

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E  
DAS MISSÕES URI – CAMPUS DE ERECHIM  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO**

**JONATAN DOM CENTENARO**

**TRÁFICO PRIVILEGIADO E SEUS CONSECTÁRIOS JURÍDICOS**

**ERECHIM**

**2015**

**JONATAN DOM CENTENARO**

**TRÁFICO PRIVILEGIADO E SEUS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI – Erechim, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Antônio Carlos Ribeiro

**ERECHIM**

**2015**

## **AGRADECIMENTO**

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me iluminado e me demonstrado os melhores caminhos a seguir sempre.

Agradeço, também, aos meus pais, por terem me acompanhado e me dado suporte durante todo o período de estudos, não tendo medido esforços para que eu chegasse até o fim desta etapa.

Agradeço aos meus chefes da Defensoria Pública e do Fórum de Erechim/RS, por todos os ensinamentos e confiança depositada em meu trabalho, pois sempre colaboraram para o meu aprendizado.

Agradeço aos meus amigos pela contribuição em momentos cruciais, pois sempre estiveram ao meu lado nas circunstâncias difíceis, vindo a contribuir para eu atingir meus ímpetos.

Por fim, um especial agradecimento aos professores que me acompanharam durante a graduação, em especial ao professor Antônio Carlos Ribeiro, por ter aceitado a missão de me orientar, dedicando parte de seu tempo para a realização do presente estudo.

*"É que os homens em geral julgam mais pelos olhos do que pelas mãos, porque a todos cabe ver, mas poucos são capazes de sentir. Todos veem o que tu aparentas, poucos sentem aquilo que tu és."*

*O Príncipe – Nicolau Maquiavel*

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo compreender o tráfico ilícito de entorpecentes na sua forma privilegiada, demonstrando suas origens, assim como os aspectos fundamentais quando do seu reconhecimento. Apresentar-se-ão os requisitos necessários e que possibilitam que seja reconhecida a minorante, bem como se demonstrará as consequências jurídicas trazidas para o condenado quando da aplicação da pena e execução da reprimenda. Para tanto, este estudo é realizado através do método indutivo e descritivo, mesclando a pesquisa bibliográfica e documental, objetivando abordar todas as diretrizes relacionadas ao assunto, o qual é de relevante interesse e preocupação social.

**Palavras-Chave:** Drogas; Tráfico; Causa de Diminuição da Pena; Regime; Substituição; Hediondez.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA QUESTÃO DAS DROGAS.....</b>	<b>9</b>
2.2 DO SURGIMENTO DE UMA LEGISLAÇÃO ANTI DROGAS NO BRASIL. 13	
<b>3 DA LEGISLAÇÃO DE DROGAS ATUAL.....</b>	<b>18</b>
3.1 DA CRIAÇÃO DE UMA NOVA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA NA FIGURA DO TRÁFICO.....	19
3.2 REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DAMINORANTE: .....	23
3.3 NO QUE CONCERNE A INCONSTITUCIONALIDADE DE PARTE DO DISPOSITIVO .....	27
<b>4 DOS CONSECTÁRIOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO DA MINORANTE.....</b>	<b>31</b>
4.1 DA HEDIONDEZ DO DELITO .....	31
<b>4.1.1 Das consequências jurídicas na execução da pena caso reconhecida hediondez.....</b>	<b>37</b>
4.2 DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA.....	38
4.3 DA CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS .....	42
4.4 DO INCIDÊNCIA DO <i>QUANTUM</i> A SER ABATIDO DA PENA.....	47
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIA.....</b>	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico dedicar-se-á especificamente ao tratamento do tráfico ilícito de entorpecentes na sua forma privilegiada, haja vista a existência de polêmicas discussões envolvendo o tema, o qual é de significativo interesse social.

Ademais, justifica-se o presente estudo, basicamente sob três aspectos primordiais, quais sejam, o número absurdo de indivíduos envolvidos como usuários ou em atividades ligadas ao tráfico em nosso país. A percepção de que o tráfico é supostamente ensejador da prática de novos delitos, principalmente daqueles contra o patrimônio. E a dificuldade que as delegacias e o próprio judiciário encontram em desvendar e desfazer o comércio de entorpecentes, vindo a segregar, na maioria das vezes, o menor indivíduo, que pouco mercancia drogas, mas que vem a proteger o maior traficante.

Para tanto, o trabalho desenvolver-se-á em três capítulos.

Primeiramente, no que concerne ao capítulo inicial, a proposta é de se trazer a evolução histórica da questão das drogas, até se chegar ao tráfico e ao reconhecimento da privilegiadora, expondo os motivos pelo qual o legislador entendeu por necessário a criação desta nova forma de tratar os menores criminosos mercantes, diferenciando-os dentro de uma mesma conduta delituosa.

Em um segundo momento, abordar-se-á o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, o qual versa sobre os requisitos necessários a serem adimplidos pelo acusado no intuito de ser reconhecida a forma privilegiadora no crime de tráfico de drogas. Especificamente se falará em primariedade, bons antecedentes, dedicação à atividades criminosas e à organizações criminosas, todos elencados e trazidos como condição para cabimento da minorante.

Por derradeiro, ser-lhe-ão comentadas no capítulo final as consequências jurídicas penais assim que reconhecida a forma privilegiada. Nesta esteira, poderá se falar na hediondez do delito, no regime inicial de cumprimento da pena, bem como na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Tais questões são de suma importância, pois consequentemente recairão sobre a execução da pena do indivíduo, podendo servir como paralelo de óbice ou aumento de quantum a ser cumprido em casos de benefícios como progressão de regime, livramento condicional e indulto/comutação.

Para tanto, este estudo será realizado através do método indutivo e descritivo, mesclando a pesquisa bibliográfica e documental, objetivando entender os efeitos da forma privilegiada e suas consequências jurídicas penas e executórias criminais.



## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA QUESTÃO DAS DROGAS

O capítulo inicial do presente trabalho analisará um apartado de questões relacionadas às drogas, sendo que no decorrer do estudo serão esclarecidas as razões do surgimento de políticas públicas para o controle do consumo e posterior do tráfico, chegando até os dias atuais, em que tanto se fala na questão da mercancia de drogas e suas peculiaridades. Entre elas está a forma privilegiada, objeto de estudo do presente trabalho.

Frisar-se-á, primeiramente, a questão relacionada ao consumo de drogas, sendo esta uma atividade que passa por gerações, não vindo a ser uma problemática recente. Nas palavras de Shecaira:

Hoje não há controvérsias no sentido de que o consumo de substâncias psicoativas acompanha a própria história da humanidade e se caracteriza pelo seu caráter gregário. Isto provocou, desde as primeiras civilizações, o aparecimento de normas e convenções sociais para regular a produção, a distribuição e o modo de consumo (SHECAIRA, 2014, p. 161).

Logo, a fim de evitar demais delongas acerca do aparecimento das drogas e seu consumo, pode-se dizer que elas surgiram desde os primórdios povos e, ao longo da evolução, problemáticas eclodiram em decorrência desta substância. A partir de então, tornou-se indubitavelmente necessária a criação de meios de controle sobre o seu consumo.

Mais concretamente, tem-se nas palavras de Shecaira, as graves consequências trazidas por tais substâncias *"A partir do século XIX, dentro do contexto sociocultural de cada nação, a popularização do consumo desses "novos produtos" – desprovidos de qualquer lastro cultural" que funcionasse como mecanismo de controle informal de seu consumo – acarretou uma série de desdobramentos e impactos sociais, tais como relatos de intoxicações*

*agudas (overdoses), complicações crônicas à saúde e o desmantelamento de hábitos sociais locais tradicionalmente instituídos”.* (SHECAIRA, 2014, p. 162). (ESCOHOTADO, Antônio. História general de las drogas).

Pode-se afirmar, então, que necessária foi a intervenção estatal neste ponto, a fim de controlar a atividade relacionada às drogas. No entendimento do Ilustre Shecaira:

Essa novidade culminou na elaboração de políticas públicas com o intuito de solucionar os prejuízos causados pela massificação do consumo dessas substâncias. Desse modo, o consumo de drogas passou a ser considerado como causa de morbidade, merecendo ações de saúde como qualquer outra doença.

Dessa forma, as modernas políticas públicas de drogas surgiram para equacionar a nova realidade oriunda do consumo de substâncias psicoativas dentro do contexto sociocultural das nações ocidentais, uma vez que a utilização das novas substâncias, de forma desenfreada e sem nenhum mecanismo informal de controle social, revelou-se problemática (SHECAIRA, 2014, p. 163).

Verifica-se que nesta época muito pouco se falava no cometimento de delitos pelos eventuais consumidores de drogas. Tem-se, contudo, que a sociedade acreditou ser necessário abrir os olhos para as problemáticas já existentes. Conforme demonstrado, não havia nada que pudesse combater o consumo, muito menos se falava no tráfico neste período, pois sequer havia qualquer proibição relacionada ao assunto.

Não obstante, algumas nações neste período – meados do século XIX - tentaram controlar a questão das drogas e implantaram medidas neste sentido:

O consumo dessas substâncias psicoativas tornou-se, do ponto de vista do Estado e, de maneira geral, da sociedade uma questão relevante ao mundo ocidental, apenas a partir do século XIX, quando, então, passou a ser considerado um problema social. Tal rotulagem se deve a inúmeros fatores, os quais não constituem compartimentos estanques, sejam eles religiosos, políticos, econômicos ou morais (FIORE, 2005, p. 258).

Os Estados Unidos foram pioneiros no combate às drogas, acreditando ser esta uma problemática que viria a assolar não só sua sociedade, como a de diversos países. Vejamos:

Pode-se afirmar com exatidão, que esse processo ganhou força e se institucionalizou primeiramente nos EUA. Enumeraram-se diversas causas desse “pioneirismo” norte-americano, ainda que nenhuma delas tenha se dado lá exclusivamente: a profunda antipatia cristã por algumas substâncias antigas e os estados alteradores de consciência, agravada diretamente pelo puritanismo asceta da sociedade norte-americana; a preocupação de elites econômicas e políticas com os “excessos” das classes ou raças vistas como “perigosas” ou inferiores; o estímulo a determinados psicoativos, em detrimento de outros, como decorrência de interesses nacionais e econômicos. Esses fatores, aos quais se poderiam somar muitos outros, engendraram um panorama propício para que, no final do século XIX, o consumo de entorpecentes e suas propriedades farmacológicas passasse a ser tratado como uma questão pública importante (FIORE, 2005, p. 259).

