



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44 DA LEI N. 11.343/06

Estela de Castro Pena

Rio de Janeiro
2012

ESTELA DE CASTRO PENA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44 DA LEI N. 11.343/06

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Prof^a. Mônica Leal

Prof^a. Néli Luiza C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44 DA LEI N. 11.343/06

Estela de Castro Pena

Graduada pela Universidade Barra Mansa.
Técnico de Atividade Judiciária do Poder
Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.
Assessora Direta de Órgão Julgador de
Segunda Instância.

Resumo: É fato público e notório a incidência ainda hoje do artigo 44 da Lei de Drogas, artigo que fora objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como a declaração do Supremo Tribunal Federal de que a aplicação do citado artigo é inconstitucional. O objetivo deste trabalho é abordar as nuances da não aplicação do artigo supramencionado que tem encontrado resistência de vários tribunais em diagnosticar sua inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal. Administrativo. Lei de Drogas. Inconstitucionalidade do artigo 44 da lei antidrogas. Resolução N. 5 do Senado Federal de 15 de fevereiro de 2012.

Sumário: Introdução. 1. Inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei n. 11.343/06. Princípios da Dignidade da Pessoa Humana no arbitramento da Pena. 3. Declaração da Inconstitucionalidade pelo STF. Inobservância dos Princípios Constitucionais e Penais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei de Drogas, Lei 11.343/06. O presente estudo tem por objetivo traçar o atual panorama do regime aplicado aos condenados pelos crimes elencados na lei de drogas, como por exemplo, o não benefício da fixação de um regime proporcional a pena aplicada, a liberdade provisória, o livramento condicional, a conversão das penas restritivas de liberdade por restritivas de direitos. Aborda a imensa controvérsia e a louvável solução dada pela Resolução N. 5 de 2012 do Senado Federal que declarou inconstitucional a aplicação do artigo 44 da Lei

11.343/06¹, artigo que veda aos denunciados, bem como aos condenados, vários benefícios citados na legislação penal e na Constituição Federal. Destarte, verifica-se a elevada importância do presente artigo à incidência da citada resolução nas decisões judiciais, em consequência a não aplicabilidade do art. 44 da Lei 11.343/06, por sua declarada inconstitucionalidade.

1. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44 DA LEI N. 11.343/06

A Lei 11.343/06 foi criada pelo legislador pátrio com o intuito de regular e de, entre outras finalidades, atender a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como estabelecer normas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes. A inobservância da inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/06, viola vários princípios constitucionais como, do Devido Processo legal, da Presunção de Inocência, da Proporcionalidade, da individualização da Pena. Esse último, obsta ao magistrado arbitrar a individualização da pena em concreto, princípio outorgado ao magistrado tanto na CRFB/88, quanto nas normas penais. Restando ao julgador julgar e condenar nas mesmas penas e regime, um traficante contumaz condenado a pena de 15 anos de detenção e uma mãe ou uma companheira que nunca se envolveram com a justiça, quando flagradas levando uma trouxinha de maconha para seu filho ou companheiro na prisão. Assim, resta flagrantemente inconstitucional o mencionado artigo.

No ponto, ainda cabe ressaltar, quando o legislador tratou penalmente a conduta do traficante de drogas, agiu de forma assistemática. Pois, posteriormente, a Lei 11.464/07², criada para regular os crimes hediondos, revogou a vedação à liberdade provisória, tornando

¹BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 20 de set. 2012.

²BRASIL. Lei n. 11.464/07, de 28 mar. 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20052007/2007/lei/11464.htm>. Acesso em: 20 de set. 2012.

assim muitas das vezes a sanção penal de um traficante mais gravosa do que a de um homicida.

2. RESOLUÇÃO N. 5 DO SENADO FEDERAL DE 15 DE FEVEREIRO DE 2012

O STF para declarar a inconstitucionalidade do mencionado artigo, em destaque se baseou no princípio da individualização da pena, art. 5º, XLVI, da CRFB/88, que desenvolve como já decidido pelo STF, em três momentos individualizados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo.

No ponto, cabe ressaltar, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente 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. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, não lhe é permitido se desgarrar do núcleo significativo que exsurge da Constituição: o momento concreto da aplicação da pena privativa da liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário.

Busca-se entre a ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, observando os princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade, da isonomia, da dignidade da pessoa humana dentre outros.

