

A NÃO EQUIPARAÇÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS AOS CRIMES HEDIONDOS PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME, APÓS A LEI Nº 13.964/2019

Kamyle Regina da Silva Calado⁴

Diêgo Luiz Castro Silva⁵

RESUMO

O objetivo é desenhar um histórico das alterações legislativas da disciplina dos crimes hediondos e os então equiparados, para fins de determinar o percentual de pena exigido para a progressão de regime, a cada época, inclusive a que vige atualmente com a redação conferida pela Lei do Pacote Anticrime. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo; quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica e quanto aos fins, qualitativa. Justifica a pesquisa quanto aos índices carcerários a nível nacional, mais especificamente dados referentes a prisões relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, assim convergindo a lei e a teoria com a realidade do cenário brasileiro. O resultado da pesquisa proporciona aplicabilidade prática das alterações legislativas demonstrando a impossibilidade de equiparação do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos, para fins de progressão de regime de cumprimento da pena, sob a égide da Lei nº 13.964/2019.

Palavras-chave: Pacote anticrime. Progressão de regime. Tráfico de drogas. Crimes hediondos e equiparados.

ABSTRACT

The objective is to draw a history of legislative changes in the discipline of heinous crimes and, then, equivalent ones, in order to determine the percentage of penalty required for

⁴ Pós-graduanda Lato Sensu em Prática Defensorial pela Universidade Federal do Amazonas e em Direito Processual Penal pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva; Advogada; Estagiária de Pós-graduação na Defensoria Pública do Estado do Amazonas. E-mail: kamylecalado@gmail.com.

⁵ Mestrando pela Universidade Estadual do Amazonas - Escola Superior de Ciências Sociais, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos - Mestrado Profissional – Turma de 2021; Pós-graduação Lato Sensu em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), ano de 2015, e Lato Sensu em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, ano de 2016; Defensor Público do Estado do Amazonas. E-mail: diegocastro@defensoria.am.gov.br.

the progression of regime, at each time, including the one currently in force with the wording conferred by the Anti-Crime Package Act. The research method used was deductive; as for the means, the research was bibliographical and as for the ends, qualitative. It justifies the research regarding the prison indexes at the national level, more specifically data referring to prisons related to the illicit traffic of narcotics and related drugs, thus converging the law and theory with the reality of the Brazilian scenario. The result of the research provides practical applicability of legislative changes demonstrating the impossibility of equating the illicit trafficking of narcotics and drugs related to heinous crimes, for the purpose of progression of the regime of compliance with the sentence, under the aegis of Law nº 13.964/2019.

Keywords: Anti-crime package. Regimen progression. Drug trafficking. Heinous crimes and the like.

RESUMEN

El objetivo es trazar un historial de cambios legislativos en la disciplina de los delitos atroces y, luego, equivalentes, a fin de determinar el porcentaje de pena exigible para la progresión del régimen, en cada momento, incluyendo el actualmente vigente con el redacción que le confiere la Ley del Paquete Antidelito. El método de investigación utilizado fue deductivo; en cuanto a los medios, la investigación fue bibliográfica y en cuanto a los fines, cualitativa. Justifica la investigación sobre los índices penitenciarios a nivel nacional, más específicamente los datos referentes a prisiones relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, convergiendo así la ley y la teoría con la realidad del escenario brasileño. El resultado de la investigación aporta aplicabilidad práctica de los cambios legislativos que demuestran la imposibilidad de equiparar el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas conexas a delitos atroces, a efectos de progresión del régimen de cumplimiento de la pena, al amparo de la Ley nº 13.964 /2019.

Palabras clave: Paquete contra el crimen. Progresión del régimen. Tráfico de drogas. Crímenes atroces y similares.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019b), conhecida como Pacote Anticrime, ainda que acompanhada de vetos, suspensões de dispositivos e discussões sobre a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos (STRECK, 2020), é uma das reformas legais mais significativas em matéria criminal na última década.

Suas disposições espalham-se por uma miríade de diplomas penais, surtindo efeitos significativos no direito material, processual e de execução penal. Esse último foi

sensivelmente alterado, entre outras medidas, por alterações nos requisitos objetivos de progressão de regime de cumprimento da pena, agora modulado de acordo com a natureza delitiva, o resultado delitivo, os antecedentes criminais do agente e a continuidade da prática criminosa.

A alteração mais evidente se deu nos patamares de pena que deve ser cumprida para a progressão de regime. Na redação anterior, os patamares eram dispostos por frações, porém com a alteração, a lei passou a prever na forma de percentuais, além de haver notório aumento para diversas infrações penais, principalmente, no caso de reincidência.

Outra grandiosa alteração, por sutil incremento da expressão “for reincidente em”, gerou a necessidade de reincidência específica, ou seja, reiteração de condenação por delito da mesma natureza, para fins de incidir maior percentual de cumprimento da pena no alcance da progressão de regime (BRASIL, 2021a e 2021b). Neste caso, a reincidência precisar ser um delito da mesma natureza e se diferenciar daquela tradicionalmente disposta no Código Penal (BRASIL, 1941) - reincidência genérica, pois “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Da mesma forma, outras alterações surgiram, somente pela supressão de disposições anteriores e omissões na nova legislação, a exemplo da revogação do parágrafo segundo do artigo segundo da Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), sem que houvesse replicação integral em outro diploma normativo.

Com isso, se coloca o problema de pesquisa: esta alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, tem a consequência de deixar de equiparar o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos, para fins de progressão de regime de cumprimento de pena? Qual o percentual de cumprimento de pena para alcançar a progressão de regime, no caso de condenações por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins?

Essa inovação legislativa, dada pela revogação de dispositivo consagrado e agora, simplesmente, omitido pelo legislador reformista, passou, praticamente, despercebida pela doutrina e pela prática forense, no primeiro ano de vigência da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, já que, os primeiros estudos nas áreas de que se tem notícia datam de 2021 (SILVEIRA; TAKAYASSU, 2021; MASI, 2021).

O objetivo é então desenhar um histórico das alterações legislativas da disciplina dos crimes hediondos e, os então equiparados, para fins de determinar o percentual de pena

exigido para a progressão de regime, a cada época, inclusive a que vige atualmente com a redação conferida pela Lei do Pacote Anticrime.

Para tanto, a metodologia utilizada foi do tipo revisão de literatura. A base científica é composta pela legislação e jurisprudência nacional, livros, revistas eletrônicas e artigos de sites com conteúdo voltado à comunidade jurídica. O método selecionado possibilita, assim, sintetizar o conhecimento sobre a temática e a incorporar à aplicabilidade dos resultados atingidos por estudos significativos.

A metodologia permitiu contribuir com a sintetização dos argumentos, sob diferentes pontos de vista, expendidos pela comunidade jurídica no debate das alterações legislativas provocadas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, bem como com a apresentação dos potenciais e consequências dos argumentos levantados.

Inicialmente, foram selecionados artigos em revistas eletrônicas, para então anotar os diferentes argumentos expendidos sobre o tema em estudo. Após, foi pesquisada a jurisprudência nacional, nos sites dos Tribunais brasileiros, sobre o tema em foco e afins.