Logo, inconformado com a situação que se alastrava em sua sociedade, os Estados Unidos resolveram agir e passaram a tomar medidas a fim de sanar o exacerbado consumo de drogas. Sua ação motivou demais Estados a intervirem cada vez mais na sociedade, demonstrando que tal problemática ultrapassava fronteiras.

Diz-se que “Nas duas primeiras décadas – do século XX – as medidas de controle foram iminentemente de natureza médica e comercial. A partir dos anos 1930, porém, um aparelho de repressão ao comércio e ao consumo de drogas começou a se estruturar”, nas palavras de Shecaira (SHECAIRA, 2014, p. 167).

Daí então, em razão do incontrolável e incansável consumo das mais variadas drogas da época, e diante da criação de medidas que buscavam frear tal prática, surgiu o comércio ilegal, o qual dava aos cidadãos a possibilidade de manter-se na drogadição. Tal atividade perdura até os dias atuais, conhecido como tráfico ilícito de entorpecentes, compondo parte do assunto primordial a ser tratado no presente trabalho.

## 2.1 DO SURGIMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS

Com a tentativa de controlar o aumento no número de indivíduos consumidores de drogas, surgiu a figura do tráfico, atividade que ganhou força mundialmente na época.

Acerca do assunto, Shecaira faz uma importante abordagem asseverando que “O tráfico ilegal de entorpecentes, por sua vez, é apontado pela doutrina como resultado de dois fatores primordiais que caracterizaram o século XX, quais sejam, a era de extremos e a sociedade de risco. De fato, foi durante esse século que a proibição de drogas adquiriu caráter prevalentemente jurídico-penal” (SHECAIRA, 2014, p. 198).

Logo, muito em virtude das guerras que assolavam os países, dentre outros fatores como doenças e misérias, o tráfico foi ganhando margem para seu crescimento. Os indivíduos deixaram de utilizar as drogas simplesmente para efeitos medicinais e culturais, e passaram a utilizá-las como fonte de prazer e perdição, tornando-se, em diversas oportunidades, dependentes químicos contumazes e incapazes de controlar seu vício, encontrando no comércio clandestino, possibilidade de sanar o uso compulsório dos entorpecentes.

A partir de então, países como o Brasil se viram assombrados pelo mal causado pelos entorpecentes. Até então, não haviam políticas públicas capazes de controlar o tráfico, ademais, porque a questão das drogas sequer era taxada como proibida, muito provavelmente porque não sabiam da dimensão dos problemas relacionados a tais substâncias.

Com efeito, em razão da nova modalidade de comércio que assolava regiões, tentativas no intuito de controlar a atual problemática da época foram testadas.

Neste diapasão, destacaram-se na época os diversos tratados e convenções em âmbito internacional criados. Objetivando frear o consumo e tráfico, esta foi a medida de urgência adotada, ainda mais que nada se falava na criação de uma legislação neste sentido.

Conforme a seguir transcrito, tem-se uma ideia da preocupação gerada:

A resposta dos países, em âmbito internacional, ao aumento do tráfico e do consumo de substâncias entorpecentes foi a realização de nove conferências, quais sejam, a de Xangai em 1909, as de Haia 1912, 1913 e 1914, as de Genebra em 1925 (duas), 1931 e 1936, e a de Bangcoc em 1931. O principal objetivo dessas conferências internacionais era a busca de soluções para o tráfico ilegal de drogas. (...) Apesar dessa grande mobilização internacional, os resultados almejados pelos países não foram alcançados com êxito. O comércio ilegal e a superprodução de drogas, ao contrário do objetivado, foi o que se pôde observar nos anos que se seguiram. O fracasso das convenções foi então atribuído ao fato de elas não enfrentarem a “raiz do problema”, isto é, por apenas determinar o controle da produção e comercialização de substâncias, sem indicar instrumentos e mecanismos para essa limitação proposta” (GONZAGA, João Bernardino, p. 10-11) (SHECAIRA, 2014, p. 199).

Entretanto, conforme descrito, nem mesmo a realização de tais projetos em âmbito internacional no intuito de controlar o consumo desenfreado e o tráfico, foram capazes de trazer algo significativo para a sociedade no combate a tais atividades.

Viu-se que a ausência de mecanismos e instrumentos concretos de repressão foram os principais responsáveis pelo fracasso ao combate e consumo de drogas.

Em anos posteriores, muito foi discutido acerca do aumento do consumo e do tráfico.

Calha dizer que foram elaboradas outras convenções e projetos durante o século XX, desejando sanar a problemática das drogas. Contudo, da mesma, foram infrutíferas as tentativas de controle (SHECAIRA, 2014, p. 201) (GRECO FILHO, Vicente, p.36-37; GOZAGA, João Bernardino, p. 22-24).

## 2.2 DO SURGIMENTO DE UMA LEGISLAÇÃO ANTI DROGAS NO BRASIL

Da mesma forma como em diversos outros países, a questão da drogadição atingiu severamente o Brasil. O número de usuários e a comercialização ganhou força, acompanhando o crescimento da sociedade.

Pode-se dizer que as atividades voltadas às drogas, desde tempos antigos, resultaram em grande lucro para aqueles que a exerciam. Logo, era

extremamente vantajosa a comercialização dos mais diversos entorpecentes. Independentemente do fato de que com o desenvolvimento da sociedade tenham sido criados mecanismos de controle e proibição, era possível arriscar tal mercancia pelas vantagens financeiras obtidas – as quais são vistas até hoje.

Pode-se atentar para o fato de que até então, medidas penais severas não existiam na época, o que encorajava ainda mais os cidadãos que a comercializavam.

Então, foi necessária a tomada de uma providência neste sentido. Com relação a legislação de drogas, Shecaira contribui para o assunto:

A legislação brasileira sobre drogas sofreu direta influência das Convenções das Nações Unidas, com forte marca proibicionista, que estabelecem como padrão a resposta repressiva ao problema das drogas, tanto para usuários quanto para traficantes. Estes foram incorporados de forma acrítica ao ordenamento jurídico nacional, tendo o Brasil se comprometido a combater o tráfico, reduzir o consumo e a demanda com todos os meios disponíveis, inclusive mediante o mais drástico de todos, o controle penal. (SHECAIRA, 2014, p. 84).

Sendo assim, foi necessário a elaboração de meios capazes de proibir, de forma severa, os indivíduos que não cumpriam com o determinado pelos tratados e convenções, bem como com o que era determinado pelas governantes da época.

Constata-se que o primeiro resquício de punição pelo tráfico e uso de drogas no Brasil foi previsto no Código Penal de 1940 nos seus artigos 281 ao 285, o qual trazia em sua redação (BRASIL, Lei nº 2.848, 1940):

COMÉRCIO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA. (Redação dada pela Lei nº 5.726, de 1971). (Revogado pela Lei nº 6.368, 1976);  
Art. 281. (Revogado pela Lei nº 6.368, 1976):  
Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica;

Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Charlatanismo

Art. 283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Curandeirismo

Art. 284 - Exercer o curandeirismo:

I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III - fazendo diagnósticos:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

Forma qualificada

Art. 285 - Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267. (BRASIL, Lei nº 2.848, 1940).

Da análise da referida lei, há de se atentar para o fato de que previa tais condutas de maneira extremamente genérica, não vindo a perceber a complexidade a que exigia o consumo e tráfico de entorpecentes.

Surge, então, a figura de um novo tipo penal mais efetivo e eficiente que trouxe a figura do dependente químico e criminoso, através da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976 (BRASIL, Lei nº 6.368, 1976).

Em que pese mais completa e composta por 47 artigos, viu-se inúmeras falhas na lei, entre elas algumas omissões e difícil interpretação, existindo, inclusive, considerada injustiça em algumas oportunidades.

Assim, com a modernização e passar dos anos, acreditou-se que a Lei 6368/76, nas palavras de Mendonça e Carvalho:

“...não mais servia a refrear plenamente as nuances da criminalidade moderna e tampouco refletia os avanços nas pesquisas e estudos científicos sobre drogas. Era necessária, portanto, a atualização da legislação, de forma a permitir a repressão à criminalidade complexa do século XXI, inclusive conferindo meios ao Estado para identificar e apurar os delitos cometidos por intermédio de novas tecnologias postas à disposição dos autores de crimes. Além disso, impunha-se dar início à distinção normativa entre usuários e traficantes, eis que já começava a sedimentar-se o entendimento de que a repressão penal não seria suficiente para prevenir o uso de drogas, cada vez mais

arraigado na cultura popular” (MENDONÇA/CARVALHO, 2007, p. 16).

Logo, fez-se necessária a adaptação e reforma da antiga legislação. Deu-se por entender que, conforme a sociedade e tudo que a cerca evolui, o consumo e tráfico de drogas, da mesma forma, vão ganhando campo e se adaptando aos acontecimentos, buscando meios para burlar a legislação vigente. É cediço que com o passar dos anos, as antigas normas não mais atendiam às expectativas dos cidadãos no condão de frear a prática delituosa do consumo e tráfico de entorpecentes.

Em que pese a legislação de 1976 tenha inovado e imposto sanção penal de reclusão para traficantes e detenção para usuários, acreditando que para este segundo o delito era de menor potencial lesivo, tais sanções se mostraram insuficientes para o controle desta problemática.

Tal ordenamento, em que pese não tenha atingido diretamente a sua função repressora, perdurou até meados dos anos 2000, vindo a ser substituída apenas pela Lei n. 10.490, de 11 de janeiro de 2002 (BRASIL, Lei nº10.490, 2002).

