

Roehrig e Almeida: Tráfico de drogas nunca foi hediondo

07/04/2022

Discute-se se o crime de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei 11.343/06), após a vigência da Lei 13.964/2019, deixou de ser considerado equiparado a hediondo.



A discussão foi iniciada em artigo publicado pelos

defensores públicos Érico da Silveira e Felipe Takayassu [1] e desde então muitos juízes de primeiro grau adotaram o posicionamento [2]. Até agora não tivemos ciência de nenhuma decisão dos tribunais superiores. Certo, porém, que a discussão ganha espaço no cenário nacional, já contando com manifestações favoráveis de Procuradores de Justiça e até mesmo com pedidos de instauração de IRDR.

Após muito refletirmos sobre a tese, inclusive em diálogo direto com os autores do texto originário, chegamos à conclusão de que a Lei 13.964/2019 não afastou a hediondez por equiparação do crime de tráfico de drogas. Tal equiparação nunca existiu.

Tratar o crime de tráfico de drogas como equiparado a hediondo tornou-se um vício de linguagem tão incrustado no pensamento dos operadores do Direito e legisladores, que a nova lei deu regramento diferenciado aos crimes equiparados a hediondo, mas sem se referir propriamente quais são eles; também afirmou que a forma "privilegiada" do tráfico (causa de diminuição de pena do §4º da artigo 33 da Lei 11.343/06) não é equiparada a hediondo, tal como o Poder Judiciário, que reluta enxergar a falta de legalidade na equiparação, e que no HC 118.533 (STF) afastou a hediondez por equiparação do tráfico quando há aplicação de causa de diminuição de pena prevista no §4º.

O vício de linguagem veio facilitar o tratamento dos crimes previstos no mandamento de criminalização constitucional do artigo 5º, XLIII da CF/88, em conflito com o próprio mandamento.

Por que nunca percebemos que o crime de tráfico de drogas nunca foi equiparado a hediondo? Porque o tratamento infraconstitucional do crime de tráfico de drogas era exatamente o mesmo, senão pior, do que o regramento atinente aos crimes hediondos. Somente agora há tratamento jurídico diverso em relação à progressão de regime prisional.

A redação anterior do artigo 2º, §2º da Lei 8.072/90 (revogada pela lei "anticrime") dispunha: "*§2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do artigo 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*";

Nota-se referência expressa aos crimes narrados no *caput* do artigo 2º da Lei, dentre eles o tráfico de drogas, dilatando os prazos para a progressão de regime prisional, tal como os crimes hediondos.

Após a Lei 13.964/2019 os prazos das progressões de regime passaram a ser concentrados no artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP — Lei 7.210/84) e, sobre os crimes equiparados a hediondo passou a dispor: "*V — 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado*". Não há referência expressa ao crime de tráfico de drogas ou sequer menção aos crimes elencados no artigo 2º da Lei 8.072/90, mas mera referência aos crimes hediondos e equiparados. E quais são esses?

Cuida-se de um mandado de criminalização constitucional, que por sua vez explicita e dirige ao legislador o dever de proteção de determinado bem jurídico. São limitações à liberdade de configuração do legislador penal, implicando numa obrigação de fazer. Portanto, o legislador está obrigado a seguir a orientação constitucional, dentro dos limites estabelecidos, isto é, pode ampliar a proteção do bem jurídico (como fez em relação ao livramento condicional e à progressão de regime), mas nunca apresentar proteção deficiente [3]. Como será visto adiante, o legislador infraconstitucional deu o tratamento adequado ao tráfico, nos limites da CF/88 e até além.

Outros são os limites. Em razão do princípio da legalidade, da taxatividade (proibição de analogia *in malam partem*), vedação da interpretação *favor rei* [4] e da interpretação pro *homine* [5], para que determinado crime seja considerado hediondo ou equiparado a hediondo, deverá existir texto legal que expressamente indique tal natureza.

A Constituição Federal/88, no artigo 5º, XLIII estabelece: "*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*" (o mandado de criminalização é expresso para os fins mencionados – esse é o limite da proteção deficiente). A Lei 8.072/90 traz redação similar: "*artigo 2º 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; II – fiança*" (o legislador infraconstitucional atendeu ao mandado de

criminalização tal como indicado). O artigo 44 da Lei 11.343/06 igualmente estabelece as mesmas diretrizes e ainda acrescenta algumas: "*Os crimes previstos nos artigos 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*" (o legislador ampliou o âmbito de proteção do mandado de criminalização para dispor sobre o livramento condicional, liberdade provisória e conversão da PPL por PRD) [6].

