da pena de Nelson Hungria – artigo 68 do Código Penal) (LIMA, 2016, p. 756).

Por se tratar de uma minorante, o quantum de diminuição de pena empregado poderá ter o condão de reduzir a pena em concreto aquém do mínimo *in abstracto* previsto para a pena-base. Isto posto, o indivíduo que usufruir da causa especial de diminuição de pena poderá também beneficiar-se com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (se presentes os demais requisitos do artigo 44 do Código Penal).

Quanto a isso, a redação original que institui o “tráfico privilegiado” previa a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. No entanto, o Pretório Excelso, em decisão definitiva nos autos do HC nº 97.256/RS (BRASIL, 2010), declarou a inconstitucionalidade dessa parte do referido dispositivo legal, permitindo, a partir de então, a conversão da pena privativa em restritiva e consolidando a jurisprudência em repercussão geral (BRASIL, 2012), fundamentando-se no princípio da individualização da pena e fixando a tese de que é inconstitucional a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, prevista nos artigos 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006).

Posteriormente, o Senado Federal, legislando a Resolução nº 5 de 2012, corroborou a decisão da Suprema Corte e suspendeu a execução da expressão do

artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, declarada inconstitucional pelo Supremo: *vedada a conversão em penas restritivas de direitos* (BRASIL-a, 2012).

Para que o indiciado no exercício do tráfico de drogas faça jus a minorante, faz-se necessário que preencha alguns requisitos taxados no diploma legal, *in verbis*:

*Artigo 33, §4º, Lei 11.343/06: Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos(expressão declarada inconstitucional pela Suprema Corte e suspensa pela Resolução nº 05/2012 do Senado Federal)(comentário nosso) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (grifo nosso) (BRASIL, 2006, s/p).*

Assim, para que o acusado faça jus ao benefício, deve sustentar consigo, cumulativamente, os 4 requisitos taxados: a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa.

### **Da equiparação do tráfico privilegiado a crime hediondo**

Os que defendem que o tráfico de drogas, ainda com a incidência da minorante do “tráfico privilegiado”, continua a ser crime equiparado a hediondo, corrente adotada por Gonçalves (2017), preceituam que este dispositivo legal se trata de mera causa especial de diminuição de pena, não afastando a natureza assemelhada a hedionda da traficância de drogas, considerando que a conduta perpetrada pelo delinquente é a mesma daquele que comete esse delito sem estar acobertado por essa minorante, isto é, o “tráfico privilegiado” não se trata de tipo penal autônomo.

Nesse sentido:

*[...] a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o "tráfico privilegiado" tipo autônomo. [...] (BRASIL, 2013, p. 01).*

À vista disso, o “traficante eventual” incorre no mesmo tipo penal que o “traficante habitual”, praticando um ou vários verbos do núcleo do artigo 33, *caput* ou parágrafo 1º, com a diferença de que aquele preenche os requisitos pessoais

previstos no parágrafo 4º, que o garante, como seu direito subjetivo, o gozo dessa causa especial de diminuição de pena.

Nucci também sustenta essa corrente e doutrina que:

*[...] a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º (NUCCI, 2010, p. 320).*

Os adeptos a essa corrente sustentam ainda que a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei de Drogas não estabeleceram qualquer diferença quanto à incidência do “tráfico privilegiado” e tráfico de drogas (NUCCI, 2010).

Igualmente, os motivos que levaram o legislador constituinte a estabelecer diferente tratamento penal para o tráfico ilícito de entorpecentes, equiparando-o a crime hediondo, ainda persistem inteiramente, mesmo com a incidência do “privilégio”. Logo, a vontade legislativa quando da elaboração do privilégio foi ensejar com sua aplicação, ao pequeno (eventual) traficante, ainda não envolvido habitualmente no mundo criminoso, uma ressocialização mais rápida e eficaz, com a diminuição de sua pena, e não desqualificar o caráter hediondo da conduta delituosa, pois, ainda que incida o privilégio, tratar-se-á da grave e reprovável conduta de tráfico ilícito de entorpecentes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era pacífica no sentido de que:

*[...] Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas (BRASIL-a, 2010, p. 01).*

Os requisitos necessários para o reconhecimento do “privilégio” são de cunho pessoal, referentes ao agente criminoso, não se tratando de sua conduta delituosa. Assim sendo, não há como diferenciar o “traficante eventual” do “traficante contumaz” quanto à conduta delituosa perpetrada; por conseguinte, não há como dar a conduta delituosa praticada por aquele tratamento penal de crime comum, e a

praticada por este, tratamento de crime hediondo, haja vista que de igual modo infringiram a lei.

