

Tráfico de drogas e progressão de regime como delito comum

O objetivo do presente artigo é demonstrar que o delito de "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" (art. 33 da Lei de 11.343/06), após a vigência do "Pacote Anticrime" (Lei n. 13.964/2019), em 23/01/2020^[1], deixou de ser delito "equiparado" a hediondo para fins de progressão de regime de cumprimento de pena, com aplicação retroativa benéfica — *novatio legis in melius* (art. 5º, XL, CF^[2]



Para tanto partiremos das seguintes premissas: a) a imputação da qualidade

de hediondez (diretamente ou por equiparação) somente pode vir por lei formal, expressa e anterior (princípio da reserva legal penal); b) atualmente não há dispositivo normativo que determine que o tráfico de drogas seja hediondo por equiparação para fins de progressão de regime penal.

Do breve histórico normativo

O constituinte originário fez apenas uma referência aos delitos hediondos (até hoje a única), no art. 5º, XLIII, CF/88 em que se 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”*.

Em seguida, o legislador, por meio da Lei nº 8.072/1990, cumprindo o mandamento constitucional, determinou quais seriam os delitos hediondos (art. 1º)^[4] e vedou a “anistia, graça, indulto e fiança” aos delitos previstos no supracitado art. 5º, XLIII, CF (art. 2º)^[5]. O dispositivo relativo a vedação à liberdade provisória foi considerado inconstitucional (S.V. 26)^[6].

Posteriormente, por meio da Lei nº 11.464/2007, para além do comando constitucional, houve modificação no §2º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990^[7], para determinar um quantum agravado (requisito objetivo) para progressão de regime de pena desses delitos: *“2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”*.

Por fim, a Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) revogou expressamente esse dispositivo normativo^[8], unificando o rol de critérios de progressão de regime no art. 112 da Lei n. 7.210/ 1984 (Lei de Execução Penal), o qual também traz patamares superiores para os delitos hediondos ou “equiparados”^[9].

Omitiu-se, porém, o legislador na tarefa de definir em que consiste a abstrata categoria de hediondos “equiparados”.

Da inexistência jurídica dos delitos “equiparados” a hediondo

Em um plano ontológico um delito hediondo poderia ser considerado aquele que lesa, de maneira grave, bens jurídicos essenciais à dignidade humana.

A Constituição Federal (art. 5º, XLIII) não diz quais crimes serão considerados hediondos, apenas apresenta uma determinação de maior rigidez no que diz à aplicação da fiança (serão inafiançáveis) e impossibilidade de anistia ou graça a esses delitos, e a outros ali mencionados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo).

O princípio/regra da reserva legal na esfera penal (art. 5º, XXXIX, CF^[10] e art. 1º, CP^[11]), lido na sua esfera mais ampla e teleológica, impede não somente a tipificação de delitos (preceito primário e secundário), mas também o agravamento das condições de cumprimento da pena (ex. critérios de progressão de regime), senão por lei formal.

Nesse sentido, o caráter hediondo de um delito (ou sua equiparação), considerando as repercussões penais dessa qualidade, somente pode ser etiquetado pelo legislador, em **rol expresso e taxativo**.

Ademais, o constituinte (art. 5º, XLIII, CF/88) e o legislador (art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/1990), ao colocarem os delitos de “*tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo*” ao lado dos delitos hediondos, por exclusão lógica, definiu que esses três delitos não são hediondos.

Do mesmo modo, não houve, por parte do constituinte, “equiparação” aos delitos hediondos, visto que apenas se atribuiu determinadas características comuns a todos eles, em claro exemplo de silêncio eloquente.

Assim, por não existir um rol constitucional/legal de delitos “equiparados” a hediondo (única forma possível de estabelecimento), qualquer norma extensiva nesse sentido deverá ser expressa e específica.

Em outras palavras, deverá indicar de forma clara e individual os delitos escolhidos e as características a serem compartilhadas, assim como a CF/88, com os delitos de tortura, tráfico de drogas e terrorismo, e a característica de vedação à fiança, graça anistia e como fazia a antiga redação do §2º, art. 2º, Lei de Crimes Hediondos, com os critérios de progressão de regime.

Em verdade, quando pretende equiparar totalmente (“para todos os efeitos”) um delito aos crimes hediondos, o legislador o faz expressamente, como no delito de terrorismo (art. 17 Lei de 13.260/16^[12]) – sem previsão semelhante na Lei de Drogas.

