



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Comentários ao art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006:
A Figura do Traficante Individual, Primário e de Bons Antecedentes

Fernanda Kretzmann Bastos dos Santos

Rio de Janeiro
2010

FERNANDA KRETZMANN BASTOS DOS SANTOS

Comentários ao art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006:
A Figura do Traficante Individual, Primário e de Bons Antecedentes

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós- Graduação.

Orientadores: Profª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Profª Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

COMENTÁRIOS AO ART. 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI Nº 11.343/06: A FIGURA DO TRAFICANTE INDIVIDUAL, PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES

Fernanda Kretzmann Bastos dos Santos

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica. Advogada.

Resumo: dentre as inovações trazidas pela Lei nº 11.343/2006, merece destaque o disposto no art. 33, parágrafo 4º, que prevê, como causa especial de diminuição de pena de 1/6 a 2/3, ser o condenado por tráfico ou figuras assemelhadas primário, de bons antecedentes, não dedicado às atividades criminosas, nem integrante de organização criminosa. O dispositivo passa a permitir que o magistrado, na apreciação do caso concreto, possa melhor quantificar e individualizar a pena, dando tratamento diferente àquele agente que se inicia no mundo do crime, merecendo reprimenda menos grave.

Palavras-chave: Direito Penal, Causa de Diminuição de Pena, Traficante Individual.

Sumário: Introdução. 1. Previsão Legal e Natureza Jurídica. 2. A Constitucionalidade da Norma e a Aplicação Retroativa do Dispositivo Legal. 3. Requisitos para a Aplicação da Causa de Diminuição de Pena e Gradação da Diminuição da Pena. 4. A Proibição da Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Penas Restritas de Direitos e a Vedação à Concessão de Liberdade Provisória. 5. O Regime Inicial de Cumprimento da Pena, a Possibilidade de Progressão do Regime e a Concessão do Livramento Condicional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a figura do traficante individual e ocasional, primário e de bons antecedentes, inovação trazida pelo parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que prevê como causa de diminuição das penas referentes aos crimes previstos no *caput* e parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal ser o agente primário, de bons antecedentes, não dedicado às atividades criminosas nem integrante de organização criminosa.

Busca-se despertar a atenção para o fato de que, sob a égide da lei antiga, o traficante ocasional recebia a pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que já se dedicava ao crime de tráfico há muito tempo, mas que fora submetido à ação penal pela primeira vez. Em que pese o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico de drogas, ambos eram considerados primários, de bons antecedentes, recebendo a mesma reprimenda penal. Com a previsão legal da causa especial de diminuição de pena, cabe ao magistrado dar maior amplitude à apreciação do caso concreto, de maneira a poder melhor individualizar a pena, dando reprimenda menos grave àquele que se inicia no mundo do crime.

Objetiva-se trazer à tona a discussão sobre a aplicabilidade da causa de diminuição de pena e suas consequências jurídicas para o traficante primário, considerando o fato de que o condenado com a pena diminuída continuará ostentando a qualidade de traficante de drogas, praticante de crime considerado como hediondo pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: requisitos objetivos e subjetivos para a aplicação da causa de diminuição de pena, os critérios da graduação da diminuição de pena, a retroatividade de sua aplicação e consequências jurídicas do reconhecimento da figura do traficante primário no ordenamento jurídico.

1. PREVISÃO LEGAL E NATUREZA JURÍDICA

Em 23 de agosto de 2006, foi publicada a Lei nº 11.343, cuja ementa dispõe sobre a instituição do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, a prescrição de medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e

o estabelecimento de normas de direito material e processual, objetivando a repressão da produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes, definindo crimes e estabelecendo outras providências.

A denominada Nova Lei de Drogas ou Nova Lei Anti-Drogas determinou a exasperação nas penas cominadas para os crimes de tráfico de drogas e figuras assemelhadas, se comparada com o antigo regramento (Lei nº 6.368/76). Porém, o legislador inovou ao estabelecer considerável causa de diminuição de pena, criando uma espécie de tráfico privilegiado, em benefício do agente individual, ocasional, primário e de bons antecedentes, que está se iniciando na atividade ilícita.