A partir dos títulos e resumos, utilizando os critérios de elegibilidade e de exclusão definidos. Como critério de inclusão, foram analisados artigos e jurisprudência que discutiam o tema ou lhe tangenciou, independentemente dos argumentos, favoráveis ou desfavoráveis ao menor tempo de cumprimento da pena para fins de progressão de regime. Como critério de exclusão, para afastar as obras que não abordavam os argumentos lógico-jurídicos pertinentes. Após, realizou-se uma leitura detida e crítica das obras, julgados e jurisprudência, separados para identificar os núcleos de sentido e, posteriormente, agrupá-los em subtemas que sintetizassem os conteúdos das produções.

É importante destacar que a jurisprudência consiste em conjunto de decisões num mesmo sentido sobre interpretação da lei. Assim, para que o conjunto tome forma e posteriormente se consolide no Tribunal é necessário, primeiro, que a discussão se desenvolva nas bases, no caso, nas competências de execução penal. É, com isso, dizer que a tese não se firma de imediato: para que se concretize é necessário, primeiro, que juízes de primeiro grau e tribunais locais tomem posição, até mesmo vanguardista e pioneira, especialmente na manutenção da legalidade como princípio basilar.

O referencial teórico conjugou quatro diplomas legais: a Constituição da República do Brasil (1988), a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 - Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal - LEP (BRASIL, 1984), e as alterações produzidas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 - Pacote

Anticrime (BRASIL, 2019b); além da jurisprudência com a temática afim e decisões judiciais expedidas nos Tribunais, considerando a inovação legislativa ou não.

A nova redação do artigo 112 da LEP prevê o requisito objetivo para progressão de regime no percentual de quarenta ou sessenta por cento, quando a condenação for por crime hediondo ou equiparado (BRASIL, 1984). A definição dos crimes hediondos é feita pela Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 1990). No entanto, a equiparação aos crimes hediondos, para fins de progressão de regime, não foi definida por nenhuma lei, quando da revogação do parágrafo segundo do artigo segundo da Lei de Crimes Hediondos⁶, e pela Lei do Pacote Anticrime nem ao menos houve explicação para isso.

A Lei de Crimes Hediondos, também alterada, silenciou sobre o rol de delitos equiparados para fins de progressão de regime prisional. Ela manteve seu rol de crimes hediondos e equiparados para outras situações jurídicas, mas a previsão sobre progressão foi extirpada da legislação respectiva.

Pela definição do que sejam os delitos equiparados, para fins de progressão de regime, também não se encontram no rol na Constituição, o qual não é similar à lei revogada, mesmo diante do rol de mandados de criminalização (art. 5º, XLI, XLII, XLIII e XLIV), o qual determina um tratamento mínimo e específico para cada um dos delitos mencionados, mas não discrimina a progressão de regime.

Argumentos contrários a esta conclusão (BRASIL, 2022h)

(...) a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre da previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal;

O fato de a Lei 13.964/2019 ter consignado, expressamente, no § 5º do art. 112 da Lei de Execução Penal, que não se considera hediondo ou equiparado o tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 somente consagra o tratamento diferenciado que já vinha sendo atribuído pela jurisprudência ao denominado tráfico privilegiado. Isso, no entanto, não autoriza deduzir que a mesma descaracterização como delito equiparado a hediondo tenha sido estendida ao crime do art. 33, caput e

§ 1º, da Lei de Drogas;

Esta Corte [STJ] já teve a oportunidade, em diversas ocasiões, de referendar a natureza de delito equiparado a hediondo do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime), ressaltando-se, inclusive que, no julgamento do Recurso Especial n. 1.918.338/MT (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2021, DJe 31/05/2021) pela sistemática dos recursos repetitivos

⁶ O qual fazia a definição de quais os delitos teriam a progressão de regime de cumprimento de pena com a mesma porcentagem de cumprimento que os crimes hediondos.

(Tema n. 1.084), no qual foi assentada a tese reconhecendo a possibilidade de aplicação retroativa do art. 112, V, da LEP a condenados por crimes hediondos ou equiparados que fossem reincidentes genéricos, o caso concreto tratou especificamente de condenado por tráfico de drogas.

Não foi encontrado entre quaisquer dos argumentos favoráveis a inexistência de rol que equipare delitos aos hediondos, para fins de progressão de regime que pretendesse alargar o parágrafo 5º do art. 112 da LEP. Bem como, em precedentes da Corte do STJ e do STF, que tratam da aplicação retroativa do art. 112, V, da LEP, mesmo que o caso concreto seja uma condenação de tráfico de drogas, não houve o necessário aprofundamento do debate para fins de afirmar que o rol de delitos equiparados aos hediondos emana do inciso XLIII do art. 5º da Constituição, nem mesmo a norma criada pelo precedente tem esse enfoque.

Portanto, como resultado da pesquisa, os argumentos de que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins deixou de ser equiparado aos crimes hediondos para fins de progressão é mais factível e, de acordo com a lógica do princípio da legalidade, razão pela qual o percentual de cumprimento de pena, para fins de progressão de regime, deve ser igual aos crimes comuns.

1 PACOTE ANTICRIME E ALTERAÇÕES, LACUNA LEGISLATIVA

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019b), que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, surgiu como materialização de um discurso de combate à criminalidade (BRASIL, 2019a) e como promessa de recrudescimento penal.

À exceção de posições consideráveis mais garantistas, como a previsão do Juiz das Garantias, adoção expressa do sistema acusatório e atenuação da participação ativa do juiz, fato é que o pacote foi efetivo em impor gravames penais.

As alterações mais maciças foram provocadas no Código Penal e também no Código de Processo Penal. Contudo, a Lei de Execução Penal (LEP) foi igualmente alterada, assim como a Lei de Crimes Hediondos.

A LEP passou a regular integralmente os requisitos de progressão de pena, tanto objetivos quanto subjetivos. O rol, que até 2020 era dividido em frações, passou a ser definido em porcentagens, havendo consideráveis aumentos para algumas condenações e para quando o condenado for reincidente.

Concomitantemente, as frações diferenciadas de progressão previstas na Lei de Crimes

Hediondos foram retiradas e condensadas em rol único do art. 112 da LEP, que trata dos requisitos para atingimento da progressão de regime prisional.

A Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), antes das alterações provocadas pela Lei 13.964 (BRASIL, 2019b), designava expressamente que a progressão no crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (crimes hediondos, tortura e terrorismo) seria atingida com o cumprimento de $\frac{2}{3}$ da pena, no caso de apenados primários, e em $\frac{3}{5}$, caso estes fossem reincidentes.

A nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), por sua vez, prevê percentuais de progressão diferenciadas para somente os crimes hediondos ou equiparados, definindo 40% para a primariedade e 60% quando configurada a reincidência, sem se referir ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Os crimes hediondos foram devidamente previstos no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (BRASIL, 1990). Todavia, os delitos a eles equiparados não foram previstos em nenhuma outra lei, senão no art. 17 da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 (BRASIL, 2016a), para os crimes de terrorismo, e no rol do parágrafo único, a partir da expressão “Consideram-se também hediondos” (BRASIL, 1990).

