

DO CARATER HEDIONDO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO: Uma análise comparativa com o homicídio privilegiado-qualificado à luz da lei 8072/90

Ilydia Fonseca de Moraes¹
Mauricio Lopes de Paula²
Banca examinadora**

RESUMO: O artigo analisa as diferentes interpretações jurisprudenciais dadas à lei 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, no que tange aos crimes de homicídio privilegiado-qualificado e associação para o tráfico. Tendo em vista que ambos os crimes não compõe o rol taxativo da referida lei, mas há decisões dos Tribunais Superiores no sentido de que o crime de associação para o tráfico é crime hediondo, o artigo busca a solução jurídica pertinente para esse tratamento desigual entre os crimes à luz do princípio constitucional da legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Homicídio privilegiado-qualificado; associação para o tráfico; crimes hediondos; princípio da legalidade; analogia *in Malam partem*.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Crimes Hediondos e Equiparados; 3 Do Homicídio Privilegiado-qualificado; 4 Associação Para o Tráfico; 5 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo expõe o tratamento dado nos nossos Tribunais superiores e pela doutrina ao crime de homicídio privilegiado-qualificado e ao crime de associação para o tráfico sob a égide da Lei 8.072/90, a Lei dos crimes hediondos (LCH).

O crime de homicídio privilegiado e qualificado simultaneamente é um tipo pacificamente aceito em nosso ordenamento jurídico proveniente da combinação das qualificadoras de cunho objetivos, previstas no art. 121, incisos III, IV e V do Código Penal (CP) e a causa de diminuição de pena prevista no art. 121, §1º, CP, e não é crime hediondo porque não encontra-se elencado no rol taxativo da lei 8.072/90.

Por conseguinte, a associação para o tráfico é um tipo penal trazido pelo antigo art. 14 da lei 6.368/76, atualmente art. 35, da nova lei de tóxicos, lei 11.343/2006, que criminaliza a mera associação com o fim de cometimento de tráfico ilícito de entorpecente, sem a necessidade que este último delito venha a ocorrer. Em que pese o crime de associação para o tráfico também não esteja previsto no rol taxativo da Lei dos Crimes Hediondos, a jurisprudência majoritária o considera como tal, e aplica as diretrizes da lei aos acusados pelo citado crime.

O que há na verdade, é uma controvérsia jurídica longe de ser pacificada. Há julgados do STJ (Superior Tribunal de Justiça) no sentido de que a associação para o tráfico é crime hediondo, como também no sentido de que não é.

Ante ao exposto, surge uma incompatibilidade jurídica: considerando que nem associação para o tráfico e nem o homicídio privilegiado-qualificado compõe o rol da Lei dos Crimes Hediondos por que o primeiro é classificado e tratado como hediondo e o segundo não?

Não obstante a jurisprudência tenha o objetivo de uniformizar os entendimentos, no presente caso ela confunde ainda mais os operadores do Direito. Há entendimentos completamente contraditórios dos nossos Tribunais Superiores que só nos mostram o quanto nosso ordenamento jurídico é frágil ao interpretar e aplicar de maneiras diferentes uma mesma lei.

O presente trabalho analisa a solução jurídica pertinente no que tange à essa controvérsia à luz da Constituição Federal (CF) vigente, e ainda, dos princípios que norteiam a nossa legislação, dentre eles o princípio da legalidade, que é um dos princípios basilares e absolutos do Direito Penal e é o maior dos argumentos em prol da segurança jurídica.

O artigo será dividido em cinco capítulos, iniciando o estudo pela Lei dos Crimes Hediondos, logo em seguida, um estudo aprofundado sobre o homicídio privilegiado-qualificado seguido do estudo do crime de associação para o tráfico. Por fim, tem-se as considerações finais com o objetivo de expor a solução pertinente ao tratamento desigual dado pela jurisprudência aos dois crimes, no âmbito da LCH.

2 CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

2.1 Contexto Histórico

A lei dos crimes hediondos (8.072/90) surgiu após o legislador constituinte de 1988 estabelecer no art. 5º, inciso XLIII, a palavra "hediondo". A norma, como toda norma de eficácia limitada, abriu espaço para a criação de uma lei posterior que definiriam quais seriam os crimes classificados como hediondos. O legislador também se preocupou em equiparar constitucionalmente como hediondo os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, antes mesmo da criação da lei específica, conforme nos mostra o artigo *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

A lei dos crimes hediondos só veio a ser criada em 25 de julho de 1990 como uma forma de resposta para a sociedade ao considerável aumento da criminalidade nos anos 90 e trouxe um tratamento mais severo àqueles que cometem os crimes estabelecidos no rol taxativo da lei, especialmente no que tange a progressão de regime, à vedação da fiança, anistia, graça e indulto, regime inicial de cumprimento da pena, entre outros a serem explorados no próximo tópico.

2.2 Os crimes hediondos e suas características

O Brasil adotou o critério legal (GOMES, p. 494, 2010) para a definição dos crimes hediondos, ou seja, apenas é considerado como tais, os crimes elencados no rol taxativo do artigo primeiro da LCH, e os equiparados pelo legislador constituinte. São eles:

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

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

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

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

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

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

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

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B)

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

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (art. 1º, Lei 8.072/90).