Segundo dispõe o parágrafo 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, nos delitos tipificados no *caput* e no parágrafo 1º do art. 33, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), vedada a substituição em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A previsão legal merece aplausos, pois consagrou o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, pretendendo que o tratamento penal seja totalmente direcionado para as características pessoais do agente e que corresponda aos fins a que se pretende alcançar com a reprimenda penal.

A intenção da lei é punir com menos rigor o traficante ocasional. O objeto da norma é o traficante episódico, ocasional, virgem, de primeira viagem, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. Para o legislador, o acusado que foi detido traficando ocasionalmente, merece menor reprovabilidade, ou seja, tratamento mais benéfico.

Assim, na análise do caso concreto, será preciso identificar se o tráfico foi praticado por traficante ocasional, fazendo incidir tratamento mais brando do que o aplicado para o traficante profissional.

Cumprido ressaltar, no entanto, que, em que pese o legislador reconhecer a menor culpabilidade do traficante ocasional em relação ao traficante habitual, manteve a conduta inserida no artigo 33, da Lei nº 11.343/06, obstaculizando a aplicação de diversos benefícios legais, nos termos do que preconiza o artigo 44, do mesmo diploma legal, o que vem sendo objeto de inúmeras críticas na doutrina e jurisprudência.

Parte da doutrina e alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, embora de forma minoritária, defendem que, em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o artigo 33, parágrafo 4º da Nova Lei de Drogas constituiria crime autônomo, sujeito a tratamento diferenciado não subordinado às vedações contidas no artigo 44, do mesmo diploma legal.

Porém, o legislador, por falha ou propositadamente, dependendo do entendimento que se adote, não previu a causa de diminuição de pena em artigo isolado, mas em um dos parágrafos destinados a regulamentar o crime de tráfico de drogas e assemelhados.

Ainda que o art. 33, parágrafo 4º, da Nova Lei de Drogas afirme que o juiz “poderá” reduzir a pena de um sexto a dois terços, a doutrina brasileira, em sua grande maioria, tem defendido a concepção de que a redução de pena é um direito público subjetivo, desde que estejam satisfeitos os requisitos legais.

Com efeito, a norma legal em apreço traduz-se em questão de política criminal, em que o legislador buscou dar tratamento menos rigoroso ao chamado “traficante ocasional”, aquele que não se dedica ao tráfico de drogas como profissão, de forma a tentar reintegrá-lo o mais rápido possível à sociedade. Portanto, só pode lhe ser negada a aplicação da causa de diminuição de pena quando estiver comprovada a ausência de quaisquer dos requisitos indicados no art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

Assim, a aplicação da causa especial de diminuição de pena não constitui uma simples faculdade do juiz; é obrigatória, desde que presentes os requisitos que a lei fixa para a

concessão. A faculdade do juiz se reduz em constatar a presença dos requisitos legais, e, de modo algum, se trata de uma faculdade discricionária. Tal arbítrio não pode converter em arbitrariedade, o que seria inadmissível num sistema democrático de direito.

Neste sentido, também a quantidade de diminuição de pena (de um sexto até dois terços) terá de ser fixada de forma fundamentada, nos termos do que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA E A APLICAÇÃO RETROATIVA DO DISPOSITIVO LEGAL

Parte da doutrina brasileira vem defendendo a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, ao argumento de que a norma violaria o princípio da proporcionalidade e da proteção deficiente do Estado.

O entendimento aponta para uma espécie de garantismo positivo (inconstitucionalidade advinda de proteção insuficiente de um direito fundamental ou princípio da proteção deficiente) em contraposição ao garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. Sustenta-se que, quando o Estado abre mão da proteção do direito penal para a garantia de um direito fundamental, age de forma deficiente, situação vedada pelo direito constitucional, porquanto, o princípio da proporcionalidade, assim como proíbe omissões estatais, exige proteção positiva por parte do Estado.

Seguindo essa linha de raciocínio, o dispositivo legal em comento seria inconstitucional, pois a redução aplicada poderá levar a uma pena de um ano e oito meses de

reclusão ao traficante, situação que não se coaduna com a proteção dispensada pela Constituição da República ao prever e colocar o tráfico de drogas como conduta típica equiparada aos delitos hediondos.

