

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – FACULDADE DE DIREITO
HECTOR CHAVES RIBEIRO FRANÇA GUIMARÃES

**O CARÁTER HEDIONDO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO: uma análise sistemática
à luz do ordenamento jurídico brasileiro e dos sistemas de classificação das
infrações penais como crimes hediondos**

JUIZ DE FORA – MG
FEVEREIRO/2016

HECTOR CHAVES RIBEIRO FRANÇA GUIMARÃES

O CARÁTER HEDIONDO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO: uma análise sistemática à luz do ordenamento jurídico brasileiro e dos sistemas de classificação das infrações penais como crimes hediondos

Monografia apresentada pelo acadêmico Hector Chaves Ribeiro França Guimarães, matriculado sob o nº 201134016, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

JUIZ DE FORA - MG
FEVEREIRO/2016

HECTOR CHAVES RIBEIRO FRANÇA GUIMARÃES

O CARÁTER HEDIONDO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO: uma análise sistemática à luz do ordenamento jurídico brasileiro e dos sistemas de classificação das infrações penais como crimes hediondos

Monografia apresentada pelo acadêmico Hector Chaves Ribeiro França Guimarães, matriculado sob o nº 201134016, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, na área de concentração de Direito Penal, submetida à Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2016.

Orientador: Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antonio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

À Deus, pela proteção e condução.

Aos meus pais, Ana Paula e José Antônio, e aos meus avós, Hélia, Roldão, Nair e Antônio, pelo constante apoio e carinho.

Ao meu irmão Victor, pelo grande exemplo que foi e que é em minha vida.

À Priscilla, por todo o carinho e companheirismo.

Aos amigos de infância, de faculdade e de trabalho pelos ótimos momentos proporcionados.

Aos mestres, pelos preciosos ensinamentos.

Toda grande edificação necessita de uma base sólida para se manter e para expandir. Tive a imensa sorte de estar amparado por essa base desde o meu nascimento.

“Para que os maus triunfem, basta que os bons não façam nada.”

Edmund Burke

RESUMO

O presente estudo tem por objeto o questionamento sobre a incidência da hediondez no crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, comumente chamado de “tráfico privilegiado”, sob o ponto de vista da legalidade e da justiça. Para tanto, far-se-á, inicialmente, uma breve explanação sobre o crime em análise e sobre os impactos causados pela configuração da hediondez, para, em seguida, apresentar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), materializado em sua Súmula de nº 512, e as posições jurisprudenciais ainda contrárias à esse entendimento. Logo após, será abordado o Princípio da Individualização da Pena, marco teórico e principal razão da escolha do tema. Em seguida, serão apresentados os sistemas de classificação de infrações penais como crimes hediondos, no entendimento da melhor doutrina, e traçar-se-á um paralelo entre Justiça e Segurança Jurídica, temas intimamente ligados à discussão. Por fim, será tecida uma conclusão de tudo o que foi estudado, objetivando o alcance de uma efetiva solução para o tema-problema, solução esta que, visando uma aplicação mais efetiva do Princípio da Individualização da Pena, implica em uma reformulação do atual sistema brasileiro de classificação de infrações penais como crimes hediondos.

Palavras-chave: tráfico privilegiado, crimes hediondos, Princípio da Individualização da Pena, sistemas de classificação de infrações penais como crimes hediondos, justiça, segurança jurídica.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to question about the characterization as heinous of the crime described at the article 33, § 4º, of the 11.343/2006 Brazilian law, known as “privileged drugs traffic”, always considering the ideals of legality and justice. Therefore, a brief explanation about this crime and the impacts caused by the configuration of heinousness will be presented. Thereafter, the understanding of the Superior Court of Justice (STJ) will be shown, materialized in his Precedent number 512, and other judgments against this understanding. Then, the Individualization of Punishment Principle, chosen as the theoretical framework and the main reason of this present study, will be approached. After that, it will be presented the systems of classifying criminal offenses as heinous crimes, as understood by the best doctrine, and a link between Justice and Legal Security will be suggested, since these subjects are closely related to the present discussion. At last, a conclusion about what has already been studied will be made, aiming to get an effective solution for the problem. This solution intends to apply even more the Individualization of Punishment Principle, reformulating the Brazilian current system of classifying criminal offenses as heinous crimes.

Keywords: privileged drugs traffic, heinous crimes, Individualization of Punishment Principle, systems of classifying criminal offenses as heinous crimes, justice, legal security

SUMÁRIO

Introdução	9
1. Os Impactos do Reconhecimento da Hediondez	11
2. O Enunciado de nº 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça	14
3. O Princípio da Individualização da Pena	18
3.1. Breve Contexto Histórico	18
3.2. Conceituação e Significado	19
3.3. A Individualização da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro	20
3.4. As Etapas da Individualização da Pena e o Tráfico Privilegiado	23
4. Os Sistemas de Classificação de Infrações Penais como Crimes Hediondos...	25
4.1. O Sistema Legal	25
4.2. O Sistema Judicial	26
4.3. O Sistema Misto	27
5. A Dicotomia entre Justiça e Segurança Jurídica	29
6. A Cláusula Salvatória de Toron	31
Conclusão	34
Referências Bibliográficas	36

Introdução

É pacífico na doutrina e jurisprudência que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006) configura, por disposição constitucional, um delito equiparado àqueles de natureza hedionda, cujo rol encontra-se disposto na Lei 8.072/1990. Há uma nítida indicação da intenção do legislador nesse sentido no artigo 2º, *caput*, da Lei 8.072/1990 e no próprio texto constitucional, no artigo 5º, inciso XLIII.

Seguem as redações do artigo 2º, *caput*, da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) e do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (grifamos):

Art. 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.

(...)

Art. 5º 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:

(...)

XLIII - 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;

Divergências surgem, entretanto, no que tange à natureza hedionda do crime de tráfico quando há a incidência da circunstância minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, comumente chamado de “tráfico privilegiado” (nomenclatura que será utilizada no presente estudo) e, por isso, confundido com uma circunstância privilegiadora, consiste, na verdade, em uma circunstância minorante, isto é, uma causa de diminuição, possuindo grande impacto no momento da dosimetria da pena do condenado. O citado dispositivo prevê uma redução, que pode variar entre um sexto e dois terços da pena, para aqueles indivíduos que incorrem nas condutas tipificadas no *caput* e no § 1º do mesmo

artigo, desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A Lei 8.072/1990 traz, em seu artigo 1º, um rol legal e taxativo das infrações penais que são classificadas como crimes hediondos. Como foi visto acima, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, bem como os crimes de tortura e terrorismo, são considerados equiparados a hediondos, trazendo para quem os praticar vedações e limitações a certos benefícios na execução da pena.