Além do tráfico ilícito de entorpecentes, tortura e terrorismo, que são as figuras equiparadas.

A LCH chegou ao nosso ordenamento jurídico com o objetivo de punir mais severamente os criminosos, para tentar diminuir a criminalidade. Entretanto, a letra da lei trouxe muitos problemas e polêmicas a serem resolvidas pelos nossos tribunais, que tiveram que interpretá-la a fim de colocá-la à luz da Constituição. Vejamos as diretrizes mais severas e os problemas trazidos pela LCH.

O art. 2º da LCH, em sua redação original estabelecia que os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto. Os problemas começam por aí, uma vez que o legislador constitucional no art. 5º, inciso LXIII da CF definiu apenas a vedação a anistia e graça, excluindo, assim, o indulto.

No entanto, o STF (Supremo Tribunal Federal) se posicionou no sentido de que o indulto é modalidade de graça e assim, estaria alcançado pela vedação constitucional, uma vez que a carta magna trás vedações mínimas, permitindo ao legislador ampliá-las. (GOMES, CUNHA, p. 511, 2010).

O inciso II, do referido artigo, traz uma vedação à fiança. Na redação original, vedava-se também a liberdade provisória, porém, com o advento da Lei 11.464/07 essa proibição foi retirada, ficando apenas vedada à concessão de fiança. O STF interpretou da seguinte maneira: é proibida a concessão de liberdade provisória com fiança para os crimes hediondos e equiparados, porém é perfeitamente cabível a liberdade provisória sem fiança. Parece um pouco contraditório, mas essa é a saída para a constitucionalidade do artigo.

A Lei 11.464/07 ainda trouxe outras modificações relevantes. A progressão de regime é uma delas e ocorre após o cumprimento de dois quintos da pena se o apenado for primário e três quintos se reincidente (art. 2º, parágrafo segundo, da LCH), diferindo da lei de execuções penais (LEP- Lei 7.210/84) que prevê a progressão de regime após cumpridos um sexto da pena privativa de liberdade (art. 112). No entanto, para os crimes praticados antes da vigência da Lei 11.464/07 a progressão é aquela estipulada pela regra da LEP, para evitar a retroatividade in malam partem, como dispõe a súmula 471 do STJ. (GOMES, CUNHA, p. 512, 2010).

O primeiro parágrafo do art. 2º da LCH foi declarado inconstitucional pelo STF, e, por isso não tem mais aplicabilidade. Ele determinava que as penas por crimes hediondos e equiparados fossem cumpridas no regime inicial fechado. É entendimento pacífico do STF que, ao estipular o regime inicial o legislador está violentando as garantias constitucionais da individualização da pena, uma vez que fica a cargo o juiz competente realizar a dosimetria da pena, nos moldes do art. 59, inciso III, do CP, e é ele quem deverá fixar o regime de cumprimento de pena inicial de acordo com a quantidade de pena estabelecida, não podendo fixar o regime inicial fechado apenas pela natureza hedionda do crime julgado.

Nesse sentido, o STF editou a súmula vinculante nº 26. Vejamos:

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

O instituto do livramento condicional também sofreu modificações com o advento da LCH, tornando-o possível para os autores de crimes hediondos e equiparados somente após o cumprimento de dois terços da pena imposta. Lembrando que, para todos esses cálculos, tanto no livramento condicional como na progressão de regime usa-se a pena efetivamente imposta, não a pena unificada, para atender o limite de trinta anos estabelecido pelo art. 75 do CP. Sobre esse tema, o STF também editou uma súmula, a 715, Vejamos:

A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do código penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

Resta complementar que o reincidente específico em crime hediondo ou equiparado (que inclusive, não precisa ter cometido o mesmo crime, basta que ela seja hediondo ou equiparado) não tem direito ao livramento condicional.

Por fim, a prisão temporária do suspeito de cometimento de algum crime do rol taxativo da LCH ou equiparado é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, fugindo à regra geral dos demais crimes, que é de 5 dias, prorrogável por mais 5, conforme inteligência do art. 2º, parágrafo quarto, da LCH.

3 DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO

3.1 O crime de homicídio

Dentre os bens jurídicos tutelados a vida humana destaca-se como o mais importante, pois, afinal, é a base de tudo e é a condição de existência dos demais direitos fundamentais.

A proteção à vida humana encontra respaldo na Constituição Federal em seu artigo 5º, caput (Direitos e garantias fundamentais) e, para sua preservação efetiva recebe ainda uma proteção penal, uma vez que legislador, no Código Penal, inaugura a parte especial do Código Penal tipificando o ato de matar alguém, criando, assim, o crime de homicídio, previsto no artigo 121 do referido dispositivo legal.

O direito a vida é classificado como direito público subjetivo, tendo em vista que é obrigação do Estado respeitá-lo e preservá-lo. É também, um direito indisponível, embora subjetivo. Não é possível renunciar a esse direito pelo fato de que a vida é o pressuposto da existência de todos os demais direitos.