Por outro lado, os que defendem a constitucionalidade da norma entendem que a criação da causa de diminuição de pena veio suprir uma falha da anterior lei de drogas, traçando uma técnica para desencorajar o traficante de prosseguir na escalada da ilicitude, no sentido de que diferencia o exercício efetivo e contumaz do tráfico do mero e eventual ato de comércio, ou melhor, individualiza o caso do traficante principiante, ocasional, com o fim de fazer valer o princípio da isonomia, baseado no jargão “tratar os desiguais de modo diferente”.

No tocante à aplicação retroativa do dispositivo legal, a Lei nº 11.343/60, em que pese ter sido concebida com o intuito de dar tratamento mais recrudescido ao tema, revogando as disposições legais constantes na Lei nº 6.368/76, inovou no ordenamento jurídico ao prever, em seu artigo 33, parágrafo 4º, uma causa especial de diminuição de pena para os agentes condenados pelo delito de tráfico e figuras assemelhadas, norma mais favorável ao réu que, sob a égide da lei anterior, não estava prevista no ordenamento jurídico.

O dispositivo em comento trouxe verdadeira celeuma ao ordenamento jurídico, pois tratando-se de inovação benéfica para o réu, passou-se a se discutir a possibilidade de aplicação retroativa para alcançar fatos pretérito praticados na vigência da Lei nº 6.368/76.

O artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição de República consagra o princípio da legalidade, do qual emergem como subprincípios o da irretroatividade da lei penal mais gravosa e retroatividade da lei penal mais benéfica, esculpido no inciso XL do mesmo dispositivo constitucional. No âmbito infraconstitucional, esses dogmas constitucionais encontram assento nos artigos 1º e 2º, do Código Penal.

Desta forma, ocorrendo inovação legislativa que venha a melhorar a situação jurídica do réu, impõe-se, por expressa previsão legal, a incidência imediata da norma penal mais benéfica, ainda que transitada em julgado a sentença condenatória, devendo retroagir para alcançar também os fatos praticados antes de sua vigência.

Com base nessas premissas, a doutrina brasileira majoritária legitima a aplicação do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 aos crimes praticados sob a égide da Lei nº 6.368/76. Contudo, o tema não está pacificado, gerando intensa controvérsia nos setores doutrinários e nos Tribunais pátrios.

O entendimento da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento dos processos Recurso em *Habeas Corpus* nº 95615, que tramitou junto à 1ª Turma, Recurso em *Habeas Corpus* nº 94802, que tramitou junto à 1ª Turma e Ação de *Habeas Corpus* nº 96340, que tramitou junto à 2ª Turma, é no sentido de ser inadmissível utilizar a pena-base prevista na Lei nº 6.368/76 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343/06, pois, agindo assim, o juiz criaria uma terceira lei, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Segundo o entendimento exposto, em não havendo identidade de penas das leis que tratam do tráfico de drogas, não se pode falar na aplicação da causa especial de diminuição de pena, definida em parágrafo específico destinado exclusivamente aos fatos ocorridos na vigência da nova lei.

No mesmo sentido, os Desembargadores integrantes da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, nos autos do recurso de apelação nº 0005157-82.2008.8.19.0061, decidiram que não há como acolher o pedido de aplicação da causa especial de diminuição da pena, previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, aos delitos cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, tendo em vista o risco de o Poder Judiciário, ao mesclar dispositivos de duas leis para criar um híbrido, invadir poderes

inerentes ao Legislativo, o que estenderia, por conseguinte, critério que visa a atenuar a agravação de penas pela nova lei àquelas cominadas pela antiga lei, ora derogada.

Em sentido contrário, ainda no âmbito da Egrégia Corte Constitucional, existe posicionamento do Ministro Cesar Peluzo, nos autos da Ação de *Habeas Corpus* nº 97128, que tramitou junto à 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no sentido da aplicação do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna ou da lei penal mais favorável (*lex mitior*), aplicando a causa de diminuição de pena àqueles delitos praticados sob a égide da Lei nº 6.368/76, minorando, nesses casos, a pena antiga prevista, qual seja, três a quinze anos.

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de forma majoritária, em sessão realizada em 18 de dezembro de 2009, reafirmou o entendimento de ser possível a combinação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 com o preceito sancionador do artigo 12, da Lei nº 6.368/76, admitindo a combinação das disposições favoráveis de distintas leis a fim de beneficiar o réu.