Assim, por falta de definição legal expressa de quais seriam os delitos que seriam incluídos no rol dos delitos equiparados aos hediondos, acabou criando-se uma lacuna legislativa capaz de provocar efeitos jurídicos na execução penal, quando obedecido o princípio da legalidade para a definição de quais são as frações de cumprimento de pena para alcançar a progressão de condenações por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

2 AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DE DEFINIÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS COMO HEDIONDO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME

A escolha legislativa é curiosa. Enquanto a revogada previsão da Lei de Crimes Hediondos mencionava expressamente o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pondo-o lado a lado aos crimes hediondos, a redação atual da LEP não o faz, dando conta de designar, apenas, que os crimes equiparados aos hediondos estarão inclusos em percentual específico mais grave de progressão de regime. Então, quais seriam os crimes equiparados aos hediondos?

Nesse ponto, não há uma regra geral. Dito de outro modo, ao contrário do que

acontece com os crimes selecionados pelo legislador como hediondos, não existe previsão legal de um rol único da equiparação, muito menos definição de conceito do que esta seria, a não ser pela previsão do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.072 (BRASIL, 1990), também inserida em 1994 e ampliada em 2017, e pela Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019), a partir da expressão “Consideram-se também hediondos”, o que levaria até mesmo a uma confusão com os próprios crimes hediondos.

A Constituição Federal de 1988 menciona a hediondez apenas uma vez, no inciso XLIII do art. 5º

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 (BRASIL, 1988).

Na oportunidade, não definiu quais são os crimes considerados hediondos e muito menos afirmou que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (ou até mesmo a tortura e o terrorismo) seria um deles ou a eles equiparado, mas sim deixou para a que lei infraconstitucional assim o fizesse. Fato que foi efetivamente concretizado pela Lei nº 8.072/1990, até a vigência da Lei nº 13.964/2019, para fins de progressão (BRASIL, 1990), e pelo art. 17 da Lei nº 13.260/2016 (BRASIL, 2016a), para fins de equiparação integral aos crimes considerados hediondos.

Ademais, a Carta Magna (BRASIL, 1988) foi expressa em separá-los em dois grupos: os hediondos - cujo rol não definiu - e os que não são hediondos, mas receberão o mesmo tratamento daqueles **para fins, exclusivamente, de fiança, graça, anistia e responsabilidade penal mínima.**

Ou seja, em razão da previsão constitucional, conhecemos exatamente quais são os crimes equiparados na insustentabilidade de fiança, graça, anistia e delimitação da responsabilidade penal mínima, mas não para fins de progressão de regime de cumprimento de pena.

E nem por isso a legislação infraconstitucional conferiu a estes delitos, detentores de mandados de criminalização, a equiparação aos crimes hediondos para qualquer fim de direito material ou processual. Logo, o tratamento mais gravoso ou não, respeitados o mínimo de criminalização e tratamento conferidos pela Constituição (BRASIL, 1988), deve ser fonte delei infraconstitucional.

Ressalta que o nivelamento constitucional entre as duas categorias, crimes hediondos e

tráfico de drogas, foi expressamente conferido exclusivamente para as situações ali previstas (fiança, graça, anistia e responsabilidade penal). Considerando o nível infraconstitucional, foi exclusivamente além daqueles para o livramento condicional e para a prisão temporária. Não havendo, atualmente, qualquer menção à progressão de regime prisional (o que deve ser feito por lei, em função do princípio da legalidade).

Assim como também o fez com o racismo (art. 5º, XLII, Constituição) e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, Constituição), nivelados constitucionalmente para o **tratamento exclusivo de pena de reclusão, fiança e prescrição**, mas sem disposição semelhante para outros institutos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a prisão temporária.

Nestes casos, nem mesmo a lei infraconstitucional fez qualquer distinção ou tratamento mais gravoso para fins dos institutos de execução penal, como fez com o grupo outrora debatido (tráfico de drogas). Nem por isso estes rols, somados ao do inciso XLI do art. 5º da Constituição (discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais), todos detentores de mandado de criminalização, são entendidos pela doutrina ou jurisprudência, como equiparados aos crimes hediondos.

Logo, não haveria lógica entender que somente uma parte dos mandados de criminalização (inciso XLIII do art. 5º) dispostos na Constituição (incisos XLI ao XLIV do art. 5º) seriam os equiparados aos crimes hediondos, posto que o constituinte em nenhum momento os distingue, a não ser para o tratamento mais gravoso expressamente definido.

Por conseguinte, no nível infraconstitucional, a Lei nº 8.072 (BRASIL, 1990), em sua redação de 2007 até 2019, prescreveu em seu artigo 1º quais seriam os delitos hediondos e, em seu artigo 2º, definiu que a estes e ao tráfico de drogas seria vedada a anistia, graça, indulto e fiança, na mesma toada da previsão constitucional, sempre separados e nomeando os delitos objetos do mandado de criminalização e não se referindo a eles como equiparados ou os nomeados como equiparados aos hediondos.

Portanto, a **Constituição não disciplina quais são os delitos equiparados aos hediondos, delegando isso à lei infraconstitucional**, bem como, quando o legislador exerceu essa catalogação, o fez expressamente, a exemplo do terrorismo, conforme art. 17 da Lei nº 13.260 (BRASIL, 2016a), sempre por meio de lei específica, que disciplinasse a espécie delitiva. O mesmo não ocorreu com a Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019b).

Não o fazendo genericamente para uma espécie delitiva, o legislador reservou tratamento equiparado somente para alguns institutos, quando expressamente identificou o

instituto e as respectivas espécies delitivas, como exemplo, para o livramento condicional (CP, art. 83, V; LD, art. 44, parágrafo único).

Na disciplina do livramento condicional, prevista no art. 83, V, do Código Penal (CP) e no parágrafo único do art. 44 da Lei de Drogas (LD), o legislador exigiu o mesmo requisito temporal específico de mais de $\frac{2}{3}$ de cumprimento da pena, todavia, discriminando, expressamente, todos os delitos que seriam atingidos (crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo) e não se limitando ao termo “equiparados”, nem mesmo ao rol de delitos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição.

Havendo, inclusive, de forma infraconstitucional, o aumento do rol constitucional do mandado de criminalização para a inclusão do novo delito, qual seja, o tráfico de pessoas para fins exclusivos de livramento condicional. Aqui, a doutrina e jurisprudência nem discutem que o tráfico de pessoas seria equiparado aos crimes hediondos, em razão dessa simples previsão legal de tratamento mais gravoso para instituto específico.

O fato é que, no ordenamento inteiro só havia uma previsão expressa de tratamento do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, para fins de progressão de regime, aquela prevista no parágrafo 2º do art. 2º da Lei nº 8.072 (BRASIL, 1990), que foi varrida do ordenamento com a chegada da Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, o artigo publicado por Silveira e Felipe (2021) enfatiza que

Por conseguinte, forçoso concluir que o apenado pela prática de “tráfico de drogas” deverá progredir conforme os critérios objetivos dos delitos comuns, ou seja, após o cumprimento de 16, 20, 25 ou 30% da pena aplicada, eis que não são delitos “equiparados a hediondo”. [...] O prazo estendido da prisão temporária (art. 2º, §4º, Lei de Crimes Hediondos), o requisito objetivo agravado e vedação ao reincidente específico do livramento condicional (art. 83, V, Código Penal e art. 44, p.ú., da Lei 11.343/06) e a qualificadora da associação criminal (art. 8º, Lei de Crimes Hediondos) **mantém-se, por expressa determinação em lei** (grifo nosso).

