

TRÁFICO PRIVILEGIADO E OS REFLEXOS NA PROGRESSÃO DE REGIME DE MULHERES CONDENADAS APÓS A MUDANÇA NO §3º, ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Danilo Gonçalves de Campos ¹

RESUMO

A partir de 2016 o Supremo Tribunal Federal determinou que há o afastamento da hediondez nos crimes de tráfico de drogas privilegiado, ocasionando sérios reflexos na execução da pena desses crimes. Desde então, por se tratar de tráfico de drogas a progressão de regime do tráfico minorado recebia tanto tratamento de crimes comuns quanto de hediondos. Objetivando compreender a incidência da alteração do artigo 122 da Lei de Execução Penal em relação ao encarceramento feminino pelo crime de tráfico privilegiado, o presente trabalho realizou pesquisa bibliográfica em doutrinas, periódicos para apontar diferenças entre a progressão regimental de crimes hediondos e equiparados dos crimes comuns com a incidência do §3º, art. 112 da Lei 7210/84, visando compreender as possíveis consequências executivas de progressão de regime, advindas dessas mudanças, traçando um paralelo comparativo entre como funciona o benefício em ambos os casos. De modo a apontar como a mudança na legislativa pode contribuir para reduzir o número de mulheres presas pelo crime de tráfico de drogas.

Palavras-chave: Mulher. Tráfico de Drogas Privilegiado. Hediondez. Progressão de Regime.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça a partir o ano de 2016 adota o entendimento quanto ao afastamento da hediondez nas condenações em que incide a minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei de 11.343/06.

Este trabalho tem por finalidade apresentar a influência do encarceramento feminino por crimes ligados ao tráfico de drogas no afastamento da hediondez do crime de tráfico de drogas privilegiado realizado pelo Pretório Excelso no julgamento do habeas corpus nº 118.533 e seus prováveis efeitos no sistema carcerário.

As possíveis mudanças relacionadas ao afastamento da hediondez tendem a surtir efeito na população carcerária feminina nacional que segundo o INFOPEN Mulheres – 2018 são cerca de 42.355 mulheres em estado de prisão.²

¹ Mestrando em Ensino do Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia de Mato Grosso – Campus Octayde Jorge da Silva, danilo.campos@plc.ifmt.edu.br;

² PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN**. 2. ed. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. p-10.

A mudança no entendimento modifica desde o quantum de pena a ser cumprido em regime inicial fechado até mesmo a escolha do regime de cumprimento. Além disso, trouxe algumas benesses na execução penal do crime do tráfico de drogas, com a incidência da minorante existente no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.³

De acordo com o INFOPEN 2016, no mencionado ano do universo 726.712 mil pessoas encarceradas, das quais seriam 42.355 mulheres e 665.482 homens, atingindo o *quantum* de aproximadamente 352,100 pessoas presas a cada 100 mil habitantes.⁴

Esta pesquisa possui uma abordagem teórica, pautada no quadro teórico da execução penal e atravessado pela criminologia, na qual, destina o primeiro capítulo a abordar conceitos básicos que possibilitem ao diferenciar o tráfico de drogas “comum” do “privilegiado”, bem como um panorama da população carcerária brasileira ante a política mundial de guerra as drogas.

Enquanto o segundo é destinado a mostrar a importância do encarceramento feminino por crimes relacionados ao tráfico de drogas no afastamento da hediondez do crime de tráfico de drogas privilegiado e a mudança no § 3º, do art. 112 da Lei de Execução Penal (LEP).

Por derradeiro, o terceiro demonstra o reflexo do afastamento da hediondez combinado com a alteração no § 3º, do art. 112 da LEP na progressão de regime das mulheres condenadas, de modo que o leitor consiga inferir de que modo a mudança no entendimento e a mudança pela lei nº 13.769/18 levam a uma diminuição no número de mulheres segregadas pelo crime de tráfico de drogas após suas condenações.

1. TRÁFICO DE DROGAS SOBRE O PRISMA CONSTITUCIONAL

A Carta Magna de 1988 em art. 5º, XLIII, ao inferir que o crime de tráfico de ilícito de drogas é insuscetível de graça ou anistia, bem como é inafiançável equipara esse tipo penal aos crimes hediondos, mostrando que o tratamento dispensado ao tráfico de drogas deve ser o mesmo que aos crimes hediondos.