Seguindo com o mesmo posicionamento, Greco opina que “(...) a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade benéficas (...)”. (GRECO, 2004, p.129)

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, os Desembargadores que compõem a 3ª Câmara Criminal defendem que o art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, é norma de direito material e sem previsão na legislação anterior, razão pela qual é imperativa a aplicação da causa de diminuição de pena sobre a pena cominada na Lei nº 6.368/76, em obediência ao comando constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, não constituindo essa interpretação a criação de uma terceira lei, mas de cumprir a norma constitucional e os princípios normativos e teóricos do Direito Penal, previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

E, ainda, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do recurso de embargos infringentes nº 2008.054.00101, reconheceu, por unanimidade, a possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 aos delitos praticados sob a égide da Lei nº 6.368/76, uma vez preenchidos os requisitos previstos na norma penal mais benéfica.

Acompanhando essa lição, Julio Fabbrini Mirabete conclui que “(...) a melhor solução é a de que pode haver combinação das duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos. A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra lei como também com a combinação de partes de dispositivos da lei anterior e posterior (...)” (MIRABETE, 1996, p. 65).

Verifica-se, portanto, que a questão não é pacífica e está longe de ser solucionada.

3. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA E GRADAÇÃO DA DIMINUIÇÃO DA PENA

Para que o agente possa desfrutar da causa especial de diminuição de pena, necessita preencher requisitos de natureza objetiva e subjetiva, que devem ser satisfeitos cumulativamente. O requisito objetivo é verificado a partir da leitura do artigo 33, parágrafo 4º, 1ª parte, que determina que a causa de diminuição da pena alcança apenas os crimes previstos no caput e parágrafo 1º do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

É possível praticar o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, mediante a realização de um dos dezoito verbos descritos na norma penal incriminadora, quais sejam: 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, ainda que gratuitamente, drogas.

Quanto ao crime previsto no art. 33, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, é possível cometê-lo mediante a realização de uma das quatorze condutas descritas no tipo penal, quais sejam, importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar, ainda que gratuitamente, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas.

O inciso II, do parágrafo 1º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 prevê, ainda, as condutas de semear, cultivar ou fazer a colheita de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

O inciso III do mesmo dispositivo legal prevê também as condutas de utilizar local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consentir que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para o tráfico ilícito de drogas.

Em todos os dispositivos, é necessário observar o elemento normativo do tipo, pois para a configuração do crime de tráfico e figuras assemelhadas é exigido que o agente esteja agindo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O crime de tráfico em sua forma fundamental e nas figuras assemelhadas é punido com pena de reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Os requisitos subjetivos estão previstos na parte final do parágrafo 4º do art. 33, onde o legislador procurou criar um mecanismo para o juiz melhorar a situação daquelas pessoas que, em tese, ainda não estão completamente corrompidas pelas organizações criminosas, garantindo-lhes uma punição adequada e que satisfaça às finalidades de retribuição e prevenção da pena.

Sendo assim, para que o agente seja premiado com a causa obrigatória de redução de pena, precisa atender cumulativamente a quatro diretrizes legais: não ser reincidente, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. O agente primário é aquele que não foi anteriormente condenado por sentença penal transitada em julgado, que gerou os efeitos da reincidência. Como bons antecedentes, devem ser considerados aqueles fatos ocorridos antes do início do cumprimento da pena, mesmo que tenha ocorrido após o fato delituoso que deu origem à prisão.

A doutrina se divide com relação a considerar ou não a sentença condenatória não transitada em julgado ou a existência de inquérito em andamento como maus antecedentes. Alguns sustentam que tais circunstâncias devem ser consideradas maus antecedentes, não significando tal posição violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. Outros defendem que a Constituição da República assegura que ninguém pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, não podendo aquela condenação ou anotação existente na Folha de Antecedentes Criminais ser levada em consideração para atestar os maus antecedentes.

A doutrina aponta situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente encontrar-se desempregado e na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico, como embalagens para porções individualizadas (sacolés) e a quantidade de droga apreendida.

A forma como a droga é encontrada, com materiais de endolação e escondida em determinada localidade, constitui um dos critérios utilizados pela jurisprudência para definir se o agente é dedicado às atividades criminosas e estava praticando, de forma reiterada, o tráfico de drogas.

A variedade de drogas encontradas, bem como a quantidade de sacos plásticos para que seja acondicionada também caracteriza a dedicação à atividade de tráfico de drogas de forma habitual.