Com isso, a opção do legislador em deixar de fora a progressão de regime mais gravosa para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins traduz um silêncio eloquente, capaz de ocasionar efeitos práticos na execução da pena dos condenados por essa espécie delitiva.

Sobre a escolha legislativa, é válido mencionar que aqui não se considera a intenção do legislador. Ainda que possa ser iniciado um debate no sentido de que o contexto social da

elaboração do Pacote Anticrime não permite presumir que a lacuna tenha sido voluntariamente provocada, verifica-se que a discussão seria inócua. Talvez, contudo, válida para fins doutrinários, mas não para objetivos processuais.

Na aplicação prática da tese perde importância a gênese do dispositivo e o que o legislador tinha em seu espírito no momento das alterações legais. Isso porque, ainda que a lei seja passível de interpretação, esta não passa pelo imaginário de quem a idealizou, especialmente em matéria penal e restritiva de direitos fundamentais, como o da liberdade.

Caso semelhante ocorreu em 2018, quando a Lei nº 13.654 (BRASIL, 2018a) acresceu aumento de pena no caso de roubo, a depender da arma de fogo como meio utilizado. Todavia, a mesma lei acabou por eliminar o aumento da pena quando no roubo fosse empregada outra espécie de arma que não fosse de fogo, sendo que as denominadas *armas brancas* deixaram de configurar causa de aumento. Naquela época, o entendimento do STJ não poderia ser outro, tendo afirmado que

A Lei 13.654/18 extirpou o emprego de arma branca como circunstância majorante do delito de roubo. Em havendo a superveniência de *novatio legis in melius*, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, de rigor que retroaja para beneficiar o réu (BRASIL, 1988, art. 5º, XL).

Àquele tempo também poderia ter sido questionada a contraditória intenção legislativa que acabou por significar favorecimento aos acusados, contudo, para fins de decisão do entendimento a ser adotado na aplicação da inovação legal, a ideologia da criação da lei foi desconsiderada, prevalecendo apenas os inegáveis efeitos jurídicos.

Em contrapartida, propõe-se uma nova interpretação do contexto que envolve o Pacote Anticrime. Se, por um lado, o contexto político que a envolve é traçado por um discurso de recrudescimento penal e severidade na aplicação da pena, por outro, o contexto social que o envolve é o de superencarceramento e frustração na guerra às drogas (VALOIS, 2019), que deveriam conduzir a uma interpretação de desencarceramento.

O superencarceramento tem diversos fatores. Dentre eles, chama a atenção a quantidade de apenados por delitos da Lei de Drogas. Dado esse que foi identificado também na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 347, da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, quando reconheceu em seu voto a superlotação carcerária ocasionada, em grande parte, pelas prisões por crimes de drogas (BRASIL, 2016b).

O Brasil tem taxa de 322 pessoas privadas de liberdade a cada 100 mil habitantes, o

que lhe garante o 3º lugar no ranking dos maiores sistemas prisionais mundiais (NOTÍCIA PRETA, 2021).

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional⁷ (BRASIL, 2022), o primeiro grupo de incidência penal da população prisional masculina é por condenação nos crimes contra o patrimônio, o que equivale a 41,94% (282.539 de 673.614). Em segundo lugar, com uma diferença não muito expressiva, temos o grupo das condenações inseridas nas Leis de Drogas (Leis 6.368/76 e 11.343/06), com 29,80% (200.742 de 673.614).

No entanto, quando falamos da população feminina, a proporção de prisão pelos crimes de drogas torna-se ainda mais eloquente. Com 17.513, representando assombrosos 57,13% de mulheres encarceradas no Brasil, esse grupo de crimes ocupa em absoluto o primeiro lugar do *ranking*.

Grande aliado da convergência entre crimes de tráfico de drogas e superencarceramento, é o tratamento agravado que este crime recebe na execução penal. Desde 2007, por escolha legislativa, a progressão dos condenados pela traficância estava condicionada à fração mais elevada ($\frac{2}{3}$ para primário e $\frac{3}{5}$ para reincidente), portanto, maior a demora para deixar o regime prisional fechado e semiaberto (BRASIL, 1990).

Após as alterações provocadas pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime (BRASIL, 2019b), seja intencionalmente, seja por omissão legislativa, torna-se questionável a subsistência da progressão agravada para o tráfico de droga e, com isso, permite-se desafogar o sistema prisional, com uma parcela considerável do superencarceramento brasileiro⁸ próximo ao suprimento do déficit de vagas, que em 2021 foi de 247.016 (NOTÍCIA PRETA, 2021).

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DECISÕES DO STJ E STF EM CASOS SIMILARES

Os princípios da legalidade e taxatividade da norma penal são basilares à aplicação das leis penais, reconhecidos pela Constituição Federal, (art. 5º, II, XXXIX e XL), pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Art. 9) e pelo Código Penal (art. 1º).

O referido princípio, além de prezar pela segurança jurídica da seara penal, impede um

⁷ Dados do primeiro semestre do ano de 2021, publicados em 2022.

⁸ Mediante a aplicação da interpretação *in bonam partem* da alteração legislativa em vigor desde o ano de 2020.

verdadeiro estado de barbárie, que seria ocasionado pela possibilidade de cerceamento da liberdade ou ampliação dessa privação, sem previsão legal expressa, à cargo da mera vontade do intérprete.

Na Execução Penal, essa ordem ganha especial contorno, considerando que a privação de liberdade deve estar ancorada na lei, em todos os seus aspectos, sob pena de ilegalidade insuperável.

Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a aplicação da legalidade à execução penal já é uma velha conhecida.

A legalidade nesta seara já foi expressamente enfrentada pelo STJ em outras oportunidades, apreciando outros institutos de execução penal, a exemplo da não modificação da data-base para saída temporária e trabalho externo em razão de falta grave (BRASIL, 2022a).

Ainda, na Tese nº 131 (BRASIL, 2019c) divulgada por aquele Tribunal, foi afastada a hediondez do delito de associação para o tráfico de drogas por considerar a ausência de previsão legal para tanto. Destaca-se que a referida tese é anterior ao “Pacote Anticrime”, portanto, àquela época ainda havia previsão na Lei de Crimes Hediondos de tratamento semelhante, para fins de progressão de regime, para o tráfico de entorpecentes e drogas afins, mas não para a associação ao tráfico.

Considerando a inexistência de disposição legal equiparando o tráfico de drogas aos crimes hediondos para fins de progressão de regime, torna-se difícil imaginar interpretação que negue a aplicação da inovação da Lei nº 13.964/2019 sem transgredir o princípio da legalidade.