Nas palavras de Roberto Brasileiro de Lima, o constituinte originário separou os crimes hediondos dos equiparados a hediondos ante a necessidade de assegurar maior estabilidade na consideração destes últimos crimes mais severamente punidos, ou seja, a Constituição Federal

3 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília

4 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN.** Atualização. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. p-11.

autoriza expressamente que uma simples Lei Ordinária defina e indique quais serão considerados hediondos. Contudo, para os crimes equiparados a hediondos, o constituinte não deixou nenhuma margem de discricionariedade para o legislador ordinário, na medida em que a própria Constituição Federal já impõe o tratamento mais severo ao crime de tráfico de drogas.⁵

Por isso, a Constituição Federal, em seu artigo quinto, ao equipar as condutas presentes no art. 33 da Lei n. 11.343/06, tais como “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” com os crimes hediondos mostrou que as dezoito condutas tidas como tráfico de drogas são gravíssimas, tanto quanto os crimes de grande repercussão social por isso receberão o mesmo tratamento.

2. O PRIVILÉGIO ENQUANTO CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O art. 33, da Lei 11.343/06 em seu *caput* tipifica como tráfico de drogas cerca de dezoito verbos, sendo que mais à frente em seu parágrafo 4º, apresenta figura do privilégio desde que preenchidos os requisitos já tratados nesse trabalho no capítulo anterior.

Em que pese ter elencado anteriormente a diferença entre qualificadora e majorante, é importante memorar mesmo que rapidamente do que se tratam ambos.

Nas palavras do doutrinador Rogério Greco:

Os tipos penais derivados são espécies de infrações penais que estão ligadas, umbilicalmente, ao *caput* do artigo, ou seja, à sua modalidade fundamental, por intermédio de seus parágrafos. Isso quer dizer que os tipos derivados, sejam eles qualificados ou privilegiados, não possuem vida autônoma, sendo considerados, portanto, circunstâncias que permitem maior ou menor punição do agente.

Embora somente pudesse ser considerado como privilegiado quando as penas mínima e máxima (ou pelo menos uma delas) fossem inferiores àquelas cominadas no *caput*, a doutrina, majoritariamente, também considera privilegiado o delito na hipótese de aplicação de causas de redução de pena.

É o que ocorre, com o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, que diz:

§ 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.⁶

5 LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

6 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p.157.

Como se observa pela redação do parágrafo acima transcrito, não foram determinados os limites mínimo e máximo em quantidades inferiores ao caput do art. 33 da Lei de Drogas, tendo a lei penal, tão somente, possibilitado a redução da pena de um sexto a dois terços. No entanto, quando o tráfico de drogas é praticado nessas condições, fala-se em tráfico privilegiado, passando, portanto, a também gozar do status de privilégio as causas de diminuição de pena.

A Lei de drogas é a única que traz a diferença entre o traficante costumeiro e o traficante eventual, sendo que o que difere ambos é apenas a incidência do §4º da referida lei.

Embora o artigo 5º, inciso XLIII, da nossa Carta Magna, trate o crime de tráfico de drogas como um crime equiparado aos crimes hediondos, ela não apresenta nenhuma distinção entre os “tráficos”, deixando então uma lacuna acerca desse entendimento.

Essa minorante do tráfico privilegiado trata-se de uma circunstância, sendo uma causa de diminuição de pena, com impactos na dosimetria da reprimenda do apenado. Este dispositivo prevê a redução de um sexto até dois terços das penas que incidirem a minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei de 11.343/06.

Nas palavras de César Dario Mariano da Silva:

“As circunstâncias são dados acessórios que não integram a figura típica e podem aumentar ou diminuir a pena. Essas circunstâncias previstas pelo artigo têm caráter geral e não podem estar elencadas especificamente na lei. Dizem respeito à duração do tempo do delito, que pode indicar maior sofrimento à vítima; o local onde ele foi cometido, que pode denotar maior periculosidade do agente etc.”⁷

Portanto, a Lei de Drogas apenas realiza a distinção entre os tráfico de drogas, não distinguindo o contínuo do eventual sobre o afastamento da hediondez, mas em seu artigo 44, veda expressamente a concessão de vários benefícios legais, tais como a anistia, graça, indulto e fiança as pessoas que cometerem o crime de tráfico de drogas.

Além das vedações supracitadas, a rigidez também existe com relação a concessão do livramento condicional, no qual o sentenciado deverá cumprir mais de dois terços da pena e não ser reincidente específico em crime da mesma natureza.

Ademais, sobre o regime inicial de cumprimento de pena, elucida que será o fechado, sendo que, para progredir de regime prisional, o condenado deverá cumprir dois quintos da pena (40%), se primário, e três quintos (60%), caso reincidente em crimes de qualquer espécie.