Não existe definição legal de organização criminosa, figura introduzida no Brasil pela Lei nº 9.034/95, o que faz com que a doutrina e os Tribunais Superiores apontem a necessidade da presença de determinados elementos para o reconhecimento da figura penal, tais como estrutura organizacional, especialização de tarefas, existência de vários níveis de hierarquia, a tendência da durabilidade, a composição por mais de três pessoas, e outros.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem se posicionando no sentido de que o agente que se encontrava em local onde é sabido que o tráfico ilícito de drogas é realizado por facção criminosa não pode ser considerado traficante ocasional, mormente se a droga é encontrada com as iniciais do grupo criminoso.

A circunstância de o agente ser encontrado com rádio transmissor, celular, morteiro e outros apetrechos relacionados ao tráfico profissional de drogas ilícitas também deve ser considerada para a não aplicação da causa especial de diminuição de pena.

Verifica-se, portanto, que o referido benefício deve ser aplicado àquele que participa de maneira eventual, esporádica, sem grande intuito lucrativo e sem proximidade a grupos encarregados de atividade criminosa.

Quanto ao ônus da prova, cabe ao Ministério Público demonstrar que o agente não possui bons antecedentes, é reincidente, ou, ainda, que se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

No tocante à gradação de diminuição de pena, uma das grandes dificuldades a ser enfrentada pelo magistrado na aplicação do parágrafo 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 será quanto aos critérios que deverá levar em conta para definir o *quantum* da diminuição, tendo em vista que o dispositivo admite a redução da pena em 1/6 a 2/3. O legislador deixou

de explicitar os critérios para a fixação do quantum de sua redução, incumbindo à doutrina e jurisprudência a sua adequação.

O entendimento que vem sendo sufragado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça é de que a solução mais adequada é proceder à mensuração da aplicação da minorante com base nas circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, tendo em vista também o artigo 42, da Lei nº 11.343/06, ou seja, o julgador, ao estabelecer o *quantum* da redução da pena, deverá ter em vista a natureza e a quantidade da substância, bem como a personalidade e a conduta social do agente.

O critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para a fixação do *quantum* da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, parágrafo 4º, não se tratando de violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas apenas de utilização das vetoriais determinantes da pena-base como referencial para indicar uma maior ou menor redução da pena, isto é, os critérios de fixação da pena-base deverão servir de referência para apontar a direção em que a fração de redução de pena deve ser estabelecida, se mais próximo do máximo (2/3), ou mais próximo do mínimo (1/6).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem posicionamento no sentido de que a redução do quantum deve ser aplicada ao máximo previsto em lei sempre que for verificada a ínfima quantidade de droga apreendida e as circunstâncias da prisão.

Em se tratando de agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas e nem integra organização criminosa, sendo as circunstâncias judiciais do art. 58 consideradas totalmente favoráveis e muito pequena a quantidade de droga apreendida, faz jus a aplicação da causa de diminuição de pena no percentual de 2/3 (dois terços).

4. DA PROIBIÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E A VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

A parte final do parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 preconiza ser vedada a conversão das penas privativas de liberdade previstas nos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e parágrafo 1º, e 34 e 37 da lei, em penas restritivas de direito.

O art. 44 do mesmo diploma legal determina que os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, proibida a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

O parágrafo único do dispositivo legal preconiza que, nos crimes previstos no *caput* desse artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico.

Especificamente quanto à proibição de se substituir a pena privativa de liberdade em restritivas de direito, a doutrina majoritária questiona a constitucionalidade do dispositivo, ao argumento da violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da humanidade da pena, da isonomia, da proporcionalidade da pena e do sistema progressivo de pena adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, seguindo essa linha de entendimento, seria preciso considerar que o artigo 44 da Lei de Drogas apenas se destinaria às figuras típicas previstas no *caput* e parágrafo 1º da Lei nº 11.343/06, não se aplicando à figura do tráfico privilegiado, prevista no parágrafo 3º do referido dispositivo, visto que as proibições se destinam ao praticante de crime hediondo, não

havendo como reconhecer a hediondez em crime privilegiado, já que são conceitos incompatíveis, antagônicos.

