

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO
À REPRESSÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS:
Estudo sobre o redutor do artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.**

JORGE HENRIQUE GOULART SCHAEFER MARTINS

Trabalho de conclusão do curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC,
1º semestre de 2013.

Florianópolis (SC), junho de 2013.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO
À REPRESSÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS:**

Estudo sobre o redutor do artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.

JORGE HENRIQUE GOULART SCHAEFER MARTINS

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. ALEXANDRE DE MORAIS DA ROSA

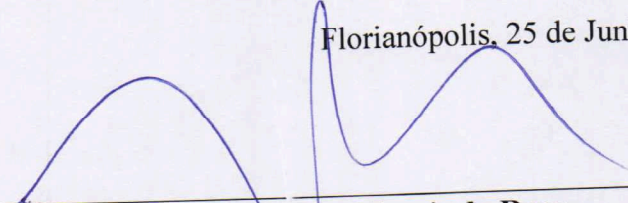
Florianópolis (SC), junho de 2013.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

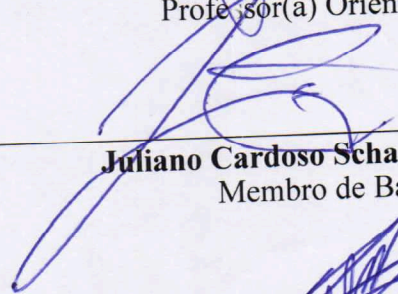
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O princípio da proporcionalidade aplicado à repressão do tráfico ilícito de entorpecentes. Um estudo sobre o redutor do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Jorge Henrique Goulart Schaefer Martins**, defendida em **26/06/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

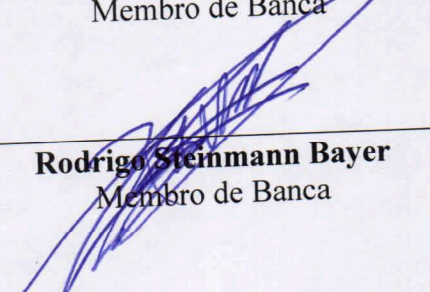
Florianópolis, 25 de Junho de 2013



Alexandre Morais da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Juliano Cardoso Schaefer Martins
Membro de Banca



Rodrigo Steinmann Bayer
Membro de Banca

A aprovação da presente monografia não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e/ou da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

Meus agradecimentos:

À minha mãe, CÁSSIA VIEIRA GOULART MARTINS, pelo amor e carinho incondicionais;

Ao meu pai, JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS, não só pelo imenso auxílio na elaboração deste trabalho, mas pelas inestimáveis lições de vida e aprendizados obtidos ao longo dos anos;

Aos meus avós ARTHUR SÉRGIO DA SILVEIRA; MARLY TEREZINHA VIEIRA DA SILVEIRA; THEREZINHA DO MENINO JESUS SCHAEFER MARTINS e NELSON ANTUNES MARTINS (Dindinho), por terem me ensinado, através do exemplo, o significado de integridade e dedicação à família;

Também, ao restante da família, por tudo que representam – em especial ao meu irmão EDUARDO (Dudu) e a minha tia ADRIANA BECKER BERKENBROCK, por ser uma segunda figura materna;

A minha querida namorada, JÉSSICA MALLMANN ERBES, pelo amor, companheirismo, apoio e compreensão;

Ao meu orientador, Dr. ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, e aos demais membros da banca pelo tempo e atenção dedicados;

Ao Prof. Dr. VALDIR FRANCISCO COLZANI, pelo suporte metodológico.

Ao Figueirense Futebol Clube por ter sido motivo de tantas alegrias ao longo dos últimos catorze anos.

Por fim, mas não menos importante, aos meus amigos pelas divertidas lembranças que somente a amizade possibilita.

RESUMO

A disseminação do uso de drogas é um problema corriqueiro em todos os cantos do mundo, e não é diferente em nosso país. Havendo demanda para o consumo, obviamente existirão aqueles que se dedicarão ao comércio. O combate às drogas necessita de política racional, de soluções adequadas e, principalmente, de tratamento penal condizente com o grau de envolvimento do indivíduo e com sua periculosidade social. Isso motivou o estudo da forma como o combate às drogas ocorre no Brasil e da maneira como se dá a punição dos agentes do tráfico. Para tanto, busca-se manejar os aspectos inseridos nos princípios constitucionais – em especial no princípio da proporcionalidade, instrumento fundamental para o alcance de tal objetivo - aplicados à análise do §4º, do artigo 33, da atual Lei de Drogas (11.343/06).

Palavras-chave: drogas, tráfico, penas, princípios constitucionais, proporcionalidade.

ABSTRACT

The spread of drug use is a common problem all over the world, and it is not different in our country. If there is demand for consumption, of course there will be those who will devote themselves to trade. The fight on drugs needs rational policy, appropriate solutions and, mainly, criminal treatment consistent with the degree of involvement of the individual and their social dangerousness. This motivated the study of how the fight on drugs occurs in Brazil and the way punishment of trafficking agents happens. For so, there is the need to manage the aspects embedded in constitutional principles - in particular the principle of proportionality, a fundamental instrument for the achievement of that objective - applied to the analysis of 4th paragraph of Article 33 of the current Drug Law (11.343/06).

Keywords: drugs, traffic, punishment, constitutional principles, proportionality.

ÍNDICE

RESUMO	v
ABSTRACT	vi
ÍNDICE	vii
INTRODUÇÃO	1

Capítulo 1

A REPRESSÃO AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

1.1. A POLÍTICA NACIONAL DE COMBATE ÀS SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS	4
1.2. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO COMBATE AO NARCOTRÁFICO	6
1.3. AS FORMAS DE IDENTIFICAÇÃO DAS CONDUITAS CARACTERIZA- DORAS DO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (art. 28 § 2º)	12
1.4. O TRATAMENTO PUNITIVO DISPENSADO AOS TRAFICANTES	16
1.4.1. A equiparação a crime hediondo	16
1.4.2. O regime inicial de cumprimento de pena a condenados por tráfico ilícito de drogas.....	20
1.4.3. A polêmica sobre a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos	22

Capítulo 2

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO DIREITO PENAL

2.1. PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	27
2.2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA...	32
2.3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE	34
2.4. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO-DEVER DE PUNIR DO ESTADO	36

2.5. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	38
2.6. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	41
2.7. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS	45

Capítulo 3

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À REPRESSÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

3.1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE	47
3.2. O RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	50
3.3. OS REQUISITOS EXIGÍVEIS PARA O RECONHECIMENTO DA APLICA- BILIDADE DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006	53
3.3.1. Primariedade penal e seu conceito	55
3.3.2. Bons antecedentes e sua configuração	56
3.3.3. Dedicção às atividades criminosas e sua configuração	58
3.3.4. Participação em organização criminosa	61
3.4. OS CRITÉRIOS ORIENTADORES DA APLICAÇÃO DE MAIOR OU MENOR FRAÇÃO NA MITIGAÇÃO DA PENA	64
3.5. A IMPORTÂNCIA DO MANEJO DOS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA FIXAÇÃO DE PENA JUSTA	68
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
5. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	72

INTRODUÇÃO

O tema “drogas” sempre despertou interesse e foi central em acaloradas discussões. É questão que recebe cada vez mais espaço na mídia, figurando como uma das grandes preocupações da sociedade. Isso se dá porque, de um problema setorial, passou a atingir todas as camadas da população. Além disso, o tratamento penal dispensado aos envolvidos no processo de comercialização também preocupa a comunidade jurídica, que procura soluções que sejam adequadas e não representem mera vingança.

O Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas elenca entre os seus objetivos o reconhecimento das diferenças entre usuário e o traficante, tratando-os de forma distinta. Logo, percebe-se que até o advento da Lei 11.343/06 a legislação penal ia de encontro a essa política, pois tratava os dois sujeitos como “farinha do mesmo saco”.

O novo texto legal não só tratou dessa diferenciação como também permitiu distinguir o pequeno do grande traficante. Isso foi possível através do redutor de pena previsto no § 4º, do art. 33, o qual prevê a possibilidade de punição mais branda a pequenos traficantes ou iniciantes na referida atividade ilícita - apenas aplicável nas hipóteses em que o agente não registre envolvimento ou condenações pretéritas; não se dedique a atividades criminosas ou integre organizações criminosas.

Tais constatações induziram à efetivação da presente pesquisa, com a qual se pretende uma análise mais profunda desse instituto - vigente há menos de uma década e que ainda provoca intensos debates, não sendo pacífica sua utilização no âmbito jurisprudencial.

Tem-se o propósito de analisar os mais recentes avanços do pensamento na área Penal, assim como sua adequação aos princípios e garantias inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil¹.

Procura-se, nesse contexto, dar especial ênfase ao Princípio da Proporcionalidade, pois as particularidades de cada situação devem ser sopesadas para verificar-se qual princípio deve ter prevalência em cada caso - ressaltando-se que seus preceitos orientam, cada vez mais, as decisões no âmbito penal.

Por isso, a hipótese básica que norteia este trabalho é que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado à repressão do tráfico ilícito de drogas.

Para se alcançar tal desiderato, dividiu-se o estudo em três capítulos. O primeiro, para tratar da repressão ao tráfico ilícito de drogas; o segundo para analisar os princípios constitucionais relacionados ao direito penal; o terceiro e último, para relacionar o princípio constitucional da proporcionalidade à repressão do tráfico ilícito de drogas.

Na fase de investigação utilizou-se o indutivo, o qual objetiva “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”² e na fase de tratamento dos dados utilizou-se o cartesiano.

Para o relatório final foi utilizada a metodologia indicada por VALDIR FRANCISCO COLZANI³, inclusive com relação às citações longas (aquelas com mais de cinco linhas), nas quais se desloca o texto

¹ Doravante também denominada de Constituição Federal ou simplesmente de CRFB/88.

² PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: (...), p. 87.

³ COLZANI, Valdir Francisco. **Guia para redação do trabalho científico**.

para a margem do parágrafo (4 cm), reduz-se a fonte para tamanho 11 e o espaçamento entre linhas para 1,25, o que torna desnecessário o uso das aspas. Para as notas de referências de obras, cita-se apenas Autor, título da obra e o número da página referida, “porque absolutamente desnecessária e redundante a referência completa, em notas de rodapé, mesmo que na primeira citação, já que constará, completa, nas ‘referências das fontes citadas’”⁴.

⁴ COLZANI, Valdir Francisco. **Guia para redação do trabalho científico**, p. 87-88.