Dispõe HABID sobre a nova lei:

A nova lei buscou despenalizar e desprisonalizar o uso e o consumo de drogas, desde que o portador ou usuário fosse encontrado com pequena quantidade de substância tóxica, o que não vingou em face do veto total a esse capítulo pelo Presidente da República (HABIB, 2002, p. 13).

Verifica-se, portanto, que a nova legislação obteve diversos artigos vetados, valendo-se então para o crime de uso, os dispositivos da lei anterior, ou seja, Lei nº 6368/76, a qual tratava de forma simples o usuário e traficante, onde os mesmos, basicamente, recebiam o mesmo tratamento penal.

Nas Palavras de Mendonça e Carvalho:



No entanto, a técnica legislativa utilizada para a elaboração das disposições da Lei n. 10.409/2002 foi duramente criticada pela doutrina e o diploma acabou por sofrer diversos vetos pelo Presidente da República, que considerou muitos trechos como ofensivos à Constituição e ao interesse público.

A Lei 10.409/2002 acabou por viger, assim, inteiramente descaracterizada, pois os vetos presidenciais impediram a aplicabilidade de outros dispositivos sancionados. E, como o capítulo em que constavam os tipos penais foi integralmente vetado, o ordenamento passou a ser composto de diplomas esparsos, no tempo e na intenção, passando a valer, conjuntamente, as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002. (MENDONÇA/CARVALHO, 2007, p. 16).

Dessarte, o ordenamento jurídico pátrio viu-se, ainda mais, na eminência da criação de um diploma legal capaz de satisfazer as necessidades da atualidade. Até então, nenhuma das legislações havia agradado aos cidadãos, ainda mais que não atingiram o seu verdadeiro fim, ou seja, frear o consumo e, principalmente, o tráfico de entorpecentes.

Até este momento muitas imperfeições e falhas foram encontradas nas Leis anti- drogas. Daí então houve uma busca no aperfeiçoamento, requerendo adaptar o contexto social aos crimes ligados às drogas.

Há de se ressaltar que até este momento, sequer haviam resquícios da criação de uma legislação que pudesse criar normas penais capazes de diferenciar a figura do traficante, bem como aquelas atividades diretamente ligadas ao tráfico.

Por isso, indubitavelmente, a criação da nova legislação penal, sancionada através da Lei n° 11.343 de 23 de agosto de 2006, foi vista com esperançosos olhos pelo judiciário e seus membros diretamente envolvidos, eis que se acreditava ser esta lei capaz de controlar e penalizar os indivíduos ligados às questões das drogas (BRASIL, Lei n°11.343, 2006).

### 3 DA LEGISLAÇÃO DE DROGAS ATUAL

A Lei nº11.343 de 23 de agosto de 2006 trouxe diversos avanços no que concerne à questão relacionada às drogas. Organizou seus dispositivos em seis títulos e diversos capítulos, nos quais minuciosamente procurou abordar as situações relacionadas ao consumo e tráfico de drogas (BRASIL, Lei nº11.343, 2006).

Alteraram-se significativamente determinados assuntos, os quais, até então, eram tidos como desconhecidos. Reconheceram-se novos tipos penais, capazes de agravar ou atenuar a pena, e outros foram eliminados.

Nas palavras de Mendonça e Carvalho:

Com efeito, a Lei torna clarividente – desde a ementa, a designação dos títulos e o artigo 1.º - que o Estado pretende tratar a questão das drogas por ângulos diferenciados de atuação. Por um lado, tem a intenção de prevenir o uso indevido de drogas pela população, disciplinando os meios e as políticas que o Estado adotará para tanto. E por reconhecer que o uso de drogas é disseminado na sociedade, também pretende o Poder Público criar medidas para atender aos usuários e dependentes, bem como reinseri-los no meio social. Por outro lado, sabe-se que é preciso reprimir o tráfico e a produção de drogas por medidas severas, o que implica a necessária dotação de normas jurídicas que deem lugar à efetividade das medidas a tomar nesse sentido.

No campo do Direito Penal, verifica-se, desde logo, que o objetivo maior da Lei foi a separação do tratamento jurídico a ser dispensado ao usuário e ao traficante. A inovação, neste ponto, vai além da mera diferenciação no sistema de penas a serem aplicadas a usuários e traficantes. O que prevê a nova Lei é a alteração substancial do enfoque social sobre as drogas, com a adoção de regime diferenciado para a prevenção do uso e a repressão ao tráfico (MENDONÇA/CARVALHO, 2007, p. 20).

Constata-se que o legislador procurou abordar de forma mais madura as questões relacionadas ao tráfico e uso de entorpecentes. Realizou-se uma interpretação mais segura e condizente com os atuais moldes sociais nos quais

os indivíduos se inserem. Seu enfoque foi muito importante, haja vista que buscou detalhar as atividades relacionadas aos entorpecentes, seguido os ditames da atualidade.

Nesse diapasão, analisar-se-á a criação de um novo dispositivo, o qual até então era inexistente para o Direito Penal. Trata-se do chamado tráfico privilegiado de drogas, prevendo a figura de uma minorante, trazida no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, Lei nº11.343, 2006).

### 3.1 DA CRIAÇÃO DE UMA NOVA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA NA FIGURA DO TRÁFICO

A Lei n. 11.343/2006 trouxe uma causa de diminuição de pena para o crime de tráfico de drogas, visando beneficiar ao traficante que preenche determinados requisitos (BRASIL, Lei nº11.343, 2006).

Há de se ressaltar que com o advento da minorante, a lei visou atingir ao menor traficante, aquele que na maioria das oportunidades são também dependentes químicos e que, para garantir o seu vício, são “usados” pelo verdadeiro traficante para vender entorpecentes.

Benefício que atinge ao traficante eventual, aquele traficante esporádico, ou seja, acidental. Não é aquele sujeito que faz do tráfico no seu meio de vida. Teria sido pego haja vista fato isolado na vida do indivíduo.

Tal minorante veio a suprir brecha da lei, eis que a lei anterior colocava o traficante eventual em um mesmo patamar que o traficante que faz da mercancia de drogas seu meio de subsistência.

Nas palavras de Thums e Pacheco:

Trata-se de inovação legislativa, verdadeira *novatio legis in mellius*, visto que permite ao juiz, no caso concreto, minorar a pena daquele traficante que teve seu primeiro envolvimento com drogas flagrado pelo sistema repressor (THUMS/PACHECO, 2012, p. 97).

Logo, no intuito de evitar uma padronização e generalizar os traficantes, e objetivando diferenciar o grande do pequeno, decidiu por criar uma nova causa de diminuição da pena.

Dispõe a Lei de Drogas:

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

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, Lei nº 11.343, 2006).

Acerca do tema, oportuno mencionar a lição de Mendonça e de Carvalho, no que concerne à nova forma penal, tipificada no parágrafo 4º:

Este parágrafo é inovação da nova Lei de Drogas. Ao mesmo tempo em que a nova Lei aumentou a pena base do delito previsto no art. 33, *caput*, e parágrafo 1º - que antes era três anos e agora passou a ser de cinco anos -, previu uma causa de diminuição de pena para estes crimes, visando beneficiar aquele traficante que preencher os requisitos estipulados (MENDONÇA/CARVALHO, 2007, p. 96/97).

Partindo-se de tal conceito, importante elencar os requisitos de aplicação da privilegiadora, haja vista que adimplidos os requisitos, faz-se necessária a sua aplicação, conforme leciona sobre o tema Thums e Pacheco:

A lei exige quatro requisitos: primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Há algumas incoerências nas exigências, que são cumulativas (...)

(...) Em síntese, quanto às exigências legais para a aplicação da redução da pena, cabe ao Ministério Público provar sua ausência e não ao réu provar sua presença. Se não houver provas de que o agente integra organização criminosa ou que se dedique ao crime, não havendo provas de reincidência nem de maus antecedentes, é porque o agente tem direito à redução. (THUMS/PACHECO, 2012, p. 97).

Sendo assim, percebe-se que a lei visa proteger o menor comerciante, ou seja, aquele que não faz do tráfico seu único meio de subsistência, vindo a recair sobre tal conduta apenas em virtude de passageira dificuldade econômica ou algo do gênero.

Tal individualização torna-se inda mais importante tendo em vista que quase que na integridade das vezes, é sempre o menor traficante que acaba por ser flagrado comercializando o entorpecente. Logo, de certo modo, o suposto chefe do tráfico e voraz comercializador acaba por se esquivar de sua responsabilidade, sem que a Justiça o descubra.

Dessarte, para os indivíduos que adimplem os requisitos elencados em lei, - primariedade, bons antecedentes, não integração em organização criminosa nem destaque ao crime, - é de importante e necessária a aplicação da privilegiadora, diferenciando o pequeno comerciante do árduo traficante de drogas.

Além do mais, percebe-se que o óbice ao reconhecimento do benefício deve ser demonstrado pelo Ministério Público, órgão competente para tal. Uma vez quedado acerca do assunto, não há o que se falar no não reconhecimento da privilegiadora, uma vez que garantida por lei, e de extrema importância para o indivíduo.

Acerca do tema, tem-se lecionado no periódico *Magister de Direito Penal e Processual Penal* em artigo escrito por Cunha:

A nova causa de diminuição da pena incide nos crimes antigos, ou seja, na visão do legislador, o injusto penal (tráfico) praticado por traficante ocasional conta com menos reprovação. Essa diferenciação de tratamento deve alcançar os fatos passados. Mudou a perspectiva do legislador assim como a graduação punitiva do fato. Não há dúvida de que tudo isso trouxe benefício para o criminoso. E lei nova mais favorável, sempre deve retroagir. (CUNHA, 2006, p. 64).

Além do mais, objetivando agregar entendimento acerca do assunto, Gomes aqui em sua obra, cita um real exemplo dos ilustres Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

Caso o agente seja detido após montar um laboratório clandestino de drogas, mas antes de praticar qualquer conduta prevista no artigo 33, *caput*, sua pena mínima seja de três anos. Por outro lado, caso sua prisão ocorra após ter efetivamente colocado o laboratório em funcionamento, sua pena mínima, caso preencha os requisitos do parágrafo 4º do artigo 33, poderá ser de um ano a oito meses! Veja que para a conduta menos grave há a possibilidade de aplicar a pena mais gravosa, e clara afronta ao princípio da isonomia. O intérprete deve ser convocado para resolver esse impasse. A única solução será a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, também sobre a pena do artigo 34, incidindo a causa de redução de pena de um sexto a dois terços sobre a pena de três anos (GOMES, 2007, p. 203).