Nesse sentido, o legislador penal tipificou o simples ato de matar alguém, independente dos motivos que levaram o autor a realizar tal conduta. No entanto, as formas de realização e circunstâncias do crime são levadas em conta para estabelecer o grau de reprovação da conduta praticada pelo autor, ou mesmo para a criação de novos tipos penais, como por exemplo, o infanticídio.

Assim, o crime de homicídio, tipificado no art. 121, do Código Penal, prevê em seus parágrafos o homicídio privilegiado, causa de diminuição de pena prevista no parágrafo primeiro, e o homicídio qualificado, previsto no parágrafo segundo.

O homicídio privilegiado, que na verdade, como dito anteriormente, é uma causa de diminuição de pena, é um exemplo de conduta que tem menor reprovabilidade social, tendo em vista os seus elementos motivacionais intrínsecos ao cometimento da conduta típica. No entanto a conduta continua proibida, vez que se trata de uma minorante, obrigatória nos casos em que o autor comete o delito "impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima" (art. 121, § 1º, do Código Penal).

Lado outro, o homicídio qualificado apresenta uma situação oposta, em que após o legislador criminalizar a conduta de "matar alguém" estabelece novos parâmetros mínimos e máximos de pena, ao entendimento de que os motivos (torpe e fútil), meios (traição, emboscada, dissimulação ou outro meio que dificulte a defesa da vítima), modos (emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio que torne impossível a defesa do ofendido) e fins (para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime) utilizados no cometimento do crime causam maior repugnância na sociedade. Essas qualificadoras do tipo estão capituladas nos incisos do parágrafo segundo do art. 121 do CP, tendo caráter objetivo, quando versam sobre o modo de execução do crime, os meios e os fins, e subjetivo quando se referem aos motivos (fútil e torpe).

3.2 O homicídio privilegiado-qualificado

Estabelecidos os conceitos, passa-se à análise do primeiro ponto: é possível o homicídio ser privilegiado e qualificado simultaneamente? A doutrina e a jurisprudência dos tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é amplamente majoritária no sentido de que é possível a coexistência do homicídio privilegiado e qualificado, quando as qualificadoras forem de cunho objetivo, ou seja, quando disserem respeito ao modo de execução do crime, excluindo assim as previstas no inciso I e II, respectivamente, motivo fútil e torpe.

HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO- QUALIFICADO: POSSIBILIDADE, MESMO COM O ADVENTO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA-BASE: FIXAÇÃO A PARTIR DA MÉDIA DOS EXTREMOS COMINADOS, OU DA SUA SEMI-SOMA, E FUNDAMENTAÇÃO; PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

1. A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de ocorrência de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias aplicáveis. Ocorrência da hipótese quando a paciente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, mas o pratica disparando os tiros de surpresa, nas costas da vítima (CP, art. 121, § 2º, IV) A circunstância subjetiva contida no homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º) convive com a circunstância qualificadora objetiva "mediante recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima" (CP, art. 121, § 2º, IV). Precedentes. A superveniência das Leis

nºs. 8.072/90 e 8.930/94, que tratam dos crimes hediondos, não altera a jurisprudência deste Tribunal, observando-se que no caso do homicídio qualificado não foi definido um novo tipo penal, mas, apenas, atribuída uma nova qualidade a um crime anteriormente tipificado.

2. A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório. Precedentes.

3. Habeas-corpus deferido em parte para anular o acórdão impugnado e, em consequência, a sentença da Juíza Presidente do Tribunal do Júri, somente na parte em que fixaram a pena, e determinar que outra sentença seja prolatada nesta parte, devidamente fundamentada, mantida a decisão do Conselho de Sentença. (HC 76196 GO, Relator Maurício Corrêa, 29/09/1998, Segunda Turma)

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO TENTADO. VIOLENTA EMOÇÃO. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. COMPATIBILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS. QUESTIONÁRIO. ORDEM LEGAL.TENTATIVA. RECONHECIMENTO. QUESITO SOBRE DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. DESNECESSIDADE.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores, incluídamente do Excelso Supremo Tribunal Federal, é firme na compreensão de que as circunstâncias privilegiadoras, de natureza subjetiva, e as qualificadoras, de natureza objetiva, podem concorrer no mesmo fato-homicídio, à falta de contradição lógica.

2. Em respondendo a defesa com a tese da desistência voluntária à acusação de homicídio tentado, a formulação de um único quesito decide a tese acolhida pelos jurados que, afirmando ou negando a tentativa, negarão ou afirmarão a desistência, respectivamente, bem certo que, no caso de homicídio tentado, o quesito a ela relativo há de anteceder aos da defesa alegada, porque próprio do fato principal (Código de Processo Penal, artigo 484, inciso I).

3. Ordem denegada. (HC 28623 STJ)

A justificativa para a impossibilidade de coexistência de um homicídio praticado por motivo torpe ou fútil com privilegiadoras seria a própria incompatibilidade da natureza jurídica subjetiva dessas figuras. Seria impossível, por exemplo, admitir que alguém cometa um homicídio por motivo fútil e sob domínio de violenta emoção ao mesmo tempo.