Capítulo 1

A REPRESSÃO AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

1.1. A POLÍTICA NACIONAL DE COMBATE ÀS SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS; 1.2. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO COMBATE AO NARCOTRÁFICO; 1.3. AS FORMAS DE IDENTIFICAÇÃO DAS CONDUTAS CARACTERIZADORAS DO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS; 1.4. O TRATAMENTO PUNITIVO DISPENSADO AOS TRAFICANTES; 1.4.1. A equiparação a crime hediondo; 1.4.2. O regime inicial de cumprimento de pena a condenados por tráfico ilícito de drogas; 1.4.3. A polêmica sobre a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

1.1. A POLÍTICA NACIONAL DE COMBATE ÀS SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS

O problema das drogas é questão fundamental na política criminal de qualquer país. Para isso faz-se necessário escolher diretrizes básicas para o combate ao uso indevido de substâncias – e esse combate deve abranger todos os aspectos que se prestem à infiltração do ilícito.

Com essa finalidade, VICENTE GRECO FILHO⁵ classifica as medidas de combate à narcomania em medidas preventivas, terapêuticas e repressivas, conforme se destinarem a evitar o uso de drogas, curar toxicomanias instaladas e punir os responsáveis pelo vício e diz que

Trata-se de medidas orientadas pela política criminal em matéria de drogas, a qual, durante anos, esteve centrada em duas opções opostas: o proibicionismo e a legalização (antiproibicionismo).

Jesús Morant Vidal observa que a política de legalização, sem abandonar seus postulados básicos, manteve um perfil menos maximalista e abstrato, mas ligado aos problemas

⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos – prevenção – repressão**, p. 60-64.

concretos de políticas preventivas e assistenciais, acabando por configurar uma política de 'redução de custos'.

Não obstante, nos dias de hoje, lembra que em vários países há uma convivência aparentemente esquizofrênica entre ambas as políticas, apesar de apresentarem interpretações, atitudes e mecanismos de atuação profundamente diferentes. Em nível assistencial, parece consolidar-se o segundo modelo, ao passo que a política proibicionista segue dominando a política social e judicial.

De qualquer forma, segundo nosso entendimento, para o combate e a disseminação do vício, o ataque deve ser total e em todas as frentes para que se possa obter algum êxito.

Contudo, há de se reconhecer a real impossibilidade de sua eliminação completa, que se enumera entre os males sociais cuja erradicação, visto que deva ser a meta desejada, jamais se obterá completamente. Nas sociedades organizadas há de se contentar com um índice tolerável de vício, o qual deverá ser o menor possível, mas que não será reduzido a zero pela inexistência de 'vacina' que venha a prevenir a incidência do mal.

Basicamente, as medidas de combate devem visar os dois pólos do uso indevido de drogas: a oferta e a procura, o traficante e aquele que possa tornar-se viciado, a facilidade de obtenção da droga e o narcômano em potencial. O combate, exatamente, usa a metodologia inversa dos que buscam inculcar o vício, os quais procuram aumentar e facilitar a oferta e induzir a procura.

Com essa visão e diretrizes em mente, o Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas (CONAD), em sua resolução nº 3, de 27 de outubro de 2005, aprovou sua Política Nacional sobre Drogas⁶, com os seguintes pressupostos (entre tantos outros):

⁶ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**, p. 35-36.

- Buscar, incessantemente, atingir o ideal de construção de uma sociedade protegida do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas.
- Reconhecer as diferenças entre usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada
- Tratar de forma igualitária, sem discriminação, as pessoas usuárias ou dependentes de drogas lícitas ou ilícitas.
- Garantir ações para reduzir a oferta de drogas, por intermédio de atuação coordenada e integrada dos órgãos responsáveis pela persecução criminal, em níveis federal e estadual, visando realizar ações repressivas e processos criminais contra os responsáveis pela produção e tráfico de substâncias proscritas, de acordo com o previsto na legislação.

A Política Nacional Antidrogas reflete diretamente a maneira pela qual a legislação trata o tema. Todavia, ela deve evoluir de acordo com as mudanças legislativas do Brasil – que têm sido consideráveis nas últimas décadas –, mas não se distanciando, também, da evolução do pensamento na sociedade, e das próprias necessidades que o avançar do tempo acaba ocasionando.

1.2. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO COMBATE AO NARCOTRÁFICO

A legislação brasileira, no que diz respeito às drogas, sofreu considerável evolução ao longo dos anos. Para que se tenha uma visão completa, desde a ocupação do território brasileiro pelos colonizadores portugueses, faz-se uma retrospectiva histórica partindo do século XVII, baseada no artigo de ADRIANO ALVES DOS SANTOS⁷.

⁷ SANTOS, Adriano Alves dos. **Lei de Drogas**: evolução histórica e legislativa no Brasil. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4818. Acesso 04/02/2013.

Em 1603, as Ordenações Filipinas - base do Direito Português e vigentes no Brasil colônia - em seu título 89 dispunham, "que ninguém tenha em casa rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso". Essas normas jurídicas eram influenciadas pelo Direito Romano, e Direitos Canônico e Germânico, pilares do direito de Portugal.

Sucedeu as Ordenações Filipinas, o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, o qual, segundo Greco Filho, "não tratou da matéria, mas o Regulamento, de 29 de setembro de 1851, disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos'"

Na sequência cronológica, editou-se o Código Penal de 1890. Nele, passou-se a considerar crime "expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades previstas nos regulamentos sanitários".

Mesmo existindo tais previsões legais, até o começo do século passado, o Brasil não tinha adotado nenhuma política sobre as drogas. A legislação tratava de substâncias venenosas - que eram consumidas geralmente por jovens burgueses que freqüentavam casas de prostituição.

Em 1911, o Brasil se comprometeu em Haia, a buscar a fiscalização sobre o consumo da cocaína e do ópio. Naquele momento é iniciada uma tentativa de controle. Porém seu consumo já ocorria à sombra da sociedade, e assim, foi proliferando.

Após 1914, uma onda de tóxicos invadiu o país, e os dispositivos existentes deixaram de apresentar suficiência no combate. Por conta disso, foi criado o Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921, que depois foi modificado pelo Decreto nº 15.683, seguindo-se regulamento

aprovado pelo Decreto nº 14.969, de 3 de setembro de 1921, que previa, em seu artigo 6º, a internação compulsória de usuários de substâncias entorpecentes. Criou-se, também, estabelecimento especial para atendimento destes casos.

A maconha foi proibida a partir de 1930 e em 1933 ocorreram às primeiras prisões no Rio de Janeiro por uso da droga. A partir daí, as normas penais foram sendo editadas à medida que o tráfico avançava com incrível velocidade no seio da comunidade brasileira, instalando-se tanto nas cidades de grande, como de médio e pequeno porte.

Interessante destacar que a Carta Magna de 1824, outorgada pelo então Imperador Dom Pedro Primeiro, já previa no seu artigo 8º, a suspensão dos direitos políticos por incapacidade psíquica ou moral. No decreto 4.294/1921, previu a pena de internação de três meses a um ano para pessoas que, se embriagando, causem perigo a si próprio e aos demais, assim como à ordem pública, citando ainda a internação em estabelecimento correccional adequado.

O decreto-lei 891, de 25 de novembro de 1938, previa a pena de prisão pelo comércio ilegal de entorpecentes, *in verbis*;

Artigo 33. Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$000 a 5:000\$000.

§ 1º. Se o infrator exercer profissão ou arte, que tenha servido para praticar a infração ou que tenha facilitado -

pena: além das supra indicadas, suspensão do exercício da arte ou profissão, de seis meses a dois anos.

§ 2º. Sendo farmacêutico o infrator - penas: dois a cinco anos de prisão celular, multa de 2:000\$000 a 6:000\$000 - além da suspensão do exercício da profissão por período de três a sete anos.

§ 3º. Sendo médico, cirurgião dentista ou veterinário o infrator - pena: de três a dez anos de prisão celular, multa de 3:000\$000 a 10:000\$000 além da suspensão do exercício profissional de quatro a dez anos.

O artigo 35 da citada norma, ainda penalizava o usuário que fosse flagrado na posse de drogas:

Artigo 35. Ter consigo qualquer substância compreendida no artigo primeiro e seus parágrafos, sem expressa prescrição de médico ou cirurgião dentista, ou possuir em seus estabelecimentos, sem observância das prescrições legais ou regulamentares qualquer das referidas substâncias entorpecentes - pena: um a quatro anos de prisão celular e multa de 1:00\$0000 a 5:000\$000.

Aproximando-se dos dias atuais, cita-se ANDREY BORGES DE MENDONÇA E PAULO ROBERTO GALVÃO DE CARVALHO⁸, para apresentar a evolução legislativa da década de 50 até a atual Lei Antidrogas:

A problemática das drogas sempre foi palco para insuperáveis discussões e controvérsias. Trata-se de questão que, nas últimas décadas, vem recebendo cada vez mais a atenção não só dos especialistas, mas também da população em geral. Isso ocorre porque o problema deixou de ser difuso e passou a afetar diretamente a todos.

Atualmente, é forçoso reconhecer que são raros aqueles que nunca se depararam com um conhecido ou parente

⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas:** lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo, p. 15-16.

que ostente o vício por alguma droga, ou que tenha sido vítima de delito praticado por alguém que se encontrava sob o efeito de drogas. E este problema não é exclusivo dos brasileiros – a questão das drogas pode ser tida, no mundo todo, como um dos principais conflitos das sociedades contemporâneas.

No campo médico-científico, pululam estudos e pesquisas sobre os efeitos das drogas e a origem dos vícios, bem como sobre os melhores métodos para alcançar-se a abstinência. No âmbito do Direito, em especial do Direito Penal e da Criminologia, não poderia ser diferente. As discussões, na seara do Direito, vão desde a ausência de eficácia da punição estatal ao usuário à necessidade de repressão mais efetiva ao tráfico, passando pelos estudos de criação e adoção de microsistemas jurídico-penais voltados especificamente à questão das drogas.

O legislador, por sua vez, não se manteve inerte. Bem ou mal, movimentou-se no sentido de fazer refletir, no ordenamento jurídico, as discussões que se multiplicavam na sociedade civil. Em alguns pontos, premido pelo clamor popular que constantemente pressiona pela efetividade da segurança pública, contrariou tendências de setores da doutrina penal que pregam pela insubsistência do agravamento das penas como meio de refrear as práticas criminosas. Por outro lado, acatou outras tendências discutidas com ênfase pela comunidade médico-científica, e pareceu, aos olhos da população, estar tratando com maior leniência a questão das drogas.

Concluem que em face de tal contexto surgiu, no ano de 2002, a primeira mudança relevante na legislação pátria, no que se refere ao tema drogas. Encontrando-se em vigor desde o ano de 1976, a Lei 6.368 não mais atendia às necessidades, não servindo para atender às nuances da criminalidade moderna, encontrando-se ainda defasada quanto aos avanços nas pesquisas e estudos científicos sobre drogas.