Greco, ao tratar do assunto, leciona:

Na prática, então, a pena na verdade não será, por exemplo, no *caput*, de cinco a quinze anos, mas de um sexto a dois terços menor, a não ser que se traga aos autos provas de reincidência, maus antecedentes ou de que o agente se dedique a atividade criminosa ou integre organização criminosa (FILHO, 2008, p. 207).

Nas palavras de Capez:

A concessão do benefício não configura direito público subjetivo do réu, mas mera faculdade do julgador. Isto porque, quando a lei quis conferir um direito público subjetivo ao acusado, não empregou o verbo “poderá”, como foi o caso da norma do artigo 41. da Lei n. 11.346/2006, a qual, ao tratar do benefício da delação premiada, que prevê redução da pena, utilizou a expressão imperativa “terá a pena reduzida de 1/6 a 2/3. Trata-se, portanto, de uma imposição e não faculdade, como prevista no cometimento do parágrafo 4º do artigo 33, que usa claramente a expressão “poderão ser reduzidas” (CAPEZ, 2012, p. 474).

Dessarte, não há dúvidas de que o reconhecimento do tipo penal previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n.º 11.343/2006, é mais benéfico ao

delincente, merecendo seu reconhecimento nas hipóteses elencadas pela lei, garantindo-se o princípio da individualização da pena (BRASIL, Lei nº11.343, 2006).

Calhar ressaltar que tal hipótese de incidência recairá sobre o caput do artigo 33, bem como sobre o parágrafo 1º do artigo 33, da Lei 11.343/2006.

### 3.2 REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DAMINORANTE:

Conforme devidamente salientado, o legislador fixou determinados requisitos cumulativos para o reconhecimento da causa minorante prevista no artigo 33, parágrafo 4, da Lei 11.343/2006 (BRASIL, Lei nº11.343, 2006).

Dentre eles estão: a) agente primário, b) bons antecedentes, c) não dedicação à atividades criminosas, e d) não integração de organização criminosa.

No que concerne ao agente ser primário:

O conceito de primariedade é alcançado por exclusão: é o agente não reincidente. O Código Penal dispõe, em seu artigo 63, que a reincidência se verifica 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, não prevalecendo a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos (período depurador) (MENDONÇA/CARVALHO, 2007, p. 97).

Logo, entende-se por primário, todo aquele indivíduo que não é dado como reincidente. O conceito de primariedade, em outras palavras, é obtivo através de exclusão.

Ademais, nas palavras de Nucci “Antecedentes tratam-se de tudo que ocorreu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal. O registro de vários antecedentes criminais conduz, assim, à crença de que o agente possui personalidade

desajustada aos regramentos impostos pelo direito”, então, devem ser levados em consideração para a aplicação da minorante (NUCCI, SÃO PAULO, 2010).

Quanto aos bons antecedentes:

Em relação ao conceito de bons antecedentes, grassa divergência na doutrina e jurisprudência. Para uma corrente, inquéritos em curso e processos em andamento poderiam ser considerados maus antecedentes, assim como condenações não definitivas e aquelas em que já se ultrapassou o prazo de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena. Para outra, à luz do princípio da presunção de inocência, somente as sentenças condenatórias transitadas em julgado que não possuírem força para caracterizar reincidência, em razão de ter sido ultrapassado o período depurador, poderiam ser utilizadas para fins de maus antecedentes. A questão é a controversa até mesmo no STF. Preferimos a primeira posição, pois não se pode equiparar, para fins de aplicação a pena, o agente criminoso que possui diversos apontamentos em sua vida criminal com aquele que possui passado imaculado, sob pena de se ferir de morto o princípio da isonomia (MENDONÇA/CARVALHO, 2007, p. 97).

Sendo assim, faz-se entender que bons antecedentes dizem respeito à inexistência de feitos criminais em andamento, assim como condenações não transitadas em julgado e inquéritos em curso - fase policial.

Atende-se, também, para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, no Informativo n. 411, julgou em 29 de novembro de 2005 – julgou a questão do princípio da não-culpabilidade e maus antecedentes:

Concluído julgamento de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que indeferira igual medida ao fundamento de que o paciente, condenado por porte ilegal de arma (Lei 9.437/97, art. 10, §§ 2º e 4º) à pena de 3 anos de reclusão e 15 dias-multa, em regime semi-aberto, não preenche os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44, III, do CP, na redação dada pela Lei 9.714/98, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a sua folha de antecedentes penais - v. Informativo 390. Alegava-se, na espécie, constrangimento ilegal consistente na fixação de regime inicial mais gravoso, bem como na negativa de substituição da pena aplicada. A Turma, por maioria, indeferiu o writ por reconhecer que, no caso, inquéritos e ações penais em curso podem ser considerados maus antecedentes, para todos os efeitos legais. Vencido o Min. Gilmar Mendes, relator, que, tendo em conta que a fixação da pena e do regime do ora paciente se lastreara única e exclusivamente na existência de dois inquéritos policiais e uma ação penal, concedia o



habeas corpus (HC 84088/MS, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 29.11.2005). (BRASIL, STJ, 2005).

Então, tem-se que procedimentos criminais – inquéritos e ações penais em curso, servem de óbice para o reconhecimento da minorante.

Acerca do terceiro requisito tem-se:

Exige, ainda, a nova Lei que o agente não se dedique a atividades criminosas. Assim, deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltadas para o crime (MENDONÇA/CARVALHO, 2007, p. 98).

Neste sentido, percebe-se que no que concerne a não dedicação em atividades criminosas, constata-se que o tráfico deve ser atividade isolada em sua vida, não exercendo papel único e fundamental na vida do indivíduo. Ademais, deverá comprovar atividade de labor lícita e comum.

Por último, no que se refere a integrar organizações criminosas:

Por fim, não terá direito à diminuição o agente que integrar organização criminosa. Como a Lei não distinguiu, tanto faz se a organização criminosa é voltada para o tráfico de drogas ou apenas para outros ilícitos. Ambas impedirão a aplicação da causa de diminuição, pois o intuito da Lei é somente beneficiar o “pequeno” traficante, que não possui conduta voltada para o crime e que não esteja envolvido “definitivamente” com o tráfico (MENDONÇA/CARVALHO, 2007, p. 98).

Denota-se que o traficante não adimple este último requisito caso seja recrutado, por exemplo, para compor facções voltadas para práticas delituosas. Facções como Comando Vermelho e Primeiro Comando da Capital são as mais apontadas como sendo ensejadoras de novos delitos.

Ainda, tem-se nas palavras de Coimbra:

Agora com a Lei n. 12.694/12, que regula o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição dos crimes praticados por organizações criminosas, acabou definindo no seu art. 2º, nos seguintes termos: “Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.”

Note-se que apesar de definir o que vem a ser organização criminosa, o legislador ainda não tipificou o crime de organização criminosa, pois não cominou pena, ou seja, continua valendo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quando ao analisar suposto crime de lavagem de dinheiro, entendeu pela inexistência do crime de organização criminosa no Brasil (STF, HC 96007/SP) (COIMBRA, 2013).

Dessarte, tem-se o conceito de organização criminosa a vedação para a concessão da benesse.

Diante de todo o exposto, verifica-se que os requisitos para o reconhecimento da privilegiadora são taxativos e cumulativos. Logo, na ausência de um deles tem-se que o benefício não merece acolhimento.

Nas palavras de Capez, *“Finalmente, os requisitos constantes no parágrafo 4º são cumulativos e não alternativos”* (CAPEZ, 2012, p. 474).

Contudo, nas palavras de Thums e Pacheco percebe-se que há entendimento diverso da questão:

Entendemos que os requisitos acima, embora apresentados cumulativamente, não impedem que o juiz, no caso concreto, aplique a minorante sem exigir a presença de todos (THUMS/PACHECO, 2012, p. 97).

Sendo assim, ressalta-se que a questão do preenchimento das condições para o reconhecimento da minorante, acaba por passar pelo entendimento do Magistrado que julgará o delito, eis que só este estará possibilitado de analisar as circunstâncias do caso concreto, observando o que diz respeito ao Princípio da Individualização da Pena e decidindo a questão.

### 3.3 NO QUE CONCERNE A INCONSTITUCIONALIDADE DE PARTE DO DISPOSITIVO

De outro cariz, percebe-se que no mesmo parágrafo em que foi prevista a aplicação da minorante, ficou vedada a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Veja:§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, **vedada a conversão em penas restritivas de direitos**, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, Lei nº 11.343, 2006).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade desta parte do artigo 33, parágrafo 4, da Lei 11.343/2006 (BRASIL, Lei nº11.343, 2006).

Conforme julgamento do Habeas Corpus n. 97.256/RS em que o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade das expressões

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ARTIGO 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da

pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do artigo 44, da Lei nº. 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do parágrafo 4º, do artigo 33, do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito “ex nunc”, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

Logo, plenamente aceita a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Além do mais, objetivando dar efeito erga omnes para a presente decisão, o Senado Federal editou a Resolução 05/2012:

RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. O Senado Federal resolve: Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão

em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2012).

Dessarte, ambicionando resolver controvérsias e buscar a garantia do princípio constitucional da individualização da pena, bem como a aplicação do princípio da isonomia, que o Senado editou a resolução de nº. 05/2012.

Diga-se que assim que adentrarmos na dosimetria da pena, ser-lhe-á dada nova atenção a tal dispositivo.

### 3.4 DA APLICAÇÃO RETROATIVA

Por derradeiro, temos que a aplicação da minorante em comento é aplicável retroativamente, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

SUMULA 501 STJ: "É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis". (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 29/10/2013).