Fundada nos princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica, parte da doutrina e da jurisprudência entendia que, em virtude da ausência de expressa previsão legal, ou mesmo por incompatibilidade entre os institutos, seria temerário classificar o “tráfico privilegiado” como um crime hediondo. Entretanto, adeptos de entendimento contrário defendiam que a incidência do § 4º não afasta a hediondez, uma vez que a conduta tipificada é a mesma. Como será visto a seguir, o Superior Tribunal de Justiça buscou pacificar a questão, formulando um entendimento sumulado.

Diante disso, o presente estudo objetiva destacar os impactos da hediondez para o réu e o sentenciado, analisar a redação do Enunciado nº 512 da Súmula do STJ, abordar os pontos mais relevantes acerca do Princípio da Individualização da Pena e examinar os sistemas de classificação de infrações penais como crimes hediondos, traçando sempre um paralelo entre os ideais de justiça e segurança jurídica, para, ao final, buscar uma solução para o problema levantado.

1. Os Impactos do Reconhecimento da Hediondez

A discussão sobre o reconhecimento da hediondez no crime de tráfico privilegiado impacta diretamente no direito fundamental à liberdade do homem e na garantia da segurança jurídica e justiça no ordenamento jurídico pátrio.

A premente necessidade de garantia da segurança jurídica fica evidente quando verificamos que, hodiernamente, existem inúmeros indivíduos condenados pela prática do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo que uma parcela foi condenada como se tal crime fosse hediondo e outra parcela como se crime comum fosse.

A saber, o reconhecimento da hediondez acarreta severas consequências, não só no *quantum* da pena, mas também na concessão de benefícios aos sentenciados, o que influencia diretamente em seu processo de ressocialização. A ideia da concessão de benefícios é recompensar aqueles indivíduos que tiveram bom comportamento carcerário e reinseri-los gradativamente ao convívio social.

A Progressão de Regime, nos crimes comuns, pode ser concedida após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, enquanto, nos crimes hediondos, conforme a redação do artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990, só poderá ser concedida após o cumprimento de 2/5 (dois quintos), caso o sentenciado seja primário, ou 3/5 (três quintos), caso seja reincidente:

§ 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.

O Livramento Condicional, nos crimes comuns, pode ser concedido após o cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, caso o sentenciado seja primário, ou 1/2 (metade), caso seja reincidente. Já nos crimes hediondos, o Livramento Condicional somente poderá ser concedido após o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, sendo vedado o benefício para aqueles indivíduos reincidentes em crimes hediondos. Nos termos do artigo 83 do Código Penal (grifamos):

Art. 83 - 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;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

(...)

V - **cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.**

(...)

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (já transcrito acima), veda a concessão de graça e anistia aos sentenciados por crimes hediondos e equiparados, sendo que o artigo 2º, incisos I e II, da Lei 8.072/1990 (também já transcrito acima), ainda promove a vedação ao indulto e à fiança (corroborada pela redação do artigo 323, inciso II, do Código de Processo Penal).

Art. 323. Não será concedida fiança:

(...)

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

Até recentemente, era aplicado o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, que prevê o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta pela prática de crimes hediondos e equiparados. Entretanto, no HC 111.840/ES¹, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu-se pela não obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes dessa natureza, restando, incidentalmente, declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, que previa:

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Consoante artigo 2º, da Lei 7.960/1989 (Lei das Prisões Temporárias), a Prisão Temporária terá prazo de 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período. No entanto, conforme determina o § 4º do artigo 2º, da Lei 8.072/1990, em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, a Prisão Temporária terá prazo de 30 (trinta) dias, também prorrogáveis por igual período.

¹ STF - HC: 111840 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013.

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

(Lei 7.960/1989 – sobre Prisões Temporárias)

Art. 2º (...)

§ 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.

(Lei 8.072/1990 – sobre Crimes Hediondos)

Diante de tudo o que foi exposto, percebe-se, através de alguns exemplos, a importância da classificação dos crimes como hediondos, uma vez que o reconhecimento da hediondez de determinado crime pode acarretar consequências nefastas para as vidas de indivíduos que não mereçam ser destinatários de tamanha reprimenda.

2. O Enunciado de nº 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça

Diante da polêmica e do cenário de crescente insegurança jurídica, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 16 de junho de 2014, publicou o Enunciado de nº 512 de sua Súmula, buscando pacificar o entendimento de que a aplicação da circunstância minorante em comento não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. Vejamos a precisa redação²:

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.

O Enunciado de nº 512 foi publicado pela Terceira Seção do Tribunal com base em uma série de precedentes da Casa, dentre os quais o acórdão que versou sobre o Agravo Regimental no Recurso Especial de nº 1259135 MS 2011/0143385-2³, cuja ementa é a seguinte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. ORIENTAÇÃO CONFIRMADA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ, NO JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROGRESSÃO DE REGIME (REQUISITO OBJETIVO) E LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRAZOS PREVISTOS NA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007, E ART. 83, V, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. **A incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do delito** - orientação confirmada no julgamento, pela 3ª Seção do STJ, do REsp 1.329.088/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, em 13/03/2013, sob o regime dos recursos representativos de controvérsia -, o que conduz aos prazos previstos na Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, e art. 83, V, do Código Penal, para a obtenção dos benefícios da progressão de regime (requisito objetivo) e de livramento condicional. Precedentes do STJ.

II. Agravo Regimental improvido.

O entendimento foi firmado considerando que o tráfico privilegiado não implica o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os

² Enunciado de nº 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

³ AgRg no REsp 1259135/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 01/07/2013. Grifamos.

crimes hediondos, dado que não haveria a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no *caput* do mesmo artigo, não sendo, portanto, o tráfico privilegiado tipo autônomo.

Apesar do peso conferido ao enunciado da súmula do Tribunal Superior na discussão da matéria, a questão não se encontra totalmente pacificada, havendo diversos estudiosos e aplicadores do direito que ainda mantêm posicionamento firme contra o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. À guisa de exemplificação, é curial apontar o entendimento do ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Alexandre Victor de Carvalho, que, de forma extremamente coerente, exhibe argumentos pertinentes no sentido de afastar a hediondez nos casos em que a minorante é reconhecida. Em síntese, o douto Desembargador entende que a minorante configura um tratamento penal mais benigno, e, em razão disso, não se harmoniza com a hediondez.