Fazia-se necessária, a modificação da lei, de molde a

permitir o combate à criminalidade sofisticada do Século XXI, inclusive conferindo meios ao Estado para identificar e apurar os delitos cometidos por intermédio das novas tecnologias postas à disposição dos autores de crimes. Ademais, salientam que já se impunha a distinção normativa entre usuários e traficantes, posto 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.

JOÃO JOSÉ LEAL E RODRIGO JOSÉ LEAL⁹ também abordam o tema, tratando da revogação da Lei 6.368/76 após 30 anos de vigência. Comentam que ela se encontrava superada pelas modificações havidas na sociedade brasileira, não tendo mais serventia como instrumento de controle penal eficaz e adequado para os objetivos a que se propunha.

Acrescentam, na sequência que:

Revogada, também, ficou a Lei 10.409/02, aprovada para substituir sua congênere de 1976. Objeto de inúmeros vetos, que lhe suprimiu toda a parte relativa aos crimes e penas, a Lei 10.409/02 acabou promulgada pela metade.

Seu texto, portanto, cumpriu apenas parcialmente a função revogadora e de substituição da Lei 6.368/76, com a qual teve de repartir a complexa função de prevenir e reprimir as atividades relacionadas ao uso e ao tráfico ilícito de substância entorpecente, até o momento da vigência da atual Lei Antidrogas.

Por isso, em face da situação extremamente confusa, causada pela vigência concorrente e simultânea de dois textos conflitantes e assimétricos, não restava outra alternativa ao Congresso Nacional senão a de aprovar uma nova lei que viesse a ordenar e unificar, mediante um único texto legal, esta matéria penal. Daí a aprovação da atual

⁹ LEAL, João José. LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas**: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06, p. 23-24

Lei 11.343/06, sancionada e promulgada em data de 23.08.2006 e publicada no dia seguinte.

Um dos maiores avanços – se não o maior – trazido pela nova Lei foi a diferenciação de tratamento penal entre usuários e traficantes. Essa diferenciação decorre, na sua gênese, da identificação das condutas que podem caracterizar uma ou outra situação fática.

1.3. AS FORMAS DE IDENTIFICAÇÃO DAS CONDUTAS CARACTERIZADORAS DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (art. 28 § 2º)

Indispensável se faz, para que se possa, diante do arcabouço jurídico hoje vigente no país, distinguir o usuário do traficante, indicar as condutas que, à luz dos dispositivos legais, permitem essa diferenciação.

Essas condutas são as elencadas na Lei 11.343/2006:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais,

bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º. As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º. Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º. A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º. Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º. O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Na verdade, o próprio intuito da Lei foi o de evitar, a qualquer custo, a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas,

Partindo-se da premissa de que a reclusão do usuário ou dependente não traria qualquer benefício seja à saúde individual, seja à saúde pública, o legislador determinou a aplicação de outras penas não privativas de liberdade, as quais chamou eufemisticamente, de “medidas educativas”.

Analisando a nova Lei, verifica-se que em nenhuma

hipótese poderá ser aplicada pena privativa de liberdade ao usuário¹⁰.

Resta claro, portanto, que o art. 28, § 2º elenca critérios a serem investigados, em um primeiro momento pela autoridade policial (delegado de polícia civil ou federal), quando do encaminhamento do autor do fato e do recebimento droga apreendida, optando pela lavratura do flagrante e expedição de nota de culpa (em caso de entender tratar-se de narcotraficância) ou liberação com intimação para comparecimento à audiência preliminar (na hipótese de se compreender como usuário).

Na fase subsequente, ao representante do Ministério Público, que fará um juízo de valor ao ofertar a denúncia respectiva; e em um derradeiro e definitivo momento, pelo Poder Judiciário (em qualquer das instâncias no qual o processo for apresentado), ao definir a conduta e adequá-la à previsão legal específica.

De todo modo, qualquer desses operadores jurídicos deverá ter em mente tais circunstâncias, que serão básicas na análise da hipótese de se estar diante dos delitos previstos nos art. 33 e seguintes ou do próprio art. 28.

Segundo LUIZ FLÁVIO GOMES¹¹,

(...) há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema de quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um *quantum* diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial

¹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas:** Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo, 45-47.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**, p 161-162.

(cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante.

É da tradição da lei brasileira a adoção do segundo critério (sistema do reconhecimento judicial ou policial). Cabe ao juiz (ou à autoridade policial) reconhecer se a droga encontrada era para destinação pessoal ou para tráfico. Para isso a lei estabeleceu uma série enorme de critérios. Logo, não se trata de uma opinião do juiz ou de uma apreciação subjetiva. Os dados são objetivos.

(...). A Lei nova estabeleceu uma série de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

(...). É importante saber: se se trata de droga "pesada" (cocaína, heroína, etc) ou "leve" (maconha, v.g.); a quantidade dessa droga (assim como qual é o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente, etc.); profissão do sujeito, antecedentes etc.

A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. Claro que há situações inequívocas: uma tonelada de cocaína ou de maconha revela traficância (destinação a terceiros). Há, entretanto, quantidades que não permitem uma conclusão definitiva. Daí a necessidade de se valorar não somente um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. O *modus vivendi* do agente (ele vive do quê?) é um dado bastante expressivo. Qual é sua fonte de receita? Qual é sua profissão? Trabalha onde? Quais sinais exteriores de riqueza apresenta? Tudo isso conta para a correta definição jurídica do fato.

Importante frisar que os critérios estabelecidos na lei ainda contêm uma carga de subjetividade muito elevada, propiciando ao agente encarregado da definição legal, em cada um dos momentos processuais (Delegado, Promotor de Justiça e Juiz), utilizar-se de raciocínios próprios, com alargamento ou estreitamento de opções. Não se mostra ainda como fórmula ideal, mas é o instrumento com o qual se deve tratar o tema na atualidade.

Explicitada a fórmula legal para a realização da definição entre uma e outra conduta, cabe discorrer sobre o tratamento punitivo dispensado ao traficante pela Lei 11.343/2006.

1.4. O TRATAMENTO PUNITIVO DISPENSADO AOS TRAFICANTES

1.4.1. A equiparação a crime hediondo

O art. 44 da lei 11.343/2006 prescreve que:

Art. 44. 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.

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.

Diz VICENTE GRECO FILHO¹²,

o artigo traduz para o campo específico dos crimes relativos a drogas, apontados no *caput*, as disposições da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90).

¹² GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos – prevenção – repressão**, p. 244-245.

Podem ser considerados, portanto, crimes equiparados a hediondos todos aqueles mencionados no caput do artigo, por estarem abrangidos na expressão tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins do art. 2º da Lei n. 8.072/90.

Consigne-se que o art. 44 não revogou a Lei dos Crimes Hediondos, disso acarretando duas consequências: continuam aplicáveis as demais disposições daquela lei no que não houver incompatibilidade; o que está disciplinado neste artigo permanecerá, com seu alcance, ainda que essa lei venha a ser revogada, por exemplo.

É lógico que poderá haver modificação por lei posterior, mas se esta for meramente genérica poderá não atingir o artigo comentado. Foi exatamente o que ocorreu com a promulgação da Lei nº 11.464/2007, que modificou o inciso II do art. 2º da lei nº 8.072/90, permitindo a liberdade provisória para crimes hediondos e equiparados. A modificação genérica não alcança o tráfico, mantendo-se a proibição de liberdade provisória.

O tratamento penal mais gravoso tornou-se de identificação mais fácil, prevenindo novas polêmicas, como se observa da doutrina¹³:

A Constituição Federal determina, em seu art. 5º, XLIII, que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graças ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Verifica-se que o poder Constituinte Originário determinou tratamento mais severo aos chamados crimes hediondos e equiparados. Veja, de logo, que o crime de tráfico de drogas não é considerado crime hediondo, mas crime equiparado a este.

A razão de o Constituinte ter separado os crimes hediondos

¹³ MENDONÇA, Andrey Borges de. CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas:** Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 COMENTADA artigo por artigo, p. 195-196.

dos equiparados foi assegurar a estabilidade na consideração destes últimos como crimes mais severamente punidos. Explique-se.

Para os crimes hediondos o constituinte autorizou que a lei defina e indique quais crimes serão qualificados como tal (atualmente previstos no art. 1º da Lei 8.072/1990, mas cujo rol pode ser alterado por lei ordinária, como já ocorreu).

Para os três crimes equiparados ao hediondo, não deixou a mesma margem. Assim, para o tráfico de drogas, o terrorismo e a tortura, não poderá a lei deixar de conceder-lhes tratamento mais severo, pois o próprio constituinte já engessou a atividade do legislador neste ponto.

Como não havia nenhum tipo penal na Lei 6.368/1976 com a rubrica de “tráfico ilícito de entorpecentes” (agora tráfico de drogas), sempre reinou divergência na doutrina e jurisprudência sobre quais crimes, dentre os arrolados naquela Lei, poderiam ser enquadrados neste conceito.

Por exemplo, em relação ao delito de associação para o tráfico, anteriormente previsto no art. 14 da Lei 6.368/1976, a jurisprudência não o considerava crime equiparado ao tráfico para fins de aplicação do regime jurídico previsto na Lei 8.072/1990.

A nova Lei de Drogas, visando evitar referida discussão, determinou serem enquadráveis no conceito de tráfico de drogas as infrações previstas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, conferindo-lhes tratamento mais severo. Afasta-se, portanto, qualquer discussão: hoje o crime de associação para o tráfico é considerado tráfico para fins de aplicação do regime mais severo.

Por exclusão, não são considerados equiparados a hediondos os crimes previstos nos arts. 28 (porte para consumo próprio), 33, § 2º (auxílio ao uso) e § 3º (uso compartilhado), 38 (prescrição culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave sob efeito de droga) da nova Lei de Drogas.

Obedecendo ao mandamento constitucional, a nova Lei

de Drogas proibiu aos crimes de tráfico de drogas diversos benefícios.

Isso, no entanto, segundo ALEXANDRE BRIZZOTTO E ANDREIA DE BRITO RODRIGUES¹⁴, não tornou mais pacífica a interpretação e aplicação das normas, observadas sistematicamente. Ao contrário, acirraram-se ainda mais as divergências, fruto da interpretação diferenciada de princípios constitucionais aplicáveis à espécie:

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.072/90 (art. 2º) colocaram em um mesmo grau de severidade a sistemática dos crimes hediondos e a do crime de tráfico. Esta Lei impõe ao crime de tráfico o integral cumprimento da pena em regime fechado.

A disposição legal nega o princípio constitucional da individualização da pena, na sentença condenatória, quando enfrenta crimes equiparados aos hediondos, o magistrado, em sua esfera de cognição, precisa da liberdade de melhor aplicar a lei ao caso concreto.