Portanto, o entendimento é de que a lei retroage em um todo, sendo impossibilitada apenas a combinação de leis penais no tempo e espaço, pois se estaria criando uma terceira norma. Dessa forma, explicou o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no HC 86797, caberá ao "magistrado singular, ao juiz da vara de execuções criminais ou ao tribunal estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado, sem a possibilidade, todavia, de combinação de normas" (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 11/03/2008).

Nas palavras de CAPEZ:

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema corte que, agindo assim, estaria criando uma terceira lei (*lertextia*). 4. Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador. 5. Consoante já decidiu essa Suprema Corte, “não é possível aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4, da Lei n. 11.343/2006 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei n. 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico dessas legislações” (HC 94.848/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje 089, 15-5-2009) (CAPEZ, 2012, p. 474).

Nelson Hungria assim aduziu:

[...] preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis. (HUNGRIA, 1958, p. 112).

Gize-se, então, que a norma penal só deve retroagir em casos de beneficiar a pessoa do acusado, não podendo haver combinação entre a nova com a antiga lei. Em casos concretos, portanto, juridicamente proibido a aplicação da minorante, considerando a pena base aplicada na lei anterior (Lei n. 6.368/76, na qual a pena mínima para o delito em comento era de 03 – três – a 15 – quinze – anos, e agora passa a ser de 05 – cinco – a 15 – quinze, haja vista Lei 11.343/2006).

## **4 DOS CONSECTÁRIOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO DA MINORANTE**

O presente capítulo será destinado à análise do aspecto penal da privilegiadora em comento, assim que reconhecida a minorante. Verificar-se-ão os consectários jurídicos dados à pessoa do acusado.

Dissertando-se acerca do tratamento jurídico penal atual, constata-se que uma vez reconhecida a minorante do tráfico privilegiado, tem-se que são abertas possibilidades diversas quando da aplicação da pena. Pode-se falar na questão do regime inicial de cumprimento, na possibilidade de substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos, bem como muito se discute acerca do afastamento do caráter hediondo do delito. Ainda, destaca-se que este último merece ser visto com extrema atenção, pois poderá agravar a pena do indivíduo na execução criminal, servindo como óbice para obtenção de alguns benefícios, bem como aumentando o quantum objetivo para o deferimento de outros.

### **4.1 DA HEDIONDEZ DO DELITO**

Percebe-se que desde a criação e imposição da mais nova Lei de drogas (Lei n.º 11.343/2006), devido à inovação legislativa trazida pela criação da figura do traficante privilegiado, a questão da hediondez do delito vem resultando em grande controvérsia para doutrina e jurisprudência.

Aos que defendem a tese de que o tráfico privilegiado não é delito equiparado a hediondo, sustentam para tanto, o mesmo raciocínio trazido para afastar a hediondez do crime de homicídio qualificado privilegiado, previsto no artigo 121, § 1º, do Código Penal Brasileiro.

Franco defende que “o legislador, ao elencar os crimes hediondos e assemelhados a hediondos na Lei n. 8.072/90 não previu a figura híbrida do tráfico privilegiado, assim como não o fez no caso do homicídio qualificado-privilegiado. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, quase unânimes, ensinam que o homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, justamente porque a Lei n. 8.072/90 (BRASIL, 1990) não se refere à figura mesclada, isto é, não se pode estender a lei para fazer hediondo um crime que ali não fora expressamente previsto”.

Sobre o assunto também se manifestou Damásio Evangelista de Jesus, com inteira propriedade, no seu artigo 'O Homicídio, Crime Hediondo', em 'boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais', n. 22, de outubro de 1994:

Para efeito de qualificação legal do crime, o reconhecimento do privilégio descaracteriza o homicídio qualificado. Assim, quando o inciso I do artigo 1º da Lei n. 8.072/90 menciona o "homicídio qualificado", refere-se somente à forma genuinamente qualificada. Não ao homicídio qualificado-privilegiado. Tanto que, entre parênteses, indica os incisos I a V do § 2º do artigo 121. Suponha-se um homicídio eutanásico cometido mediante estupro da filha. Reconhecia a forma híbrida, não será fácil a tarefa de sustentar a hediondez do crime. Como disse o Ministro Assis Toledo, do STJ, "seria verdadeira monstruosidade essa figura: um crime hediondo cometido por motivo de relevante valor moral ou social. Seria uma *"contraditio in terminis"* (JESUS, 1994, p. 152).

Asseveram-se, portanto, os que entendem desta forma, que a figura da minorante não se encontra prevista no caput do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90 (BRASIL, 1990). Há, também, quem diga que o delito de tráfico privilegiado como crime hediondo ofende o princípio da proporcionalidade, pois não seria razoável punir com a mesma severidade crimes tão díspares. Tal linha de raciocínio se dá em virtude da intenção do legislador em justamente dar um tratamento diferenciado a um delito específico.

Sobre o tema, Kaster Franco defende que privilégio e hediondez são conceitos incompatíveis, de modo que, ao abrandar a pena cominada pela prática do delito e reconhecer que o pequeno traficante é tão somente um



delinquente eventual, não há porque se falar em crime hediondo. O aludido magistrado, no artigo intitulado “Tráfico Privilegiado: a hediondez das mulas”, cita exatamente nove argumentos que afastam a hediondez do tráfico de drogas quando incidente a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 (FRANCO, 2009).

De outra banda, há doutrinadores que consideram que o delito de tráfico de drogas, mesmo com a aplicação da aludida minorante, continua a ser equiparado aos crimes hediondos. Sustentam, para tanto, que não constitui tipo autônomo em relação ao delito previsto no caput do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 (BRASIL, 2006), bem como pelo fato de o artigo 2º da Lei n.º 8.072/90 e a Nova Lei de Drogas não terem feito nenhuma distinção quando da incidência da referida causa de diminuição de pena.

Acerca do assunto, Guilherme de Souza Nucci leciona sobre o assunto:

Lembremos de alertar que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º (NUCCI, 2010, p. 361)

Nesta linha de raciocínio, Renato Brasileiro de Lima aduz que “a simples incidência de uma causa de diminuição de pena em relação a tais delitos, como ocorre, por exemplo, com o chamado tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, não tem o condão de afastar sua natureza hedionda” (LIMA, 2014, p. 54).

Da mesma forma que na doutrina, no âmbito jurisprudencial a divergência não é diferente:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDIMENSIONADA. Autoria. Cabalmente demonstrada pela apreensão da droga em poder dos réus e pela palavra dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante. Desclassificação. Não é caso de desclassificar o fato para o art. 28 da

Lei nº 11.343/2006. O parágrafo 2º do referido dispositivo explicita as características que devem ser observadas para verificar se a droga era destinada ao uso pessoal. No caso, havia diversidade de entorpecentes, vasta quantidade, o local consistia em uma casa abandonada, existiam utensílios para a comercialização e os réus tentaram fugir. Pena. Pena-base redimensionada ao mínimo, pois as circunstâncias judiciais eram inerentes ao tipo delitivo praticado. Quanto à fração da privilegiadora do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, deve ser observada também natureza e a quantidade da substância entorpecente, que no caso permitia a confecção de diversas pedras de crack. Hediondez. Afastada, pois se trata de tráfico privilegiado. Alterado o regime prisional para o aberto e permitida a substituição da pena. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS (Apelação Crime Nº 70051045243, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 13/12/2012).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS SUSPENSAS. 1 - A materialidade e a autoria delitivas emergem da confissão da ré e do relato da policial militar que participou da abordagem. A versão da acusada - de que teria sido "obrigada a traficar" - não restou comprovada. Variedade de droga apreendida que constitui indicativo da mercancia. Outrossim, a ré nega a condição de usuária de drogas, circunstância que afasta a tese alternativa de desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei 11.343/06. 2 - O reconhecimento da privilegiadora do tráfico afasta a hediondez do delito, permitindo que a estipulação do regime de cumprimento de pena se dê com base na análise dos pressupostos previstos no art. 33 do CP. 3 - A pena de multa é cumulativa, não podendo ser afastada. Competência do Juízo de Execução para analisar a possibilidade de isenção do pagamento. 4 - Suspensão das custas processuais que se impõe porque o réu foi patrocinado pela Defensoria Pública durante todo o curso do processo. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Crime Nº 70048386585, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 28/06/2012). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Tem-se, portanto, que até meados do final do ano de 2012, era plenamente aceito no Tribunal de Justiça do Estado, assim que reconhecida a forma privilegiada do delito de tráfico de drogas, o afastamento do caráter hediondo do delito, observando, para tanto, os ditames e argumentos já expostos para aqueles que defendem a presente tese.

Contudo, muito em virtude da diversidade de entendimentos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pacificar o assunto. Para tanto, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento ao Recurso Repetitivo (RE 1.329.088), entendeu que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista

no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, no tráfico de drogas, não afasta o caráter hediondo nem caracteriza forma privilegiada do crime. Tem-se, ainda, que o relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, concluiu que a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas deve ser mantida, mesmo quando aplicada a aludida minorante.

Para tanto, apresenta-se a ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.