Comunga esse entendimento, o voto do Ministro Relator Sebastião Reis Júnior no Recurso Especial nº 1.329.088:

*[...]a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 elenca como requisitos necessários para a sua aplicação circunstâncias inerentes à pessoa do agente, e não à conduta por ele praticada. Destarte, a primariedade, os bons antecedentes, bem como a não dedicação a atividades criminosas, nem a integração em organização criminosa são fatos que dizem respeito à pessoa do apenado. Em razão dessas circunstâncias – e não de uma eventual menor gravidade da conduta de traficar –, entendeu o legislador que poderia ser reduzida a pena do condenado. (BRASIL-a, 2013, p. 04).*

De mais a mais, com a incidência dessa minorante, a pena fixada *in concreto* será ínfima perto daquela fixada sem a sua incidência, sendo, por vezes, inferior a 02 (dois) anos – patamar *in abstracto* que caracteriza um crime como delito de menor potencial ofensivo. Certamente isso foi objetivado pelo legislador, visando beneficiar o “traficante de primeira viagem”. No entanto, a quantidade da pena fixada não tem a aptidão de aferir a gravidade do delito. Nessa acepção:

*[...] delito de tráfico de drogas, ainda que tenha a pena mitigada em razão de qualquer dos institutos previstos no Código Penal ou na própria Lei Especial, não deixa de ser hediondo, visto que o quantum de pena não tem o condão de aferir a gravidade do crime ou mesmo mensurar o grau de reprovabilidade que o legislador pretendeu atribuir ao comando normativo (SÃO PAULO, 2019, p. 05).*

O comando normativo estabelecido pelo legislador quando da elaboração do tipo penal continua a ser o mesmo, possuindo a mesma gravidade, bem como a mesma reprovabilidade social. Logo, em que pese a pena fixada *in concreto* tornar-se inferior a 2 anos, não se pode comparar o delito de tráfico de drogas com os crimes de menor potencial ofensivo regidos pela Lei nº 9.099/95 e, com fulcro no princípio da proporcionalidade, afastar a sua natureza hedionda, pois estes detêm o comando normativo tipificado de acordo com a sua baixa gravidade.

Com base em todos os precedentes aqui esboçados, tendo por escopo a pacificação do tema, em junho de 2014, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a súmula nº 512, com a redação: *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 (BRASIL, 2014, p. 676-677).

### **Da não equiparação a crime hediondo**

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 118.533/MS (BRASIL, 2016), na data de 23 de junho de 2016, interpretou a norma em debate de maneira diversa ao então entendimento cristalizado pelo Superior Tribunal de Justiça, e consagrou a tese de que o tráfico de entorpecentes “privilegiado” não é crime equiparado a hediondo.

Por esta razão, em 23 de novembro de 2016, o STJ cancelou a súmula nº 512 (BRASIL, 2014) e passou a adotar o mesmo entendimento da Suprema Corte. Apesar disso, alguns Tribunais Superiores, como o TJ-SP, continuam sustentando o caráter equiparado a hediondo do tráfico privilegiado em suas decisões, fundamentando que a decisão da Suprema Corte no HC nº 118.533/MS não detém efeito vinculante, mas ostenta caráter incidental, não se revestindo de efeito *erga omnes*, conquanto:

*[...] não se ignore que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº118.533/MS, tenha reconhecido que o crime de tráfico de drogas privilegiado não se insere no regime dos crimes hediondos e equiparados, impede asseverar que tal decisum ostenta meramente caráter incidental e não tem efeito vinculante.*

*Em outras palavras, em razão da ausência do efeito vinculante, o Juízo das Execuções não está obrigado a seguir a mesma orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal, e poderá julgar amparado no Postulado Constitucional do Livre Convencimento Motivado, segundo o qual o magistrado decide a lide conforme seu convencimento particular com transparência e imparcialidade fundamentando sua decisão em legislação vigente, assim como ocorreu no caso em exame (SÃO PAULO, 2019, p. 03-04).*