Verifica-se de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo para outro menos rigoroso. A lei, de modo abstrato, não pode subtrair do magistrado a importante tarefa de individualização da pena,

papel a ser realizado com independência e dentro dos parâmetros fixados na Constituição, no Código Penal e na legislação penal extravagante. A resolução n. 5/2012 do Senado veio apenas para suspender, em caráter *erga omnes*, os trechos declarados inconstitucionais pelo STF.

No ponto, o voto do ministro sustenta que o controle da razoabilidade inclui fiscalizar a constitucionalidade das normas do poder público, pois não cabe ao legislativo atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais que divorciam dos padrões da razoabilidade.

É necessário admitir que há traficantes e traficantes. Há aquele que busca em cada sentença a plenitude do irrenunciável estado democrático de direito e as garantias constitucionais alcançadas ao longo dos tempos. Senão, seremos magistrados meramente legalistas e não doutores da lei. Assim, a CRFB/88 ao fixar o princípio da individualização da pena, não faz qualquer distinção quanto aos crimes e nem quanto as penas.

Assim, ressalta-se a necessidade da urgência em aplicar nas decisões judiciais a inteligência da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

3. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

No julgamento da ADI 3.112/DF³, o STF pautou-se em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico para concluir pela inconstitucionalidade das normas restritivas de direito. Pelo uso do princípio da razoabilidade, afastou as restrições legais impostas pelo legislador, a fim de, assim, trazer proporcionalidade entre a gravidade das condutas ilícitas e a restrição aos direitos do réu.

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112-1 DF. Relator Min. Ricardo Lewandowski. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2194197>> Acesso em 26 de out. 2012.

Essa interpretação afasta o raciocínio simplista e positivista de interpretação literal que entende que as referidas normas restritivas seriam aplicáveis uma vez que o legislador optou por regular a matéria especial de forma mais severa. Esse tipo de pensamento afeta a harmonia do sistema legal brasileiro e acarreta, por via transversa, severas injustiças.

O que ocorre é que o legislador brasileiro quando opta por realizar inovações legislativas na seara criminal, atua de forma eleitoreira, com o escopo agravar as sanções para determinadas condutas que estão sendo alvo de repúdio social e assim acalmar os ânimos e a pressão popular.

Um exemplo disso se deu com a edição do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei 9.503/97, que em seu art. 303 conferiu a sanção de detenção de 6 meses a 2 anos para aquele que pratica a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, enquanto que a lesão corporal dolosa continuou regulada pelo Código Penal (CP), que prevê pena de detenção de 3 meses a 1 ano.

O legislador, ao regular a questão dos acidentes de trânsito face aos anseios populares, optou por apresentar sanções severas para as condutas ilícitas praticadas na direção de veículo automotor e, conseqüentemente, ocasionou situações de desproporcionalidade e desigualdade. Outro exemplo, a Lei 10.826/03⁴, ao vedar a fiança e a liberdade provisória naqueles casos já apresentados, enveredou pelo mesmo caminho. Mais uma vez o poder legislativo optou por regular de forma mais severa e desarrazoada condutas isoladas que ocasionavam repúdio social e o resultado foi o implemento de sanções desproporcionais que vieram a ser consideradas inconstitucionais pelo STF.

Ao não se permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vista à sua ressocialização, viola tanto o princípio constitucional à individualização da pena, dignidade da pessoa humana, da isonomia, bem como o da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros.

4. A CONCESSÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME E A LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES NA LEI ANTIDROGAS

O poder legislativo, em pronta resposta à indignação social que rechaçou a decisão proferida pelo STF, editou em curto espaço de tempo a Lei 11.464/07 que veio a alterar o art.2º da Lei 8.072/90, e estabelecer em seu §2º que a progressão de regime para réu primário em crime hediondo dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena, e para o réu reincidente após 3/5.

Cabe esclarecer que a inovação que regulou a progressão de regime, passou a vedar apenas os institutos da anistia, graça, indulto e fiança, e se absteve de vedar a aplicação da liberdade provisória. Assim, a partir da vigência da nova Lei 11.464/07, a prática dos crimes hediondos, de tortura e tráfico de entorpecentes e drogas e afins e o terrorismo passaram a admitir a aplicação do instituto da liberdade provisória e da progressão de regime.

Observa-se que o crime de tráfico de entorpecentes, drogas e afins está aí inserido por expressa previsão legal do *caput* do art. 2º da lei 8.072/90⁴, mantido com a Lei 11.464/07, dessa forma, restou comprovada a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas.

5. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Com a vigência da Lei 11.343/06, o crime de tráfico de entorpecente, optou por tratá-lo com mais rigor, e em seu art.44 *caput* e parágrafo único restringiu uma série de direitos conferidos aos réus em geral, como se denota da redação abaixo transcrita: “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 a 37 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis

⁴ BRASIL. Lei n. 8.072/90, de 25 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm> Acesso em: 20 de set. 2012

de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.”

Verifica-se que a Lei de Drogas restou, posteriormente, em colisão com a Lei de Crimes Hediondos, uma vez que, após a restrição especial imposta pelo *caput* do art. 44 da Lei 11.343/06 ao crime de tráfico, a Lei 11.464/07, que veio a alterar a Lei de Crimes Hediondos, possibilitou a sua concessão para os crimes hediondos, de tortura e tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

Evidente situação de antinomia entre as normas penais. Esta colisão entre as normas pode ser dirimida mediante dois critérios distintos, que resultarão em resultados antagônicos. Se aplicada a regra da especialidade, a Lei de Drogas, por ser norma específica a regular o tráfico de entorpecentes, prevaleceria perante a norma geral da lei de crimes hediondos, e assim todas as limitações do art. 44 far-se-iam aplicáveis. Contudo, se for utilizado o critério da temporariedade, através do qual a norma posterior revoga a norma anterior, pois o mencionado artigo estaria revogado naquilo que a lei posterior de crimes hediondos dispusesse em contrário.

A aplicação da restrição literal de direitos imposta pelo art. 44, incide o intérprete em situação de afronta às tais princípios, uma vez que aquele que tiver cometido crime tipificado como hediondo, caso por exemplo de um esturador, terá direito ao benefício da liberdade provisória e à pena restritiva de direito, enquanto que o suposto traficante, que pratica crime equiparado a hediondo, será injustamente tratado de forma mais severa sem direito a tais benefícios.

Clara a afronta à isonomia, pois as pessoas que praticaram crimes da natureza igualmente grave teriam tratamentos distintos. Ademais, o crime pelo tráfico de drogas, por si

só, não apresenta nenhum atributo que o qualifique como merecedor de tantas sanções, o que configura as disposições do art. 44 como desarrazoadas e desproporcionais.

A jurisprudência dos tribunais superiores apresenta acentuada mudança desde a publicação da citada Lei de Drogas. Inicialmente, quando dos primeiros julgados proferidos pelo STF, houve evidente tendência a se aplicar a literalidade do art. 44 e suas vedações em toda a sua extensão. No julgamento do *Habeas Corpus* 93940/SE⁵ de 06/05/2008, ou seja, já após a edição da Lei 11.464/07 que suprimiu a vedação à liberdade provisória, o referido tribunal em julgamento pela Primeira Turma, com o voto da relatoria de Ricardo Lewandowski, ao julgar a prática de delito de homicídio duplamente qualificado, decidiu que o crime hediondo não pode ter liberdade provisória, ainda que esta restrição não esteja prevista pela Lei de Crimes Hediondos.

No entanto, atualmente a evolução jurisprudencial deu conta de apresentar entendimento diverso que permitiria para crimes hediondos e àqueles equiparados a concessão de liberdade provisória sem o pagamento de fiança. Desse modo, restou vedado apenas a liberdade mediante pagamento de fiança. Nada prevê a Constituição acerca da liberdade mediante o não pagamento de fiança.

A inafiançabilidade é uma restrição a direito que decorre de texto contido no rol de garantias fundamentais, não pode haver interpretação extensiva desse instituto a fim de que se afete e prejudique o direito fundamental à liberdade do acusado que será instrumentalizado pelo instituto da liberdade provisória. Por tabela, a possibilidade de liberdade provisória sem fiança desde que o legislador ordinário assim preveja. Como a Lei 11.464/07 tratou de revogar apenas a proibição de liberdade provisória para crimes hediondos, mantendo a vedação à fiança, deduz-se claramente que a intenção de legislador ordinário foi possibilitar a

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 93.940/SE. Relator Min. Ricardo Lewandowski. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598487> > Acesso em 26 de out. 2012.

partir de então a liberdade provisória sem pagamento de fiança para crimes hediondos e demais equiparados.