À semelhança do que ocorre com o homicídio qualificado-privilegiado, o legislador, no âmbito da Lei 8.072/90, não elencou o tráfico privilegiado como crime similar ao hediondo, inexistindo motivo razoável para que o primeiro delito não seja crime hediondo e o segundo tenha tal configuração, porquanto a natureza de ambos é idêntica. É de ser lembrado velho brocardo jurídico-penal segundo o qual onde existe a mesma razão de decidir deve ser gerada a mesma solução.

Outro argumento para se afastar a natureza de hediondez do crime de tráfico privilegiado é que, malgrado a Constituição Federal impeça a graça e a Lei 11.343/06 ponha óbice ao indulto em relação ao tráfico ilícito de entorpecentes, na qualidade de delito equiparado ao hediondo, o Presidente da República, por meio do Decreto 6.706, de 22/12/2008, concedeu indulto, sob determinadas condições, a condenados pelo crime do artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, reforçando a tese de que o tráfico privilegiado encontra-se completamente fora do elenco dos delitos hediondos e aos equiparados.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 22 de setembro de 2009, nos autos da Ação de Habeas Corpus nº 97.256, impetrado em favor de um paciente condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, pela prática do crime de tráfico de drogas, reconhecida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, instada a se manifestar sobre o tema, decidiu afetar a questão ao Plenário da Egrégia Corte.

Em 18 de março de 2010, após o voto do Ministro Relator Ayres Britto, que concedeu parcialmente a ordem e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do parágrafo 4º do artigo 33,

e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambas da Lei nº 11.343/06, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa.

Portanto, a questão ainda está sendo solucionada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em sede do Superior Tribunal de Justiça, a Corte Especial, nos autos da Ação de Habeas Corpus nº 120.353-SP, julgada em 04.11.2009 e noticiada no Informativo nº 414, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do parágrafo 4º do artigo 33 e do artigo 44, da Lei nº 11.343/06, com votos favoráveis dos Ministros Ari Pargendler, Felix Fisher, Aldir Passarinho Junior, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins, vencidos os Ministros Og Fernandes e Nilson Naves, que votaram a favor da arguição da inconstitucionalidade.

A maioria dos membros da Corte Especial entendeu que o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República Federativa previu um regime mais gravoso no que se refere à repressão aos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, razão pela qual não há inconstitucionalidade na proibição da conversão da pena de prisão em pena restritiva de direito, trazida pelos dispositivos da Lei nº 11.343/06.

Ademais, os Ministros da Corte Especial alegaram que o princípio constitucional da individualização da pena não pode ser interpretado de forma a evitar a adoção de medidas punitivas necessárias ao resguardo da ordem pública, principalmente em se tratando de crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, que devem ser reprimidos da forma mais eficaz possível.

Na doutrina, Renato Marcão acolhe a tese adotada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, afirmando que “(...) não obstante a possibilidade de considerável redução da pena, o legislador houve por bem vedar expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (...)” (MARCÃO, 2008, p. 202)

Em sentido contrário, os Ministros Og Fernandes e Nilson Naves votaram pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, prevista no artigo 33, parágrafo 4º, e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no artigo 44, ambas da Lei nº 11.343/06, defendendo, em seus votos, que a proibição da conversão fulmina o princípio da individualização da pena, bem como viola o princípio da isonomia e malfez a dignidade da pessoa humana, dificultando a busca da ressocialização do condenado e a efetivação da justiça.

Argumentaram que a proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos impõe a prisão a todos, independentemente do *quantum* da pena, retirando do julgador a possibilidade de valorar o caso concreto, violando o disposto no artigo 59, do Código Penal, que obriga o Estado-Juiz, na fixação da pena, a verificar as circunstâncias objetivas e subjetivas que existiam à época do fato.

O princípio da isonomia também estaria violado, pois seria injurídico conferir tratamento demasiadamente diferenciado entre o condenado por tráfico de drogas que preenche os requisitos para a substituição da pena e outro apenado a igual tempo por delito comum.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acolhe, quase que de forma unânime, o art. 44, da Nova Lei de Drogas, ao argumento de que não merecem guarida os pedidos de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, na forma do art. 44, do Código Penal, e de suspensão condicional da pena, nos moldes do art. 77, do mesmo diploma legal, ante a clareza do art. 44, da Nova Lei de Drogas que veda expressamente a aplicação dos dispositivos do Código Penal supracitados nos casos dos crimes tipificados no art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Cumprê destacar que os Desembargadores da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, nos autos do julgamento do Recurso de

Apelação nº 5693/2007 acompanharam o voto do Ilustre Desembargador Sergio Verani, reconhecendo a possibilidade de aplicação da suspensão condicional da pena ao condenado pelo crime de tráfico de drogas, com aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, ao argumento de que não seria razoável dar-se ao traficante eventual o mesmo tratamento dispensado àqueles agentes que fazem do tráfico de drogas verdadeira profissão.