3.3 O homicídio privilegiado-qualificado é crime hediondo?

Superada essa discussão, e tendo em vista a perfeita possibilidade de coexistência do homicídio privilegiado e qualificado surge uma controvérsia jurídica: a hediondez do tipo penal privilegiado-qualificado. O homicídio qualificado foi considerado hediondo pela Lei 8.072/90, chamada de Lei dos Crimes Hediondos, por ser um crime que provoca maior comoção social e reprovação popular. Encontrase elencado no rol taxativo do artigo primeiro da lei 8.072/90 (inciso I). Entretanto, o crime de homicídio privilegiado não é hediondo.

O Superior Tribunal de Justiça, assim como a maioria da doutrina, como Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha, Guilherme de Souza Nucci, Cezar Roberto Bitencourt, tem se posicionado no sentido de que tal tipo penal não é hediondo. No entanto, existe uma corrente minoritária, na qual autores como p. ex. Edgar de Oliveira Santos Cardoso defendem a hediondez do homicídio privilegiado-qualificado.

A corrente majoritária sustenta que o crime de homicídio privilegiado-qualificado não pode ser hediondo pois a Lei 8.072/90 não faz qualquer menção a esse tipo penal, e, assim, pelo princípio da legalidade, e considerando que o mencionado tipo não se encontra no rol taxativo da lei, não se pode caracterizá-lo como hediondo.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 327) compartilha o entendimento de que, no homicídio privilegiado-qualificado, as qualificadoras dizem respeito apenas ao modo de execução do crime, de tal maneira de que, ainda que o homicídio seja praticado com emprego de meio cruel, uma vez presente o motivo de relevante valor social ou moral torna-se incompatível a aplicação de uma reprimenda mais severa, tendo em vista a clara incompatibilidade entre a hediondez e os motivos determinantes desse crime. Ou seja, o crime não causa repulsa e nem reprovação social e por esse motivo, não é hediondo e as diretrizes da lei dos crimes hediondos não devem ser aplicadas.

Ainda, usando da analogia com o artigo 67 do CP, que diz:

Art. 67 No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Entende-se que o privilégio prepondera sobre a qualificadora, descaracterizando assim, a hediondez do tipo. Vejamos:

Assim sendo, parece-nos indiscutível que há um predomínio do motivo sobre o método. Não seria crível que o relevante valor moral, móvel para o cometimento do delito, fosse caracterizado como hediondo, leia-se, repugnante. Ou é de relevante valor ou é repugnante. (NUCCI, 2012, p. 327)

Nesse sentido, os tribunais superiores vêm decidindo reiteradamente que, uma vez não estando o tipo penal no rol taxativo da lei, não se pode realizar uma interpretação extensiva da norma para abranger o tipo penal privilegiado-qualificado.

“STJ - HC 36317 / RJ - PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, §§ 1º E 2º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes). Writ concedido”

“STJ - HC 41579 / SP - HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. TENTATIVA. CRIME NÃO ELENADO COMO HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO.

1. O homicídio qualificado-privilegiado não figura no rol dos

crimes hediondos. Precedentes do STJ.

2. Afastada a incidência da Lei n.º 8.072/90, o regime prisional deve ser fixado nos termos do disposto no art. 33, § 3º, c.c. o art.

59, ambos do Código Penal.

3. In casu, a pena aplicada ao réu foi de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, e as instâncias ordinárias consideraram as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu. Logo, deve ser estabelecido o regime prisional intermediário, consoante dispõe a alínea b, do § 2º, do art. 33 do Código Penal.

4. Ordem concedida para, afastada a hediondez do crime em tela, fixar o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena infligida ao ora Paciente, garantindo-se-lhe a progressão, nas condições estabelecidas em lei, a serem oportunamente aferidas pelo Juízo das Execuções Penais.”

“STJ - HC 43043 / MG - HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.

1. O homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, não se lhe aplicando norma que estabelece o regime fechado para o integral cumprimento da pena privativa de liberdade (Lei nº 8.072/90, artigos 1º e 2º, parágrafo 1º).

Em sentido contrário, há doutrinadores, como por exemplo Edgar de Oliveira Santos Cardoso que lecionam a possibilidade de considerar o homicídio privilegiado-qualificado como crime hediondo e aplicar as diretrizes da lei ao tipo, entendendo que, o art. 67 do CP aplica-se apenas para as agravantes a atenuantes e que, as circunstâncias do privilégio apenas interferem na quantidade de pena e não na natureza do delito em si, ou seja, o crime continua sendo de homicídio qualificado, porém verifica-se a presença de uma causa de diminuição de pena. (GOMES, CUNHA, p. 499, 2010).

Nesse sentido, verifica-se ainda que ao classificar os crimes hediondos, o legislador não se preocupou com a quantidade concreta da pena e sim com o crime em si, desse modo, a incidência da minorante não afasta a qualificação legal do crime.

Como dito, a doutrina majoritária e os tribunais superiores do nosso ordenamento não aceitam a caracterização hedionda do homicídio privilegiado-qualificado e, conseqüentemente, não aceitam a aplicação das diretrizes mais severas trazidas pela lei.