Repita-se, não existe juridicamente uma categoria predefinida de delitos equiparados a hediondos, mas apenas determinadas características dos delitos hediondos que, a critério do legislador, são atribuídas expressamente a outros delitos.

Esse é o ponto nevrálgico^[13].

Nesse sentido, destaca-se a tese n. 28 do STJ do “Jurisprudência em Teses – ed. 131 de 23/08/2019”^[14], que, ao afastar a equiparação de hediondez do delito de associação para o tráfico, utilizou-se do critério legal, donde se depreende que não há rol constitucional de delitos equiparados a hediondos, mas apenas aqueles, expressa e taxativamente, eleitos pelo legislador infraconstitucional.

Em verdade, a Constituição Federal (art. 5º, XLIII, CF/88) sequer determina que tais delitos teriam critérios agravados de progressão. Isso só foi realizado, por escolha legislativa, em 2007 (Lei nº 11.464/2007), quando alterado o §2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990. Por essa razão, inclusive, a S. 471 do STJ^[15] impede a aplicação retroativa dessa norma.

Todavia, com o advento da Lei 13.964/2019 e a revogação daquele dispositivo normativo (§2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990), sucumbiu a única “equiparação” legislativa para fins de progressão entre os delitos hediondos e o de “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”.

Em razão disso, as previsões contidas na nova redação do art. 112 da LEP acerca de supostos delitos “equiparados a hediondos” restam completamente esvaziadas, ante a ausência de previsão legal expressa acerca do seu conteúdo, bem como a impossibilidade de criação dessa figura mais gravosa por outro meio, como interpretação extensiva ou analogia (princípio/regra da reserva legal penal).

Por conseguinte, forçoso concluir que o apenado pela prática de “tráfico de drogas” deverá progredir conforme os critérios objetivos dos delitos comuns, ou seja, após o cumprimento de 16, 20, 25 ou 30% da pena aplicada^[16], eis que não são delitos “equiparados a hediondo”.

Nessa senda, o art. 44 da Lei 11.343/06^[17], que prevê expressamente quais seriam as características específicas que o tráfico de drogas teria em comum em relação aos delitos hediondos, sem, porém, determinar a equiparação total, como fez a já mencionada Lei de Terrorismo.

Por esse mesmo raciocínio (ausência de equiparação normativa), também não há vedação ao livramento condicional a esse delito com resultado morte, conforme previsão nos incisos VI, alínea “a” e VIII do art. 112 da LEP^[18], embora seja incomum tal hipótese no delito de tráfico.

Em nossa opinião, a vedação à saída temporária já não teria efeito sobre os “hediondos equiparados” por ausência de previsão legal expressa, porém com a queda da “equiparação” isso fica ainda mais evidente (art. 122, §2º, LEP^[19]).

O prazo estendido da prisão temporária (art. 2º, §4º, Lei de Crimes Hediondos^[20]), o requisito objetivo agravado e vedação ao reincidente específico do livramento condicional (art. 83, V, Código Penal^[21] e art. 44, p.ú., da Lei 11.343/06) e a qualificadora da associação criminal (art. 8º, Lei de Crimes Hediondos^[22]) mantém-se, por expressa determinação em lei.

Da tese da equiparação constitucional

Há aqueles que defendem uma equiparação total e constitucional da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins do terrorismo aos crimes hediondos.

Para essa corrente, o art. 5º, XLIII, CF/88, ao determinar características comuns específicas a esses delitos, os teria elevado ao patamar de “*equiparados a hediondos*” (expressão, diga-se de passagem, não usado pelo constituinte) por si só.

Todavia, essa tese **não merece prosperar** pelas seguintes razões.

- a) O constituinte não equiparou expressamente tais delitos, mas apenas imputou um dever para o legislador de estabelecer algumas características comuns, expressamente determinadas (impossibilidade de graça, anistia e fiança).
- b) Fosse a intenção do constituinte uma total identidade, bastava constar expressamente a equiparação ou mesmo determinar a inclusão de tais delitos na categoria de hediondos.
- c) Se a equiparação fosse completa, como pretende essa corrente, outros aspectos da penalização também deveriam equiparados, como pena cominada, majorantes, minorantes, etc.
- d) Sequer há equiparação legal de todos os delitos quanto ao segundo mandamento constitucional (quase esquecido), qual seja, de se atribuir a conduta omissiva (“e os que, podendo evitá-los, se omitirem”), o que não parece incomodar essa corrente.
- e) Não há ordem de preferência no texto constitucional; desse modo, poder-se-ia imaginar que os outros delitos (tortura, terrorismo e hediondos) é que são equiparados ao tráfico de drogas e, assim permitir, pela prática de qualquer um deles, a extradição do naturalizado (art. 5º, LI, CF[23]), o confisco de bens (art. 243, CF[24]), entre outros reflexos legais e administrativos.
- f) Qualquer agravamento penal, como a equiparação à hediondez, submete-se ao princípio da reserva legal, não podendo fazê-lo o intérprete.
- g) Se a equiparação fosse constitucional, não haveria razão para o art. 17 da Lei 13.260/2016 determinar a aplicação da Lei de Crimes Hediondos aos delitos de terrorismo, tampouco poderia o STJ excluir o delito de associação para o tráfico do rol de delitos hediondos equiparados por ausência de previsão legal [25].