Conforme a hermenêutica adotada pelo STF, a corrente que esteia que o privilégio retira o caráter hediondo do tráfico de drogas (cominado no *caput* do artigo 33 e em seu §1º), sustenta que, em razão de política criminal, o legislador estabeleceu tratamento distinto para os cometedores do tráfico privilegiado, apresentando, com isso, um menor juízo de reprovação na conduta do “traficante eventual” daquela praticada pelo “traficante contumaz”; e, a vista disso, considerando os requisitos necessários para a concessão da benesse do tráfico privilegiado, a conduta daquele que age acobertado pelo privilégio é inconciliável com a natureza hedionda do tráfico de drogas.

Outrossim, pormenorizam que atribuir caráter hediondo ao tráfico privilegiado é infringir o que preceitua o princípio da individualização da pena, bem como o da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, da mesma maneira que o da individualização da pena, almeja proporcionar a adequada aplicação da sanção penal de acordo com a culpabilidade do agente e o grau lesivo de sua conduta delituosa.

Com isso, apesar de apresentarem a mesma natureza, segundo a Suprema Corte, o delito do tráfico de drogas, em sua modalidade “privilegiada”, apresenta circunstâncias próprias que diferem o praticante do enunciado prescritivo do “traficante contumaz” (aquele que não possui os requisitos delineados no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06) ao atribuir certa “desigualdade” no *modus operandi*. Por essa razão, a sanção imposta a cada um destes deve ser diferente, malgrado ambas as modalidades apresentem a mesma conduta (verbo do núcleo) delituosa, inclusive com o mesmo preceito secundário no que concerne à pena-base.

Em votação no HC nº 118.533/MS (Brasil, 2016), o ministro Fachin assegura que, apesar de não consubstanciar tipo penal autônomo expresso das condutas previstas no artigo 33, *caput* e § 1º, a repercussão da pena é tão intensa a ponto de alterar o conteúdo material do tipo material e, por conseguinte, tornar-se compatível com o regime geral da execução penal. Destarte, mesmo diante da ausência de autonomia tipológica, quando o legislador ansiou que as causas que oportunizassem acentuada diminuição da pena não interferissem no juízo de hediondez do delito, o fez de maneira expressa e estrita, o que corrobora a afirmação de que a ausência de expressa tipificação legal autônoma não enseja que o tráfico minorado seja submetido ao regime excepcional dos crimes hediondos.

Em outro ponto, ainda na votação do HC 118.533 (BRASIL, 2016), Fachin e Barroso ressaltaram que quando a minorante é aplicada em seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), a pena mínima possível equivale a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão. Nesse caso a pena não ultrapassará o patamar mínimo que define as infrações caracterizadas como sendo de menor potencial ofensivo, cuja pena não é superior a 02 (dois) anos (artigo 61, Lei nº 9.099/95) e, por conseguinte, referida pena não impediria a substituição por penas restritivas de direitos (artigo 44 do Código Penal), inclusive, recomendaria a fixação de regime inicial aberto, salvo

motivação idônea (Súmulas 718 e 719 do STF), e não autorizaria a prisão preventiva do indiciado (artigo 313 do CPP).

Não obstante, em fase de execução, essa pena permitiria a benesse da suspensão condicional, nos termos do artigo 156 da LEP (BRASIL, 1984), bem como ao livramento condicional, se preenchidos os demais requisitos do artigo 83 do CP.

Por sua vez, Lewandowski, no julgamento do Habeas Corpus em comento (BRASIL, 2016), comungou do voto de Fachin, votando pela concessão da ordem. Destacou que é necessário reconhecer a inserção de jovens e mulheres nessa prática delituosa devido ao grande desemprego estrutural e a precarização das relações de trabalho, que, apesar de não possuírem perfil delinquencial típico ou desempenhar papel em organizações criminosas, assumem a prática delitiva como uma alternativa laboral para até mesmo prover sua própria subsistência.