Veja-se, a seguir, o voto do referido Desembargador em sede de Embargos Infringentes e de Nulidade de nº 1.0079.13.067355-5/002 no TJMG, recurso em que figurou como relator⁴:

A Lei nº 11.343/06 criou a figura típica do tráfico privilegiado que não está expressamente previsto como crime hediondo, deixando de se inserir, pois, nas normas rígidas da Lei 8.072/90 com suas posteriores alterações. Daí porque a possibilidade de aplicação do regime inicial aberto aos recorrentes.

Registre-se que o princípio da legalidade impede que se dê tratamento punitivo mais rigoroso ao réu sem o amparo da Lei ordinária, clara e taxativamente estabelecida, na forma do art. 1º do Código Penal e art. 5º, inciso XXXIX da Constituição da República.

Aliás, apreciando matéria semelhante, sobre a incursão do homicídio privilegiado-qualificado como delito hediondo, assim se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

‘Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes). *Writ* concedido.’ (STJ - HC 36317)

Em sede do HC 110884 MS⁵, o Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, considerando que razão assiste ao Impetrante, proferiu parecer pelo afastamento da hediondez no crime de tráfico privilegiado.

⁴ TJMG - Apelação Criminal 1.0145.09.540031-6/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/11/2015, publicação da súmula em 30/11/2015.

⁵ STF - HC: 110884 MS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 03/11/2011,

3. Assiste razão à impetrante. (...) 5. Nos termos do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, os crimes dos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37, dessa mesma lei, são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Mas essa proibição, que deve ser interpretada restritivamente, não abrange a conduta definida pelo §4º do art. 33, de menor grau de reprovabilidade, que não deve ser incluída no rol dos crimes equiparados a hediondos. Dessa forma, não se aplicam ao chamado tráfico privilegiado as vedações previstas no art. 44 da Lei nº 11.343/2006. 6. Isso posto, opino pelo deferimento da ordem. (ALMEIDA, 2011)

Da mesma forma, esse já foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) em várias decisões. O respeitado Tribunal entendeu que a Lei de Crimes Hediondos não aborda a figura do tráfico privilegiado, sendo vedada a interpretação extensiva em prejuízo do réu, e argumentou que a conduta não revela maior periculosidade ou perversidade, motivo pelo qual não deve ser enquadrada como crime hediondo. A seguir, duas das mencionadas decisões (grifamos):

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTADO O CARÁTER DE HEDIONDEZ. **O caráter hediondo do delito em questão foi afastado em sede de apelo. Além disso, o art. 2º da Lei 8.072/90 faz referência ao tráfico ilícito de entorpecentes, sem enquadrar a figura do tráfico privilegiado como crime hediondo, sendo vedada a interpretação extensiva em prejuízo do réu. E mostra-se incompatível o caráter hediondo e a figura do tráfico privilegiado, pois a Lei 11.343/2006, ao instituir a causa de diminuição de pena, exigiu que o agente fosse primário e de bons antecedentes e que não se dedicasse às atividades criminosas, nem integrasse organização criminosa típica, justamente por se tratar de conduta que não revelasse maior periculosidade ou acentuado grau de perversidade, e assim, passível de menor reprimenda.** Afastada a caracterização de hediondez, contida na lei 8.072/90, devem ser reapreciados pelo Juiz da VEC, os demais requisitos subjetivos para o deferimento da progressão. AGRAVO PROVIDO.⁶

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTADO O CARÁTER DE HEDIONDEZ. **O art. 2º da Lei 8.072/90 faz referência ao tráfico ilícito de entorpecentes, sem enquadrar a figura do tráfico privilegiado como crime hediondo. Vedação, pelo ordenamento jurídico, de interpretação extensiva, em prejuízo do réu. Leitura a ser feita é restritiva. Mostra-se incompatível o caráter hediondo e a figura do tráfico privilegiado, pois a Lei 11.343/2006, ao instituir a causa de diminuição de pena, exigiu que o agente fosse primário e de bons antecedentes e que não se dedicasse às atividades criminosas, nem integrasse organização criminosa típica, justamente por se tratar de conduta que não revelasse maior periculosidade ou acentuado grau de perversidade, e assim, passível**

de menor reprimenda. Afastada a caracterização de hediondez, contida na lei 8.072/90, devem ser reapreciados pelo Juiz da VEC, os demais requisitos subjetivos para o deferimento da progressão. AGRAVO PROVIDO, EM PARTE.⁷

Diante da situação narrada e considerando os impactos que o reconhecimento da hediondez para determinado crime traz para a vida do sentenciado, impõe-se questionar o posicionamento sumulado do Superior Tribunal de Justiça no que tange à hediondez do tráfico privilegiado, confrontando-o com princípios do ordenamento brasileiro e entendimentos jurisprudenciais e doutrinários contrários, como forma de se aferir a proporcionalidade do entendimento do STJ e, até mesmo, de se questionar o atual sistema utilizado no Direito Penal Brasileiro de classificação de infrações penais como crimes hediondos.

⁷ TJ-RS - AGV: 70043524925 RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Data de Julgamento: 24/11/2011, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/12/2011.

3. Do Princípio da Individualização da Pena

Robert Alexy (1997, pp. 88 e ss.) define os princípios como “*mandados de otimização*”, ou seja, diretrizes que devem ser seguidas ao máximo, estando, contudo, intimamente vinculadas às possibilidades fáticas e jurídicas. Portanto, os princípios são mandados responsáveis por promover a atualização e a otimização do ordenamento jurídico, evitando a sua defasagem. Nesse sentido, o professor Marcelo Campos Galuppo aponta, com sabedoria, a necessidade da continuidade do estudo dos princípios para que, após compreendidos, sejam aplicados na modernização do direito:

O estudo dos princípios jurídicos é um velho tema da Filosofia e da Teoria do Direito, e compreender corretamente como eles são aplicados, em especial pelos tribunais, não é importante apenas do ponto de vista técnico do operador jurídico, como também para lançar luzes sobre o fundamento ético do direito moderno. (GALUPPO, 1999, p. 191)

A seguir, serão feitos os apontamentos mais importantes sobre o Princípio da Individualização da Pena, marco teórico do presente estudo.