A individualização da pena assume na Constituição Federal a condição de direito fundamental, posicionando-se como limite ao poder repressivo do Estado. A cominação legal de pena, exata em sua quantidade, sem intervenção judicial para adaptá-la ao fato concreto, está em desacordo com o sistema constitucional. A submissão à vedação legal nega o processo individualizador da pena: tudo já está predisposto, o que entra em atrito com o próprio conceito de individualização. Ao prever a individualização, a Constituição implicitamente proíbe a retirada desta tarefa ao juiz. Não pode legislação ordinária suprimir garantias constitucionais.

Acrescenta-se ao princípio da individualização, na batalha contra o regime integral fechado, o respaldo do valor constitucional da dignidade da pessoa humana, pois o

¹⁴ BRIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas**, p. 113-114.

sistema legal comina pena violadora das esperanças do condenado, acirrando o combalido ambiente carcerário e fomentando revolta contra a própria sociedade. Pensa-se que a progressão deve ser examinada caso a caso, cabendo ao magistrado a individualização fundamentada sobre a possibilidade ou não da progressão.

Em lado contrário está a respeitada doutrina defendendo que à lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar a individualização da pena.

Se o legislador ordinário dispôs, aos limites das prerrogativas que lhe foi conferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será integralmente no regime fechado, significa que não quis deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional. Registra-se que a posição abraçada pelo Supremo Tribunal Federal por sua composição majoritária é a da possibilidade de progressão.

Tais questões, como se viu, ocuparam doutrinadores e julgadores desde a edição da Lei dos Crimes Hediondos, observando-se, contudo, com o passar do tempo, uma evolução no pensamento punitivo à luz da interpretação do texto legal em confronto com a Constituição, como se observará nos tópicos subsequentes.

1.4.2. O regime inicial de cumprimento de pena a condenados por tráfico ilícito de drogas

A atual Lei de Drogas, em seu art. 33, caput, prevê, para as condutas ali descritas, pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Entretanto o dispositivo não tratou sobre o regime de cumprimento da pena. “Desse modo, aplica-se o que dispõe a Lei nº

8.072/90, alterada pela Lei nº 11.464/2007, que estabeleceu para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes o regime inicial fechado e a progressão após o cumprimento de dois quintos da pena, se o apenado for primário, e de três quintos, se reincidente”¹⁵.

Mas a nova disposição legal não fulminou a polêmica até então existente, uma vez que se discutia a constitucionalidade do dispositivo que determina o início do cumprimento da pena no regime fechado, tão-só pela natureza do crime, sob o argumento de ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Prevaleceu, por mais de uma década, o entendimento de que referido comando não estaria em confronto com a Constituição Federal. Mais recentemente, todavia, o Supremo Tribunal Federal, novamente apreciando a questão, decidiu em sentido contrário – reconhecendo o malferimento da Carta Magna, determinando que no estabelecimento do regime inicial de pena, fossem observadas as disposições do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Julgamento iniciado em 14/06/2012 e finalizado em 27/06/2012, estando em apreciação o Habeas Corpus n. 111.840/ES, relator o Ministro Dias Toffoli entendeu, por maioria de votos (8 a 3), em declarar *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º da Lei 8.072/90, em face de seu conflito com o princípio constitucional da individualização da pena¹⁶.

Sendo o Supremo Tribunal Federal o intérprete definitivo da constitucionalidade das leis, tendo decidido em sua composição plena por maioria avassaladora, fica claro que a determinação obrigatória do regime na sua modalidade mais gravosa não se sustenta.

¹⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos – prevenção – repressão**, p. 248.

¹⁶ Disponível <stf.jus.br> Informativo STF n. 670, acesso em 26/02/2013.

Deve-se frisar, no entanto, haver quem defenda a possibilidade de divergir da interpretação posto não haver sido editada súmula vinculante, o que desobrigaria o magistrado de instância inferior de observar o entendimento.

1.4.3. A polêmica sobre a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para crime hediondo ou equiparado – principalmente no caso do tráfico ilícito de entorpecentes – foi, e ainda é, questão controvertida.

Antes mesmo da vigência da nova lei, mesmo sem proibição expressa, a questão provocava discussões, como bem destaca ISAAC SABBÁ GUIMARÃES¹⁷:

Durante o antigo regime legal dos crimes de tráfico (Lei 6.368/76), houve o entendimento da aplicabilidade das regras de conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, previstas no art. 44, CP, sob o argumento de que a Lei não proibia tal possibilidade.

(...). A polêmica em torno da conversão da pena de segregação em pena restritiva de direitos, ocorrente durante o antigo regime legal dos crimes de tráfico, foi reacesa sob novos supostos de argumentação jurídica. Se antes o enfoque recaía sobre a interpretação do art. 44, CP, defendendo-se sua inteira aplicabilidade às leis penais especiais, e a Lei dos Crimes Hediondos, hoje a linha argumentativa põe em evidência a exegese de regras constitucionais, mais precisamente as que se referem ao tratamento político-criminal estabelecido no art. 5º, XLIII e à individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI.

¹⁷ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada**, p.184-185.

Sobre o tema, discorre LUIZ FLÁVIO GOMES¹⁸:

A exemplo do que vimos no *sursis*, antes da Lei 11.464/2007, muito se discutia a possibilidade (ou não) da concessão de penas restritivas de direitos para crime hediondo ou equiparado. Para considerável parcela da doutrina, apesar de não haver proibição expressa, o regime integralmente fechado tornava inviável a concessão do benefício (proibição implícita).

Essa discussão perdeu importância, vez que, hoje, com advento da Lei 11.464/2007, o regime integral fechado foi abolido, desaparecendo com ele o ventilado óbice.

Contudo, havendo na Lei 11.343/2006 a proibição expressa de restritiva de direitos em relação ao tráfico, nova discussão começa a ganhar força: é legítimo impedir o benefício somente para o tráfico, delito também equiparado a hediondo? O art. 44 da Lei 11.343/2006 não estaria tratando situações iguais de maneira desigual? Ainda que sedutora a tese da especialidade (lei especial derroga lei geral), parece-nos que restringir a vedação das penas alternativas apenas ao crime de tráfico é ferir de morte o princípio da isonomia.

Novamente os debates, muitas vezes acalorados, dos defensores de uma e outra posição, acabaram por repercutir no Supremo Tribunal Federal.

A excelência na análise do tema está representada pelo acórdão paradigmático da lavra do ex Ministro Carlos Ayres Britto¹⁹:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**, p. 233-234.

¹⁹ HC nº 97.256/RS. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 01/09/2010.

OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 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 seqüelas. 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 art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do § 4º do art. 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

O resultado prático de tal posicionamento, que aliás, não foi isolado no âmbito da Suprema Corte nacional (assim o demonstra, dentre outros, o julgamento do HC n. 106.200/ES Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 31-5-2011), foi ter o Senado Federal, editado a Resolução nº 5/2012²⁰, com o seguinte teor:

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, decla-

²⁰ Disponível no “site” <http://www.planalto.gov.br>.

rada 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.

O afastamento da vedação legal, agora inquestionável por não se discutir sobre a obrigatoriedade ou não da observância de entendimento jurisprudencial, mas por se observar a mudança legislativa com a retirada do óbice, determina a verificação da presença dos demais requisitos previstos no art. 44, incisos I, II e III do Código Penal.

Tendo-se discorrido sobre os aspectos legais que permeiam a legislação que disciplina a prevenção e repressão aos entorpecentes, indispensável se faz o estudo dos princípios constitucionais que devem ser obrigatoriamente observados para a mais justa e correta aplicação da lei, principalmente no tocante à diferenciação entre os mais diversos agentes e o tratamento legal que a eles deva ser dispensado.

Capítulo 2

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO DIREITO PENAL

2.1. PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS; 2.2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 2.3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE; 2.4. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO-DEVER DE PUNIR DO ESTADO; 2.5. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA; 2.6. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; 2.6. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS.

2.1. PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Ao se falar em Direito Penal, não se pode deixar de tratar da excepcional relevância dos princípios constitucionais e garantias fundamentais a ele relacionados, em face de sua precedência e sua superioridade em relação aos dispositivos legais infraconstitucionais.

A Constituição de um país pode ser definida como o “conjunto de regras ou princípios que têm por objeto a estruturação do Estado, a organização de seus órgãos supremos e definição de suas competências”, ou de forma mais resumida, “o conjunto de normas estruturais de uma dada sociedade política”²¹. É na Constituição que se dá a acolhida de preceitos que regularão a pacífica convivência entre os membros do país, sejam eles pessoas ou entidades.

O direito talvez cronologicamente coincida com o homem e a sociedade, mas não pode ser entendido senão em função da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana. Aliás, toda ordem júri-

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**, p. 274.

dica não teria sentido se não tivesse por fim ou conteúdo a realização desses valores. Logicamente, portanto, o valor da pessoa humana antecede o próprio Direito positivo, condiciona-o e dá-lhe razão de existir²².

Indiscutível, portanto, que não se deixe de observar como se materializa a incidência dos Princípios e Garantias Constitucionais – até mesmo porque eles refletem diretamente sobre o Direito Penal.

Vislumbrando-se uma situação ideal para uma sociedade, observar-se-ia que as aspirações coletivas são a mola propulsora e determinante da produção legislativa e constitucional, devendo ela ser um reflexo direto daquilo que ela precisa e exige para permitir a seus indivíduos viver e conviver de forma minimamente harmônica.

Por conseguinte, todo o meio que cerca o cidadão influencia na formação de valores. Pode-se dizer então, que os preceitos religiosos e morais, os conflitos, as dificuldades particulares e coletivas para o estabelecimento da paz impulsionam cada sociedade no seu movimento constitucional.

Como preconiza JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS²³:

A codificação ou constitucionalização de certas situações são precedidas de movimentos populares, espontâneos ou decorrentes de manifestações de formadores de opinião²⁴, como da imposição da vontade de grupos dominantes²⁵ ou do próprio governante²⁶, no sentido de fazer valer interesses, prerrogativas e necessidades.

²² GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**, p. 8-9.

²³ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória**, p 29-30.

²⁴ A mídia escrita, falada e televisada.

²⁵ Com expressão econômica, política, institucional.

²⁶ Em se tratando de déspota.

Existem, no entanto, circunstâncias que são comuns a todos, que interessam à coletividade sem importar a condição de poderoso ou dominado, de economicamente bem-dotado ou hipossuficiente, de matiz de cor, religião ou origem.

Tais aspectos representam os Princípios que, em geral, assumem a condição de universalidade, pois interessam ao ser humano e não somente a uma determinada parcela de pessoas no globo terrestre.

Daí decorre, no dizer de DAVI WILSON DE ABREU PARDO²⁷, a expressão da Constituição na sociedade atual “a Constituição, como palco de positivação dos valores jurídicos básicos de um Estado, é a norma a partir da qual torna-se possível a construção da idéia de um sistema jurídico hierarquizado normativa e axiologicamente”, e os princípios nela inseridos, em especial os direitos fundamentais, “constituem o cume mais alto dessa hierarquia”.