Os demais ministros do Pretório Excelso acompanharam os votos da relatora Carmem Lúcia e dos ministros Lewandowski e Fachin, com a exceção dos ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que se restaram vencidos. Assim sendo, por maioria, e nos termos do voto da relatora, a Suprema Corte concedeu a ordem no julgamento do HC 118.533/MS (BRASIL, 2016), afastando a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, e pacificando que:

*[...] O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida (BRASIL, 2016, p. 01).*

Por todo o exposto, a corrente que se funda nesse entendimento assegura que estabelecer caráter equiparado a hediondo ao tráfico privilegiado não se harmoniza com a vontade legislativa em decretar tratamento mais benéfico ao traficante eventual, daquele imposto ao traficante contumaz, por razões de políticas criminais criadas em razão das peculiaridades jurídicas e sociais contemporâneas da nação brasileira, ofendendo ao princípio da proporcionalidade consubstanciado no princípio da individualização da pena.

## **Considerações finais**

Diante de todo o exposto neste trabalho, foi possível constatar que a CRFB/88, em seu artigo 5º, XLIII, e a Lei dos crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) impõem um tratamento penal mais “severo” para os crimes hediondos e os equiparados, decretando que referidos crimes são inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça e indulto.

Com efeito, decretou o legislador constituinte que o crime de tráfico de drogas é delito equiparado a hediondo, isto é, submeter-se-á ao mesmo tratamento penal dado aos crimes hediondos.

De início, apesar de o STJ ter cristalizado o entendimento de que a minorante não retiraria o caráter equiparado a hediondo do tráfico de drogas com a criação da Súmula nº 512 (BRASIL, 2014) e vários julgados do STF posicionarem-se nesse mesmo sentido, no julgamento do HC nº 118.533, o Pretório Excelso consolidou a tese de que o tráfico de drogas com a incidência da minorante do tráfico privilegiado retira o caráter equiparado a hediondo do delito, fundamentando-se nos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Entretanto, considerando que a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) não se trata de tipo penal autônomo ou detém a natureza jurídica de circunstância qualificadora, isto é, não estabelece qualquer diferença na conduta prevista no *caput* do artigo 33 ou em seu §1º, nota-se que a conduta praticada pelo criminoso continua a ser equiparada à hedionda, independentemente de o indivíduo ser primário ou reincidente, integrante ou não de organização criminosa, uma vez que a conduta do traficante “eventual” continua a ser a de traficante, estimulando o mercado ilícito de drogas da mesma maneira que o traficante contumaz.

No mesmo sentido, ainda que sua pena fixada *in concreto* seja ínfima, em razão de sua mitigação ocasionada por institutos do Código Penal ou de leis especiais, os crimes tipificados como hediondos ou assemelhados, como é o caso do delito de tráfico de drogas, não perderão a natureza hedionda, uma vez que o *quantum* de pena não possui o condão de dimensionar a gravidade do crime ou seu grau de reprovabilidade conferido no tipo penal.

Com a criação dessa minorante, possibilitou o legislador a análise da culpabilidade e da condição pessoal do agente, preponderantemente, à valoração

negativa das consequências trazidas pela sua conduta, outorgando ao magistrado um parâmetro de análise individual de reprovação de cada infrator, razão pela qual, *data vênia*, não há o que se falar em violação ao princípio da individualização da pena, uma vez que, a pena será individualizada e fixada com base nos elementos pessoais do agente, o que não significa dizer que com a redução de sua pena quis o legislador retirar o caráter hediondo de sua conduta.

O legislador constituinte, ao taxar o delito de tráfico de drogas como sendo crime equiparado a hediondo, objetivou dar-lhe igual tratamento penal ao decretado para os crimes hediondos. Por conseguinte, se tivesse aspirado a diferenciar o tráfico ilícito de entorpecentes de sua capitulação usualmente denominada “tráfico privilegiado”, teria o legislador ordinário assim o feito de maneira expressa, redigindo a atual minorante em tipo penal autônomo, de modo a distingui-la das condutas previstas no *caput* e no §1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Vale destacar que determinar tratamento penal ao tráfico privilegiado igualitário ao de crime comum ocasionará vastos reflexos na seara da execução penal, o que pode, por vezes, gerar a sensação de impunidade àquele que, até então, detém perfil de “traficante eventual” e, com isso, não atingir o objetivo preceituado pelo legislador na criação dessa minorante, mas poderá atuar de modo contrário a este, “incentivando” a sua não ressocialização.