3.1. Breve Contexto Histórico

Como ensina José Antonio Paganella Boschi (2013, pp. 143 e ss.), a história é marcada por uma forte fúria punitiva. Nos primórdios, como forma de assegurar a sobrevivência individual ou coletiva, as faltas cometidas por outro indivíduo eram punidas através de reações instintivas e isentas de qualquer medida. Após o fim da Idade Média, período marcado pelos temíveis Tribunais de Inquisição, pensadores iluministas ingressaram em uma luta em favor da proporcionalidade e humanidade das penas, bem como do fim das torturas corporais. Assim, durante a Revolução Francesa (1791), a França promoveu a edição de um Código Penal. Apesar do avanço, principalmente no que diz respeito à Segurança Jurídica, o Código Francês engessava o aplicador do direito, não permitindo ao magistrado dosar a pena de acordo com o crime concretamente cometido. A pena para determinado crime era a mesma para todos. Aos poucos, a França foi promovendo reformas que viabilizassem uma certa individualização da punição (tornou-se possível a aplicação

da pena, com exceção daquelas de caráter perpétuo, dentro de um *quantum* máximo e um mínimo; foi reconhecida “a possibilidade de afastamento pelo Júri da responsabilidade penal dos doentes mentais e a atenuação das penas dos condenados imputáveis”).

Já no Brasil, ainda segundo Paganella Boschi, a inserção do Princípio da Individualização da Pena ocorreu a passos lentos, principalmente no que diz respeito à fase judicial.

Em 1830, foi editado o Código Penal do Império que substituiu as Ordenações Filipinas e aplacou, em parte, o “*direito penal do horror*”. No entanto, o juiz ficava limitado a constatar o fato, a identificar a reprovação e a declarar a pena correspondente em graus preestabelecidos (mínimo, médio e máximo), não havendo qualquer poder de escolha. Na dúvida, deveria ser aplicado o grau médio. Tudo era predeterminado pela lei e o juiz era um aplicador mecânico.

Após a proclamação da República (1889), foi editado o Código Republicano de 1890, que promoveu alguns avanços no que tange à individualização da pena (acrescentou, por exemplo, alguns graus intermediários de reprovação), mas não alterou o sistema implantado no Código Penal de 1830, permanecendo em grande medida essa generalização na aplicação da pena.

Durante o Estado Novo, foi publicado o Código Penal de 1940, ampliando o poder decisório do magistrado, que agora poderia realizar uma investigação das reais circunstâncias fáticas do crime e da pessoa do réu, bem como poderia fixar a reprimenda entre os marcos mínimos e máximos estabelecidos pela nova lei. Desta feita, o Código Penal de 1940, em vigência até os dias de hoje, representou um grande avanço no que tange à individualização da pena.

3.2. Conceituação e Significado

Definido por Guilherme de Souza Nucci, em sua obra denominada *Individualização da Pena* (2014, pp. 27-28), o princípio consiste na eleição da justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. (NUCCI, 2014, pp. 27-28)

Para reforçar sua explanação, Nucci recorre ao professor José Paganella Boschi que, acerca do Princípio da Individualização da Pena, teceu os seguintes comentários:

Como diz JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI, o princípio da individualização da pena que ‘visa a resguardar o valor do indivíduo – precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular’ (...) - (NUCCI, 2014, p. 27-28)

Na esteira de Fernando Galvão (2014, p. 133), o Estado deve responder ao crime em estrita observância às particularidades do fato e da pessoa que é apenada. A seguir, uma transcrição da obra de Galvão que se correlaciona com o objeto em estudo:

Não se pode trabalhar com presunções que estabeleçam uma igualdade meramente formal entre os autores do crime. A política criminal brasileira, na construção e operacionalização de suas categorias dogmáticas, deve considerar as diferenças individuais e sociais, as múltiplas causas da criminalidade, para flexibilizar a resposta estatal ao fato antissocial e tratar desigualmente os indivíduos socialmente desiguais que se envolvem nas práticas delitivas. (...) a diferença de tratamento só se justifica racionalmente diante de diferenças relevantes entre os indivíduos ou as condições sociais nas quais estejam inseridos. (GALVÃO, 2014, p. 135)

Portanto, faz-se necessário que o legislador e o aplicador do direito atentem para as particularidades do fato e do agente que o praticou, pois, somente assim, chegar-se-á a eleição da justa e adequada sanção penal. Como bem apontou Fernando Galvão, a correta individualização da pena é, inclusive, indispensável no respeito do Princípio da Isonomia, que prevê um tratamento igual para iguais e desigual para desiguais, na exata medida de sua desigualdade.

3.3. A Individualização da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O princípio da Individualização da Pena foi recepcionado pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLVI, compondo o rol de direitos e garantias fundamentais.

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;

A presença do princípio em tela é evidente ao longo da redação do Código Penal. Para demonstrar isso, alguns dispositivos serão tomados como exemplo.

Primeiramente, destaca-se o artigo 29, do Código Penal (transcrito abaixo - grifamos), referente ao concurso de pessoas, que determina que os concorrentes responderão pelo crime na medida de sua culpabilidade. Percebe-se que o legislador tomou o cuidado de prever a necessidade de uma distinção entre as condutas dos agentes, para, somente depois, viabilizar as suas respectivas punições. Os §§ 1º e 2º do referido artigo seguem o mesmo propósito do *caput*, sendo que o § 1º dispõe sobre a participação de menor importância enquanto o § 2º versa acerca da hipótese de um dos agentes ter pretendido participar de crime menos grave.

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, **na medida de sua culpabilidade**.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Para a definição da pena-base⁸, conforme a inteligência do artigo 68, do Código Penal, atender-se-ão os critérios estabelecidos no artigo 59 do mesmo diploma (transcrito abaixo - grifamos). O citado artigo enumera oito critérios para a fixação da pena-base (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do

⁸ Montante de pena alcançado ao final da primeira fase do Modelo Trifásico de Aplicação de Pena proposto por Nelson Hungria.

agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como comportamento da vítima) e determina que o magistrado estabelecerá a pena de acordo com a necessidade de reprovação e prevenção do crime praticado.

Art. 59 - O juiz, atendendo à **culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima,** estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

O artigo 34 do Código Penal (transcrito abaixo - grifamos) exemplifica uma interferência direta do princípio constitucional em tela na execução penal. Consoante esse dispositivo, o condenado a cumprir pena em regime inicial fechado ou semiaberto, no início do cumprimento, será submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da execução.

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para **individualização da execução.**

(...)

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, **na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado,** desde que compatíveis com a execução da pena. (...)

No âmbito das execuções penais, é curial destacar os artigos 5º, 8º, 41, XII, e 92, parágrafo único, “b”, todos da Lei 7.210/1984 que preveem diretrizes para orientar a individualização na execução penal.

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para **orientar a individualização da execução penal.**

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e **com vistas à individualização da execução.**

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

(...)

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às **exigências da individualização da pena;** (...)