Seguindo a mesma linha, o Supremo Tribunal Federal (STF) preservou o mesmo princípio no Tema de Repercussão Geral nº 1169 (BRASIL, 2021b), tratando de alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 e da omissão do legislador, num recurso extraordinário em que se discutiu, à luz do artigo 5º, XLVI e LIV, da Constituição Federal, o percentual de cumprimento de pena aplicável aos condenados por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, reincidentes não específicos, para fins de progressão de regime, de acordo com a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal (LEP), introduzida pela Lei 13.964/2019, ante a omissão legal e os princípios da legalidade e da taxatividade da norma penal, impondo a *analogia in bonam partem*, para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 da LEP (lapso temporal de 40%).

Fato é que, muito embora a alteração legislativa ainda não tenha sido enfrentada pela seção criminal do STJ ou pelo STF, a lógica aplicada em julgados anteriores leva a presumir que, a menos numa hipótese de ilegal exceção, o caminho que deverá ser traçado pela jurisprudência será pelo afastamento da hediondez à progressão de regime em condenações por tráfico de entorpecentes e drogas afins, por ausência de previsão legal, fazendo o encaixe do requisito temporal nos demais artigos da LEP.

4 CENÁRIO ATUAL DE DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por ser temática recente, iniciando os debates nos juízos de primeiro e segundo grau brasileiro, por evidente ainda não se encontra consolidada na jurisprudência brasileira. No entanto, conforme o tema vai sendo conhecido por Tribunais de todo o país, após a devida provocação, começa a se formar coletânea de decisões.

O Supremo Tribunal Federal ainda não foi chamado a se manifestar quanto ao tema, o que poderá ocorrer no Recurso Ordinário no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 739.881/SC, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (BRASIL, 2022i).

Já em pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça, a maioria das decisões e acórdãos rejeitaram os argumentos acima expendidos, aprofundando ou não o debate. Em síntese, para rejeitarem a tese elencam os seguintes

(...) a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre da previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal” (BRASIL, 2022h, 2022l e 2022m); “Trata-se de mandado de criminalização, tendo em vista os bens e os valores envolvidos. Tais condutas, em face de sua natureza especialmente grave, estão sujeitas a regras mais rígidas em matéria penal, **o que não foi alterado pelo Pacote Anticrime** (BRASIL, 2022j, 2022n; 2022o);

O fato de a Lei 13.964/2019 ter consignado, expressamente, no § 5º do art. 112 da Lei de Execução Penal, que não se considera hediondo ou equiparado o tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 **somente consagra o tratamento diferenciado que já vinha sendo atribuído pela jurisprudência ao denominado tráfico privilegiado**. Isso, no entanto, **não autoriza deduzir** que a mesma descaracterização como delito equiparado a hediondo tenha sido **estendida ao crime do art. 33, caput e § 1º, da Lei de Drogas** (BRASIL, 2022h);

O art. 112 da LEP dispõe sobre lapsos temporais de cumprimento de pena conforme a gravidade do delito e o legislador foi expresso ao assinalar (princípio da legalidade), no art. 112, § 5º, da LEP, que "não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006". É o caso do **silêncio eloquente da lei**. A **intencional ausência de menção ao tráfico de drogas**, em sua forma não privilegiada, ao terrorismo e à tortura **significa que o legislador não passou a considerar tais condutas como crimes comuns para fins de progressão de regime** (BRASIL, 2022j; 2022p; 2022q; 2022r);

A atual redação do art. 112 da LEP **não revogou o caput do art. 2º, da Lei n. 8.072/1990**, apenas modificou o percentual previsto em seu § 2º, sem afastar a natureza equiparada a hedionda do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343.2006. Continua a existir tratamento diferenciado entre o delito em apreço e os comuns (BRASIL, 2022j);

Deve-se buscar o sentido lógico e acorde do Pacote Anticrime com as demais normas jurídicas. (...) A **interpretação sistemática** da norma em apreço em conjunto com os arts. 2º, caput, da Lei n. 8.072/1990 e 5º, XLIII, da CF, está conforme o **princípio da proporcionalidade**, na **vertente da proibição da insuficiência** (BRASIL, 2022j);

Esta Corte [STJ] já teve a oportunidade, em diversas ocasiões, de referendar a natureza de delito equiparado a hediondo do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime), ressaltando-se, inclusive que, no julgamento do Recurso Especial n. 1.918.338/MT (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2021, DJe 31/05/2021) pela sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 1.084), no qual foi assentada a tese reconhecendo a possibilidade de aplicação retroativa do art. 112, V, da LEP a condenados por crimes hediondos ou equiparados que fossem reincidentes genéricos, o caso concreto tratou especificamente de condenado por tráfico de drogas (BRASIL, 2022h);

O caráter hediondo somente é retirado quando incide a figura do tráfico privilegiado, o que não é o caso dos autos, conforme já decidido de há muito pelo Supremo Tribunal Federal no **HC 118.533/MS** e devidamente acompanhado por esta Corte Superior (BRASIL, 2022).

Os argumentos foram reiterados nos seguintes julgados: **AgRg no HC n. 730567/SP**, relator Ministro Olindo Menezes (desembargador Convocado do Trf 1ª Região), Sexta Turma, DJe de 20/5/2022; **AgRg no HC 742118 SP**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, 2022/0143560-4, Decisão: 24/05/2022, DJe DATA: 30/05/2022; **AgRg no HC 739881 SC**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, 2022/0130599-5, Decisão: 17/05/2022, DJe DATA: 20/05/2022; **AgRg no HC 735533 SP**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, 2022/0106670-0, Decisão: 10/05/2022, DJe

DATA: 13/05/2022; **AgRg no HC 733016 RS**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, 2022/0094127-4, Decisão: 03/05/2022, DJe DATA: 06/05/2022; **AgRg no HC 734812 SP**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, 2022/0103009-9, Decisão: 26/04/2022, DJe DATA: 29/04/2022; **AgRg no HC 729333 SP**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, 2022/0072819-7, Decisão: 19/04/2022, DJe DATA: 25/04/2022; **AgRg no HC n. 733.323/SP**, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 16/5/2022, sendo todos esses pedidos defensivos negados pelos próprios argumentos elencados nas decisões que julgaram os pedidos de Habeas Corpus.

O primeiro argumento não se sustenta porque a Constituição também previu mandados de criminalização nos incisos XLI (discriminação de direitos e liberdade fundamentais), XLII (prática de racismo), XLIV (a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático) do art. 5º. Contudo, para esses outros tipos penais nada foi regulamentado, de nível infraconstitucional, para fins de progressão de regime mais gravosa ou equiparada aos hediondos, mesmo na vigência da lei que continha determinação específica para o rol do inciso XLIII e revogada pela Lei nº 13.964/2019.

O segundo argumento sequer é aventado pela doutrina pesquisada. Não foi encontrado entre quaisquer dos argumentos favoráveis à inexistência de rol que equipare delitos aos hediondos, para fins de progressão de regime, que pretendesse alargar o parágrafo 5º do art. 112 da LEP. Se a lei infraconstitucional (LEP) diz que o §4º do art. 33 da Lei de Drogas não é hediondo ou equiparado, não se quer alargá-lo para ampliar esse rol específico.