Em contrapartida a Lei dos Crimes Hediondos trata de maneira igualitária tanto o traficante contumaz quanto o de “primeira viagem”, em seu artigo 2º, caput, a Lei nº

7 SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

8.072/1.990, equiparou, para todos os efeitos, o delito de tráfico de drogas aos crimes hediondos, portanto, herda-se todas as disposições usadas para caracterizar os crimes hediondos.

Analisando a Lei 8.072/90, observa-se que o legislador ordinário traz à baila de maneira taxativa os crimes que possuem natureza hedionda, de acordo com o princípio da legalidade estrita, impedindo interpretações extensivas.

Nesse norte, destaca-se que é dever do legislador (obedecendo o princípio da reserva legal), definir as condutas consideradas hediondas, bem como, taxá-las. Como ocorreu-se no art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos, em que o legislador pontuou todas as práticas criminosas que devem ser consideradas condutas hediondas.

Contudo com relação aos delitos equiparados não houve a mesma descrição de quais condições direcionadas aos crimes hediondos se estenderiam aos crimes a eles equiparados, não é razoável que esta obrigação do legislador seja delegada ao julgador.

Portanto, não havendo expressa previsão legal sobre a abrangência da norma de equiparação, deve ser seguido o princípio da legalidade estrita, ante o *in dubio pro reo*, pois devem ser equiparadas apenas as condutas que estão tipificadas, não os tipos penais derivados, em sendo o delito previsto pela lei apenas o caput do art. 33 da Lei 11.343/06, errôneo seria estender/ampliar a interpretação a outros parágrafos do mesmo artigo.

3. POLÍTICA CRIMINAL PROIBICIONISTA NO BRASIL E POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS

As reprimendas impostas pelo Estado possuem, no discurso clássico do direito penal, o condão de retribuição ao delito praticado, bem como, a prevenção a novos crimes.

Segundo Cesare Beccaria “entre penas, e na maioria de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”.⁸

Vemos que o nosso atual sistema penal utiliza todos, como por exemplo o artigo 59, do Código Penal Brasileiro aduz que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

8 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Brasil: Ed. Ridendo Castigat Moraes, 2001, p-87.

Outrossim, a Lei de Execução Penal preceitua em seu artigo 10, caput, que é dever do Estado prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Segundo o autor Nilo Batista, diante do art. 1º da LEP, podemos afirmar que desde 1985 a legislação brasileira adotou a prevenção especial.⁹

Na verdade, por trás desse discurso clássico do direito penal e as funções declaradas da pena, Salo de Carvalho o Brasil chama a atenção para o fato do Brasil participar de uma rede de cooperação internacional para o controle da criminalidade das drogas, pautado em um tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS), e subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN).¹⁰

De acordo com o último INFOPEN 2016 cerca de 40% da população carcerária encontrava-se com sua liberdade privada sem julgamento ou mesmo condenação, sendo presos provisórios. Esse é um percentual alarmante, cerca de 290.684 pessoas, fato que aponta para desrespeito ao princípio da presunção de inocência, do devido processo legal e do direito penal ser utilizado como último recurso.¹¹

Foucault, em sua obra “Vigiar e Punir, discorre sobre a utilização das prisões, e quais as consequências que isso acarretaria, em vez de ressocializar, em verdade produziria mais criminosos, vejamos:

A penalidade de detenção fabricaria — daí sem dúvida sua longevidade — uma ilegalidade fechada, separada e útil. O circuito da delinquência não seria o subproduto de uma prisão que, ao punir, não conseguisse corrigir; seria o efeito direto de uma penalidade que, para gerir as práticas ilegais, investiria algumas delas num mecanismo de “punição-reprodução” de que o encarceramento seria uma das peças principais.¹²

Não à toa que para Foucault o fracasso do sistema carcerário, nada mais representava que o seu sucesso, pois apesar do caráter pedagógico da reprimenda ser determinante para a reinserção do apenado na sociedade.¹³

Contudo é importante lembrar que as reprimendas não possuem somente suas funções declaradas, mas sim diversas funções ocultas.¹⁴

9 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p-113.

10 CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

11 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN**. Atualização. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p-13.

12 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1999, p-305.

13 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1999, p-298.