Dessa forma, resta claro que a consagração dos Princípios e sua respectiva convalidação na Constituição resulta em obrigação imposta ao legislador, que assume o dever de consagrá-los no texto legal, assim como ao aplicador da lei, a quem incumbe verificar se os dispositivos legais estão de acordo com tais indicações. Cabe a eles – também de forma mandatória – constatar na prática, a possibilidade da utilização dos princípios nos casos concretos e, sendo positiva a resposta, observar a melhor forma de proceder.

Menciona-se, novamente, o escólio de JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS²⁸:

Além disso, os Princípios, com a importância que têm, em determinadas situações são guindados à condição de

²⁷ PARDO, Davi Wilson de Abreu. **Interpretação tópica e sistemática da constituição**. A constituição no mundo globalizado, p. 74.

²⁸ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória**, p 32-35.

Garantias, isto é, funcionam como meio de proteção do Indivíduo contra a ação do Estado, exigindo dele, quando de sua ação, a observância de aspectos específicos, sob pena de invalidade.

Mas, na sua acepção mais valiosa e difundida, garantia indica a sustentação, a proteção, a tutela das posições do indivíduo na sociedade política, as chamadas liberdades individuais; sugere, assim, a existência de mecanismos presentes no ordenamento cujo objetivo é tornar seguros os direitos dos cidadãos, diante do poder estatal e também dos outros cidadãos.

Têm elas, por conseguinte, absoluta importância no contexto do Processo Penal, no qual se observa o confronto do Estado, no uso da prerrogativa da persecução penal, contra o Indivíduo, que se depara só e desamparado contra todo o aparato legal e organizacional²⁹ de seu oponente.

O arsenal que tem ao seu dispor está todo centralizado nos Direitos e Garantias Fundamentais, com os quais se coloca em posição de defesa contra o arbítrio e a ilegalidade.

Nesse contexto, tem-se que os Princípios, os Direitos, assim como as Garantias, existem para assegurar ao ser humano a melhor convivência, a igualdade de condições, a liberdade em amplitude, protegendo-o do Estado, em sua forma opressora. Ao mesmo tempo, asseguram ao Estado, criado para favorecer ao ser humano e propiciar a vida comunitária sem a violência e a supremacia do mais forte, condições para que exerça sua função reguladora, prevenindo os males que possam vir a assolá-lo, como impondo punições a quem venha malferir os regramentos estabelecidos.

A segurança é um dos aspectos que se revela como de maior preocupação da sociedade, o que evidencia estar o combate

²⁹ Representado pela polícia judiciária (federal e estadual) em primeiro plano e Ministério Público, na seqüência.

à criminalidade (principal ameaça à segurança) situado em patamar que o coloca como uma das maiores necessidades do homem de hoje.

Para tanto, é incumbência do Estado buscar atingir referido objetivo, sem afrontar, no entanto, os Direitos e Garantias estabelecidos à pessoa humana. Deve obrigatoriamente contemplar, na busca da consecução de seus objetivos, o cumprimento de suas obrigações, observado o respeito a cada indivíduo, no que tange aos seus direitos fundamentais.

Os campos do Direito Penal e Processual Penal têm observado evolução concomitante em nosso país, pois no processo de identificação de responsabilidade penal, na persecução criminal correspondente, assim como na imposição de penalidades a quem tenha cometido fato em tese delituoso, verifica-se a integração cada vez maior dos Princípios Constitucionais que asseguram à pessoa humana a condição de enfrentar o Estado, obrigando-o a observar regramentos que afastem arbitrariedades de qualquer espécie, seja durante o processo como no ato sentencial respectivo.

Importante era ressaltar a condição em que os princípios figuram no ordenamento jurídico, como a imprescindibilidade de sua observância.

Mas, para que se possa aprofundar ainda mais o exame, imperiosa a digressão sobre os Princípios relativos à Dignidade da Pessoa Humana, relativos à Liberdade, ao Princípio Constitucional do Direito-dever de Punir conferido ao Estado, à Presunção de Inocência, à imprescindibilidade de fundamentação das Decisões Judiciais, culminando, já no terceiro capítulo, com o estudo do Princípio da Proporcionalidade.

2.2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Jorge HENRIQUE SCHAEFER MARTINS³⁰ assim conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana:

A Dignidade da Pessoa Humana é de difícil conceituação, mas direcionando-se o raciocínio para a elaboração de um conceito, deve-se pressupor a existência de respeito à vida e à integridade física do ser humano, como a presença de condições mínimas para existência digna, resguardada a intimidade e identidade do Indivíduo, com a Garantia de Igualdade para com outrem, sem que se possa excluir também sua condição psicofísica.

Igualmente cuidando do tema, disserta GUILHERME DE SOUZA NUCCI³¹:

Escritos não faltam voltados à definição de tão relevante princípio. O consenso, por certo, inexistente, embora alguns postulados sejam comuns a quase todos os autores.

Trata-se, sem dúvida, de um princípio regente, cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial.

A referência dignidade da pessoa humana, feita no art. 1º, III, da Constituição Federal, parece englobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social. É um princípio de valor pré-constituente e de hierarquia supra-constitucional.

Segundo nos parece, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um míni-

³⁰ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer, **Prisão provisória**, p. 38.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, p. 39-40.

mo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades mais básicas (...). Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado

Para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada torna-se essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem alijado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal.

A Dignidade, pois, consiste em atributo inerente à condição humana, imprescindível à manutenção de sua autoestima e à existência de respeito por outrem, fatores que se apresentam fundamentais ao gozo da vida em sua plenitude.

Sua inserção no texto constitucional determina a coexistência de dispositivos que assegurem o acesso a outros bens fundamentais à plena vivência, representados pelo acesso à educação, à saúde, ao trabalho, em resumo, a todos os elementos que permitam a vida sem carências.

Como decorrência lógica, e mais especificamente no âmbito da responsabilização penal, isso estabelece seja o indivíduo julgado de maneira justa e dentro da legalidade, pelo juiz natural, com o acesso amplo e irrestrito ao conjunto de provas, como com a consagração da plenitude probatória e de defesa, sempre garantida a paridade de tratamento com quem o acusa.

Igualmente obriga ao reconhecimento do direito de não vir a ter sua liberdade cerceada de qualquer modo, sem que ocorra sua prisão em flagrante e, na sequência, ou mesmo isoladamente, sem

que exista ordem escrita e devidamente fundamentada da autoridade judiciária competente.

Ainda nessa linha de raciocínio, afasta a possibilidade de vir a ser condenado sem a prova plena de sua culpabilidade, e quando ela existir, de ter o direito de receber a pena justa, reconhecidos em seu favor os benefícios instituídos por lei.

2.3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE

No que diz respeito aos direitos de todo ser humano, a liberdade do indivíduo é, indiscutivelmente, um dos maiores. Talvez possamos colocá-la apenas abaixo do próprio direito à vida³²⁻³³.

É difícil expressar uma única e simples definição para esse direito, diante do fato de que ele se decompõe em diversos aspectos distintos³⁴.

Mas o que se busca neste trabalho, é enfatizar a liberdade física, de movimentação – posto possuir o termo grande amplitude e abranger o direito de livre exercício de profissão, direito à escolha de crença, liberdade política, de pensamento, reunião, associação ou mesmo expressão, dentre tantas outras formas.

A liberdade física da pessoa consiste na livre escolha

³² A vida consiste na "fonte primária de todos os outros bens jurídicos", e de nada "adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos" (SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 177).

³³ No mesmo sentido a manifestação de José Cretella Júnior, *in* **Comentários à constituição brasileira de 1988**, p. 183.

³⁴ SALDANHA, Nelson. **Estado de direito, liberdades e garantias**, p. 29.

de deslocamentos ou paradas, ou seja, liberdade de ir e vir. Pode-se dizer que essa é a forma mais perceptível desse princípio constitucional.

O reconhecimento efetivo desse Direito, sua consolidação constitucional, está no texto do caput do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil³⁵, o qual, consoante Celso Ribeiro Bastos³⁶ prevê “um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica”.

Inquestionável, por conseguinte, estar a Liberdade em patamar de Direito humano fundamental, sem que se olvide que não se mostra absoluta - como efetivamente não são todos os demais Direitos humanos fundamentais.

São eles restritos, “não são ilimitados”, mesmo encontrando-se consagrados na CRFB/88, posto encontrarem seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Política (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)”³⁷.

Viável afirmar-se que a Liberdade é um atributo inerente ao indivíduo, independentemente de sua nacionalidade, assegurada ao ser humano em sua mais legítima essência.

Isso não impede, no entanto, possa vir a ser limitada ou mesmo cerceada, exigindo-se para tanto o preenchimento de situações expressamente previstas em lei que as justifiquem.

³⁵ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**, p. 4.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais e a constituição de 1988**. Os 10 anos da Constituição Federal, p. 80.

2.4. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO-DEVER DE PUNIR DO ESTADO

No passado remoto do homem, cada um buscava sua “justiça” na forma de vinganças privadas. Esse tipo arcaico de sistema acabava por gerar o pânico e o caos, em consequência do efeito incontrollável e desordeiro das vinganças.

Levando isso em consideração, desde os primórdios das sociedades organizadas, o direito-dever de punir do Estado sempre esteve atrelado à própria criação do ente estatal.

O surgimento desta forma organizada de sociedade fez com que a ele (Estado) se transferissem as obrigações relativas à boa e pacífica convivência dos homens. O fruto dessa evolução é a regulamentação de condutas.

Nesse diapasão encontra-se o Direito Penal:

O direito penal (...) é um dos ramos da ciência jurídica que, com suas normas, objetiva disciplinar o comportamento dos homens, proibindo a prática de certas condutas sociais e/ou moralmente intoleráveis ou, em alguns casos, ordenando determinadas formas de ação.

Num e noutro caso, o descumprimento da ordem emanada da norma penal poderá sujeitar o infrator a uma sanção específica que é a pena criminal. Com isto, o Direito Penal apresenta-se como garantidor de valores morais, sociais e humanos fundamentais e, por isso, transformados em bens jurídicos³⁸.

Como consequência, atribuiu-se ao Estado a condição de apreciação, por intermédio de agentes legalmente investidos em

³⁸ LEAL, João José. **Direito penal geral**, p. 38-39.

suas respectivas funções, de investigar a prática infracional atribuída ao Indivíduo, deflagrar a persecução penal correspondente, quando presentes elementos que comprovem a existência do fato e indiquem a autoria, e, por fim, na conclusão do processo, desde que presentes a demonstração de materialidade, autoria e culpabilidade, julgá-lo culpado, estabelecendo a reprimenda correspondente.