Seguindo essa linha de entendimento, a não concessão da conversão da pena de prisão em restritiva de direito violaria os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ante o exposto, verifica-se que se trata de mais uma questão que ainda precisa ser pacificada pelos Tribunais Superiores e Tribunais Estaduais.

Quanto à possibilidade de liberdade provisória, o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90 vedava expressamente a concessão do benefício legal, com ou sem fiança, em se tratando da prática de crime hediondo e assemelhado. O artigo 44, da Lei nº 11.343/06 proíbe expressamente a concessão de liberdade provisória aos apenados incursos nas sanções previstas no artigo 33, *caput* e parágrafo 1º, 34 a 37 da Lei de Drogas.

Entretanto, no dia 29 de março de 2007, entrou em vigor a Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, retirando a proibição genérica de liberdade provisória, em se tratando de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Instaurou-se, então, nova celeuma jurídica, discutindo-se se o artigo 44, da Lei nº 11.343/06 teria sido ou não derogado, não subsistindo mais a vedação antecipada e genérica ao benefício da liberdade provisória.

Não obstante a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entender possível a liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes, a posição do Supremo Tribunal Federal

sempre foi no sentido da aplicação literal do artigo 44, ou seja, entender ser impossível a concessão do benefício em virtude de óbice legal específico.

A proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, derivaria do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das infrações penais relativas ao tráfico de drogas, previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República.

Ocorre que, em 10 de setembro de 2009, o Plenário Virtual da Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral à controvérsia sobre a possibilidade de ser concedida liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas.

A matéria ainda não foi submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo, portanto, ainda, o entendimento contrário à inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei de Drogas, especificamente no que concerne à liberdade provisória.

5. O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, A POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME E A CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Quanto ao regime de cumprimento de pena nos crimes de tráfico de drogas e assemelhados, o Supremo Tribunal Federal, no dia 23 de fevereiro de 2006, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, no julgamento da ação de *Habeas Corpus* nº 82.959-7.

Por conseguinte, a Lei nº 11.464/07, dentre outras disposições, conferiu nova redação ao artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, alinhando-se ao entendimento da Corte Superior, fulminando o regime integralmente fechado de cumprimento de pena, passando a prever expressamente o

regime inicialmente fechado para os crimes hediondos e equiparados, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecente.

Em se tratando de traficante individual, ocasional, primário e de bons antecedentes, segundo a jurisprudência dominante, com acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que pese ter sido aplicada ao agente a causa de diminuição de pena, desimportante o quantum em que repousaram as sanções, pois o delito cometido é o tráfico de drogas, crime considerado hediondo pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e para o qual a lei determina o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena.

Em sentido contrário, recentemente, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de uma pessoa condenada por tráfico de drogas iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto ou aberto, dependendo do caso concreto.

As circunstâncias do caso submetido à Egrégia Corte foram fundamentais para a concessão do benefício, pois o condenado foi preso com 7,2 gramas de crack e um grama de maconha, sendo réu primário e sem registro de antecedentes criminais, de modo que a pena base foi fixada no mínimo legal e depois reduzida pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista na Lei de Drogas, totalizando 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

O Ministro Relator Haroldo Rodrigues afirmou que, considerando a pena aplicada e reconhecida, na hipótese, a figura do traficante ocasional, respeitando-se o princípio da individualização da pena, esta deve ser cumprida no regime aberto.

A Nova Lei de Drogas não trata da progressão de regimes. Porém, com o advento da Lei nº 11.464/07, a progressão para delitos considerados hediondos e equiparados restou expressamente prevista, nos termos do art. 2º, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90.

Aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, ainda que tenha sido aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, se o crime foi

praticado antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime poderá ser obtida com o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena. Contudo, se o crime for praticado após o advento da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime poderá ser concedida a partir do cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

O livramento condicional é medida de política criminal que atua na ressocialização do condenado. Permite que este abrevie sua reinserção no convívio social, cumprindo o restante que falta para o cumprimento de sua pena em liberdade, desde que presentes certos requisitos de ordem subjetiva e objetiva, mediante o cumprimento de determinadas condições.

O artigo 83 do Código Penal traça os requisitos necessários à concessão do livramento condicional, trazendo como primeiro requisito de natureza objetiva a condenação do agente à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos.

Com o advento do parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 e ante a redação do *caput* do artigo 83 do Código Penal, criou-se uma situação esdrúxula, pois a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena ao traficante primário e de bons antecedentes permite que a pena aplicada a esse condenado seja de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, portanto inferior a 2 (dois) anos, o que poderia levar à conclusão de que, nesses casos, seria vedada a incidência do livramento condicional.

Se feita tal interpretação literal, ao apenado primário e de bons antecedentes, e que preencha todos os requisitos abonadores, pode ser aplicada uma redução máxima de 2/3, com isso sendo-lhe imposta a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, como na espécie, e que deve ser totalmente cumprida. Ao inverso, aquele que não possuir todos os predicados para obtenção da diminuição, e por isso não agraciado com a redução, finda por ser condenado a pena em 5 (cinco) anos de reclusão, podendo obter o livramento condicional, se cumpridos 2/3 da pena.

A referida situação, por óbvio, acarreta flagrante desrespeito aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e razoabilidade, considerando que o traficante habitual fará *jus* ao benefício legal, e o traficante individual não terá direito à obtenção do livramento condicional.

Neste sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é uníssona em reconhecer a possibilidade de concessão do livramento condicional ao condenado à pena inferior a 2 (dois) anos de reclusão, desde que satisfeitos os requisitos legais.

Quanto ao prazo de cumprimento de pena para obtenção do benefício, em se tratando de crime de tráfico de drogas e assemelhados, o artigo 83, inciso V, do Código Penal, bem como o artigo 44, parágrafo único da Lei nº 11.343/06 permitem que terá direito ao livramento condicional aquele que, depois de cumprir 2/3 (dois terços) da pena, não for reincidente específico em crimes considerados hediondos.

Ressalte-se que não basta que tenha fluído o lapso temporal superior a dois terços da duração da pena privativa de liberdade para que possa ser aplicada a medida penal. É mister ainda que o apenado não seja reincidente específico nas infrações previstas na Lei nº 8072/90.

CONCLUSÃO

A inovação legislativa trazida pelo art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 veio concretizar uma dos princípios constitucionais mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o princípio da individualização da pena.

Uma vez preenchidos certos pressupostos de ordem objetiva e subjetiva, diminui-se a pena do condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, visando a devolver ao convívio social mais rapidamente aquele sentenciado que ainda possui, efetivamente, chances de recuperação.

O dispositivo em comento consagra, ainda, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ao conceder aos pequenos traficantes, que não se enriquecem com o narcotráfico, nem se utilizam do tóxico como meio de vida, uma resposta penal razoável, proporcional e eficiente, buscando a ressocialização do condenado.

O traficante virgem, ocasional, eventual, de 1ª viagem, aquele que não se dedica a atividades criminosas ou a organizações criminosas deve ser reinserido na sociedade mais rápido do que aquele traficante habitual, que faz do comércio de drogas sua profissão, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio constitucional da isonomia também fica garantido, pois o novo dispositivo legal confere tratamento diferenciado ao traficante ocasional, em detrimento ao tratamento mais gravoso conferido ao traficante habitual.

Diante da falência do sistema penal, cujos regimes colaboram para a reincidência e funcionam como uma espécie de "escola para o crime", a minorante é vista como um remédio para diminuir os males causados pela prisão. O quanto antes o traficante eventual puder ser posto em liberdade, menor será o estrago causado pelo aprisionamento ao condenado.

REFERÊNCIAS

Brasil. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stj.gov.br>.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. <http://www.stf.jus.br>.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. <http://tjrj.jus.br>.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos. Prevenção. Repressão*. Comentários à Lei de Drogas – Lei n. 11.343/2001. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Nova Lei de Drogas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 11ed. São Paulo: Atlas, 1996.

RANGEL, Paulo. BACILA, Carlos Roberto. *Comentários Penais e Processuais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.