14 Nas palavras do autor Nilo Batista (1990, p. 113/114), Sandoval Huertas organizou as funções não declaradas da pena privativa de liberdade em três níveis: a) o nível psicossocial (funções vindicativa e de cobertura ideológica); b) o nível econômico-social (funções de reprodução da criminalidade,

Segundo o último INFOPEN 2016, apurou-se que os crimes do “Grupo Drogas” ficam atrás apenas do “Grupo: Crimes Contra o Patrimônio” como os grupos que possuem mais pessoas presas, destaca-se que existiam aproximadamente 176.691 pessoas presas por conta dos crimes relacionado as drogas.¹⁵

Deste total cerca de 151.782 pessoas que cometeram o crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6368/76 e art. 33 da Lei 11.343/06), além de mais 4.776 pessoas por tráfico internacional de drogas (art. 18 da Lei 6.368/76 e art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06) aguardando o julgamento ou foram condenadas a penas privativas de liberdade.¹⁶

É alarmante a informação de que cerca de 25,22% da população carcerária brasileira, lá está pelo cometimento do crime de tráfico de drogas seja ele nacional ou internacional, quando separados entre sexo tem-se que 52,01% das mulheres presas em 2016 é devido ao tráfico, enquanto no universo masculino esse número chega aos 23,68%.

Cabe-se destacar que não está sendo incluso o crime de associação para o tráfico de drogas, devidamente tipificado no art. 35, da Lei de Drogas, caso abarcado esse tipo penal também chega-se a incríveis 62,08% de mulheres e 26,53% homens participantes do grupo “Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)”.¹⁷

De modo geral, podemos afirmar que os crimes relacionados ao tráfico correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em Junho de 2016.¹⁸

Além disso, boa parte das pessoas presas são jovens entre 18 e 29 anos de idade (aproximadamente 55% da população carcerária), gente que poderia ser utilizada como mão de

controle coadjuvante de mercado de trabalho e reforço protetivo à propriedade privada); c) o nível político (funções de manutenção do *stato quo*, controle sobre as classes sociais dominadas e controle de opositores políticos).

15 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN.** Atualização. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p-42.

16 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN.** Atualização. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p-42.

17 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN.** Atualização. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p-42.

18 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN.** Atualização. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p-42.

obra de trabalho, se ressocializadas de maneira adequada, Outro ponto importante a ser levantado é era constituída por pessoas entre 18 e 29 anos de idade.¹⁹

Lado outro, o atual sistema carcerário em 2016 possuía cerca de 368.049 mil vagas, enquanto o *quantum* de aprisionados é 726.712, de fato, a conta não fecha, e o *déficit* é de 358.663 mil vagas.²⁰

4. ENCARCERAMENTO FEMININO E A MUDANÇA NA PROGRESSÃO DE REGIME PELA LEI n° 13.769/18

Diante desse cenário alarmante houve a criação da minorante prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, objetivando diminuir o número de reeducandos e recuperandas segregados pela prática do crime de tráfico de drogas privilegiado, considerados “traficantes eventuais” por não se dedicarem a vida criminosa.

Sobre a proporcionalidade das reprimendas, os ensinamentos de Beccaria, desde os idos do século XVIII, já apontavam a necessidade de observância da proporcionalidade entre delito e resposta penal. Vejamos um trecho da clássica obra “Dos delitos e das penas”:

“Se o prazer e a dor são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre os motivos que determinam os homens em todas as suas ações, o supremo Legislador colocou como os mais poderosos as recompensas e as penas; se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidirse-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quando frequente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer.”²¹

Portanto, desproporcional seria dispensar o mesmo tratamento aos crimes hediondos, ao crime de tráfico privilegiado, no qual o delinquente possui bons antecedentes, é primário, não integra organização criminosa, tampouco trafica habitualmente.

No caso do tráfico privilegiado, por não terem habitualidade na prática delitiva, essa é uma forma de propiciar uma oportunidade redução de danos que o sistema penal ocasiona, bem

19 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN.** Atualização. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p-30.

20 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN.** Atualização. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p-7.

21 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** Brasil: Ed. Ridendo Castigat Moraes, 2001, p-123/124.

como reduzir parcialmente o número de pessoas encarceradas no sistema carcerário brasileiro. (Lima, 2016)²²

Embasada nos princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica, em razão da ausência de previsão legal expressa, não seria razoável classificar o tráfico privilegiado como um crime de natureza hedionda, além disso, igualar o traficante costumeiro com o eventual seria desproporcional, a própria Lei de Drogas, que em seu art. 44 elenca os crimes mais graves, não prevê o tráfico minorado pelo § 4º, do art. 33.

Ao encontro ao entendimento de não hediondez do tráfico privilegiado, eis que na sessão do dia 23 de junho de 2016 o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus nº 118.533, por maioria de votos, firmou (*intra partes*) seu posicionamento afastando a hediondez do crime de tráfico de drogas privilegiado, irradiando para todo o ordenamento jurídico tal precedente.