2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

Gize-se que após este julgamento, o entendimento da Corte Superior passou a servir de orientação aos Tribunais de Justiça, impedindo que novos recursos defendendo posição contrária cheguem ao Superior Tribunal de Justiça. Logo, caso a decisão de segunda instância seja divergente ao entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, o tribunal poderá fazer uso do chamado juízo de retratação, adequando-se à posição superior, conforme decisões que seguem:

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. PARADIGMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.088-RS. TRÁFICO. PRIVILÉGIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. DECISÃO MODIFICADA EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, CONFORME ART. 543-C, § 8º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HEDIONDEZ RECONHECIDA. Impõe-se a manutenção da natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), pois a matéria já foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede recurso repetitivo. Retificada a decisão recorrida para manter a natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado. Regime inicial de cumprimento de pena. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu, ainda que de forma incidental, pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007 (HC 111840/ES). Logo, é possível a fixação de regime mais brando aos condenados por crimes hediondos e equiparados, observados os demais critérios do art. 33 do Código Penal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal a inexistência de impedimento à concessão do benefício. Desta forma, preenchidos os requisitos legais, é impositiva a manutenção da substituição antes operada, em atenção à individualização da pena. RETIFICAÇÃO DA DECISÃO EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. (Apelação Crime Nº 70045334240, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 04/09/2014)

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. PARADIGMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.088-RS. TRÁFICO. PRIVILÉGIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. DECISÃO MODIFICADA EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, CONFORME ART. 543-C, § 8º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HEDIONDEZ RECONHECIDA. Impõe-se a manutenção da natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), pois a matéria já foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede recurso repetitivo. Retificada a decisão recorrida para manter a natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado. Regime inicial de cumprimento de pena. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu, ainda que de forma incidental, pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007 (HC 111840/ES). Logo, é possível a fixação de regime mais brando aos condenados por crimes hediondos e equiparados, observados os demais critérios do art. 33 do Código Penal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal a inexistência de impedimento à concessão do benefício. Desta forma, preenchidos os requisitos legais, é impositiva a manutenção da substituição antes operada, em atenção à individualização da pena. RETIFICAÇÃO DA DECISÃO EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. (Apelação Crime Nº 70049424237, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 18/09/2014). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

Ressalta-se, inclusive, que está sumulada a tese adotada pela Terceira Seção e pelas duas Turmas a ela vinculadas, Quinta e Sexta, de que a

aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. Para tanto:

Súmula 512: A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014).

Destarte, ante a tudo que fora exposto, constata-se que a questão já está pacificada, não havendo no que se falar no afastamento do caráter hediondo mesmo nos pacientes em que é reconhecida a forma privilegiada.

#### **4.1.1 Das consequências jurídicas na execução da pena caso reconhecida hediondez**

O reconhecimento da hediondez no delito de tráfico privilegiado de drogas torna mais árduo o cumprimento da reprimenda ao condenado. É medida mais severa, que pretende obrigar ao Juiz da Execução, dar maior cuidado com a pessoa do condenado, por entender ser ele agente mais perigoso que os demais condenados, principalmente por delitos comuns. Entende-se que sua conduta é significativamente mais reprovável que os demais delitos, e, portanto, os lapsos para obtenção de benefícios durante a execução da reprimenda tornam-se mais elevados.

Nas palavras de Thums e Pacheco:

Assim, em relação às consequências de uma sentença condenatória transitada em julgado, por previsão legal da Lei 8.072/90, com as alterações trazidas pela Lei 11.464/07, para os crimes equiparados a hediondos, arts. 33, caput, parágrafo 1º, e 34 da Nova Lei de Drogas, a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime inicial fechado e, para progredir para o regime semiaberto, precisará cumprir 2/5 (dois quintos) da pena e, se reincidente 3/5 (três quintos). Já em relação ao Livramento Condicional, o condenado deverá

cumprir mais de 2/3 (dois terços) da pena, sendo vedada, porém, se o agente for reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados (THUMS/PACHECO, 2012, p. 97).

Em que pese os autores acima transcritos não tratem diretamente da forma privilegiada do tráfico, tem-se que, por analogia, tais sanções serão aplicadas ao indivíduo condenado pelo tráfico privilegiado, caso reconhecida a hediondez do delito. Percebe-se que os lapsos temporais para obtenção de benefícios como progresso de regime e livramento condicional são maiores em comparação com delitos considerados comuns, o que demonstra maior rigor no cumprimento da reprimenda.

Tem-se, ainda, que o reconhecimento da hediondez veda a concessão de graça, anistia e indulto, conforme artigo 2º, inciso I, da Lei 8.072/90 (BRASIL, Lei 8.072, 1990).

Logo, é cediço, conforme demonstrado, a rigidez que se tem na execução da pena nos delitos deste porte, caso venha a ser reconhecida a hediondez.

Por fim, insta consignar que no que se refere ao regime inicial de cumprimento, não mais necessário que seja o fechado, mesmo neste tipo de delito, conforme a seguir exposto.

#### 4.2 DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA

No que concerne ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, salienta-se que, desde a promulgação da lei que trata dos delitos hediondos, havia determinação expressa no sentido de que o regime inicial de cumprimento para delitos deste porte deveria ser apenas o fechado.

Muito se discutia sobre o assunto na doutrina e jurisprudência, sento que tal questão ganhou relevância e passou a ser tema de discussões.

Logo, entendimentos contrários a esta forma extreme de se iniciar o cumprimento da reprimenda sobrevieram, eis que se acreditava tratar de

tratamento rigoroso demais e que não atingia o objetivo jurídico-penal ressocializador que se esperava.

Nas palavras de FABRIS, percebeu-se a necessidade de dar ênfase ao caráter da individualização da pena para cada condenado no caso concreto, havendo a necessidade de se afastar tal determinação e adaptar os regimes de cumprimento às condições do condenado:

“o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo. Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.” (...) “Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução.” (...) “Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais.” (...) “Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa. De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinqüente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução.” (FABRIS, 1991, p. 37...).

Sendo assim, em 27 de junho de 2012, através do Habeas Corpus 111.840/ES, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº. 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, o qual previa que a pena por crime hediondo (inclusive tráfico de drogas) seria cumprida, inicialmente, em regime fechado.

Denota-se que o julgamento teve início em 14 de junho de 2012 e, naquela ocasião, cinco Ministros se pronunciaram pela inconstitucionalidade do dispositivo: Dias Toffoli (relator), Rosa Weber, Cármen Lúcia Antunes Rocha, R

icardoLewandowski e Cezar Peluso. Em sentido contrário, se pronunciaram os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que votaram pelo indeferimento da ordem. Na última sessão, em que foi concluído o julgamento, os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ayres Britto acompanharam o voto do relator, Ministro Dias Toffoli, pela concessão do Habeas Corpus e para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 1º. do art. 2º. da Lei nº. 8.072/90. De acordo com o entendimento do relator, o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI) (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Analisando o teor do acórdão proferido, temos que a norma é inconstitucional porque obriga que o condenado pelo crime hediondo cumpra a pena em regime inicialmente fechado, tendo sido considerado um absurdo jurídico-penal, bem como uma afronta a Constituição, especialmente o seu art. 5º, inciso XLVI, que trata da individualização da pena. Perceptível que a pena engloba não somente a pena aplicada, mas o caminho e os benefícios suscetíveis quando da execução criminal.

Então, entendeu-se como um direito do condenado a dar início ao cumprimento da pena em regime compatível com ele próprio, não restando dúvidas que o início de cumprimento da pena é parte integrante da individualização desta (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Vejamos:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS RIGOROSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INDEFERIMENTO COM BASE NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. 4. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. [...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a



redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço - em que o regime fechado foi estabelecido apenas em razão de o delito de tráfico ser equiparado a crime hediondo, ocasionando ilegalidade manifesta.

3. [...]

4. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, quando a pena aplicada for inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, fica manifesto o constrangimento ilegal a que se encontra submetido o paciente, uma vez que o aludido benefício foi negado com base unicamente na gravidade em abstrato do delito.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício para, reformando o acórdão impugnado, estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, afastando o óbice legal previsto no art. 44 da Lei de Drogas, possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

(HC 267412/SP – Ministro Marco Aurélio Bellizze – 5ª Turma – DJe 14/06/2013).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CABÍVEL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. EXAME QUE SE RESERVA AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO EX OFFICIO DA ORDEM.

1. [...]

3. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça já firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.

4. Com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando-se a vedação legal à substituição de pena, devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. Hipótese em que a negativa de abrandamento do regime inicial e a vedação à substituição da pena estão baseadas, exclusivamente, na hediondez do delito e nos óbices legais, configurando constrangimento ilegal.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para afastar a obrigatoriedade do regime fechado para início de cumprimento da pena e o óbice à substituição da pena, determinando que o Juiz das Execuções examine a possibilidade de fixação de regime menos gravoso e substituição da pena, com base nas circunstâncias do caso concreto. (HC 215005/MG – Ministra Alderita Ramos e Oliveira – 6ª Turma – DJe 14/06/2013). (BRASIL, 2013).

Destarte, estudos foram realizados até se chegar aos parâmetros atuais, em que é devidamente aceito pela doutrina e jurisprudência a possibilidade de condenados por delito hediondo darem início ao cumprimento da reprimenda em regime de execução diferente do fechado. Decisão a qual indubitavelmente deve ser acatada caso suficiente no caso em concreto.

#### 4.3 DA CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS

No que concerne à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas, o Supremo Tribunal Federal, conforme já salientado, julgou por maioria de votos a inconstitucionalidade do art. 33, §4o, na parte em que vedava a possibilidade de conversão.

No voto do Ministro Cesar Peluso que acompanhou o voto vencedor, este consignou:

(...) Introduce um fator que não compõe o âmbito dos critérios de individualização, ou seja, impede o Juiz de fazer a individualização em concreto, exatamente como, de um modo muito ilustrativo, consta do trecho que Vossa Excelência transcreveu no seu voto – e que recordo agora -, em remissão ao saudoso e falecido Assis Toledo, o qual dizia que, de outro modo, o Juiz ficaria impedido de tratar diferentemente o caso do grande traficante que está preso e o caso da sua companheira que, no dia de visita, leva para ele uma pequena trouxinha de maconha! Ambos seriam tratados igualmente pelo sistema! Isso pode ser até irrelevante do ponto de vista teórico, mas do ponto de vista concreto, de justiça concreta, a meu ver, fere, com o devido respeito, o princípio da individualização. Razão por que, pedindo vênias aos que pensam diferentemente, concedo a ordem (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Jesus chega ao seguinte entendimento:

Cumpra ao juiz determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III), obedecido o princípio da detração

penal (art. 42), e, se for o caso, aplicar o sistema das penas substitutivas (inc. IV) (JESUS, São Paulo, p. 152).

Calhar ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal vem ao encontro de inúmeros doutrinadores e juristas que defendem a posição pessoal sobre a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por outra medida possível para situações similares ao caso em comento, em que a pena é baixa e a pessoa do condenado não é um criminoso nato.

Neste diapasão, tem-se que a prisão, em dias atuais, já não vem servindo nem para a prevenção e nem para a reeducação da pessoa do condenado. Então, quando possível deve-se evitar a privação da liberdade como forma de punição.