Por tal razão, possível a assertiva de que “a pretensão punitiva decorre do direito concreto de punir que surge para o Estado após a prática do delito. Ela é a exigência de que o *jus puniendi* do Estado prevaleça sobre o direito de liberdade do autor da infração penal, com a sujeição deste à pena cabível na espécie”³⁹.

Também pode se dizer que ao Estado compete o *ius persecuendi* ou *ius persecutionis*, que se consubstancia no “poder-dever de promover a perseguição do indigitado autor da infração penal até o momento em que lhe seja imposta, definitivamente, com o trânsito em julgado da correspondente sentença condenatória, a sanção em lei estabelecida”⁴⁰.

O Estado, apesar da possibilidade de vir a ser o Direito à ação penal exercitado por uma diversidade de pessoas, representadas pela vítima ou por quem a lei habilite fazê-lo em seu nome⁴¹ - ações penais de iniciativa privada -, e por outro pelo Ministério Público⁴² - ações penais de iniciativa pública -, sempre terá reservado para si a Jurisdição penal, posto que o Processo Penal sempre está revestido de natureza pública.

³⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, p. 128.

⁴⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, p. 15.

⁴¹ Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), em seus arts. 30, 31, 33 e 34.

⁴² Conforme a CRFB/88, em seu art. 129, inciso I.

AFRÂNIO SILVA JARDIM⁴³, referindo-se ao Estado, trata de sua posição e de obrigações, afirmando que “no estágio atual do nosso processo civilizatório, ainda é o Estado o guardião dos valores sociais mais relevantes”, explicitando estar se referindo ao Estado de Direito, “dirigido por um poder político legítimo”.

Na mesma linha a compreensão de FREDERICO MARQUES⁴⁴, ao dizer que, estando abolida a vingança privada, “a sanção penal é hoje monopólio do Estado, pois o Direito Penal tem uma função pública, achando-se fora de seu âmbito qualquer forma de repressão privada”. Sendo assim, “Só o Estado, portanto, tem o poder de punir”.

O Direito-dever de Punir, de competência do Estado, consiste em forma de controle social, uma maneira de regular as relações havidas entre os homens e, sendo assim, é possível que venha “atingir direitos fundamentais da pessoa humana (como a vida, a liberdade ou a integridade corporal), o que se concretizará, porém, nos limites e forma que a lei prevê e permite: *nullum crimen, nulla poena sine lege*”⁴⁵.

2.5. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Presunção de Inocência, consagrada a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴⁶, é preceito que estabelece limitações à declaração da culpabilidade de alguém, impedindo-se que se possa dizer que alguém é culpado, e contra ele aplicar a sanção antecipadamente, sem que se tenha percorrido todo o iter necessário para sua declaração, por intermédio do Processo-crime

⁴³ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade, p. 14.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, vol. 1, p. 23.

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**, p. 5.

⁴⁶ Datada de 3 de novembro de 1789, em seu art. 9º.

revestido das garantias constitucionais, finalizando com a prolação de sentença criminal condenatória, contra a qual não caiba mais recurso.

Mesmo antes disso, CESARE BECCARIA⁴⁷ lançou um verdadeiro brado contra o arbítrio e, ao tratar da possibilidade de aprisionamento antecedente à condenação definitiva, refutou a prisão sem que contra o suspeito houvesse o estabelecimento de elementos comprobatórios suficientes, estando eles anteriormente estabelecidos por lei, afirmou ainda que “um homem acusado da prática de um delito, encarcerado e, posteriormente, absolvido, não poderia jamais, trazer consigo qualquer marca de infâmia”⁴⁸.

Na história, o Princípio foi se consolidando como inerente à própria credibilidade das instituições estatais, principalmente naquelas que cultuam o Estado Democrático de Direito⁴⁹.

Da Presunção de Inocência decorre não só a idéia de função protetiva do Indivíduo “confiada à justiça penal, mas, ao mesmo tempo”, vem estabelecer “as bases para a construção de um modelo processual idôneo”⁵⁰.

Contudo, apesar de representar uma evolução, uma conquista da humanidade, havida em embates intelectuais e políticos, ainda hoje se verifica resistência à sua observância, sob os mais diversos argumentos. Insurgências decorrentes da paixão⁵¹, ou por quem se

⁴⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 127-128.

⁴⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 128.

⁴⁹ O qual, consoante o magistério de Nelson Saldanha (**Estado de direito, liberdades e garantias**, p. 14), se caracteriza por possuir uma Constituição escrita, na qual estejam definidos os poderes governamentais e os direitos dos cidadãos, além das respectivas garantias.

⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Motivação das decisões penais**, p. 30.

⁵¹ O que costuma ocorrer quando da prática de crimes que provoquem repercussão.

posiciona no sentido de que a criminalidade deva ser combatida com o máximo rigor⁵², relativizando a possibilidade de excesso nas investigações ou mesmo na acusação, colocando-se de forma intransigente na sobreposição do suposto⁵³ “interesse coletivo” ao “interesse individual”.

Isso, infelizmente, ainda encontra eco nas hostes judiciárias, seja em integrantes do Ministério Público, como do próprio Judiciário, deixando margem à consagração de injustiças.

Não se mostra como a melhor interpretação, nem deve ser o caminho a ser percorrido, pois:

A prevenção e a repressão ao crime são deveres do Estado, mas também o é a justa aplicação da lei. Não é porque a criminalidade aumenta que as garantias individuais do cidadão devem ser desconsideradas, ferindo direitos fundamentais. O monopólio estatal para a distribuição da justiça pressupõe um sistema processual justo e imparcial. Sem esses requisitos – que somente são atingidos através do respeito às regras constitucionais – não haverá tranquilidade social, meta maior da sociedade⁵⁴.

Ao Estado é dado um aparato de forças⁵⁵, as quais se

⁵² Podendo-se indicar o “Movimento da Lei e da Ordem” que, consoante preconiza Jackson C. de Azevêdo (**Reforma e “contra” reforma penal no Brasil ... uma ilusão que sobrevive**, p. 83), alimentam sua retórica com o exagero das estatísticas da violência divulgadas pela mídia, permitindo o seguinte discurso: “É preciso restabelecer a lei e a ordem em favor das pessoas decentes, dos homens de bem, dos cidadãos honestos. O crime é patológico, o criminoso um ser daninho e a sociedade deve destruí-los. Polícia e Justiça estão incapacitados de agir a contento. As leis são fontes de privilégios para criminosos (FRANCO, 1994, p. 32 e seguintes)”.

⁵³ Diz-se “suposto”, pelo fato da sociedade, em sua maioria, não refletir a respeito do tema, simplesmente aceitando como verdadeiros os fatos que lhe são mostrados e a solução que se sugere deva vir a ser empregada. Não importa, no caso, a evolução do direito, as conquistas consistentes nos direitos e garantias individuais. O que interessa é resolver o problema da criminalidade, com a imposição de rigor máximo para os delinqüentes.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, p. 27-28.

⁵⁵ Representado pelos organismos policiais estaduais e federais e Ministério Público, todos com estrutura organizacional qualificada para enfrentar tais questões.

encontram à sua disposição para buscar a demonstração da ocorrência de um fato e, na sequência, a responsabilidade penal que recai sobre alguém. A permissibilidade da indicação e prévio reconhecimento da culpa, embasada unicamente em indícios de probabilidade do envolvimento, tornaria o acusado refém da investigação ou mesmo do Processo-crime, uma vez que encontraria grandes obstáculos para comprovar sua inocência, muitas vezes tendo que fazer prova negativa ou diabólica⁵⁶.

A lógica, pois, impõe ao Estado a obrigação de comprovar a culpa, fazendo-o de forma indubitosa, determinando à autoridade judiciária a declaração motivada, impondo ao culpado a reprimenda cabível e justa.

2.6. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A decisão judicial imprescinde de juízo de convicção, formado em razão da apreciação isenta da “verdade” contida nos autos de processo-crime, exarada por quem tenha competência, e obrigatoriamente deverá conter argumentos que tornem claras as razões pelas quais se optou por um ou outro caminho.

A justiça do processo pressupõe a existência de garantias processuais, sendo elas imprescindíveis para legitimar a intervenção estatal, por intermédio de “um modelo de processo

⁵⁶ Citação de rodapé: **Probatio diabolica** alla lettera *prova del diavolo* è una espressione latina in uso nel linguaggio legale di molti paesi. L'espressione viene usata per indicare una prova impossibile. Quando un sistema giuridico si trova di fronte a questa situazione in genere ricorre all'inversione dell'onere della prova o concede diritti aggiuntivi per la parte che si trova di fronte alla *probatio diabolica*. Disponível em http://it.wikipedia.org/wiki/Probatio_diabolica. Acesso em 04/05/2013.

estruturado de forma a assegurar a preservação de determinados valores compartilhados pelo grupo social”⁵⁷.

Ao discorrer acerca dos requisitos retóricos da sentença, NILO BAIRROS DE BRUM⁵⁸ afirma:

Em um sistema processual baseado no livre convencimento, não é fácil (diríamos que é praticamente impossível) reconstituir os reais motivos que levaram um Juiz a decidir conforme decidiu. No que se refere à avaliação da prova, os códigos são lacônicos; a doutrina, expressamente plástica, e a jurisprudência, vacilante. Com tais instrumentos, os juízes podem manipular os fatos segundo seu temperamento, sua formação pessoal, sua ideologia, enfim, o que não implica que isso seja feito de forma consciente ou premeditada.

A única Garantia que o sistema oferece é a imposição legal que obriga juízes a fundamentarem suas decisões, permitindo, assim, que os inconformados possam atacá-las, voltando contra elas os mesmos instrumentos oferecidos pelo sistema.

A decisão judicial não se esgota em si mesma. Ela existe para indicar o pensamento do juiz, mas se direciona às partes do processo (acusação e defesa), como às instâncias superiores. A indicação dos fundamentos faz-se obrigatória para permitir a ocorrência da aceitação ou a insurgência contra o raciocínio empregado, autorizando a interposição do recurso cabível, como a manutenção ou reforma por quem se encontre em grau jurisdicional mais elevado.

Também é importante, por não se poder esquecer, do controle a ser exercido pela sociedade, que tem o direito de conhecer a forma de pensamento do juiz, podendo aceitar ou não seu raciocínio ou

⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, p. 30.

⁵⁸ BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**, p. 71.

as premissas sobre as quais se embasa, o que também é salutar em regime democrático.

A fundamentação, ademais, poderá vir a ocorrer em diversos momentos, antecedentes ao processo-crime, com nos casos de busca e apreensão, quebra do sigilo bancário e/ou fiscal, interceptação de comunicações telefônicas ou de telemática, prisão temporária, homologação do flagrante, sua conversão em prisão preventiva, ou mesmo na sua decretação, (algumas também passíveis no âmbito do processo), ou durante seu curso, com a determinação ou negativa de provas, atendimento a requerimentos das partes e, principalmente na sentença.