Um dos argumentos apontado pela Ministra relatora Cármen Lúcia foi o aumento no encarceramento que entre 2005 e 2014, teve um aumento de 340%, que ao realizar um recorte de gênero, percebe-se que o número de mulheres condenadas por tráfico de drogas aumentou aproximadamente 600%, quando trazido a realidade do país mostra-se que 68% da população carcerária feminina lá está por causa do tráfico de drogas.

Com relação ao encarceramento feminino é importante destacar que segundo o último INFOPEN Mulheres, o Brasil possui a quarta maior população carcerária feminina do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia respectivamente, nossos ergástulos femininos possuem 42.355 reeducandas, tendo um deficit de 15.326 vagas.²³

Sobre o sistema penitenciário o Ministro Ricardo Lewandowisk deu ênfase aos números trazidos pelo INFOPEN 2016, veja:

“O InfoPen, do Ministério da Justiça, colacionou algumas informações, que datam de dezembro de 2004, e dão conta – e os números impressionam – que, entre as já 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade, homens e mulheres, 28%, mais precisamente 174.216 presos ali estão por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. Portanto, quase 30% desses mais de 600.000 estão presos por tráfico de drogas. Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% são mulheres encarceradas. E hoje nós temos a quinta maior população do planeta, levando em conta o número de mulheres presas, que estão envolvidas com tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico.

Um outro dado que impressiona, só para ajudar aqui na discussão: estima-se que a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente, ou seja, algo em torno de 80.000 pessoas,

22 LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Especial Criminal Comentada**.

23 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN MULHERES**. 2. ed. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018, p-13.

em grande maioria mulheres, tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio. Portanto os números impressionam: 30% dos presos, dos mais de 600.000 presos estão lá no sistema penitenciário porque praticaram algum delito ligado ao tráfico de drogas, e 45% desse contingente, na sua maioria mulheres, ou seja, 80.000 pessoas tiveram na sentença o reconhecimento do privilégio. A situação é dramática. É uma questão de política criminal. Eu acho que, aqui, além da questão propriamente de interpretação, de hermenêutica jurídica, há um fato que o Supremo Tribunal Federal deve considerar que é esse.”²⁴

Através do afastamento da hediondez do tráfico de drogas minorado pelo § 4º, art. 33 da Lei 11.343, boa parte das mulheres muito provavelmente sairiam do cárcere, pois deixariam de cumprir o requisito objetivo para a progressão de regime de 2/5 (dois quintos) no caso dos crimes hediondos

Além disso o Ministro Ricardo Lewandowski realizou uma contextualização de como estava o sistema carcerário, e da relação dos crimes de tráfico de drogas com o hiperencarceramento, com o foco na segregação das mulheres, no qual o crime de tráfico representa aproximadamente 68% do total de mulheres presas.

Estas que lá estão muitas vezes por colaborarem com um ou mais homens, seja por razões afetivas ou familiares, realizam ou transporte de drogas, ou moram em lugares que são utilizados para o comércio desses produtos ilícitos, sendo por vezes cúmplices involuntárias.

O ministro em seu voto elencou sua visão sobre o que podem ser eventuais papéis das mulheres no “ramo” do tráfico de drogas:

Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico de drogas e, o que é mais grave, quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita.

Muitas participam como simples “correios” ou “mulas”, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica.

Enfim, são mulheres que foram consideradas culpadas, do ponto de vista penal, simplesmente porque guardavam alguma relação de causalidade com a ação criminosa, embora menor, mas, apesar disso, ficaram impedidas de ser contempladas, entre outros benefícios prisionais, com o indulto e a comutação de penas, porque pesa sobre essa capitulação (mesmo na sua forma privilegiada) uma condição impeditiva, que inviabiliza a utilização desses institutos.

Estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente (ou algo em torno de 80.000 pessoas, em sua grande maioria, repito, mulheres) tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio.

Quer dizer, são pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico, tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante. São, enfim, os “descartáveis”, dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade.²⁵

Além das mulheres “coadjuvantes” no tráfico de drogas existem as mulheres que figuram como personagens principais também nesse cenário no qual elas chefes de família,

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118533. Brasília. p-60.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118533. Brasília. p - 92/93.

muitas vezes mães solteiras, entram para o tráfico para sustentar sua família e cuidar de seus filhos, tendo em vista que boa parte do comércio do tráfico de drogas ocorre em âmbito doméstico.