De qualquer forma, fica evidente que a CF/88 e as Leis 8.072/90 e 11.343/06 não equipararam o crime de tráfico de drogas ao crime hediondo, mas tão somente conferiram-lhe tratamento diferenciado (em razão da gravidade e do mandado de criminalização), para os fins especificamente (taxativamente) apontados, dentre eles, a inafiançabilidade e a insuscetibilidade à graça, anistia e indulto, além da fração diferenciada para o livramento condicional. Interpretar tais dispositivos legais sob justificativa da "intenção do legislador" (*mens legis*) ou para preencher a lacuna (para estender os efeitos à progressão de regime) é vedado pela proibição do ativismo judicial (papel do legislador) e da analogia *in malan partem*.

A lei infraconstitucional poderia ter apontado o crime de tráfico de drogas como equiparado a hediondo, mas não o fez. Resguardou-se copiar o texto constitucional e ampliar a proteção em relação ao livramento condicional e outros. Sobre o crime de tortura, inclusive, diga-se o mesmo. O artigo 1º, §6º da Lei 9.455/1997 estabeleceu: "*O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia*".

De maneira diferente o legislador tratou o crime de terrorismo (Lei 13.260/2016), ao expressamente apontar: "*Aplicam-se as disposições da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, aos crimes previstos nesta Lei*", isto é, aos crimes de terrorismo aplica-se as disposições da Lei dos Crimes Hediondos, equiparando o terrorismo a hediondo (ainda que sem uma redação tão clara – mas taxativa).

Recentemente o STJ [7] e o STF [8] decidiram que as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 sobre a progressão de regime resultaram em uma lacuna impossível de ser preenchida pelo Poder Judiciário, consistente na diferenciação entre reincidência genérica e específica (sem previsão de % diferenciada ao reincidente genérico). Para tanto valeram-se, dentre outros, do princípio da legalidade, da taxatividade (e derivado da vedação de analogia *in malan partem*) e vedação da interpretação *favor rei*, princípios orientadores deste presente caso.

Nota-se, portanto, não se tratar de afastamento da hediondez, mas sim de se reconhecer que o crime de tráfico de drogas nunca foi equiparado a hediondo. A CF/88 insere o tráfico de drogas no mesmo mandado de criminalização dos crimes hediondos, mas não exige que o tratamento seja idêntico em relação à progressão de regime, de tal forma que se torna perfeitamente possível chegar à seguinte conclusão: embora o tráfico de drogas tenha tratamento igual aos delitos hediondos em relação a inafiançabilidade, a insuscetibilidade à graça, anistia e indulto e livramento condicional, isso não permite que se chegue à conclusão de que este delito é, em si, equiparado a hediondo.

Ademais, sobre a redação do artigo 112, §5º da LEP: "*Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*", esclarece-se ser vedada a interpretação em sentido contrário (*a contrario sensu*), seja por conduzir à equiparação de todos os crimes aos hediondos, senão o tráfico de drogas previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, tal como em função das orientações interpretativas acima já trabalhadas, merecendo destaque a proibição de arguir a intenção do legislador (REsp 1.910.240, já mencionado).

E mais, uma norma teoricamente benéfica não pode nunca ser utilizada em desfavor do interessado na norma. Seja pela força constitucional da vedação da *analogia in malam partem* (que seria consequência lógica da interpretação a *contrario sensu*), seja pelo silêncio normativo advindo com a nova lei, a conclusão óbvia a que se chega é de que o tráfico de drogas jamais foi equiparado a hediondo.

Outro importante argumento que corrobora a conclusão aqui tecida diz respeito ao próprio mandado de criminalização constitucional, que aponta que os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e "drogas afins" devem ter tratamento mais gravoso, indiretamente indicando que outros crimes previstos na Lei 11.343/06 também deveriam ter tratamento mais gravoso, tais como o crime de associação para fins de tráfico de drogas (art. 35 da Lei de Drogas) e de financiamento do tráfico de drogas (artigo 36 da Lei de Drogas).