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

a) a seleção adequada dos presos;

b) o limite de capacidade máxima que atenda os **objetivos de individualização da pena.**

Visto isso, é patente a relevância que o legislador brasileiro confere ao Princípio da Individualização da Pena, seja na Constituição Federal de 1988, no Código Penal, na Lei de Execuções Criminais e no restante da legislação criminal.

3.4. As Etapas da Individualização da Pena e sua Relação com o Tráfico Privilegiado

Retornando às preciosas lições de Nucci (2014, pp. 28-29), que emolduram o marco teórico do presente estudo, importa destacar que a individualização da pena se desenvolve em três etapas distintas: legislativa, judiciária e executória. A etapa legislativa consiste na elaboração do tipo penal incriminador, com vistas à necessidade de reprovação e prevenção do crime. A etapa judiciária ocorre quando o magistrado, casuisticamente, determinará a pena cabível a cada infrator. Por fim, a individualização executória determina que cada sentenciado cumprirá, de forma individualizada, a sanção que lhe foi imposta.

Nesse sentido, é pertinente citar um trecho do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 97256, cuja relatoria foi do eminente ministro Carlos Ayres Brito⁹:

(...) O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. (...)

⁹ STF - HC: 97256 RS, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/12/2008, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 02/02/2009 PUBLIC 03/02/2009.

Visto isso, fica claro que a Individualização da Pena deve ser observada e garantida em todas as fases da persecução penal, buscando a pena mais adequada para os fins de retribuição, prevenção (geral e individual) e ressocialização do agente infrator, desde a elaboração dos textos legais até o término da execução penal.

Nesse panorama, insere-se o objeto da presente pesquisa. Há uma premente necessidade de aquilatar se é justo e adequado que o indivíduo que preenche os rígidos requisitos do § 4º arque com os malefícios da classificação de uma infração penal como crime hediondo, da mesma forma que arcaria aquele indivíduo que foi enquadrado no *caput* do artigo. Posto isso, o debate sobre o caráter hediondo do crime tipificado no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, é inviável sem uma ampla e cuidadosa análise da incidência do princípio da Individualização da Pena.

4. Os Sistemas de Classificação de Infrações Penais como Crimes Hediondos

A classificação *a priori* do crime tipificado no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, como um crime hediondo pode acarretar injustiças e lesões a importantes princípios do ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, é importante voltar o olhar para os sistemas de classificação de infrações penais como crimes hediondos - tema de suma importância que tem encontrado pouco debate - e refletir se realmente o ordenamento jurídico brasileiro adota o melhor modelo.

Afinal, o que é um crime hediondo? Brasileiro (2014, pp. 29-31) exhibe três sistemas possíveis de classificação de infrações penais como crimes hediondos: o sistema legal, o sistema judicial e o sistema misto.

4.1. O Sistema Legal

O sistema legal é aquele em que o legislador enuncia um rol taxativo dos crimes que serão considerados hediondos, não sendo conferida qualquer discricionariedade para que o magistrado sopesse a hediondez do delito.

(...) por meio desse sistema, cabe ao legislador enunciar, de forma exaustiva (*numerus clausus*), os crimes que devem ser considerados hediondos. Assim, por meio de um rol taxativo de crimes, não se confere ao juiz qualquer discricionariedade para atestar a natureza hedionda do delito. Em outras palavras, se o crime praticado pelo agente constar do rol de crimes hediondos, outro caminho não há senão o reconhecimento de sua natureza hedionda, ainda que, no caso concreto, a conduta delituosa não se revele tão gravosa. Logo, mesmo que o crime não se revele “repugnante”, “asqueroso”, “sórdido”, “depravado”, “horroroso” ou “horrível”, se for etiquetado como crime hediondo pelo legislador, deve ser tratado como tal pelo magistrado. (BRASILEIRO, 2014, p. 30)

Como bem ensina Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 30), o aspecto positivo do Sistema Legal é a segurança na aplicação da lei, uma vez que somente serão considerados hediondos os delitos constantes do rol taxativo elaborado pelo Poder Legislativo. O ponto negativo é que, através desse sistema, “o Congresso Nacional goza de ampla liberdade para definir qualquer infração penal como hedionda, sendo livre para elevar à referida categoria um delito qualquer,

simplesmente em virtude da pressão exercida pela mídia ou pela população”. Além disso, outro ponto negativo, talvez o mais importante para o presente estudo, é o fato de que qualquer conduta que se amoldar nos tipos penais considerados hediondos receberão maior reprimenda, mesmo que não tenha sido tão gravosa.

O legislador brasileiro adotou esse sistema para a classificação de infrações penais como crimes hediondos. O artigo 1º, da Lei 8.072/1990, exibe onze incisos e o parágrafo único que são responsáveis por apresentar o rol taxativo das condutas reprovadas penalmente pelo ordenamento jurídico pátrio que são reputadas como hediondas (grifamos):

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:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

4.2. O Sistema Judicial

No sistema judicial, confere-se ao juiz ampla discricionariedade para, de acordo com a análise da concretude fática, dispor se determinada conduta delituosa será considerada hedionda ou não.

(...) levando-se em consideração os elementos do caso concreto, confere-se ao magistrado ampla liberdade para identificar a natureza hedionda de determinada conduta delituosa. Logo, a depender das circunstâncias gravosas do caso concreto – por exemplo, gravidade objetiva da conduta, modo ou meio de execução, motivos e consequências do crime, dimensão do bem jurídico lesado –, poder-se-ia considerar hediondo inclusive um crime contra a administração pública. (BRASILEIRO, 2014, p. 30)

Renato Brasileiro explica que o ponto positivo desse critério é a maior flexibilidade na classificação (ou não) de determinada conduta delituosa como hedionda, tudo a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto. Isto é, o magistrado não fica adstrito a um rol taxativo fixado em abstrato pelo legislador e pode classificar um determinado crime como hediondo de acordo com o que considera que seja justo. O ponto negativo, contudo, é que esse modelo promove insegurança jurídica, uma vez que cada magistrado valer-se-á de critérios subjetivos nessa classificação, o que consistiria em uma lesão ao princípio da legalidade.

Deveras, para a garantia do próprio cidadão – e o Direito Penal nada mais é do que uma limitação do poder repressivo estatal diante do direito de liberdade de cada pessoa – a incidência dos gravames penais e processuais penais da Lei dos Crimes Hediondos não pode ficar subordinada aos humores (ou aos azares) interpretativos do magistrado; (...) - (BRASILEIRO, 2014, p. 30)

Portanto, a inicial promessa de justiça trazida com o sistema judicial logo é desacreditada pela grande insegurança jurídica que esse modelo traz em seu bojo.