De acordo com o Relatório da CPI do Sistema Carcerário (2015), as mulheres em situação de prisão integram grupos de “vulnerabilidade e exclusão social: a maioria tem idade entre 20 e 35 anos, é chefe de família, possui em média mais de dois filhos menores de 18 anos, apresenta escolaridade baixa”. Além disto, a Pastoral Carcerária ainda ressalta que a maioria das mães presas está na condição de mães solteiras.²⁶

Desta feita, deixar de levar em consideração todas as especificidades que levam as mulheres a cometerem o tráfico de drogas e colocá-las no sistema carcerário já superlotado não resolveria a situação, apenas a tornaria mais grave, ainda mais se levar-se em consideração a reinserção delas na sociedade, das pessoas que dela se afastaram das apenadas, que por muitas vezes adentraram nesse ramo ante as circunstâncias sócias desfavoráveis enfrentadas.

Com o foco voltado ao quantum de mulheres presa em razão do crime de tráfico de drogas, bem como ante a superpopulação carcerária e a ressocialização das apenadas, o Presidente do STF votou pelo afastamento da hediondez do tráfico privilegiado.

Ficaram vencidos os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Marco Aurélio. A decisão da Suprema Corte, que seguiu o voto da relatora Ministra Cármen Lúcia.

A modificação no entendimento, traz a possibilidade da construção de um modelo integrado (Criminologia Crítica, Políticas Criminais Alternativas -Direito Penal Mínimo- e Garantismo Penal) que tem por objetivo, desenvolver ações para reduzir os danos ocasionados pelo incremento da punitividade.²⁷

Antes desse entendimento, uma reeducanda condenada a pena de 10 (dez) anos de reclusão, passaria segregado em regime fechado o lapso temporal de 4 anos, após a mudança no entendimento, o mesmo apenado permaneceria tão somente 1 (um) ano e 8 (oito) meses, um valor correspondente a apenas 41,66% do quantum que antes permaneceria.

A Lei nº 8.072/1990 proíbe para o praticante de crime hediondo ou equiparado, dentre eles o tráfico de drogas, vários benefícios legais, tais como a anistia, graça, indulto e fiança.

26 Vide: PASTORAL CARCERÁRIA. **Agende Nacional pelo Desencarceramento**. Dados disponíveis em, 2014. Disponível em: <carceraria.org.br >. Acesso em: janeiro de 2015.

27 CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Na fase da execução penal, vê-se que a concessão do livramento condicional ocorrerá somente após o condenado cumprir mais de dois terços da pena e não ser reincidente específico em crime da mesma natureza.

De acordo com o INFOPEN de 2016, os crimes relacionados as drogas são os principais responsáveis pela prisão das mulheres, o “Grupo Drogas” lidera os demais, sendo responsável pelo encarceramento de 21.022 mulheres, um número expressivo de 62,08% da população carcerária feminina total.²⁸

Deste universo, 17.106 tipificadas por estão por tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6368/76 e art. 33 da Lei 11.343/06, 507 pela prática de tráfico internacional de drogas (art. 18 da Lei 6.368/76 e art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06), e 3.409 pelo crime de associação para o tráfico lá estavam aguardando o julgamento ou foram condenadas a penas privativas de liberdade.²⁹

Ainda segundo dados do INFOPEN Mulheres 2018, é evidente a expansão do encarceramento de mulheres pelos crimes ligados ao tráfico de drogas, em 2005 apenas 49% das prisões eram referentes a crimes ligado as drogas, enquanto que de 2011 e 2012 atingiu-se impressionantes 65% de segregadas em razão de drogas.³⁰

Contudo além do afastamento da hediondez do crime de tráfico de drogas minorado, em 2018, de encontro a essa expansão carcerária feminina a Lei 13.769/18, inovou ao trazer como requisito objetivo para a progressão de regime a fração de 1/8 (um oitavo) no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, nem tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente, ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento e não ter integrado organização criminosas.

Logo, a mulher que cometer o crime de tráfico privilegiado e atender os requisitos ditos alhures cumulativamente terá concessão da progressão regimental ante o cumprimento de 1/8 (um oitavo) da pena.

28 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN**. Atualização. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p-42.

29 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN**. Atualização. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p-42.

30 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN MULHERES**. 2. ed. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018, p-55.

5. REFLEXOS NA PROGRESSÃO REGIMENTAL DE MULHERES CONDENADAS ANTE O AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E A MUDANÇA NO §3º, ART. 112 DA LEP

De acordo com o Código Penal Brasileiro o nosso país adota um sistema progressivo de cumprimento das reprimendas, segundo o art. 33, § 2º do Código Penal Brasileiro “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso”.