Conclusão

Em epítome conclusivo, observa-se que a expressão legal “hediondos equiparados” não possui conteúdo normativo próprio, por ausência de rol expresso em lei, sendo impossível extrair tal definição do texto constitucional, seja por insuficiência textual, seja por respeito ao princípio/regra da reserva legal na esfera penal.

Há algumas e determinadas características em comum entre os delitos hediondos e a prática de tráfico ilícito de entorpecentes, expressamente determinadas pelo legislador, assim como há entre outros delitos, sem, todavia, se determinar uma equiparação total (ex. todos os crimes contra a dignidade sexual do Código Penal se processam mediante representação – art. 225 do CP, mas nem todos são hediondos).



Por conseguinte, a Lei 13.964/2019 representou, nesse sentido, uma lei penal nova benéfica – na medida em que permite a progressão de pena como delito comuns aos apenados por tráfico de drogas – devendo retroagir para alcançar situação passadas, mediante requerimento ao Juízo da Execução Penal (S. 611 do STF^[26] e art. 66, I, LEP^[27]).

Tal inferência, embora dotada de critérios estritamente jurídicos, traz importante consequência sociológica, pois permite a progressão facilitada de milhares de pessoas atualmente presas (preventiva ou definitivamente) pelo delito de tráfico de drogas, um dos principais responsáveis pelo encarceramento em massa hoje vivido no Brasil^{[28][29]}.

Por derradeiro, consignamos que, embora aparentemente a tese possa se aplicar também ao delito de tortura, nossas pesquisas, neste momento, limitaram-se ao delito de tráfico, seja em razão da emergência ante o “superencarceramento”, seja por não se tratar de delito ontologicamente hediondo, seja porque a jurisprudência já admitia a flexibilização de sua equiparação na figura do “tráfico privilegiado” (art. 33, §4º, Lei 11.343/06).

[1] <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/01/lei-anticrime-entra-em-vigor-nesta-quinta-feira-23>

[2] CF, art. 5º, XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

[3] CP, Art. 2º. *Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.*

[4] Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (...)

[5] Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (Vide Súmula Vinculante)

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança e liberdade provisória.

[6] Súmula Vinculante 26: *Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.*



[7] § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

[8] “Art. 19. Fica revogado o § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990

[9] Art. 112. 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: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I – 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II – 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III – 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV – 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VIII – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.



[10] Art. 5º, XXXIX, CF – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

[11] Art. 1º – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

[12] Art. 17. Aplicam-se as disposições da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 , aos crimes previstos nesta Lei.

[13] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o chamado “tráfico privilegiado” (art. 33, §4º da Lei 11343/2006) não se reveste de hediondez, e a diferença ao “tráfico comum” é, em suma, uma menor reprovabilidade pela redução da pena de acordo com as características apresentadas pelo §4. Vide HC 118533.

[14] Tese 28) O crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não figura no rol taxativo de crimes hediondos ou de delitos a eles equiparados.

[15] Súmula 471 do STJ – Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional. (Súmula 471, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 28/02/2011)

[16] Acerca da possibilidade da prática de tráfico de drogas com violência, destacamos a causa de aumento do art. 40, IV, da Lei 11.343/06: “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: IV – o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

[17] Art. 44. 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.

[18] VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

VIII – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.



[19] § 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte.

[20] Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

[21] Art. 83 – O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (...)

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.

[22] Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

[23] LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

[24] Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

[25] “2. O crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente elencado no rol do artigo 2.º da Lei n.º 8.072/1990. (...)” (HC 537.943/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 26/11/2019)

[26] Súmula 611: Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

[27] Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;



[28] <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>

[29] <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>

Date Created

18/05/2021