6. A VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA

A Lei 11.343/06, lei de drogas, cerceia o direito à presunção de inocência do acusado de tráfico de drogas de forma explícita quando no art. 44 estabelece que: “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Conforme o art. 5º, LVII da CRFB/88, prevê que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Manter o investigado preso provisoriamente sem serem observados os requisitos de materialidade comprovada e sem ter os indícios suficientes de autoria é uma afronta à Carta Maior, pois o encarceramento não deve ser regra e sim exceção. Manter o denunciado preso é uma vedação ao direito de liberdade, logo deve ser tratado de forma muito cautelosa para que não se transforme em um estado de exceção, onde a Constituição pode ser afastada em prol de interesses políticos.

O STF ao julgar inconstitucional a vedação a concessão de liberdade provisória no contexto da Lei 10.826/03, Estatuto do Desarmamento, pela ADIN 3.112-1 julgada em 2004, abre precedente para declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da referida Lei de drogas.

Observa-se ainda observa que a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, XLIII, que os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas

afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los. No entanto, não traz a vedação a liberdade provisória do acusado de tráfico ilícito de entorpecentes, ora, ao admitir que este inciso estabelece além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado.

Por fim, no julgamento do HC 104339⁶, o STF concedeu, por maioria de votos, habeas corpus para que um homem preso em flagrante por tráfico de drogas possa ter o seu processo analisado novamente pelo juiz responsável pelo caso e, nessa nova análise, tenha a possibilidade de responder ao processo em liberdade. Nesse sentido, a maioria dos ministros da Corte declarou novamente e de forma incidental, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei 11.343/06, Lei de Drogas, que proíbe a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes.

A Liberdade Provisória, que em si guarda o princípio de presunção de inocência, é um instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas.

Assim, a decisão do STF não impede que um suspeito de crime de tráfico de drogas seja preso preventivamente, apenas veda a proibição à liberdade provisória do acusado de crime de tráfico.

A presunção da vontade do órgão constituinte esbarra na limpa e transparente redação constitucional, que garante a liberdade provisória sem fiança, deixando a privação da liberdade cautelar para quando houver o ingrediente da necessidade, consequência do Estado de Direito e do valor constitucional da proporcionalidade.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 104.339/SP. Relator Min. Gilmar Mendes. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3900686> > Acesso em 10 de mai. 2012.

7. VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDDADE A PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

É sabido que a prisão deve ser considerada medida excepcional, onde a regra deve ser o denunciado ou condenado aguardar o julgamento em liberdade.

A proibição da liberdade provisória mostra-se incoerente e completamente fora do contexto da moderna política criminal acolhida tanto no STF quanto no STJ, que estão a exigir do magistrado fundamentação concretas da segregação cautelar no caso de homologar auto de prisão em flagrante por crime hediondo ou tráfico de drogas.

Conforme previsto no art. 44 do Código Penal é possível a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos se o delito praticado não o for com violência ou grave ameaça à pessoa, a pena de reclusão imposta não ultrapassar o limite de quatro anos e o agente preencher os requisitos subjetivos para receber o benefício.

O tráfico de drogas objetivamente se amolda à previsão contida no art. 44 do Código Penal, pois a violência ou a grave ameaça à pessoa não integram o tipo penal.

No entanto, o art. 44 da Lei 11.343/06 veda, abstratamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, maculando os princípios da individualização e da necessidade da pena.

A inconstitucionalidade da disposição contida na Lei 8.072/90, que impunha o regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparado, o STF admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme julgamento do HC do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: HC: deficiência da fundamentação: indeferimento. Sentença condenatória por tráfico de entorpecentes. PPL: cabimento da substituição por PRD, na condenação por fato ocorrido na vigência da L.

6.368/76: inadmissibilidade da aplicação retroativa de lei penal posterior mais gravosa. Deferimento, de ofício, para anular o acórdão da apelação no ponto em que indeferiu a substituição da PPL, devendo prosseguir no julgamento da apelação, analisando, como entender de direito, a presença dos requisitos para a substituição contidos no art. 44 do CP.

Ainda no ponto, ressalta-se que não subsiste qualquer empecilho à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, na hipótese, uma vez que foi afastado o único óbice à benesse, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado aos crimes hediondos e equiparados.

Assim, plenamente cabível a concessão da liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por crime de tráfico de drogas, restando inconstitucional o art. 44 da Lei 11.343/06.

8. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O STJ apresentou uma evolução jurisprudencial que culminou na inaplicabilidade do art. 44 da Lei 11.343/06. A análise de seus julgados se ateve mais ao exame da vedação à conversão das penas em restritivas de direitos, contida na parte final do *caput* do art. 44 e do art. 33 §4º, todos da Lei 11.343/06.

A questão ganhou relevância quando no julgado do HC 120.353/SP⁷, a 6ª Turma acolheu a arguição de inconstitucionalidade proposta pelo Ministro Nilson Naves em seu voto vista e remeteu o feito para julgamento da Corte Especial.

Hoje, é matéria já pacificada nos tribunais superiores, com a observância da Resolução n. 5 do Senado Federal, todos os crimes hediondos e equiparados passaram a ter direito à progressão de regime, e, conseqüentemente, à aplicação da pena restritiva de direitos. Desse

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 120.353/SP. Rel. Min. Og Fernandes. <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802487897&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em 13 de ago.2012

modo, a restrição prevista no art. 44 da Lei de Drogas passou a andar em descompasso com a legislação de crimes hediondos.

As razões destacadas para declaração de inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória devem repercutir sobre todas as normas em que se verifique a mesma ofensa ao direito fundamental à liberdade.

O STF entendeu que a vedação absoluta à concessão de liberdade provisória, por mais grave que sejam os delitos cominados, viola insofismavelmente a CRFB/88, pois inverte a presunção de não culpabilidade do acusado, que é direito fundamental e inalienável. Modificando a estrutura vigente das regras do devido processo legal, conferindo um tratamento desigual na incidência de determinados tipos penais. A corte foi categórica ao asseverar que o texto constitucional não autoriza a prisão decorrente de lei (obrigatória), destituída de ordem fundamentada exarada por autoridade judiciária competente, sob pena de ofensa também aos princípios do contraditório e da ampla defesa, todos impregnados de uma notável carga de fundamentação.

CONCLUSÃO

O ilustre Ministro Ayres Brito, ao apreciar o HC 97256/RS, concedeu parcialmente a ordem bem como declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*” prevista no art. 33, §4º, da lei 11.343/06 e da expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*” do art. 44, também da Lei 11.343/06.

Uma das primeiras premissas que levaram o ilustre ministro a chegar à conclusão acima mencionada, diz respeito ao art.5º, XLIII, da CF/88 (a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de

entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem).

Conforme o ilustre ministro, a partir desse ponto, pode-se extrair uma interpretação no sentido de que a própria Constituição Federal, em seu texto, apresenta as vedações de benefícios penais ao preso no que tange aos crimes hediondos, permitindo à lei posterior que verse sobre os referidos crimes hediondos, contudo de forma isonômica e dentro dos parâmetros já traçados pelo texto constitucional, ou seja, a lei posterior não teria competência para imputar vedações de benefícios penais de forma diversa do que o texto constitucional já havia definido.

O texto constitucional já definiu quais seriam as vedações penais pertinentes aos crimes hediondos (cabendo salientar que dentre elas não está prevista a vedação da conversão da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito), não caberia a lei posterior imputar, por conta própria, vedações penais não definidas pelo texto constitucional.

Dando continuidade ao seu entendimento, o ilustre ministro invocou ainda o princípio a garantia constitucional da pena particularizada, ou seja, o magistrado ao sentenciar, deve ter discricionariedade suficiente para, analisando as circunstâncias fáticas do caso em concreto, auferir uma pena adequada para o indivíduo justamente de acordo com as circunstâncias em que fora praticada a conduta delituosa.

No entanto, permitir que lei infraconstitucional verse abstratamente sobre a vedação da substituição da pena privativa de liberdade em detrimento das penas restritivas de direitos previstas no art.44 do CPB, além de um enorme retrocesso no que tange à interpretação constitucional, confrontaria cristalinamente o princípio da individualização da pena acima mencionado, justificando a imposição de reprimendas idênticas a indivíduos que nem sempre estão em situações idênticas

Justificando sua decisão, o ministro contestou que uma coisa seria a Lei 11.343/06

impor condições mais severas para que o indivíduo que incorresse nas iras de seus dispositivos tivesse direito à substituição da sua pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos e outra, evidentemente errônea, seria proibir pura e simplesmente tal substituição, de forma abstrata e como dito acima, sem observar minuciosamente cada caso em concreto. Foram invocadas ainda algumas outras razões para que fossem declaradas incidentalmente inconstitucionais as expressões “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*” prevista no art.33, §4º, da lei 11.343/06 e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos” do art. 44, também da lei 11.343/06, contudo, devido à extensão da decisão do ilustre ministro, optei de forma mais prudente, em deixar o link do informativo 579 do STF a seguir, lembrando que o áudio da decisão também pode ser ouvido no referido site (<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo579.htm>).