4 ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

4.1 O conceito do crime e suas peculiaridades:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

O crime de associação pra o tráfico de drogas e maquinários está tipificado no artigo 35, da Lei 11.343/2006, que traz uma modalidade especial do crime de associação criminosa previsto no Código Penal no artigo 288, diferindo-se desse no tocante à quantidade de sujeitos passivos necessários à consumação do crime; a associação para o tráfico exige apenas duas pessoas e a associação criminosa exige três, conforme recente modificação introduzida pela Lei 12.580/2013, a nova lei do crime organizado.

Como de costume, em todos os crimes trazidos pela lei de drogas, a associação para o tráfico tutela a saúde pública e individual da sociedade.

O crime de associação para o tráfico é autônomo, classificado como crime formal, sendo que para a sua caracterização não é necessária a prática dos crimes citados pelo artigo 35, ou seja, o tipo descreve um resultado, porém esse não precisa ser verificado para ocorrer à consumação. Todavia, caso um desses crimes venha a ocorrer concomitantemente, está configurado o concurso material de crimes, conforme art. 69, do CP.

Grande parte da doutrina (GOMES, CUNHA, p.264, 2010) não admite a forma tentada desse tipo penal, que é classificado como crime permanente, uma vez que sua consumação se perdura no tempo, enquanto existir a associação.

Ressalte-se que, para a consumação do tipo é necessária a comprovação do animus associativo, ou seja, do liame subjetivo, o dolo da intenção associativa, com o fim de cometer o dolo específico. Essa comprovação do dolo cominada com o fim específico de praticar os delitos do art. 33, caput e parágrafo primeiro, art. 34 e 36 da lei de drogas, é exigível pela natureza subjetiva do tipo penal em questão.

A associação está consumada mesmo se um dos autores for menor de idade, e conseqüentemente inimputável.

A título de curiosidade, a antiga lei do tráfico de drogas previa uma majorante no caso de associação eventual para o tráfico, ou seja, para o concurso de agentes, tal previsão não vigorou com o advento da nova lei de drogas. Atualmente, ainda que a associação seja eventual está caracterizado o crime do art. 35 da lei de drogas, considerando que na nova redação há a expressão “reiteradamente ou não”. (GOMES, CUNHA, p.266, 2010).

Essa modificação da lei retroagiu para beneficiar fatos passados, inclusive aqueles cujo trânsito em julgado já tinha se dado. A justificativa para tal modificação é que, como já dito, o crime de associação para o tráfico é crime formal, como se vê na lição de Cezar Roberto Bitencourt que cita Hungria para esclarecer o assunto: “Afirma-se que no crime formal o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente, ou, como dizia Hungria, “a consumação antecede ou alheia-se ao *eventus damni*” “. (Cezar Roberto Bitencourt, tratado de direito Penal, parte geral, 16 edição, 2011, pag 255).

4.2 Associação para o tráfico é crime hediondo?

A doutrina e a jurisprudência divergem muito no tocante a característica hedionda do crime de associação para tráfico. Existem decisões defendendo os dois lados.

A doutrina do autor Luis Flávio Gomes não considera o tipo em questão como crime hediondo, amparando esse posicionamento no princípio da legalidade e, uma vez que o crime não encontra-se previsto no rol taxativo da Constituição Federal e nem da LCH ele não pode ser considerado como tal.

Apesar disso, o crime de associação para tráfico é inafiançável, insuscetível de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, tratamento dado aos crimes hediondos e equiparados.

Os que defendem a não hediondez do crime em tela argumentam que é impossível realizar uma analogia com a Constituição para considerar que quando ela se refere em “tráfico de drogas” ela inclui a associação para o tráfico, porque seria uma analogia *in malam partem*, vedada no nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, ainda há que se considerar que a associação para o tráfico é crime autônomo e, assim, não tem relação com o tráfico de drogas e, como já dito, o crime não está ligado à realização das condutas típicas descritas por ele, entre elas o tráfico de drogas.

Em sentido contrário, há o entendimento que interpreta o art. 5º, inciso XLIII, da seguinte maneira:

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; (Grifos nossos). (art. 5º, inciso XLIII, CF/88).

Considerando que a lei foi omissa ao dizer o que seriam “drogas e afins” abre-se um precedente para interpretá-la aceitando que, dentro da conduta “traficar” está implícito todas as demais ações que fazem com que o agente contribua para o comércio ilícito de entorpecentes.

Há ainda, o argumento de que, a LCH se preocupa em punir os crimes mais repugnantes aos olhos da sociedade, e, se a associação é destinada ao tráfico, e o tráfico é crime equiparado ao hediondo, logo, a associação para o tráfico também seria hediondo.

O desembargador Alberto Deodato Neto em voto no acórdão em Agravo em Execução Penal Nº 1.0035.13.003199-6/001, citando Guilherme de Souza Nucci entendeu que se trata de crime hediondo: “... pois se trata de crime equiparado a hediondo, em nosso ponto de vista. Quem colabora com o tráfico, traficante é” (in: Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4.ed. rev. atual. e ampl.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pág.369).