Mas, contrariando o terceiro argumento da Corte da Cidadania, o silêncio do legislador ao não discriminar os delitos equiparados aos hediondos, para fins de progressão de regime de cumprimento, não pode gerar interpretação *in malam partem* ou integração para tipificar rol restritivo de direitos fundamentais ligados à liberdade.

Além do mais, se o legislador expressamente disciplinou o que não é equiparado ao hediondo, para incorporar à antiga jurisprudência, mais ainda deveria ser a determinação (previsão legal) para os que são equiparados aos hediondos. O silêncio do legislador não pode conduzir a uma interpretação restritiva de direitos fundamentais.

O quarto argumento não se sustenta, posto que o caput do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 não determina expressamente que o rol apresentado é equiparado aos crimes hediondos. O que seria necessário diante da regência do princípio da legalidade e da taxatividade penal.

Mas se limita a repetir parte⁹ do teor do inciso XLIII do art. 5º da Constituição. Esta norma fundamental, apesar de determinar mandado de criminalização, determina expressamente os efeitos, quais sejam: vedação de **fiança, graça, anistia e define responsabilidade penal mínima**. Assim, somente por lei (inciso II do art. 5º da Constituição) poderia se restringir o direito fundamental da liberdade (caput do art. 5º da Constituição).

O quinto argumento confere força à interpretação na norma de direito fundamental condizente com o mandado de criminalização. Todavia, não se pode restringir direito fundamental por meio de interpretação da Constituição. Toda restrição de direitos dependerá de lei (inciso II e XXXIX do art. 5º da Constituição), ainda mais no campo penal (art. 3º da LEP; art. 1º do Código Penal), consoante reiteradas decisões da própria Corte e do STF¹⁰.

Além do mais, encampar a tese de que a legislação não previu a progressão mais gravosa para as condenações de tráfico de drogas não implicaria, necessariamente, em proteção insuficiente de direitos ou valores fundamentais (VALOIS, 2019). Até porque a guerra contra as drogas se mostra cada vez mais insuficiente, por mais que consuma boa parte do orçamento da segurança pública e tem provocado cada vez mais superencarceramento.

Conforme já explorado na abertura deste trabalho, as condenações por tráfico são, em grande parte, responsáveis pelo superencarceramento que conduz ao Estado de Coisas Inconstitucional (BRASIL, 2016b) e que posiciona o sistema carcerário brasileiro como um dos mais altos de nível mundial (NOTÍCIA PRETA, 2021).

Especialmente no que concerne à prisão de mulheres pelos crimes relacionados à Lei de Drogas, a situação é alarmante, principalmente se tivermos em conta que sua esmagadora maioria encontra-se atrás das grades por ter tido o tráfico de drogas como única alternativa à sua exclusão do mercado formal (CORTINA, 2015).

Em vista do cenário social que se desenha no entorno da elaboração da Lei nº 13.654, longe da radicalidade de uma imprudente descriminalização em massa, tem-se que a opção legislativa foi das mais acertadas - tendo sido uma opção consciente ou não - por ser capaz de significar um desinchaço significativo no sistema prisional, a partir da progressão de regime de apenados que já cumpriram parte da sua pena (16%) e já sofreram as mazelas da prevenção especial negativa do Estado (CIRINO, 2014).

⁹ Refere-se **exclusivamente à anistia, graça e indulto** (inciso I), **fiança** (inciso II), regime inicial de cumprimento da pena (§1º) e maior tempo para a prisão provisória (§4º).

¹⁰ A título de exemplo: STF, HC 183610, (BRASIL, 2021c).

Os sexto e sétimo argumentos não cabem porque a Corte do STJ e do STF, respectivamente, não aprofundaram o debate¹¹ quando analisaram a possibilidade de aplicação retroativa do art. 112, V, da LEP ou a definição de que o tráfico privilegiado não era crime hediondo¹², mesmo que o caso concreto fosse uma condenação de tráfico de entorpecentes ou drogas afins, já que não houve o necessário aprofundamento do debate para fins de afirmar que o rol de delitos equiparados aos hediondos emana do inciso XLIII do art. 5º da Constituição, nem mesmo a norma criada pelo precedente tem esse enfoque.

Na mesma linha está o STF, quando profere decisão semelhante, já na vigência da Lei nº 13.964/19, mas também sem aprofundamento na temática. Todavia, o mais importante é a preservação da teoria jurídica¹³ de respeito do “princípio da legalidade restrita”, da “proscrição à analogia *in malam partem*” e do “princípio do favor rei” (BRASIL, 2021c)

Ementa: *Habeas corpus*. Execução penal. Progressão especial de regime prevista no art. 112, §3º, da LEP. Mãe de criança menor de 12 anos. Condenada por crime de associação para o tráfico. Princípio da legalidade estrita. Impossibilidade de aplicar à apenada restrição legal oponível unicamente a agente que integrou organização criminosa. Proscrição à analogia *in malam partem*. Princípio do favor rei. Apenada condenada a crime equiparado a hediondo. Ausência de óbice à incidência da progressão mais benéfica. Ordem concedida para determinar que o juízo de execução penal abstenha-se de considerar anterior condenação pelo crime de associação para o tráfico como óbice à concessão do benefício previsto no art. 112, § 3º, DA LEP. 1. A Constituição da República (art. 5º, XXXIX) assegura que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, postulado que exige a subsunção estrita das condutas e das sanções criminais à moldura normativa. 2. Como se nota da leitura do art. 112, § 3º, V, da LEP, a lei somente veda a concessão de progressão especial à apenada que tenha integrado organização criminosa, não abrangendo a associação criminosa (art. 288 do CP) ou associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006). 3. Como, in casu, está a se avaliar circunstância que impede a aplicação de patamar mais benéfico para a progressão de regime é vedada à analogia *in malam partem*, incidindo o princípio da legalidade estrita. 4. Não há, pela redação do art. 112, § 3º, da LEP restrição à progressão especial a quem

¹¹ Revogação do rol de delitos equiparados para fins de progressão de regime prisional, mediante a supressão do parágrafo segundo do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

¹² Trata-se de superação da jurisprudência sumulada do STJ (512). O STJ curvou-se ao STF no julgamento da PET 11796, com a revogação da Súmula (BRASIL, 2016c). Este novo entendimento e alinhamento à jurisprudência do STF foi, posteriormente, prevista no parágrafo 5º do art. 112 da LEP.

¹³ Que poderá amparar a defesa da falta de previsão legal para equiparar condenações de tráfico de drogas com os crimes hediondos para efeito puramente de progressão de regime.

cumpra pena por crime equiparado a hediondo, portanto o fato de a paciente cumprir pena por crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas) não é entrave ao reconhecimento da progressão especial, a qual deve incidir sobre o totum da reprimenda que lhe foi imposta (tanto ao crime de associação para o tráfico como ao próprio tráfico de drogas). 5. Ordem de habeas corpus concedida a fim de determinar que o Juízo a quo realize nova análise de progressão da pena total da paciente (tanto ao crime de tráfico como ao de associação para o tráfico), abstendo-se de considerar o crime de associação para o tráfico como óbice à progressão especial de regime prevista no art. 112, § 3º, da LEP (STF, 2021, HC 183610, Relator(a): Edson Fachin, segunda turma, julgado em 19/10/2021, processo eletrônico DJe-229 DIVULG 18-11-2021 PUBLIC 19-11-2021).