Contudo, é pacífico na jurisprudência do STJ que tais crimes não são hediondos ou equiparados [9], demonstrando que a interpretação a *contrario sensu* é admitida apenas em benefício do réu. Exemplo disso encontramos no artigo 44 da Lei de Drogas, taxativo quanto ao tratamento diferenciado em relação aos delitos dos artigos 33, *caput* e 34 a 37, cuja interpretação em sentido contrário conduz à conclusão de que os demais crimes não merecem tal tratamento. O sentido contrário do artigo 112, §5º da LEP estabelecesse norma gravosa, tornando ilegal a interpretação a *contrario sensu*.

Interpretar desta forma, além de respeitar os princípios constitucionais orientadores deste presente caso (já citados parágrafos acima), respeita, também, a própria função do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, que é, segundo Zaffaroni [10], "de contenção e redução do poder punitivo". Isso não significa, por óbvio, que as demais disposições constitucionais e infraconstitucionais a respeito dos delitos da lei de drogas que de alguma forma se assemelham a mandamentos de delitos hediondos não sejam respeitadas. Pelo contrário: faz com que o que não se está previsto permaneça inexistente, como ao se concluir que o tráfico nunca foi equiparado a hediondo e que, com a lei "anticrime" chegemos à conclusão de que por se tratar de crime comum (com tratamento diferenciado em relação à fiança, graça, anistia e indulto) cometido sem violência ou grave ameaça, deve obedecer às frações de 16% se primário e 20 % se reincidente específico na prática de crime de tal natureza.

[1] DA SILVEIRA, Érico Ricardo; TAKAYASSU, Felipe de Mattos. Tráfico de drogas e a progressão de regime: a lei anticrime e a não hediondez do delito. ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/tribuna-defensoria-trafico-drogas-progressao-regime->



delito-comum .

[2] Para acesso facilitado, acesse a pasta compartilhada disponível no:

<https://www.instagram.com/puxandopena/>

[3] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10^a Ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p.490/494; SILVA, Luciana Caetano; et. al. Indicações constitucionais de criminalização. In: PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Constitucional: a (des) construção do sistema penal. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 305/324; e Voto do ministro Gilmar Mendes no HC 118533, relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016.

[4] Diretriz do Estado democrático de Direito que dispensa ao réu um tratamento diferenciado, baseando-se precipuamente na predominância do direito de liberdade, quando em confronto com o direito de punir do Estado.

[5] Assegura, no conflito de normas, aquela que mais amplia os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

[6] Não podemos ignorar que o dispositivo citado foi parcialmente declarado inconstitucional, *incidenter tantum*, no Habeas Corpus 104.339/SP de relatoria do ministro Gilmar Mendes, no que se referia à expressão "liberdade provisória". Destacamos também que, assim como houve declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei de Drogas, o mesmo ocorreu com a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do §4º do artigo 33. Tal decisão ocorreu inicialmente (2010) por meio do Habeas Corpus 97.256/RS, de relatoria do ministro Ayres Britto, e, posteriormente, com a Resolução número 5 do Senado Federal (2012).

[7] *"Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que de lege lata, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei nº 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna"* (REsp 1.910.240-MG, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/05/2021, DJe 31/05/2021);

[8] *"2. A Lei 13.964/2019, ao alterar o artigo 112 da LEP, não tratou, de forma expressa, das condições para progressão de regime do condenado por crime hediondo ou equiparado reincidente em crime comum, somente disciplinando a gradação da reprimenda do apenado primário (inciso V) e do reincidente específico (inciso VII). 3. O silêncio normativo, contudo, deve ser saneado em atenção aos princípios norteadores da hermenêutica penal, cumprindo observar a proscrição à analogia in malam partem. 4. Havendo dois incisos que, por analogia, poderiam ser aplicados ao apenado (no caso, o inciso V e o inciso VII), o dispositivo mais*



benéfico ao acusado (inciso V) é a única solução possível, pois a adoção do critério mais gravoso inevitavelmente importaria afronta ao princípio da vedação à analogia in malam partem e do favor rei" (RHC 200879, relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 24/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 11-06-2021 PUBLIC 14-06-2021)

[9] AgRg no AgRg no HC 678.393/RJ, relator ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021.

[10] ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan. 2003, 4ª edição, página 41

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-abr-07/roehrig-almeida-trafico-drogas-nunca-foi-hediondo/>