A propósito, verifica-se guarida de tal entendimento a manifestação de Luiz Flávio Gomes que escreve:

A prisão, como se verifica, resulta concebida como a *extrema ratio* (derradeira medida) da *ultima ratio* (que é o Direito Penal). Isso se deve a uma série de fatores que servem como fontes críticas desde o princípio do século XVIII. Foucault, por exemplo, depois de assinalar que a prisão sempre foi denunciada como “o grande fracasso da justiça penal”, recorda algumas delas, produzidas entre os anos 1820-1845 (e que continuam mais atuais do que nunca): a) “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade; b) provoca a reincidência; c) não pode deixar de fabricar delinqüentes, mesmo porque lhe são inerentes o arbítrio, a corrupção, o medo, a incapacidade dos vigilantes e a exploração (dentro dela nascem e se desenvolvem as carreiras criminais); c) favorece a organização de um meio de delinqüentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras; d) as condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência; f) a prisão fabrica indiretamente delinqüentes, ao fazer cair na miséria a família do detento. (...) Ainda na visão de Michel Foucault, constitui a prisão “um duplo erro econômico”: diretamente pelo custo intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinqüência que ela não reprime. A rigor, talvez possamos agregar aos dois citados mais um outro erro econômico: o custo da criminalidade que ela gera (por intermédio da reincidência). (...) A prisão é um produto caro e reconhecidamente não ressocializa. Pelo contrário, dessocializa. Em razão da superpopulação, dos seus métodos e da sua própria natureza, é desumana e cruel; corta o vínculo com a comunidade, com a família, com o trabalho, com a educação etc. Há séria dúvida, por tudo isso, sobre se cumpre ou não seu papel de intimidação (GOMES, 1999, p. 29/30).

No que pertine às penas privativas de curta duração, colaciona-se, ainda, a lição de Mariano Ruiz Fuñes, trazida por Jorge Henrique Schaefer Martins:

Ao aludir a penas breves, roçamos um problema para cuja solução há unanimidade. A prisão curta só tem inconvenientes. Prins os pôs em relevo, com uma série de argumentos, de acentuado cunho realista, que nunca perdem o seu vigor. As penas curtas de prisão produzem efeitos diversos e ilógicos. Se se cumprem em regime de isolamento, “a cela é uma tortura moral para o chefe de família que, castigado por uma falta passageira, pensa na solidão, nas angústias dos seus; é indiferente para o solteiro, flexível à disciplina da prisão, à qual está habituado; é um privilégio para o vagabundo, que compara o bem-estar da vida penitenciária com as lutas de sua miserável existência: amargura e sobreexcita a uns, acalma ou desespera, segundo a natureza, o temperamento, a situação social do condenado; é irracional submeter a todos os delinqüentes à mesma disciplina de ferro”. (...) Os inconvenientes gerais das penas curtas de prisão que PRINS enumera, são os seguintes: tornam-se onerosas; inúteis, porque uma estadia rápida no cárcere nem emenda nem regenera; não intimidam as pessoas endurecidas no delito, porque em geral, quando a detenção é curta, encontram-se melhor na prisão que em sua casa; são nocivas para os que conservam o sentimento da honra, aos quais desagradam, deprimem e rebaixam perante sua família e perante os seus companheiros; debilitam neles a noção de dignidade pessoal, privam o desgraçado da sua clientela e o empurram para a embriaguez e a vagabundagem. Constituem uma carga pesada e inútil para o Estado. Graças a ela transbordam as prisões duma população flutuante, entregue a um vaivém perpétuo, que torna difícil a missão do pessoal de vigilância e impede organizar um trabalho regular para os detentos desejosos dum labor e dispostos a realizá-lo. Prossegue observando Prins que o Estado tem interesse em reduzir as aplicações da prisão, que imposta àqueles para quem esta pena não é indispensável, compromete o fundo de honorabilidade e de dignidade que é o patrimônio moral de uma nação (MARTINS, 1999, p. 31/32).

Logo, plenamente cabível a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que o Magistrado que proferirá a sentença, entenda que tal medida é suficiente para ressocializar a pessoa do condenado.

De nada adianta aplicar um regime mais gravoso ou impedir a substituição da pena, se tal reprimenda não atingirá o caráter ressocializador e educador a que tem fim a pena.

Gize-se, ainda, que a hediondez, neste caso, é insuficiente a ponto de impedir que seja a pena de privação de liberdade substituída por restritivas de

direitos, conforme entendimento que se colhe dos recentes julgados abaixo indicados oriundos do Tribunal de Justiça do Estado:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N.º 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AO ART. 400 DO CPP. O interrogatório foi realizado nos moldes da Lei n.º 11.343/06, não havendo, no caso, qualquer vício processual, em face da prevalência da legislação especial. MATERIALIDADE E AUTORIA. Materialidade comprovada pelo auto de prisão em flagrante, auto de apreensão, laudo provisório de constatação da natureza da substância e pelo laudo toxicológico definitivo. Autoria demonstrada pela prova testemunhal, através de depoimentos de policiais militares, que participaram do flagrante, vez que coerentes com os demais elementos de provas produzidos nos autos. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. O pedido de aplicação da fração máxima de 2/3 pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não encontra amparo nos autos. A sentença reduziu a pena por metade, o que se mostrou bastante favorável para a ré levando em conta a qualidade e a quantidade da droga apreendida (48 pedras de cocaína, processada na forma de crack, com peso total aproximado de 8,40gramas), bem como as demais peculiaridades do caso, sendo mantida neste patamar porque não houve recurso da acusação, sendo vedada a reformatio in pejus. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS E REGIME CARCERÁRIO. Cabível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos em crime de tráfico de drogas, como já decidido pelo Colendo STF, quando do julgamento do HC nº 97.256/RS, o que somente poderá ocorrer em casos excepcionais, em que as circunstâncias do fato delitivo autorizem a concessão da benesse, o que é hipótese dos autos. No caso de eventual descumprimento das penas restritivas de direitos, a ré cumprirá a pena privativa de liberdade no regime aberto, vez que o STF declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 (HC 111840, em 27/06/2012), afastando, assim, a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado para o condenado por tráfico de drogas. Precedentes desta Corte. PRELIMINAR REJEITADA, POR UNANIMIDADE. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70050078617, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 26/06/2014).

CRIMES DE ENTORPECENTES E ARMAS (ARTIGO 33, CAPUT, E SEU § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 E ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03). IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. CO-RÉUS. PRELIMINAR. PROVA. PENA. Quanto à preliminar de nulidade do feito, por inobservância do artigo 212, do CPP, não merece prosperar. A nova redação dada pela Lei nº 11.690/08 permitiu que as partes formulem suas perguntas diretamente às testemunhas, abolindo a intermediação do juiz, todavia não vedou a este que faça questionamentos aos depoentes, na busca da verdade real. Preliminar afastada. No mérito, a prova contida nos autos autoriza a manutenção da condenação dos réus, ambos como incurso nas sanções do artigo 33, caput, e seu § 4º, da Lei nº

11.343/06 (narcotráfico), bem como, em relação ao réu João, também nas iras do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 (porte de arma de fogo de uso restrito), sendo inviáveis as pretendidas absolvições, por insuficiência probatória (quanto ao tráfico ou ao porte de armas), bem como a desclassificação do crime de tráfico para o delito do artigo 28, da Lei de Tóxicos. De salientar que os depoimentos dos policiais merecem total credibilidade, notadamente quando coerentes e harmônicos com os demais elementos probatórios. Quanto aos apenamentos, foram corretamente calculados, mostrando-se como necessários e suficientes para reprovação e prevenção dos crimes perpetrados, não havendo motivos para reduzi-los, inclusive porque a pena-base dos réus restou dosada no mínimo legal previsto para as espécies, eis que as operadoras restaram favoráveis. Em um segundo momento, foi corretamente reconhecida a redutora prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, a qual foi aplicada em quantidade suficiente (dois terços), se mostrando condizente e proporcional à dúplice finalidade da sanção penal. Por outro lado, restam inviáveis os pedidos subsidiários da defesa, em relação à ré Natália, de alteração do regime carcerário imposto na sentença, o qual afigura-se correto como o inicial fechado (artigo 2º-§ 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07), bem como de concessão da liberdade provisória à acusada, pois permanecem hígidos os motivos que determinaram sua prisão. Igualmente incabível o pleito de restituição dos valores apreendidos quando do flagrante, eis que estes foram decretados perdidos em favor da União, com base no artigo 63, da Lei nº 11.343/06. Entretanto, merece prosperar o apelo, quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade da ré Natália por restritivas de direitos, com amparo no decidido pelo STF, no Habeas Corpus nº 97.256. PRELIMINAR REJEITADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DA RÉ NATÁLIA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. (Apelação Crime Nº 70046100806, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 26/04/2012).

Constata-se, portanto, que plenamente cabível a aplicação da conversão da Pena Privativa de Liberdade em Pena Restritiva de Direitos, uma vez que, além de desenfrear a superlotação das penitenciárias do país, acaba por ser suficiente em diversos casos, não havendo motivos para o cárcere, o qual é considerado medida *ultima ratio*. Ademais, tal entendimento vem pacificado não só no Tribunal de Justiça do Estado, como pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a possibilidade de conversão e deferindo em diversas oportunidades.

Por fim, cinge-se para o fato de que as penas restritivas de direitos têm se mostrado, em inúmeros exemplos, pedagogicamente adequadas aos casos

concretos, permitindo ao condenado à manutenção de sua dignidade e, a partir disso, elidir a reincidência.

#### 4.4 DO INCIDÊNCIA DO *QUANTUM* A SER ABATIDO DA PENA

Da análise dos requisitos e das possibilidades a que se refere o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, temos que é na terceira fase da dosimetria da pena que a minorante incidirá sobre a pena do indivíduo.

Diz a referida previsão que é possível ser aplicada a redução de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, Lei 11.343/06).

Necessário, então, que o magistrado leve em conta diversos requisitos para se chegar ao quantum a reduzir a pena.