Por fim, a Corte de Cidadania poderá refletir a questão novamente, agora sob o olhar de um deferimento da liminar pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, no *Habeas Corpus* nº 736333/SP (BRASIL, 2022g), o qual concluiu, mesmo que somente em sede de liminar, que não haveria previsão legal de equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos para fins de progressão de regime de cumprimento da pena. Assim, a alteração legal foi verificada, nos seguintes termos

No caso, em juízo de cognição sumária, tem-se que razão assiste à impetração, **uma vez que o permissivo legal que equiparava o delito de tráfico de drogas a hediondo** – a progressão de regime, no caso dos condenados pelos 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, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/1990) – **foi revogado pela vigência da Lei n. 13.964/2019**. Isso porque a aparente ausência de disposição legal equiparando o crime de tráfico de drogas a delito hediondo não poderia ser suprida por ato extralegal (grifo nosso).

O entendimento por último citado é mais acertado e reafirma a argumentação da necessidade de obediência ao princípio da legalidade e da taxatividade da norma penal. Assim, poderá ser fortalecido pelos Tribunais vanguardistas, tornando-se prevalente, quando da apreciação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, por ser a medida mais justa e adequada.

Bem como esta posição teórica está alinhada às exigências do princípio da legalidade para a aplicação dos institutos da execução penal, consoante teses firmadas em situações

anteriores pelo próprio STJ, cite-se: fixação da data base da saída temporária, trabalho externo e livramento condicional; afastar a hediondez do delito de associação para o tráfico de drogas; e, mais recentemente, aplicação do percentual mais gravoso, para fins de progressão deregime somente ao reincidente específico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As massivas alterações legais provocadas no final de 2019 pela Lei nº 13.964 (Pacote Anticrime) continuam sendo objeto de discussão, dúvidas e teorizações. Para entender satisfatoriamente os efeitos dessas alterações na progressão de regime dos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tornou-se necessário fazer um estudo de antes e depois.

Em uma interpretação mais recente, conjugando três documentos legais, quais sejam, a Constituição Federal, a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Execução Penal, considerando o silêncio da primeira e as alterações ocorridas nas duas últimas, constatou-se que o requisito objetivo de progressão não é mais o mesmo para aquela categoria delitiva.

A nova redação conferida à Lei de Execução Penal (LEP) previu a progressão de regime no percentual de quarenta ou sessenta por cento, quando a condenação for por crime hediondo ou equiparado e, muito embora a definição dos crimes hediondos tenha sido feita pela Lei de Crimes Hediondos, a equiparação aos crimes hediondos, para fins de progressão de regime, não foi definida por nenhuma lei.

Antes da vigência do Pacote Anticrime, era possível extrair da Lei de Crimes Hediondos a equiparação do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins especificamente para a concessão da progressão de regime. Após o Pacote, a lei manteve seu rol de crimes hediondos e equiparados para outras situações jurídicas, contudo, o dispositivo que dispunha da equiparação para fins de progressão de regime foi extirpado do diploma, não havendo substituto algum no ordenamento jurídico nacional, a não ser por meio de uma interpretação *in malam partem* da Constituição e das leis conformadoras.

A tentativa de configurar a previsão constitucional por si só, como suficiente para conformar a equiparação do tráfico de drogas à hediondez, não se sustenta, isso porque a Constituição também previu mandados de criminalização nos incisos XLI, XLII e XLIV do art. 5º. Contudo, para esses outros tipos penais, nada foi regulamentado para fins progressão de regime mais gravosa ou equiparada aos hediondos, mesmo na vigência da lei que continha

determinação específica para o rol do inciso XLIII. Além do mais, a Carta Magna não se refere à progressão, mas sim a demais vedações aos crimes equiparados, conforme previsto em seu texto.

Na mesma linha, a previsão de não hediondez para o chamado tráfico privilegiado também não é capaz de legitimar a manutenção da progressão mais gravosa. Se a lei diz que o

§4º do art. 33 da Lei de Drogas não é hediondo ou equiparado, não se quer alargá-lo para ampliar esse rol específico, mas sim interpretar o silêncio do legislador, ao não discriminar os delitos equiparados aos hediondos, para fins de progressão de regime de cumprimento, o que, por si só não pode ser *in malam partem* ou haver integração para tipificar rol restritivo de direitos fundamentais ligados à liberdade.

Além do mais, se o legislador expressamente disciplinou o que não é equiparado aos crimes hediondos, para incorporar à antiga jurisprudência, mais ainda deveria ser a determinação (previsão legal) para os que são equiparados aos hediondos e não o contrário.

Ainda, em precedentes da Corte do STJ e do STF que tratam da aplicação retroativa do art. 112, V, da LEP, mesmo que o caso concreto seja o de uma condenação de tráfico de drogas, não houve o necessário aprofundamento do debate para fins de afirmar que o rol de delitos equiparados aos hediondos emana do inciso XLIII do art. 5º da Constituição, nem mesmo a norma criada pelo precedente tem esse enfoque. Logo, não o precedente não se subsume a um argumento de autoridade, a fim de se lançar mão e se valer da força normativa.

Ademais, não obstante o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha enfrentado o tema, é possível concluir, a partir de uma análise de sua jurisprudência, que o seu prezo pela legalidade e aponta para uma propensão à admissão da tese quando provocado.

Portanto, considerando o princípio da legalidade como basilar e inseparável do Direito Penal e, por conseguinte, da Execução Penal, tem-se como resultado da pesquisa a existência de uma inovação legal benéfica ocasionada pelo silêncio do legislador para que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins deixasse de ser equiparado aos crimes hediondos, exclusivamente, para fins de progressão de regime de cumprimento de pena. Então, a eles devem ser aplicadas as frações determinadas no inciso I ou II do art. 112 da LEP, como requisito temporal para a progressão de regime.

Reconhecida a *novatio in melius*, é inafastável a sua retroatividade. Assim, poderá se imaginar algumas outras consequências, como: a diminuição do encarceramento desta

modalidade delitiva e a racionalização dos gastos públicos no sistema prisional; recálculo do tempo necessário de cumprimento de pena para atingimento do requisito objetivo; possibilidade ou não de progressão *per saltum* - análise da Súmula 491 do STJ e a doutrina favorável (ROIG, 2021).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940 e retificado em 3 jan. 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 20abr. 2022.

_____. **Exposição de Motivos nº 00014/2019**. Ministério da Justiça e Segurança Pública.

31 de janeiro de 2019a Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm>. Acesso em: 25 abr. 2022.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. Lei nº 8.072, de 26 de julho de 1990. **Diário Oficial da**

União, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 dez. 2019 - edição extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 de ago de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 27 de abr. 2022.

_____. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar. de 2016 e retificada em 18 de mar. 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12313.htm>. Acesso em: 26 de abr. de 2022.