Noutro ponto, vale destacar que o crime de tráfico de drogas foi decretado como crime equiparado a hediondo por norma constitucional originária, isto é, norma de eficácia plena que, ao ingressar no ordenamento jurídico, detém presunção absoluta de constitucionalidade. Em razão disso, considerando ainda o que disciplina o princípio hierárquico das normas jurídicas, consubstanciado no princípio da Supremacia da Constituição – adotado no ordenamento jurídico brasileiro – no sentido de que as normas constitucionais detêm superioridade sob as demais leis, bem como fundamentam sua validade formal e material, por se tratar da mesma conduta prevista no artigo 33, *caput* ou §1º, ainda que incida a minorante, o crime perpetrado pelo agente continuará a ser equiparado a hediondo, uma vez que o legislador não estabeleceu o “tráfico privilegiado” como tipo penal autônomo e não há qualquer norma de natureza constitucional que decrete, expressamente, a sua natureza jurídica de crime comum.

O tráfico privilegiado foi instituído para beneficiar aqueles que não vivem continuamente do crime, ou seja, é um privilégio voltado àquele que trafica ocasionalmente, por isso, deve ser visto somente como uma minorante, beneficiando aquele que não vive reiteradamente da prática criminosa, em vez de diferenciar a sua conduta daquela praticada pelo criminoso habitual.

Em conclusão, apesar do recente entendimento do STF, o qual relata que a minorante do tráfico privilegiado retira o caráter hediondo desse delito, este estudo filia-se à posição majoritária da doutrina e do STJ anterior a esse entendimento, constatando que o “tráfico privilegiado” continua a ser crime equiparado a hediondo.

### Referências Bibliográficas

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL (1990). Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Lei dos Crimes Hediondos. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL (2006). Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL (2010). Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 97.256-RS. Paciente: Alexandre Mariano da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília-DF, 01 set. 2010. **Lex**: jurisprudência do STF, p. 01-101. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BRASIL (2012). Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo* nº 663.621 – SP. Reclamante: Ministério Público

Federal. Reclamado: Glauco do Nascimento Cornachioni. Brasília-DF, 30 nov. 2012. **Lex:** jurisprudência do STF, p. 01-19. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3383707>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BRASIL (2013). Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos embargos de declaração no recurso especial* nº 1.297.936-MS (2011/0300624-3). Agravante: Robinson Roberto Ortega. Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília-DF, 18 abr. 2013. **Lex:** jurisprudência do STF, p. 01. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28105609&num\\_registro=201103006243&data=20130425&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28105609&num_registro=201103006243&data=20130425&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL (2014). 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. Brasília: Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, 11 jun. 2014, p. 01-844. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2019.

BRASIL (2016). Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 118.533-MS. Paciente: Ricardo Evangelista Vieira de Souza. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Brasília-DF, 23 jun. 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, p. 01-97. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL-a (2010). Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 143.361-SP (2009/0146161-5). Paciente: Michael Raymond Tyrrel. Impetrante: Antonio Carlos de Toledo Santos Filho. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ministro Jorge Mussi. Brasília-DF, 23 fev. 2010. **Lex:** jurisprudência do STJ, p. 01-02. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8374256&num\\_registro=200901461615&data=20100308&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8374256&num_registro=200901461615&data=20100308&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL-a (2012). Resolução nº 05 de 15 de fevereiro de 2012 do Senado Federal. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF, 15 fev. 2012.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BRASIL-a (2013). Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.329.088-RS (2012/0124208-0). Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Eduardo Almansa Jacob. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília-DF, 13 mar. 2013. **Lex:** jurisprudência do STJ, p. 01-10. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC>>.

C&sequencial=26642239&num\_registro=201201242080&data=20130426&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 15 ago. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 12<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 4.PDF.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios.; JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Legislação penal especial esquematizado**. 3<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. PDF.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4<sup>a</sup>.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. único. PDF.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SÃO PAULO (2019). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas Corpus Criminal* n<sup>o</sup> 2163600-08.2019.8.26.0000, 7<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal. Paciente: Hortencia Armando Nhacume. Impetrante: José Eduardo Lavinias Barbosa. Impetrado: Juízo de Direito da Vara de Execução Criminal de São Paulo/SP. Relator: Desembargador Aguinaldo de Freitas Filho. São Paulo-SP, 21 ago. 2019. **Lex**: jurisprudência do TJ-SP, p. 08. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12802884&cdForo=0>>. Acesso em: 07 set. 2019.