Começando do mais rigoroso ao menos, temos os regimes fechado, semiaberto e aberto, insta salientar que inexistente em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de progressão *per saltum*, que consiste em pular do regime fechado para o aberto, em tese o reeducando progride apenas de um regime para o outro consecutivamente, porém ante a ausência de estrutura prisional (poucas colônias agrícolas e casas do albergado) do nosso atual sistema carcerário, em grande parte do Brasil o cumprimento da reprimenda nos regimes semiaberto e aberto se resumem a comparecimentos mensais em juízos, vez que de acordo com a Súmula Vinculante 56 “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Apenas a título introdutório realizaremos uma comparação entre o mesmo caso, porém na primeira situação consideramos o crime como hediondo, enquanto no segundo afastaremos sua hediondez.

No nosso sistema progressivo, o apenado faz jus a concessão da benesse quando preenche os requisitos objetivo e subjetivo, sendo o primeiro o cumprimento de um lapso temporal da pena, podendo ser 1/6 (um sexto) para os crimes não hediondos, independentemente de ser primário ou reincidente, 2/5 (dois) quintos para os crimes hediondos, no qual o reeducando ainda é primário e 3/5 (três quintos) nos casos dos crimes hediondos, cujo o recuperando é reincidente em crimes de qualquer espécie, quanto ao segundo requisito, basta apenado possuir bom comportamento carcerário para a progressão do regime, ou cumprir a reprimenda de maneira satisfatória, nos casos de progressão do regime semiaberto para o aberto.

Pois bem, quando o entendimento aplicado ao crime de tráfico de drogas privilegiado era o de não afastamento da hediondez, posto que era equiparado aos crimes hediondos, e ao tráfico de drogas sem a minorante do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, o requisito objetivo era aplicado nos termos do art. 2º, §2º da Lei dos Crimes Hediondos, “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”.

Portanto, o regime inicial de cumprimento de pena para o crime de tráfico de drogas será o fechado, sendo que, para progredir de regime prisional, o condenado deverá 40% da pena, se primário, e 60% da pena, caso reincidente, sendo vedada a substituição da reprimenda por penas restritivas de direito.

Por exemplo um recuperando condenado a pena de 10 (dez) anos de reclusão, o requisito objetivo para a progressão regimental seria o equivalente a 4 (quatro) anos de cumprimento da reprimenda, desta feita, passaria 4 (quatro) anos preso até preencher o requisito para a progressão.

Contudo com o afastamento da hediondez, o cenário muda-se, agora o requisito objetivo para a progressão regimental passa a ser, 1/6 (um sexto) conforme o artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Diante deste cenário, o recuperando em vez de passar 4 (quatro) anos segregado, para atender ao requisito objetivo, agora permanecerá apenas 1 (um) ano e 8 (oito) meses, uma redução drástica de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses a menos no sistema carcerário.

Com o afastamento da hediondez do tráfico privilegiado, o apenado condenado a 10 (dez) cumprirá 58% a menos de pena do que no momento em que o crime era considerado equiparado hediondo, medida que auxilia na diminuição de pessoas mantidas no sistema carcerário.

Ao encontro do afastamento da hediondez do crime de tráfico de drogas privilegiado a lei 13.769/18 ao modificar o requisito objetivo para a progressão de regime para até 1/8 (um oitavo) para o gênero feminino que atenda cumulativamente as condições impostas no art. 112, § 3º da LEP, reduziu aproximadamente 68,75% o tempo de prisão para a primeira progressão de regime

Deste modo, uma apenada condenada anteriormente, quando o crime de tráfico de drogas era equiparado aos crimes hediondos teria que cumprir 2/5 da pena, após o afastamento restou-se estabelecido que o requisito se tornou 1/6, agora caso seja contemplada pela nova redação do § 3º, da LEP, cumprirá somente 1/8.

Isso implica dizer que, uma mulher antes da mudança do entendimento, caso fosse condenada a pena de 10 (dez) anos de reclusão no regime fechado, passaria 4 (quatro) anos presa. A partir do afastamento da hediondez teria que cumprir 1 (um) ano e 8 (oito) meses. Atualmente, caso atenda aos requisitos elencados no parágrafo supracitado, cumprirá apenas 1 (um) ano e 3 (três) meses para progredir o regime de cumprimento da reprimenda.

Essa redução alhures somada com o afastamento da hediondez permite uma diminuição no número de mulheres presas, bem como reduz o período em que passam longe do convívio familiar sem prover o sustento de suas residências, rompendo laços familiares, além disso segregá-las causam outros efeitos como a restrição de direitos reprodutivos, de assistência médica ante a ausência de estrutura adequada para receber as pessoas do gênero feminino em nosso sistema prisional, bem como a desqualificação profissional vez que apesar de ser uma das funções declaradas da pena a ressocialização, é perceptível que as oportunidades escolares no contemporâneo sistema carcerária é precária.