_____. Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de abr. De 2018a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13654.htm>. Acesso em: 26 de abr. de 2022.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de dez. de 2019b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 26 de abr. de 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF. HC 736333/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, SEXTA TURMA, liminar concedida em 22/04/2022, 2022/0110240-7. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=151168585&num_registro=202201102407&daa=20220426> . Acesso em: 22 abr. 2022.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF. ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-31DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF. AGRG Nº 1.249.427 - SP, Relator(a): MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19 de junho de 2018, DJe29/06/2018b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800355388&dt_publicacao=29/06/2018>. Acesso

em: 28 de abril de 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1910240/MG, Tema 1.084, Relator(a) ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Brasília, DF, 26 de maio de 2021a. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003260024&dt_publicacao=31/05/2021>. Acesso em: 25 de abril de 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 671220 - RS, Relator(a) JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Brasília, DF, 17 de janeiro de 2022a. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=143496505&num_registro=202101708056&data=20220201>

. Acesso em: 25 de abril de 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência em Teses n. 131, ítem 28), Brasília, DF, 23 de agosto de 2019c. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/Jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20131%202020Compilado%20Lei%20de%20Drogas.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus no 736333/SP Relator(a) SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Brasília, DF, 22 de abril de 2022g. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=

documento&compo
nente=MON&sequencial=151168585&num_registro=202201102407&data=20220
426>. Acesso em: 27 de abril de 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus no
729332/SP Relator(a) REYNALDO SOARES DA FONSECA, Brasília,
DF, 19 de abril de 2022h. Disponível
em:[https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?va
lor=202200728185](https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202200728185) .Acesso em: 05 mai. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental no
Habeas Corpus no 739881/SC Relator(a) REYNALDO SOARES DA
FONSECA, Brasília, DF, 17 de maio de 2022i.

Disponível

em:<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro
=](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=)

202201305995&dt_publicacao=20/05/2022>. Acesso em: 05 jun.
2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental no
Habeas Corpus no 733740/SP Relator(a) ROGERIO SCHIETTI CRUZ,
Brasília, DF, 03 de maio de 2022j. Disponível em:
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=20
2200975583&dt_publicacao=16/05/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200975583&dt_publicacao=16/05/2022)>. Acesso em: 06 jun. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental no

Habeas Corpus no 730567/SP Relator(a) OLINDO MENEZES, Brasília, DF, 17 de maio de 2022k. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200803000&dt_publicacao=20/05/2022>. Acesso em: 06 jun. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus no 745678/PR Relator(a) LAURITA VAZ, Brasília, DF, 01 de junho de 2022l. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=155204638&tipo_documento=documento&num_registro=202201634974&data=20220603&formato=PDF>. Acesso em: 07 jun. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus no 745936/PR Relator(a) JOEL ILAN PACIORNIK, Brasília, DF, 02 de junho de 2022m. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=202201648052&dt_publicacao=03/06/2022>. Acesso em: 07 jun. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus no 746437/RS Relator(a) REYNALDO SOARES DA FONSECA, Brasília, DF, 01 de junho de 2022n. Disponível em:

<processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=155414997&num_registro=202201672006&data=20220603>.

Acesso em: 07 jun. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus no 745977/MTRelator(a) OLINDO MENEZES, Brasília, DF, 01 de junho de 2022. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=155262878&num_registro=202201648836&data=20220603>

Acesso em: 07 jun. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus no 746118/RSRelator(a) ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Brasília, DF, 01 de junho de 2022p. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=155337536&num_registro=202201656534&data=20220603>

Acesso em: 07 jun. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus no 745314/RS Relator(a) RIBEIRODANTAS, Brasília, DF, 31 de maio de 2022q. Disponível em: <[javascript:AbreDocumento\('/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=155179453&num_registro=202201619743&data=20220601%27\)](javascript:AbreDocumento('/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=155179453&num_registro=202201619743&data=20220601%27))>. Acesso em: 07 jun. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus no

730567/SP Relator(a) JEFERSON RIVAROLA ROCHA, Brasília, DF, 01 de junho de 2022r. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=202201266876&dt_publicacao=03/06/2022>. Acesso em: 07 jun. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 491, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe13/08/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=491&tipo_visualizacao=RESUMO&b=SUMA&tp=T>. Acesso em: 27 abr. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira Seção revisa tese e cancela súmula sobre natureza hedionda do tráfico privilegiado, Brasília, DF, 24 de novembro de 2016c. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-11-2410-35_Terceira-Secao-revisa-tese-e-cancela-sumula-sobre-natureza-hedionda-do-trafico-privilegiado.aspx>. Acesso em: 07 jun. 2022.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC19-02-2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pag es / search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&snonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADPF&page=1&pageSize=10&queryString=347&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo em RExt 1.327.963, Tema 1169, Relator(a) GILMAR MENDES, Brasília, DF, 17 de setembro de 2021b. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6180884>>.

Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Súmula Vinculante 56, Brasília, DF, DJe nº 168 de 01/08/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=sumulas&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=56&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus no 183610/SP Relator(a) EDSON FACHIN, Brasília, DF, 19 de outubro de 2021c. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur456194/false>>.

Acesso em: 07 jun. 2022.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. **Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista, dezembro de 2015.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ref/a/PQPcqNq4NR9TCkk3tNmvp5c/?lang=pt#>>. Acesso em: 18 de abr. de 2022.

CIRINO, Juarez. **Direito Penal Parte Geral.** 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, período de Janeiro a Junho de 2021, 19 jan. 2022. **Governo Federal**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

MASI, Carlo. O afastamento da hediondez do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para fins de progressão de regime. **Canal Ciências Criminais**, 09 de setembro de 2021. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.com.br/o-afastamento-da-hediondez-do-crime-de-trafico-ilicito-de-entorpecentes/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

NOTÍCIA PRETA. Brasil ocupa a 3ª posição no ranking de países com mais presos no mundo, considerando o número absoluto de detentos. **Notícia Preta**, publicado em 17 mai. 2021. Disponível em:

<https://noticiapreta.com.br/brasil-ocupa-a-3a-posicao-no-ranking-de-paises-com-mais-presos-no-mundo-considerando-o-numero-absoluto-de-detentos/>. Acesso em : 2 jun. 2022.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. São Paulo: ThomsonReuters Brasil, 2021.

SILVEIRA, Érico Ricardo; TAKAYASSU, Felipe de Mattos. Tráfico de Drogas e progressão de regime: a lei anticrime e a não hediondez do delito. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de maio de 2021. ISSN1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/tribuna-defensoria->

trafico-drogas-progressao-regime-delito-comum#:~:text=O%20objetivo%20do%20presente%20artigo,e%20drogas%20afins%22%20(art.&text=13.964%2F2019)%2C%20em%2023,novatio%20legis%20in%20mellius%20. Acesso em 18 fev. 2022.

STRECK, Lênio. Parecer para análise da constitucionalidade do artigo 492, inciso I, alínea “e”, e seus §§ 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal, de acordo com a redação que lhes foi conferida pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Lei Anticrime”. **Comissão Nacional de Estudos Constitucionais**, 9 de setembro 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/prisao-automatica-condenacao-juri.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da guerra às drogas. **Boletim - 286 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, setembro de 2016. Disponível em:

<https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5824-O-Direito-Penal-da-guerra-as-drogas>. Acesso em: 25 abr. 2022.