Nela, dá-se o estudo da materialidade, autoria, culpabilidade, competindo ao Juiz declinar as provas e o raciocínio utilizado para absolver ou condenar; do mesmo modo quando passar à fase da dosimetria da pena ou penas, pois em havendo opção entre as previstas, deverá motivar as razões que determinaram viesse a adotar uma ou outra; ainda terá que motivadamente explicitar as razões de aumento ou a minoração da reprimenda; ainda para o estabelecimento de regime de pena privativa de liberdade, substituição por penas restritivas de direitos, ou concessão de sursis, tudo ensejando a respectiva motivação.

Ao concluir o ato sentencial, deverá dispor sobre a absolvição ou, em se tratando de condenação, indicar a quantidade de pena e o artigo de lei em que está incurso o agente, informando se ao condenado será ou não concedido o Direito de recurso em liberdade, constando o porquê.

É patente que no âmbito processual penal exige-se da autoridade judiciária, inúmeras vezes, venha a indicar as razões que a levaram a determinar uma ou outra providência, sendo absolutamente

inválido o despacho ou sentença que não contenha as razões de sua convicção.

É pacífico que a ausência de fundamentação constitui causa de reconhecimento de nulidade⁵⁹, como salientou FREDERICO MARQUES⁶⁰:

A falta de fundamentação torna o ato decisório absolutamente nulo. Se, apesar disso, o réu for preso, através de *habeas corpus* pode ele recuperar sua liberdade, pois que, no caso, sendo nulo, de modo manifesto, o processo cautelar, a coação se apresentará como ilegal (Código de Processo Penal, art. 648, inc. VI).

MARIA HELENA DINIZ⁶¹ assevera que o poder de Jurisdição do Juiz está contido em uma zona de liberdade, pode nos seus limites exercer sua atividade, mas observando as limitações que a própria norma lhe impõe. Ademais, tem o dever de estar atento aos fatos em que se fundamenta a questão, obedecer aos regramentos concernentes

⁵⁹ E é nessa linha que têm decidido os tribunais, inclusive os superiores. É o que se observa do julgado contido no *Habeas Corpus* 81.180, de Minas Gerais, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 18 de setembro de 2001, assim ementado: HABEAS CORPUS. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE DECRETADA COM BASE NA GRAVIDADE DO CRIME, NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E NA GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE CONSIDEROU ESTAR DEVIDAMENTE DEMONSTRADA A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR, NOS TERMOS DO ART. 312 DO CPP. HIPÓTESE EM QUE A DECISÃO IMPUGNADA CARECE DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA, TENDO EM VISTA QUE A SIMPLES REFERÊNCIA À POSSIBILIDADE DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA, À GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO E À REPERCUSSÃO DO FATOS SOBRE AS TESTEMUNHAS, SEM QUALQUER ELEMENTO CONCRETO A INDICAR A CONSISTÊNCIA DESSAS AFIRMAÇÕES, NÃO PODEM VALIDAR O DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. HABEAS CORPUS DEFERIDO. Disponível <stf.gov.br>. Acesso em 07/06/2013.

A interpretação é idêntica no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, como comprova o acórdão prolatado no Recurso Criminal 98.014809-0, Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, comarca de Ponte Serrada, rel. o Des. Alberto Costa, julgado em 23 de fevereiro de 1999, cuja ementa é a seguinte: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO TOCANTE AO ACOLHIMENTO DA QUALIFICADORA – NULIDADE, DE OFÍCIO, DECRETADA, PREJUDICADO O RECURSO INTERPOSTO. – Na sentença de pronúncia o Magistrado é obrigado a fundamentar a decisão quando reconhece uma qualificadora, sob pena de, não o fazendo, ser ela *citra petita*, e, portanto, nula. Disponível <tj.sc.gov.br> Acesso em 07/06/2013.

⁶⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, vol. 4, p. 60.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, p. 444-445.

à produção da prova, respeitar as presunções legais, tendo consciência do que se busca atingir com o sistema valorativo da ordem jurídica em vigor.

Isso permite que ele possa vir a optar por uma ou outra solução, sem qualquer amarra ou obrigação de direcionamento. Todavia, não poderá deixar de declinar as razões de seu convencimento, pois se assim agir, estará sendo arbitrário e obedecendo a regras próprias e únicas, o que é absolutamente vedado.

2.7. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

O princípio constitucional da individualização das penas assume especial relevo quando se busca verificar a justiça da apenação, pois considera cada indivíduo isoladamente, assim como procura estabelecer premissas próprias a cada um, para a escolha da penalidade, como para sua quantificação.

Leciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI⁶²:

(...) a individualização da pena é essencial para garantir a justa fixação da sanção penal, evitando-se a intolerável padronização e o desgaste da uniformização de seres humanos, como se todos fossem iguais uns aos outros, em atitudes e vivências. Logicamente, todos são iguais perante a lei, mas não perante uns e outros. Cada qual contém sua individualidade, desde o nascimento até a morte. Esse contorno íntimo deve ser observado pelo magistrado no momento da aplicação da pena.

(...) A individualização da pena torna o Estado arejado e atencioso, pretendendo visualizar todos os membros da

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, p. 159-161.

sociedade como indivíduos, com características, interesses e necessidades particulares. Pessoas não podem padecer da padronização, pois são racionais e emocionalmente superiores. Essa é a tarefa primordial do Judiciário na senda criminal.

Esse princípio é um dos pilares da boa distribuição da Justiça Criminal. Cada pessoa contém um universo em si mesma, traz características e virtudes ou defeitos que lhes são próprias. Possui uma história específica, inconfundível. Além disso, mesmo em se tratando do mesmo crime, é inegável que há várias formas de atuação e grau de comprometimento. Isso determina o estudo de cada indivíduo e do grau de sua participação no ilícito, para permitir a opção pela melhor forma de apená-lo.

Agir-se de forma diferente, isto é, trabalhar-se com a imposição de penas de molde a atribuí-las de forma igualitária, desprezando-se o grau de envolvimento na atividade criminosa, a específica participação, a motivação, o passado de cada envolvido, suas características pessoais, é privilegiar-se o tratamento injusto. Cada indivíduo é único, e sua contribuição para um resultado lesivo de caráter penal, pode ser igualmente peculiar.

Isso, diga-se, é verificado não só na sentença, como no cumprimento de eventual reprimenda, quando o comportamento, a integração a programas de recuperação, o dispêndio de trabalho ou estudo, determinam diferenciações entre os condenados.

Tendo-se consciência de referidos preceitos, e mais que isso, de princípios que estão arraigados no sistema jurídico e social brasileiro, fundamental que se ingresse no estudo do princípio da proporcionalidade, presente de forma invisível mas efetiva em todos os outros já indicados, buscando-se focá-lo ao problema específico deste trabalho: sua aplicação na repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Capítulo 3

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À REPRESSÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

3.1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE; 3.2. O RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS; 3.3. OS REQUISITOS EXIGÍVEIS PARA O RECONHECIMENTO DA APLICABILIDADE DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006; 3.3.1. Primariedade penal e seu conceito; 3.3.2. Bons antecedentes e sua configuração; 3.3.3. Dedicção às atividades criminosas e sua configuração; 3.3.4. Participação em organização criminosa; 3.4. OS CRITÉRIOS ORIENTADORES DA APLICAÇÃO DE MAIOR OU MENOR FRAÇÃO NA MITIGAÇÃO DA PENA; 3.5. A IMPORTÂNCIA DO MANEJO DOS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA FIXAÇÃO DE PENA JUSTA.

3.1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

No Direito existem situações que podem parecer paradoxais, na medida em que coexistem previsões legais que preconizam a liberdade ao mesmo tempo em que outras permitem o encarceramento. Normas que privilegiam o interesse dos indivíduos, outras que buscam dar maior relevância ao interesse do Estado.

Essas aparentes contradições provocam, em quem não se aprofunda no estudo da questão, uma condição de perplexidade ante a dificuldade de conciliar as normas em conflito, o antagonismo das situações.

Todavia, a convivência de princípios antagônicos - ou mesmo a prevalência em casos determinados de uns sobre outros, sem que isso signifique a submissão na generalidade, mas somente naquele caso concreto - é o que dá ensejo à vigência do princípio da proporcio-

nalidade.

Não há, como pode vir a parecer, a apequenação de um princípio em detrimento do outro. O que pode ocorrer é que, em uma situação específica, um direito deve se sobrepor ao outro, objetivando-se com isso um resultado mais justo.

Buscando explicitar a importância do princípio da proporcionalidade, JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS⁶³ busca socorro em HELENILSON PONTES⁶⁴, que disse que “terminologicamente, o termo proporcionalidade contém uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade”, contendo, em resumo, “um apelo à prudência na determinação da adequada relação entre as coisas”.

Informa que Aristóteles já buscava apontar uma noção de “meio termo” e de “justa medida”, em concepções ligadas ao justo, que equivale ao proporcional, pois “o justo nesta acepção é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade”.

Na sequência, agora se valendo de JORGE MIRANDA⁶⁵, complementa não ser ele “um princípio neutro porque se refere a valores éticos ou se eleva mesmo a verdadeiro princípio axiológico fundamental”, além de acrescentar que sua utilização ocorre não só nas hipóteses de relações entre entidades públicas e cidadãos, como também nas relações havidas no próprio interior do aparelho estatal.

Diz estarem nele contidos três subprincípios: necessidade, adequação e racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*.

⁶³ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória**, p. 61.

⁶⁴ PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**, p.43.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. 4, p. 207.

A necessidade ocorrerá quando se verificar a existência de bem ou direito juridicamente protegido, que esteja a necessitar de intervenção estatal; a adequação está relacionada à aplicabilidade da providência em situação determinada, atendendo-se ao objetivo contido na norma; por fim, a racionalidade ou proporcionalidade advém da localização da medida mais justa, mais equânime ao caso concreto.

Em poucas palavras, surge como “um juízo jurídico, assente na correcta interpretação das normas e na adesão aos fins que lhes subjazem; e que atende, na sua aplicação, à diversidade de objetivos, de situações e de interesses em presença”⁶⁶.

JORGE MIRANDA⁶⁷ ainda acrescenta que a “concordância prática entre direitos fundamentais eventualmente tensionados entre si é obtida mediante regras de conformação oriundas de duas fontes produtoras”, por ele apontadas como as havidas pela via da legislação ordinária ou pela via judicial direta. Conclui que, em qualquer das hipóteses, “a solução do impasse há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente tensionados, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência de um deles”.

Mas é em ROBERT ALEXY⁶⁸ que JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS⁶⁹ encontra uma digressão objetiva a respeito do tema. Isso por esclarecer que o

princípio da proporcionalidade tem os Princípios Constitucionais como mandatos de otimização relacionados às perspectivas jurídicas e fáticas, de forma a reconhecer a

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. 4, p. 207.