4.3. O Sistema Misto

Por fim, o sistema misto, obviamente, prevê uma junção de particularidades do sistema legal e do sistema judicial. O legislador se incumbiria em formular um conceito para crimes hediondos e o magistrado se incumbiria em verificar se a conduta delituosa do caso concreto se enquadraria ou não naquele conceito.

(...) ao invés de preestabelecer um rol taxativo de crimes hediondos, o legislador apresenta apenas um conceito, fornecendo alguns traços peculiares dessas infrações penais. Com essa definição prévia de crime hediondo, caberia ao juiz, então, enquadrar determinada conduta delituosa como hedionda. Nos mesmos moldes que o critério anterior, este modelo também confere certa liberdade ao juiz para aferir a natureza hedionda de determinada conduta delituosa à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto. Porém, este sistema também traz consigo certa insegurança jurídica, já que, dificilmente, seria possível a elaboração, por parte do

legislador, de um conceito de crime hediondo imune a dúvidas e críticas.
(BRASILEIRO, 2014, p. 30)

Esse sistema, da forma como foi definido por Renato Brasileiro de Lima, reúne tanto os pontos positivos como os pontos negativos dos sistemas legal e judicial, já explicados anteriormente, ou seja, no Sistema Misto ainda há uma grande margem para violações aos princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica.

5. A Dicotomia entre Justiça e Segurança Jurídica

Uma das grandes celeumas enfrentadas pelos legisladores e juristas na criação e aplicação das leis é o conflito entre o que é justo e o que é juridicamente previsto. Nem o mais célebre dos juristas é capaz de definir abstratamente qual dessas duas vertentes possui maior importância. Após vistas as diferenças entre os sistemas de classificação de infrações penais como crimes hediondos, é imprescindível confrontar os pontos positivos e negativos de cada sistema.

Nos dizeres de Miguel Reale (2002, p. 299), “*há casos em que é necessário abrandar o texto, operando-se tal abrandamento através da equidade, que é, portanto, a justiça amoldada à especificidade de uma situação real*”. Sem a presença da equidade no ordenamento jurídico, a aplicação das leis se daria de maneira muito rígida conseguindo abranger a maioria dos casos, porém cometendo injustiças a uma minoria mais específica.

Conforme explicado anteriormente, o referido confronto trava-se na dicotomia entre Justiça e Segurança Jurídica. Claudio Luis Braga Dell’Orto e Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho teceram interessantes considerações sobre o assunto ao defenderem que os magistrados devem respeitar a legalidade, desde que esteja constantemente submetida à devida filtragem constitucional. Os princípios constitucionais garantem uma permanente atualização do texto legal de acordo com os anseios da sociedade jurisdicionada, o que preserva não só a Segurança Jurídica, mas o ideal de Justiça.

Os juízes não se escondem atrás da Lei, embora não possam ignorá-la, pois também devem respeito à legalidade, princípio necessário ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. A legalidade, entretanto, só merece esse nome quando submetida à devida filtragem constitucional, vetor de realização de uma sociedade justa (...) Solucionar o caso concreto de acordo com princípios constitucionais, que muitas vezes implicam em alteração substancial do texto frio da lei, impõe o desafio de afastar sua defasagem em relação aos fatos sociais em constante mutação. (DELL’ORTO e CARVALHO, 2007, pp. 1-2)

Luiz Werneck Vianna, da mesma forma que os autores citados acima, demonstrou preocupação com o conflito entre o legal e o justo e expôs, com sabedoria, a premente necessidade de atualização da letra fria da lei de acordo com

a Constituição e com a mutação social, conforme se vê a seguir:

Não haveria Rubicão a se transpor entre o legal e o justo, inclusive porque a solução do caso concreto à luz dos princípios constitucionais pode eventualmente impor, legitimamente, “alteração substancial do texto frio da lei”. A dialética do argumento entre os pólos do legal e do justo não ignora que a síntese há de ser necessariamente prudencial: o papel do juiz não pode se confundir com o ator da mudança social, ele é apenas a garantia do valor do justo (...). O exercício da justiça como direito implica sempre uma inauguração, a tentativa, de êxito incerto, mas permanentemente renovada, de microfundação de um direito novo. (VIANNA, 2007, pp. 1-2)

Posto isso, verifica-se que não existe uma hierarquia entre Justiça e Segurança Jurídica, devendo ambas caminharem juntas, em harmonia. Como ensina Miguel Reale (2002, pp. 375-377), o exercício da justiça consiste em uma coordenação racional das relações intersubjetivas considerando os interesses pessoais e da coletividade, constituindo a condição *sine qua non* para a atualização histórica e harmonia de valores.

Ela é, pois, tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas necessariamente plurais, distintas e complementares, sendo, ao mesmo tempo, a harmonia assim atingida. (...) A dialética da justiça é marcada por essa intencionalidade constante no sentido da composição harmônica dos valores, sendo esta concebida sempre como momento de um processo cujas diretrizes assinalam os distintos ciclos históricos. (...) A justiça, em suma, somente pode ser compreendida plenamente como concreta experiência histórica, isto é, como valor fundante do Direito ao longo do processo dialógico da história. (REALE, 2002, pp. 375-377)

Assim, a tarefa de apontar um modelo ideal, isento de falhas, dentre os três sistemas de classificação de infrações penais como crimes hediondos, da forma como foram definidos pelo saudoso professor Renato Brasileiro Lima, é uma tarefa impossível, uma vez que todos possuem fortes pontos negativos. Nessa toada, uma outra saída deve ser buscada.

6. A Cláusula Salvatória de Toron

Antes de mais nada, é importante salientar que o que se pretende não é chegar à uma conclusão definitiva se o crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 é ou não hediondo, sequer defender a prevalência da Justiça ou da Segurança Jurídica no caso em estudo, mas encontrar uma solução que possa conjugar todos esses elementos de forma harmônica, almejando sempre a pacificação social e a concretização do princípio da individualização da pena.