Conforme se pôde verificar acima, e tendo em vista minha enorme predileção pelo direito penal e processual penal, não poderia deixar de concordar com o entendimento traçado pelo ilustre ministro do STF, Ayres Brito.

Por inúmeras vezes no decorrer da minha vida acadêmica, durante o estágio obrigatório e até mesmo não obrigatório pelos quais passei e porque não agora, na minha carreira como assessora do desembargador João Carlos Braga Guimarães, 3ª Câmara Criminal, já me deparei (e ainda me deparo) com situações gritantemente divergentes, onde de um lado, temos aquele traficante assíduo, dotado de inúmeros antecedentes criminais que lhe são desfavoráveis e que ao cometer os crimes previstos na Lei 11.343/06 foi preso em flagrante portando (ou praticando qualquer das condutas previstas nos tipos penais da referida lei) quilos, toneladas de material entorpecente e de outro lado, aquele traficante de “primeira viagem” que não ostenta nenhum antecedente criminal, que foi preso em flagrante com uma quantidade ínfima de material entorpecente, mas que de acordo com os arts. 33, §4º e art. 44

ambos da lei 11.343/06, não teriam direito a ter suas penas privativas de liberdade substituídas por qualquer das penas restritivas de direito previstas no art. 44 do CPB.

Fica aqui então a seguinte indagação: Ao deixar de substituir a pena privativa de liberdade daquele traficante “de primeira viagem” eu não o estaria comparando com o aquele traficante assíduo e dotado de inúmeros antecedentes criminais desfavoráveis? Será que o princípio da individualização da pena estaria realmente sendo observado? Não obstante, essa é uma discussão que já vinha abalando os nossos tribunais, que até o presente momento, não haviam se firmado a respeito do tema, apesar de algumas turmas estarem proferindo decisões no mesmo sentido da que foi proferida pelo ilustre ministro do STF.

Por derradeiro, a cerca do tema aqui abordado, fica claro e evidente que os entendimentos acima colacionados, já que os mesmos traduzem a efetiva aplicação do princípio constitucional da individualização da pena que vinha sendo simplesmente ignorado pelos magistrados, de todas as instâncias de forma geral, pelo simples fato da existência de vedação legal nos arts. 33, §4º e 44 ambos da Lei 11.343/06.

Percebe-se ainda uma enorme evolução no que tange à interpretação principiológica constitucional junto aos dispositivos infraconstitucionais, penais e processuais penais, e a perspectiva é que a referida decisão sirva de paradigma para que outro tema controverso no que tange à Lei 11.343/06 seja solucionado pelo Supremo: A vedação legal prevista no art. 44 da referida lei no que tange a concessão de liberdade provisória aos crimes previstos no art. 33, “caput” e §1º, e art. 44 da mencionada lei antidrogas.

Assim, em observância aos inúmeros princípios constitucionais, ao condenar o réu por crime de tráfico de drogas a pena não superior a quatro anos, não poder substituí-la em virtude somente da vedação legal, mesmo porque a missão a missão do magistrado já não é mais, como outrora positivista sujeição à letra de lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Carta Superior.

Conclui-se, louvável a solução dada pela Resolução n. 5/ 2012 do Senado Federal, que declarou inconstitucional a aplicação do art. 44 da Lei 11.343/06.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 20 de set. 2012.

BRASIL. Lei n. 11.464/07, de 28 mar. 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2005-2007/2007/lei/11464.htm>. Acesso em: 20 de set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112-1 DF. Relator Min. Ricardo Lewandowski. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2194197>> Acesso em 26 de out. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.072/90, de 25 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm> Acesso em: 20 de set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 93.940/SE. Relator Min. Ricardo Lewandowski. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598487>> Acesso em 26 de out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 104.339/SP. Relator Min. Gilmar Mendes. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3900686>> Acesso em 10 de mai. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 120.353/SP. Rel. Min. Og Fernandes. <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802487897&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em 13 de ago. 2012