Embora, seja apenas a pontinha do *iceberg* afastar a hediondez dos crimes de tráfico de drogas privilegiado e alterar o requisito objetivo para a progressão de regime das mulheres que atendam cumulativamente os requisitos do § 3º, art. 112 da LEP, vê-se que tais mudanças geram mesmo que em pequena proporção uma redução dos danos causados pelo ergástulo, pois, a apenada passando menos tempo no “reduto da criminalidade” sofrerá menos danos (assim como sua família) do que se tivesse imerso por um lapso temporal maior.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de drogas trata-se de um crime complexo e abrangente, no qual cerca de 18 (dezoito) verbos são interpolados no art. 33, caput, da Lei de Drogas, de maneira que ao se preterir criminalizar demais, em verdade, nada se criminaliza, com tantas condutas previstas, fica difícil se definir o que seja o tráfico de drogas.

Contudo, enquanto almeja-se essa definição, pessoas e mais mulheres são lançadas na fábrica de criminosos o qual se transformou nosso atual sistema carcerário, que segundo o último INFOPEN realizado em 2016, contava com aproximadamente 726.712 mil pessoas presas, sendo o “Grupo Drogas” o primeiro mais responsável pelas segregações femininas, que por muitas vezes vem travestida de finalidades declaradas, sendo a principal delas a ressocialização de quem lá está, porém essa função da pena minimamente é realizada, restando apenas o cumprimento das funções não declaradas, excluindo cada vez mais as pessoas que lá estão, seja exclusão do convívio social, da política, do trabalho, ou a exclusão delas mesmas que deixam de lado sua essência, seus valores para lá sobreviverem, aprendendo mais ainda

sobre o crime e se profissionalizando nesse ramo “democrático” e “acolhedor” pronto para receber mais adeptos, decepcionados com o sistema.³¹

Dentro desse universo, os crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62,08% das incidências penais no universo feminino, mulheres essas privadas de sua liberdade, condenadas ou não, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondiam por crimes ligados ao tráfico.

Esse encarceramento em massa atrelado ao alarmante número de mulheres presas por crimes relacionados às drogas contribuíram para que a nossa Suprema Corte modificasse o entendimento determinando o afastamento da hediondez dos crimes de tráfico privilegiado, bem como a mudança no art. 112, § 3º, da LEP.

Acontecimentos estes que trouxeram reflexos positivos para a execução penal, concedendo benesses até então não permitidas, como indulto e *sursis*, legitimando ainda mais a concessão de benefícios que já estavam sendo concedidos como o início da reprimenda em regime diverso ao fechado, bem como diminuindo os as frações de requisito objetivo de livramento condicional e progressão regimental, fazendo com que os apenados cumprissem esses requisitos de maneira mais célere.

Essas consequências afetam não só na diminuição de condenadas presas, mas também diminui o tempo que essas apenadas passam ergastuladas, auxiliando na diminuição de mulheres que passam pelo sistema carcerário brasileiro.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Brasil: Ed. Ridendo Castigat Moraes, 2001.

BRASIL. Constituição, de 1988.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Brasília,

31 PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN**. 2. ed. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118533. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118351. Brasília.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GUIMARÃES, Hector Chaves Ribeiro França. **O CARÁTER HEDIONDO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO: uma análise sistemática à luz do ordenamento brasileiro e dos sistemas de classificação das infrações penais como crimes hediondos**. 2018. Tese (Monografia) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARCÃO, Renato. **A nova Lei de drogas e seus reflexos na Execução Penal**. 2006. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33045-41530-1-PB.pdf>> Acesso em: 08 fev. 2019.

NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal – Volume 01**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PÚBLICA, Ministério da Justiça e da Segurança; NACIONAL, **Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN**. 2. ed. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, Danielle Tavares da. [et al.]. **A lei de drogas em debate**. São Paulo, SP: Baraúna, 2013.

SILVA, Guilherme Trajano da. **O CARÁTER HEDIONDO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO: uma análise sistemática à luz do ordenamento brasileiro e dos sistemas de classificação das infrações penais como crimes hediondos**. 2018. Tese (Monografia) – Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, Santa Catarina.

SOUSA, Eric Brunner Resende. **O TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO: possibilidades de sua equiparação a crime hediondo**. 2018. Tese (Monografia) - Faculdade de Pará de Minas, Pará de Minas, Minas Gerais.



RANGEL, P; BACILA, CR. **Lei de drogas: comentários penais e processuais**. São Paulo: Atlas, 2015.