Outra ressalva que deve ser feita antes de qualquer prosseguimento, é o registro de que, inegavelmente, o pequeno traficante representa um perigo à sociedade e que o tráfico de drogas traz consequências nefastas por financiar outras atividades criminosas e por devastar a vida familiar do dependente químico. No entanto, não se pode olvidar que o legislador brasileiro criou o “privilégio” descrito no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, como uma forma de individualizar as penas aplicadas ao “grande” e “pequeno” traficante, parecendo razoável que, a depender do caso concreto, o indivíduo que incorreu no crime de tráfico privilegiado possa responder por ele como crime comum, sem todas as restrições e limitações trazidas pela hediondez. Nas palavras do ilustre magistrado José Henrique Kaster Franco:

(...) ‘privilégio’ não se harmoniza com ‘hediondez’. São conceitos incompatíveis, ontologicamente inconciliáveis. O legislador resolveu conceder uma diminuição de pena que varia entre 1/6 e 2/3, modificando consideravelmente a pena originária, pois entendeu que o tráfico privilegiado merece resposta penal mais branda, justamente porque o agente envolveu-se ocasionalmente com esta espécie delituosa, não registra antecedentes e não está a usufruir, diuturnamente, dos lucros desta empresa ilícita. (FRANCO, 2009)

Alberto Zacharias Toron critica fortemente o Sistema Judicial de classificação de infrações penais como crimes hediondos, argumentando que tal sistema abre uma demasiada margem para o julgador que, com ampla discricionariedade, poderia decidir no caso concreto qual crime seria comum e qual crime seria hediondo baseado em suas próprias ideologias e em sua formação cultural.

A Lei n. 8.072/90, ao invés de fazer uma definição de crime hediondo, acertadamente, preferiu catalogar as infrações penais assim consideradas no seu artigo 1º. Dessa forma, evitou-se uma possível ofensa ao princípio

da legalidade que, entre os seus principais corolários, tem o da 'lex certa'. De fato, se hediondo, como aponta Alberto Silva Franco, é o delito que se mostra 'repugnante', 'asqueroso', 'sórdido', 'depravado', 'abjeto', 'horroroso' ou 'horrível', uma possível definição, dada a elasticidade do significado da expressão, tornaria possível, ao sabor da formação ideológica ou cultural do juiz, considerar como tal aquilo que assim lhe parecesse. Dessa maneira, um juiz de 'esquerda' poderia considerar hediondo o roubo do salário de um operário humilde que trabalhou o mês inteiro para ganhá-lo. Já o de 'direita' poderia considerar sórdido o sujeito que teve o desplante de, em artigo de imprensa, atacar as Forças Armadas ou o Judiciário.

As dificuldades de se fazer uma definição legal de crime hediondo dizem com a própria dificuldade de se proceder a uma definição material de delito. Não basta a particularidade de a conduta representar um mal ou ser ofensiva a um bem jurídico se não houver expressa previsão legal de pena. Admitir o contrário, daria azo a uma indefinição quando não a um desmedido arbítrio das autoridades policiais e judiciais que, ao seu talante, poderiam tratar penal e processualmente com maior severidade o acusado. Não se esqueça que a expressão 'crimes hediondos' é portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis critérios axiológicos ou ideológicos. (...).

Por isso, ainda que sujeito a críticas pela eventual omissão na elaboração do rol dos crimes que deveriam ter sido qualificados como hediondos ou, por outra, por indevida inclusão, o melhor caminho foi mesmo o seguido pelo legislador que se aproveitou do caráter indeterminado da expressão 'crimes hediondos' contida na Constituição para fazer escolhas amplamente discricionais. (TORON, 1996, pp. 96-98)

Apesar de reconhecer que o legislador brasileiro acertou ao não optar pelo Sistema Judicial, como será visto a seguir, o ilustre autor reconhece que o Sistema Legal abre margem para um rigor excessivo na caracterização da hediondez, rigor este que precisa, de alguma forma, ser mitigado. O professor Renato Brasileiro Lima, da mesma forma, reconhece a falência do Sistema Legal e, para ilustrar as injustiças que esse sistema pode produzir, aponta o exemplo do "beijo lascivo", crime de menor gravidade que, segundo o Sistema Legal utilizado na Lei 8.072/1990, é reputado como hediondo.

Na prática, a adoção desse sistema legal, associada à consequente impossibilidade de apreciação judicial acerca da gravidade concreta do fato delituoso, acabam dando ensejo a certas injustiças, como se dá com um beijo lascivo, que, em tese, tipifica o crime de estupro (CP, art. 213, caput, com redação dada pela Lei nº 12.015/09), etiquetado como hediondo por força do art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/90. Como o juiz não tem liberdade para aferir a natureza hedionda do crime à luz das circunstâncias do caso concreto, é muito comum a manipulação do juízo de tipicidade por parte do magistrado de modo a evitar todo esse rigor decorrente da adoção do sistema legal. Por isso, no exemplo citado, ao invés de tipificar o beijo lascivo como crime de estupro, sujeitando o agente aos ditames gravosos da Lei dos Crimes Hediondos, é muito comum que o juízo de subsunção seja feito com a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (Dec.-Lei nº 3.688/41, art. 61) ou de perturbação de tranquilidade (Dec.-Lei nº 3.688/41), a depender da execução da conduta em local público ou acessível ao público. (BRASILEIRO, 2014, p. 31)

O tráfico privilegiado, assim como o crime de estupro exemplificado acima, a depender das circunstâncias fáticas, também pode configurar um crime de menor gravidade e não merecedor de tamanha reprimenda do Direito Penal. Nesse sentido, há que se buscar uma solução que preserve a legalidade e a segurança jurídica, bem como atente para a justiça e a razoabilidade.

No âmbito de um sistema misto, Toron (1996, p. 98) definiu a “cláusula salvatória”. O ilustre autor sugere a criação de uma cláusula que permitisse, a depender das circunstâncias do caso concreto, que o magistrado afastasse a natureza hedionda de um crime constante do rol fixado pelo legislador, mas jamais sua ampliação para a inclusão de crimes que não foram enumerados previamente pelo legislador como crimes hediondos. Nas precisas palavras do autor:

Talvez, para mitigar o rigor legal, poder-se-ia pensar numa **cláusula salvatória** em que o caráter hediondo, a critério do juiz, pudesse ser arredado. É que em face da garantia da legalidade, que se destina aos acusados, não é possível admitir-se a inclusão de crimes por critério judicial. No entanto, visando alcançar exceções não tão infrequentes, como a do pai que, por exemplo, para vingar o estupro da filha, de emboscada, mata o estuprador, parece viável uma espécie de cláusula de modo a permitir que o julgador exclua a incidência da qualificação hedionda. Mesmo nos casos do artigo 12 da Lei de Tóxicos, há situações como a do jovem que, gratuitamente, fornece pequena quantidade de droga para outro amigo, que não podem ser tratadas com o rigor da lei especial em exame. Com efeito, embora o tráfico não tenha sido colocado no artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos, o tratamento, para fins penais e processuais, de acordo com o artigo 2º, é idêntico.