Argumenta-se, ainda, que o não reconhecimento do crime de associação para o tráfico como hediondo abre precedentes para a seguinte reflexão: Realizar sozinho uma das condutas típicas para a configuração do tráfico de drogas é mais grave e reprovável que realizar em conjunto?

Pensando dessa forma, a proposta da Lei dos crimes Hediondos ficaria prejudicada, vez que ela prevê tratamento mais severo àqueles que cometem os crimes considerados de maior comoção social, e a associação para o tráfico de drogas, cometido por duas ou mais pessoas, deveria ter o mesmo tratamento?

Abaixo seguem jurisprudências acerca da questão, cabendo ressaltar Como que, essa discussão ainda não foi pacificada no ordenamento jurídico e está longe de ser.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - RECURSO NÃO PROVIDO.

- O crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 é equiparado a hediondo, uma vez que a mens legis é punir aqueles que cometem os delitos relacionados com o tráfico de maneira mais severa. V.V. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - HEDIONDEZ - INOCORRÊNCIA. O delito de associação para o tráfico de entorpecentes não pode ser considerado como hediondo ou equiparado, uma vez que a Constituição da República e a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, não o consideram expressamente como tal, não sendo possível realizar analogia in malam partem de modo a inseri-lo em tal categoria. Recurso defensivo a que se da provimento.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. 1. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CÁLCULO. CRIME CONSIDERADO NÃO HEDIONDO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DO CÁLCULO CASSADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CRIME NÃO HEDIONDO. LISTAGEM TAXATIVA DOS CRIMES COM TAL NATUREZA. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. 2. ORDEM CONCEDIDA. 1. O crime de associação para o tráfico não integra a listagem legal de cri-

mes considerados hediondos. *Impossível analogia in malam partem com o fito de considerá-lo crime dessa natureza.* 2. *Ordem concedida para, em confirmação à liminar já deferida, cassar a decisão proferida no acórdão impugnado, para que seja restabelecido o cálculo efetuado pelo juízo da execução criminal, que considerou o crime previsto no artigo 14 da Lei 6.368/76 como não hediondo.* (HC 56529/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe 23/03/09).

A seguir as recentes jurisprudências do STJ sobre o tema:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/06. DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PRECEDENTES. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE DROGAS. REQUISITO OBJETIVO:FRAÇÃO ESPECÍFICA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ANALOGIA IN MALAM PARTEM.IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUSCONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA ASSEGURAR A ELABORAÇÃO DE CÁLCULO DA PENA, PARA FINS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, SEM A EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA IMPOSTA.

1. *A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.*

2. *Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal da Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.*

3. *O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que o crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, já que não está abrangido pelos ditames da Lei n.º 8.072, de 25/07/1990.*

4. *Em matéria de livramento condicional, a Lei de Crimes Hediondos acresceu o inciso V ao art. 83 do Código Penal, fixando a fração de mais de 2/3 para a concessão desse benefício para condenados por delitos hediondos, terrorismo, tortura e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.*

5. *Esta Corte Superior, em interpretação sistemática, passou a entender que os condenados pelo então crime do art. 14 da Lei n.º 6.368/76 faziam jus ao livramento condicional, após o cumprimento de mais de 1/3 da pena, se primário, ou de mais da metade, se reincidente, conforme o disposto nos incisos I ou II do mesmo art. 83, já que tal delito era autônomo e comum – v.g., HC 35.310/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 16/11/2004 p. 307; HC 36.509/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 25/10/2004; HC 175.671/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/08/2011.*

6. *Após o advento da Lei n.º 11.343, de 24/08/2006, o crime de associação para o tráfico, em continuidade normativo típica, passou a ser tipificado no art. 35 da novatio legis. Esta Casa manteve o mesmo entendimento de que os condenados pela prática dessa infração penal deveriam observar os re-*

quisitos dos incisos I ou II do art. 83 do Código Penal, para a obtenção de livramento condicional – v.g., HC 261.715/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe de 28/10/2013; HC 258.188/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJSE), DJe de 12/04/2013; HC 169.654/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU (Desembargador Convocado do TJRJ), DJe de 10/09/2012.

7. *Todavia, a nova Lei de Drogas aparentemente inovou no tratamento da matéria em comento, uma vez que, diversamente da Lei n.º 6.368, de 21/10/1976, passou a estabelecer o critério objetivo para a concessão do livramento condicional dos condenados pelos delitos previstos nos arts. 33, § 1.º, e 34 a 37, inclusive, portanto, o crime de associação para o tráfico.*

8. *A invocação de quantum mais gravoso, para fins de concessão de benefícios da execução, traduz-se em verdadeira analogia in malam partem, expediente sabidamente vedado na seara penal.*

9. *Ordem de habeas corpus não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para assegurar a elaboração de cálculo da pena, sem a exigência de cumprimento de 2/3 da pena imposta pelo delito de associação para o tráfico de drogas, para fins de concessão do benefício do livramento condicional.* (HC 284176/ RJ, Relatora: Laurita Vaz, 28/08/2014).