Para a análise do *quantum* a ser reduzido, vê-se o entendimento de Nucci:

Critérios para diminuição da pena: o legislador não estipulou quais seriam, apenas mencionando dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. Creemos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. É lógico que há de existir cuidado de evitar o bis in idem, ou seja, levar em conta duas vezes a mesma circunstância. Como temos defendido em outros trabalhos, as causas de diminuição de pena soa mais relevantes que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de caráter nitidamente residual. Portanto, se o juiz notar um fator de destaque no crime cometido pelo traficante primário, de bons antecedentes, sem ligações criminosas, como a pequena quantidade da droga, deve utilizar esse critério para operar maior diminuição da pena (ex.: dois terços), deixando de considerá-la para a fixação da pena-base (a primeira etapa da aplicação da pena, conforme art. 68 do Código Penal). O contrário também de Sá. Percebendo enorme quantidade de drogas, ainda que em poder de traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações com o crime organizado, pode reservar tal circunstância para utilização na diminuição da pena (ex.: um sexto). Se assim o fizer, não se valerá da mesma circunstância por

ocasião da pena-base, com fundamento no art. 59 do CP (NUCCI, 2007).

Neste cariz, constata-se que além da primariedade, bons antecedentes e a não composição a organização criminosa ou atividades criminosas, o Magistrado responsável pela fixação do quantum a ser reduzido, muito se baseará no que concerne o artigo 59 do Código Penal, que dizem respeito às circunstâncias do delito.

Ademais, pode-se falar que a quantia de droga apreendida, a nocividade de sua conduta, sua afinidade com atividades laborais e sociais também serão questões abordadas.

Entretanto, há de se ressaltar que tais requisitos só poderão ser considerados em uma oportunidade quando da aplicação da pena. Não se pode basear-se nos mesmos objetivando afastar a pena do mínimo legal quando da primeira fase da dosimetria e, após, dificultar a aplicação da minorante, aplicando-a em seu grau mínimo, por exemplo.

Conforme entendimento trazido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal no informativo n.º 759:

A 2ª Turma não conheceu de recurso ordinário em “habeas corpus”, mas concedeu, de ofício, a ordem em razão da utilização, em instâncias diversas, das mesmas circunstâncias para agravar a sanção penal tanto na primeira, quanto na terceira fase da dosimetria da pena. No caso, devido à natureza e à quantidade de entorpecentes, o recorrente fora condenado pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, à pena de sete anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado. No julgamento da apelação, o tribunal, tendo em conta a natureza e a quantidade da droga, aplicara, no percentual mínimo, a causa de diminuição disposta no §4º do art. 33, da Lei 11.343/2006. A Turma consignou que estaria evidenciado o “bis in idem”. Explicou que, tanto no afastamento da pena-base do mínimo legal — pelo juízo de 1º grau —, como na fixação da causa de diminuição da pena em um sexto — pelo tribunal —, teria havido a utilização dos mesmos critérios, quais sejam, da natureza e da quantidade dos entorpecentes. Relembrou que o STF, ao analisar o art. 42 da Lei 11.343/2006, dirimira divergência jurisprudencial entre a 1ª e a 2ª Turma e firmara o entendimento de que a natureza e a quantidade do entorpecente poderiam ser utilizadas na primeira ou na terceira fase da dosimetria penal. Asseverou que, utilizado o critério da natureza e da quantidade dos entorpecentes para elevar a pena-base, deveria a causa de



diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 ser fixada no patamar de dois terços, porque não haveria qualquer outro fundamento fixado pelas instâncias antecedentes para impedir sua aplicação em grau máximo. Ressaltou o reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos que vedavam a substituição da pena em caso de condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes (Lei 11.343/2006, artigos 33, § 4º, e 44, *caput*) e da norma que impunha regime fechado para o início do cumprimento da pena pela prática de crimes hediondos e equiparados (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 1º). Concluiu, assim, que tornar-se-ia necessário o reexame da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e dos requisitos para fixação do regime prisional (RHC 122684/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 16.9.2014. (RHC-122684)).

Neste cariz, constata-se que a verificação dos requisitos do artigo 59, aliados a análise da quantia da droga apreendida e o fim que seria dado ao entorpecente, são questões que só merecem exasperar a pena em uma oportunidade.

Dessarte, no intuito de evitar bis in idem, reitera-se o fato de que só merecem aplicação para recrudescer a pena do indivíduo uma só vez, não havendo no que se falar na sua consideração tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria.

Seguindo este diapasão, se chegará ao *quantum* de diminuição aplicado e a pena recomendável ao indivíduo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desenvolvido o estudo, percebe-se a dificuldade e a complexidade que se trata a questão relacionada ao tráfico de drogas. Veja-se que até os dias atuais não foi criada uma legislação capaz de contentar a todos, muito embora desde meados dos anos 50 haja resquícios de controle e combate à questão em liça.

Calha frisar que houve significativo desenvolvimento e avanço no que concerne a normas penais anti drogas. Nos dias atuais, muito em virtude da legislação de 2006, aparecem um apartado de normas, que, acredito eu, estão atualizados perante o contexto social a que nos inserimos.

Não obstante, em que pese a legislação tenha descrito de forma clara, compacta e concisa as leis de combates às drogas, na prática, em diversas oportunidades, não se consegue chegar ao fim maior e controlar efetivamente as atividades envolvendo o tráfico, as quais são consideradas significativamente nocivas à sociedade.

A tarefa de compreender a razão pela qual se combate as drogas e a razão na qual foi criada a figura do traficante privilegiado, muito partiu em razão da necessidade de se diferenciar o menor traficante, daquele indivíduo que comanda o tráfico em certas localidades, assolando famílias e despertando a criminalidade.

Importante que a sociedade compreenda a necessidade desta diferenciação, pois não se pode tratar a todo indivíduo envolvido com a questão do tráfico como um criminoso nato. Necessário é que o mesmo seja reprimido e punido por suas ações, mas que possa, através do caráter ressocializador da pena, retomar sua vida.

Neste diapasão, tem-se que a figura da minorante, capaz de diminuir a pena a ponto de possibilitar o cumprimento desta em regime diferente do fechado e, até, em diversas oportunidades, ser convertida a pena de reclusão

em restritivas de direitos, é muito importante no papel educador e ressocializador dos condenados, principalmente objetivando evitar a prisão daquele menor traficante, que teve sua primeira relação com a criminalidade e que não deve ficar exposto ao cárcere. Conforme acompanhamos diariamente, as prisões nos dias atuais mais parecem escolas do crime do que um local para reflexão e mudança de atitudes a que se esperava.

Ao meu ver, certo é que desmerecia o reconhecimento do caráter hediondo tal figura, ainda mais que, considerando as peripécias a que são vinculados os requisitos para concessão da privilegiadora, por certo que, tendo o indivíduo os adimplido todas, por certo que não se trata de criminoso nato que faz dos delituoso seu meio de vida e subsistência. Muito pelo contrário, nestes casos estamos diante, na maioria das vezes, de pessoas humildes e que por uma eventualidade ingressaram no mundo do tráfico.

Parto, ainda, do entendimento de que o indivíduo merece sim uma punição. Contudo, esta precisa ser proporcional ao caso concreto, devendo ser respeitados alguns princípios constitucionais primordiais, tais como da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, onde pessoas de bem não merecem ser taxadas como perigosos traficantes.

Destarte, é notável que merece guarida o reconhecimento da minorante, por ser um direito subjetivo do acusado e não mera faculdade do juiz. A própria sociedade precisa compreender e aceitar a importância que a privilegiadora em comento tem diante do contexto criminal atual, ainda mais que na maioria dos casos está-se diante de pessoas de bem, mas condenadas, e que, da mesma forma, merecem uma condenação proporcional e digna, sendo capazes de retomar suas vidas.

## REFERÊNCIA

BRASIL. **Habeas Corpus n. 97.256/RS**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. 2011.

BRASIL. **Habeas Corpus 215005/MG**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. 2013.

BRASIL. **Habeas Corpus 267412/SP**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. 2013.

BRASIL. **Informativo n.º 759**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014.

BRASIL. **Lei n.º 11.343**. Brasília, DF: Senado Federal, 2006.

BRASIL, **Resolução nº 5**. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

BRASIL, **Súmula nº 411, do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF. 2005.

BRASIL, **Súmula nº 501, do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF. 2013.

BRASIL, **Súmula nº 512, do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF. 2014.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **O tráfico de drogas privilegiado: requisitos para o seu reconhecimento e análise da sua hediondez**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13401&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13401&revista_caderno=3)>. Acesso em set. 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **A nova Lei de Tóxicos : Retroatividade ou Irretroatividade?**, *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 14, out./nov. 2006.

FABRIS, Sérgio Antonio. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre. 1991.

FILHO, Vicente. **Lei de Drogas Anotada**. 2º Ed. Saraiva: 2008.

FIORE, Maurício. **A medicalização da questão do uso de drogas no Brasil: reflexos acerca de debates institucionais e jurídicos**. em: Venâncio, Carneiro, Renato Pinto e Henrique. **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo: Alameda; Belo Horizonte: PUCMinas, 2005.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Tráfico privilegiado: a hediondez das mulas**. Jus Navigandi, (blog) Teresina, ano 14, n. 2031, 22 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12234>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Editora RT, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas**. Comentada artigo por artigo: 11.343/2006, 2º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

HABIB, Sérgio, A nova lei de tóxicos e a despenalização do uso de drogas. **Revista Jurídica Consulex**, nº 139, ano VI, 2002.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, 4ed., Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal anotado**. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 1996.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2 ed, rev. ampl. e atual, Salvador: JusPodivm, 2014.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas Alternativas**. Curitiba: Juruá, 1999.

MENDONÇA/CARVALHO, **Lei de drogas**: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, comentada artigo por artigo, SÃO PAULO, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RESENDE, Roberta. **Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime Nº 70049424237**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime Nº 70050078617**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime Crime Nº 70046100806**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime Nº 70048386585**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime Crime Nº 70051045243**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Drogas**: uma nova perspectiva. BRASIL, Revista IBCCRIM. 2014.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar; **NOVA LEI DE DROGAS**, Crimes,