A incorporação da “cláusula salvatória” definida por Toron ao ordenamento jurídico brasileiro modificaria o atual sistema legal de classificação de infrações penais como crimes hediondos e abriria margem a uma modalidade de sistema misto, diferente daquele ensinado por Renato Brasileiro, no qual estaria preservada a segurança jurídica *pro reo*, bem como estaria preservada a eficaz aplicação dos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, sem mencionar a maior justiça das prestações jurisdicionais penais.

Conclusão

Buscou-se, com o presente trabalho, questionar a incidência da hediondez no crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (comumente chamado de “tráfico privilegiado”), uma vez que existem inúmeros indivíduos condenados nessa capitulação, sendo que uma parcela foi condenada como se tal crime fosse hediondo e outra parcela como se crime comum fosse. Para isso, diversos pontos foram abordados.

Inicialmente, uma breve introdução foi tecida com o intuito de aclarar a figura do tráfico privilegiado, bem como principiar a exposição do tema-problema. Em seguida, houve a exibição e explicação de diversos dispositivos legais, restando claros os nefastos impactos do reconhecimento da hediondez para o réu (durante o processo) e para o condenado (durante a execução penal).

Além disso, foi apresentado o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), materializado no Enunciado de nº 512, e contraposto com entendimentos jurisprudenciais contrários. Com isso, buscou-se demonstrar que existem entendimentos contrários ao Enunciado e que a posição do Superior Tribunal de Justiça não deve ser tomada como uma verdade universal.

No que tange ao Princípio da Individualização da Pena, marco teórico do presente estudo, os pontos mais relevantes foram apontados (conceituação, contexto histórico, influência no direito brasileiro e etapas da individualização), almejando uma maior compreensão desse mandamento constitucional e a sua correta aplicação na discussão acerca da incidência da hediondez no tráfico privilegiado.

Também foram examinados os sistemas de classificação de infrações penais como crimes hediondos (legal, judicial e misto), tema de suma importância que muitas vezes não encontra na doutrina o destaque ao qual faz jus. O intuito foi distinguir os referidos sistemas e demonstrar os seus pontos positivos e negativos, deixando claro de antemão que o sistema legal utilizado pelo legislador brasileiro não é isento de críticas.

Para emoldurar a discussão, foi traçado um paralelo entre os ideais de justiça e segurança jurídica, dicotomia presente em diversos ramos do direito, que encontra

total pertinência na matéria estudada.

Por fim, foi assinalada a cláusula salvatória proposta por Alberto Zacharias Toron, a qual, caso encontrasse recepção no ordenamento jurídico brasileiro poderia consistir em uma solução para o problema levantado.

Percorrido esse caminho, é forçoso reconhecer que, do ponto de vista meramente legal, a figura do tráfico privilegiado deve ser reputada como hedionda, uma vez que não constitui tipo penal autônomo, mas mera circunstância minorante da pena prevista pelo *caput* do artigo.

No entanto, hodiernamente, é indubitável que os juristas devem exercer uma função que vai muito além da mera aplicação da letra fria da lei, tendo a prerrogativa e obrigação de questionar, a todo o momento, o direito posto. Além disso, é dever do poder legislativo promover uma constante atualização do texto legal para que corresponda aos anseios da sociedade e aos mandamentos constitucionais.

Portanto, a conclusão do presente estudo sugere a inserção, no âmbito da Lei dos Crimes Hediondos, da cláusula salvatória definida por Alberto Zacharias Toron, mecanismo este que permitiria ao magistrado, a depender das circunstâncias fáticas, afastar a hediondez do tráfico privilegiado, bem como dos outros crimes já taxativamente previstos pelo legislador como hediondos e equiparados. Tal medida seria responsável por conferir maior justiça no julgamento dos crimes que foram previamente considerados repugnantes, dignos de maior reprovação. Não só o tráfico privilegiado seria amplamente afetado pela ora defendida alteração legislativa, mas também os crimes de estupro (no caso do beijo lascivo, já explicado nos dizeres de Renato Brasileiro Lima), de homicídio qualificado privilegiado ou qualquer outro crime hediondo que, porventura, as circunstâncias fáticas não ensejarem tamanha repressão.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Versión castelhana. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 6ª ed., rev. atual. e ampl., 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Agravo Regimental no Recurso Especial de nº 1259135 MS 2011/0143385-2. Rel. Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 06/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1240938&num_registro=201101433852&data=20130701&formato=HTML>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus de nº 111840 ES. Rel. Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27/06/2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807820/habeas-corpus-hc-111840-es-stf>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus de nº 97256. Rel. Ministro Ayres Britto. Brasília, 01/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+97256%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+97256%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aavkjp>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1.0079.13.067355-5/002. Rel. Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte, 17/03/2015. Disponível em: <[BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: AGV: 70043524925 RS. Rel. Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins. Porto Alegre, 24/11/2011. Disponível em: <\[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70043524925+RS&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70043524925+RS&site=e\]\(http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70043524925+RS&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70043524925+RS&site=e\)>](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=255&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=tr%EF1fico%20privilegiado%20hediondo&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=0-34181&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>></p></div><div data-bbox=)

mentario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: AGV: 70046703732 RS. Rel. Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins. Porto Alegre, 19/04/2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70046703732&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=inmeta%3Adj%3Adaterange%3A2012-04-19..2012-04-19+inmeta%3Adp%3Adaterange%3A2012-05-16..2012-05-16#main_res_juris>

BRASILEIRO, Renato. Legislação Criminal Especial Comentada. Salvador: Jus podivm, 2ª Ed., 2014;

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: legislação penal especial, São Paulo: Saraiva, 9ª Ed., 2014; Volume 4.

DELL'ORTO, Claudio Luis Braga, e RIBEIRO DE CARVALHO, Luiz Fernando. A Justiça Paroquial e a Síndrome de Robin Hood: compromisso com a jurisdição e o valor do justo.

D"URSO, Flávia. Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANCO, José Henrique Kaster. A Constitucionalidade do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. 2008. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/11670/a-constitucionalidade-do-4-do-art-33-da-lei-n-11-343-06>>

FRANCO, José Henrique Kaster. Tráfico Privilegiado: A Hediondez das Mulas. 2009. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/12234/trafico-privilegiado-a-hediondez-das-mulas>>

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed. rev., atual. e ampl. - , 2013.

LAGE, Deborah Costa. *Tráfico privilegiado: natureza, regime de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49405&seo=1>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 6. ed. rev., atual. e ampl., 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 27^a ed. ajustada ao novo código civil, 2002.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos: O Mito da Repressão Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck. *O legal e o justo: a propósito do diálogo entre dois juízes e um cientista político*.