HABEAS CORPUS. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. DELITO NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INCISO V DO ARTIGO 83 DO CÓDIGO PENAL. NÃO APLICAÇÃO.

1. *O delito de associação, previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76, não é equiparado a hediondo, mostrando-se incabível nas condenações por sua prática a aplicação do inciso V do artigo 83 do Código Penal para a concessão do livramento condicional.*

2. *Ordem concedida para que seja efetuado novo cálculo para a concessão do livramento condicional, em relação ao delito do art. 14 da Lei nº 6.368/76.* (HC 38520, Relator Paulo Gallotti, 22/02/2005).

Em sentido contrário, temos julgamentos do mesmo STJ tratando a associação para o tráfico como crime hediondo. Vejamos:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 44 DA LEI N.º 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO DECRETO PRISIONAL. ENVOLVIMENTO EM ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. SUSPEITA DE QUE INTEGRA O PCC. REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO. FEITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, insculpida no art. art. 5º, LXVIII.*

2. *Com efeito, em respeito ao sistema recursal previsto no or-*

denamento jurídico, esta Corte de Justiça passou a não conhecer do habeas corpus quando impetrado com propósito diverso do delineado constitucionalmente. 3. Entretanto, em hipóteses excepcionais, este Tribunal Superior tem concedido, de ofício, ordem de habeas corpus, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, quando a ilegalidade apontada for flagrante e estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo, situação que não se verifica na espécie.

4. O Pleno do STF declarou, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, determinando que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar.

5. Mesmo em caso de crimes hediondos ou equiparados, remanesce a necessidade de fundamentação concreta para o indeferimento do pedido, prestigiando-se, assim, a regra constitucional da liberdade em contraposição ao cárcere cautelar, quando não houver demonstrada a necessidade de segregação.

6. A segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no tocante aos crimes de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico, e o decreto de prisão processual exige a especificação de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

7. Explícitado no acórdão recorrido o envolvimento do paciente em associação criminosa voltada para o tráfico de drogas na fundada suspeita de que integra o PCC, bem como de que possui mandado de prisão em aberto oriundo de outra Comarca, sob a acusação de formação de quadrilha e tentativa de homicídio, além de possível envolvimento com o PCC, evidencia-se o cometimento reiterado de condutas criminosas, tornando necessária sua custódia provisória para a garantia da ordem pública. 8. Demonstrada a periculosidade concreta do acusado, denotando ser sua personalidade voltada para o cometimento de delitos, resta obstada a revogação da medida constritiva para garantia da ordem pública. Precedentes desta Corte.

9. A possibilidade real do acusado voltar a delinquir caso seja posto em liberdade obsta, de igual modo, a aplicação de medida cautelar menos gravosa do que a prisão ao réu, conforme a nova dicção do art. 319, conferida após o advento da Lei nº 12.403/11.

10. Condições pessoais favoráveis não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos, como na hipótese dos autos.

11. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada, eis que o prazo para o encerramento da instrução penal não é absoluto, devendo ser avaliado à luz do princípio da razoabilidade, mormente se a suposta mora não puder ser atribuída ao Juiz ou ao Ministério Público.

12. Hipótese em que o feito tramita regularmente, devendo ser ressaltada a complexidade da causa, caracterizada pela pluralidade de réus (vinte e seis).

13. Ordem não conhecida.

(HC 298.107 SP, Ministro Gurgel de Faria, 02/10/2014).

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁ-

FICO. REGIME INICIALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI N.8.072/90. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. RESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 111.840/ES, reconheceu a inconstitucionalidade, de forma incidental, do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais obrigatório o regime inicial fechado para os crimes hediondos.

IV - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reformou decisão do magistrado de 1ª instância que concedeu à paciente o regime inicial semiaberto, por suposta violação à coisa julgada.

V - Contudo, consoante o disposto no enunciado n. 611 da Súmula/STF, “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.” VI - Desta forma, tendo o v. acórdão, proferido em sede de apelação, fixado o regime inicialmente fechado exclusivamente com fundamento no óbice imposto pelo art. 2º, § 1º, da Lei n.8.072/90, declarado inconstitucional pelo col. Pretório Excelso, deve ser restabelecida a r. decisão de 1ª instância, a qual fixou o regime semiaberto à paciente. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 292155 MG, Ministro Feliz Fischer, 04/11/2014).

HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. LEI 11.343/06. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA. FORMA MAIS GRAVOSA JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NAO EVIDENCIADO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao

citado dispositivo legal pela Lei n. 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Não obstante o quantum de pena fixado ao paciente não exceder a 8 anos de reclusão, mostra-se justificada a fixação do modo inicialmente fechado, nos termos do art. 33, 2º, alínea a, e 3º, do CP e do art. 42 da nova Lei de Tóxicos, haja vista a gravidade concreta dos delitos cometidos, bem evidenciada pela elevada quantidade e natureza da droga apreendida -gramas de cocaína.

3. Ordem denegada. (HC 159.211, Relator Ministro Jorge Mussi, 14/06/2011).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas sobre o tema. Num primeiro momento verificamos que uma corrente majoritária não admite a consideração do homicídio privilegiado-qualificado como sendo crime hediondo pelo fato de não estar presente no rol taxativo do art. 1º, da LCH. Em contrapartida, a jurisprudência tem admitido a característica hedionda do crime de associação para o tráfico, embora ele também não se encontre no rol taxativo da citada lei.

Pensamos que, embora a associação para o tráfico tenha o objetivo final de cometer o tráfico de drogas em concurso de agentes e, embora seja o tráfico crime hediondo, não se pode considerar a associação como tal, tendo em vista que referido crime é formal, ou seja, o resultado final não precisa chegar a acontecer para se ter como caracterizada a associação.

Destarte, nos filiando a corrente composta por Luis Flávio Gomes, tendo que é vedado por nossa legislação penal a analogia in malam partem. Não se pode preencher as lacunas do direito de maneira a prejudicar o acusado.

Sobre o homicídio privilegiado-qualificado, a nosso ver, também não pode ser considerado como crime hediondo, pelo mesmo motivo que a associação para o tráfico também não, qual seja: os dois delitos não estão elencados no rol da LCH!

O nosso ordenamento jurídico é regido pelo princípio da reserva legal, legalidade ou ainda princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que se encontra positivado na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XXXIX, que assim dispõe: “Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Desse modo, tem-se que para a consideração dos crimes em epígrafe como hediondos é necessário que a lei, no caso LCH, cite os tipos, pois o princípio da reserva legal é absoluto, como leciona Cezar Roberto Bitencourt:

“O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece às exigências da justiça, que somente os regimes totalitários têm negado.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 16ª edição, 2011, p. 41).

Em decorrência da obrigatoriedade da observância do princípio da reserva legal, tem-se que é impossível admitir os crimes em tela como hediondos. Assim, admitir a característica hedionda do tipo significa negligenciar uma garantia constitucional mais que de caráter individual, mas de caráter coletivo.

Significa ainda permitir abusos por parte do Estado na pessoa de seus julgadores causando uma enorme insegurança jurídica. Nesse sentido, vejamos:

Semelhante princípio atende, pois, a uma necessidade de segurança jurídica e de controle do exercício do jus puniendi, de modo a coibir possíveis abusos à liberdade individual por parte do titular desse poder (o Estado). Consiste, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressiva do imperium da lei, da supremacia do Poder Legislativo – e da soberania

popular – sobre os outros poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguardados direito e liberdade individuais. (QUEIROZ, 2005, p. 26).

Imaginando uma situação hipotética, seria inviável que um indivíduo fosse condenado as penas previstas em um dos crimes em questão, ou associação para o tráfico ou homicídio privilegiado-qualificado, viesse a ter sua progressão de pena, regimes e outras diretrizes fixadas conforme a LCH, sem que tais crimes constem do rol dos crimes hediondos!

Com o reconhecimento da hediondez do crime estaríamos diante de uma aberração jurídica. Seria como considerar o roubo como crime hediondo por uma analogia ao crime de latrocínio. Admitir essa possibilidade seria um retrocesso diante da luta, ainda não finalizada, pela segurança jurídica da nossa legislação.

Assim, ao nosso ver, pelo princípio da legalidade o homicídio privilegiado-qualificado e a associação para o tráfico não são crimes hediondos e nem podem ser considerados como tal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte especial 2. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Sergio Bautzer. *Crimes Hediondos e Equiparados*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/238449350/Crimes-Hediondos-e-Equiparados-Sergio-Bautzer-Filho>>. Acesso em: 31 out. 2014.

GOMES, Luiz Flávio (org.). CUNHA, Rogerio Sanches (org.). *Legislação Criminal Especial*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2010.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2ª edição. Vol. 3. Editora Revista dos Tribunais. 1999.

MARTINS, Ilana. *Homicídio Privilegiado-qualificado é crime hediondo?*. Disponível em < <http://ilamartins.jusbrasil.com.br/artigos/121938135/homicidio-privilegiado-qualificado-e-crime-hediondo>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

O PRINCÍPIO, da legalidade no Direito Penal. 2006. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2006/disc04/disc_04.doc>. Acesso em: 12 nov. 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal*: Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

SEABRA, Thiago Sinigoi. *Homicídio Privilegiado-qualificado não é crime hediondo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8445/homicidio-qualificado-privilegiado-nao-e-crime-hediondo>>. Acesso em: 29 out. 2014.

SOUZA, Willian Carlos de. *A regulamentação dos crimes hediondos como controle social penal*. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/19754/a-regulamentacao-dos-crimes-hediondos-como-controle-social-penal>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

TRINDADE, Priscila. *Associação para o tráfico se equipara a crime hediondo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-12/associacao-traffic-e-quiparado-crime-hediondo-minas-gerais>>. Acesso em: 13 out. 2014.

NOTAS DE FIM

1 Acadêmica do 10º período do Curso de Direito do Centro Universitário Newton.

2 Mestre em Ciências Penais. Advogado atuante na área Criminal. Professor do Centro Universitário Newton.

**Maurício Lopes Paula; Renato Martins Machado.