⁶⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 62.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 112 (Tradução do autor).

⁶⁹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória**, p. 65.

possibilidade de conflito entre Princípios opostos. Com o desiderato de resolver o confronto entre Princípios que contenham normas de Direitos Fundamentais, faz-se indispensável um exercício de ponderação. Nessa atividade, impõe-se a verificação da norma constitucional que contenha maior peso para o caso concreto que se tenha por decidir, considerando-se que a norma mais débil pode vir a ser desprezada, desde que o seja na medida do necessário e sob um ponto de vista lógico e sistemático⁷⁰.

Resta, pois, evidente, que a proporcionalidade, ao invés de preconizar o desprezo de um princípio constitucional para validação de outro, pressupõe que em uma hipótese específica tem a autoridade judicial a possibilidade - e mais que isso, a incumbência - de verificar qual deles se mostra mais relevante, fundamentando adequadamente a decisão. Ademais, é importante frisar que a utilização da proporcionalidade não obriga à repetição do raciocínio, isto é, não obriga que sempre que ocorrerem situações semelhantes haja a mesma solução.

As particularidades de cada situação devem ser sopesadas para verificar-se qual princípio deve ter prevalência em cada caso. Isso terá efetiva influência na avaliação individual dos casos em que se reconheça a narcotraficância.

3.2. O RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Para definir o crime de tráfico de drogas, a lei 11.343/2006 faz uso de uma infinidade de verbos, presentes no caput e §1º do art. 33:

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 120.

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.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Para que se reconheça a prática do delito, no entanto, deve-se observar algumas circunstâncias.

Leciona LUIZ FLÁVIO GOMES⁷¹:

Para se concluir pela prática do crime de tráfico, não basta, em princípio, a quantidade (ou qualidade) da droga apreendida. Deve-se atentar, ainda, para outros fatores, tais como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente.

⁷¹ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**, p.182.

A discussão entre o que caracteriza o tráfico ilícito de entorpecentes e o que determina o reconhecimento do porte ilegal de entorpecentes é interminável. Muitos já se debruçaram sobre o tema, havendo controvérsias consideráveis, ainda mais se levando em conta que estão em conflito as ideias de recuperação e a ideia de que a medida mais correta é a observância de excessivo rigor. Isso repercute consideravelmente na solução dos casos criminais com tais características, pois o subjetivismo judicial, sem a definição mais precisa dos critérios de distinção, pode levar à injustiças.

Muito embora já se observe, no âmbito do Congresso Nacional, estudos no sentido de se estabelecer regramento objetivo para distinguir o porte ilegal do tráfico ilícito de entorpecentes, levando em conta a quantidade de droga apreendida⁷², esta não é a realidade atual. Privilegia-se o subjetivismo judicial, atribuindo-se ao juiz a condição de estabelecer a condição de traficante, considerada a “grande” quantidade, a “natureza” da droga e as “circunstâncias” da prisão.

Configura-se o tipo penal aberto, pois sujeito ao entendimento pessoal, em primeiro plano da autoridade policial, na sequência, quando da verificação da possibilidade de deflagração da persecução penal, do Promotor de Justiça ou Procurador da República, e em última instância, do magistrado encarregado de julgar o caso.

Toda essa celeuma, também se transfere para a definição de traficante de pequeno, médio e grande porte. Isso se mostra relevante, porquanto a diferenciação trará reflexos na mitigação da pena.

⁷² O Relatório da Subcomissão Especial de Crimes e Penas da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, ao propor diversas modificações nas leis penais do país, sugere, no que respeita à Lei n. 11.343/2006, a criação do § 8º ao art. 28, com a seguinte redação: *salvo prova em contrário, presume-se a condição de usuário quando a quantidade de droga apreendida corresponder ao consumo médio individual durante período de cinco dias.*

Desta forma, a Lei 11.343/06 criou um rol de requisitos para permitir a redução, de um sexto a dois terços, das penas referentes aos crimes previstos no *caput* e § 1º do artigo 33. São eles: a primariedade do autor, os bons antecedentes, a não-dedicação às atividades criminosas e a não-integração à organização criminosa.

3.3. OS REQUISITOS EXIGÍVEIS PARA O RECONHECIMENTO DA APLICABILIDADE DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006

O § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 prevê redução penal, de um sexto a dois terços, aos agentes que forem primários, de bons antecedentes, não se dedicarem à atividades criminosas nem integrarem organização criminosa.

Essa previsão apresenta-se como alternativa para o juiz na adequação da pena às diversas formas de participação na atividade do tráfico, ampliando, desta forma, o poder do magistrado na determinação da culpabilidade de cada um. Visa-se assim, evitar uma padronização severa e busca-se diferenciar o grande do pequeno traficante.

Nas palavras de RENATO MARCÃO⁷³ “a previsão é saudável na medida em que passa a permitir ao magistrado maior amplitude de apreciação do caso concreto, de maneira a poder melhor quantificar e, portanto, individualizar a pena, dando tratamento adequado àquele que apenas se inicia no mundo do crime”.

Com esse parágrafo 4º, vê-se que o legislador acertou ao conceder a oportunidade de que seja reconhecida uma pena que

⁷³ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. Lei de drogas anotada e interpretada, p. 183-184.

pode chegar a ser inferior ao que era previsto quando da vigência da Lei 6.368/76, em seu artigo 12.

Cabe lembrar que os requisitos devem estar presentes de forma cumulativa, caso contrário é inviável a concessão da benesse legal. Uma vez preenchidos todos eles, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade limitada à fração minorante⁷⁴.

Aliás, deve-se dizer que o juiz tem o dever de apreciar a possibilidade de concessão da mercê legal, quando concluir pela ocorrência do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Não se trata de faculdade.

O exame desses requisitos, exigíveis para o reconhecimento da aplicabilidade do redutor pena previsto no § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reveste-se de caráter subjetivo, mas também objetivo.

Subjetivo, na medida em que a dedicação às atividades criminosas não é tópico que contemple uma definição específica, comportando o subjetivismo da apreciação judicial, ao passo que a integração às organizações criminosas também ainda renda discussões, pois não se trata de matéria pacífica na doutrina e jurisprudência.

Objetivo, porquanto a consideração dos antecedentes criminais atende ao que dispõe a Súmula 444 do STJ, enquanto a reincidência obedece à disciplina do art. 64, incisos I e II do Código Penal.

Observa-se que a análise dos requisitos subjetivos não

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio et al. Luiz Flávio Gomes coordenação. **Lei de drogas comentada artigo por artigo**, p.197.

encontra parâmetros certos, dando margem a uma ampla discricionariedade na análise pelo juiz, o que vai determinar o destino do condenado conforme a linha de pensamento do julgador.

Passa-se, então à análise individualizada desses critérios.

3.3.1. Primariedade penal e seu conceito

Para conceituar-se a “primariedade penal” tem-se que, primeiramente, conceituar “reincidência”. Uma definição está tão entrelaçada à outra que isso se faz necessário.

Assim preceitua o Código Penal, acerca da reincidência:

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64. Para efeito de reincidência:

- I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;
- II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Fica claro, apenas com a leitura dos artigos, que primariedade é a antítese da reincidência.

Nesse sentido lecionam ALEXANDRE BRIZZOTTO E ANDRÉIA DE BRITO RODRIGUES:

Ser primário é o oposto de ser reincidente. O Código Penal dita que é reincidente aquele que comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Logo, qualquer outra situação que fuja da definição de reincidente recai na primariedade⁷⁵.

Na mesma esteira manifestam-se ANDREY BORGES DE MENDONÇA E PAULO ROBERTO GALVÃO DE CARVALHO⁷⁶:

O conceito de primariedade é alcançado por exclusão: é o agente não reincidente. O Código Penal dispõe, em seu art. 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).

Em suma, aquele indivíduo que não registrar contra si a existência de condenação criminal transitada em julgado, é legalmente considerado primário.

3.3.2. Bons antecedentes e sua configuração

A questão referente aos antecedentes, contudo, não é de tão fácil solução. Modificações quanto à configuração de maus antecedentes foram ocorrendo ao longo dos anos, evoluindo-se desde a definição de NELSON HUNGRIA⁷⁷ de que representavam todos os fatos da vida ante-acta do acusado.

⁷⁵ BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova lei de drogas**. Comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, p. 73.

⁷⁶ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de Drogas**. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo, p. 111-112.

⁷⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Volume V, p. 470-471.

A redação do art. 59 do Código Penal, que veio a substituir o antigo art. 42 da Parte Geral revogada pela Lei n. 7.209/84, excluiu dos antecedentes fatos relativos à vida do acusado (conduta social) e mesmo a exteriorização de sua maneira de ser (personalidade), fulcrando-se mais em aspectos relativos à ocorrências policiais ou decorrentes de processos criminais.

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 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 possuem força para caracterizar reincidência, em razão de ter sido ultrapassado o período depurador, poderiam ser utilizadas para fins de maus antecedentes. A questão é controversa até mesmo no STF⁷⁸.

A modificação do entendimento tem ocorrido nos últimos anos, posteriores à Constituição de 1988, e à luz de seus preceitos "com escopo de atender ao sistema constitucional no contexto do Estado Democrático de Direito e à presunção de inocência, pode ser considerada como maus antecedentes a pessoa que tem contra si condenações penais com trânsito em julgado que não caracterizem a reincidência"⁷⁹.

Solução mais definida preconizou o Superior Tribunal

⁷⁸ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de drogas**. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo, p.112

⁷⁹ BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova lei de drogas**. Comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, p. 73

de Justiça, ao editar a Súmula 444⁸⁰, que estabeleceu ser vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Em tal conformidade, somente a existência de condenações criminais não transitadas em julgado, ou transitadas em julgado que não mais gerem os efeitos da reincidência, podem vir a ser consideradas como maus antecedentes.

3.3.3. Dedicção às atividades criminosas e sua configuração

A possibilidade de concessão do redutor também fica vinculada à inexistência da "dedicção do agente às atividades criminosas".

Trata-se, novamente, de situação de difícil equacionamento, na medida em que não há uma definição específica do que venha a ser dedicção á atividades criminosas. Cabe questionar qual o tempo exigido para que se tenha por configurada a situação e qual o tipo de atividade criminosa seria suficiente para determinar o cabimento ou não da medida.

A doutrina⁸¹ trata do tema:

Sendo reconhecido na sentença penal condenatória que a pessoa julgada se dedica a atividades criminosas, há o impedimento da causa de diminuição de pena. Como o comando vinculante é o do princípio da inocência, não é admissível a presunção da dedicção em atividade

⁸⁰ Disponível em http://www.stj.gov.br/porta_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=682&tmp.texto=97101&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=s%FAmula%20444. Acesso em 05/05/2013.

⁸¹ BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova lei de drogas**. Comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, p. 73-74.

criminosa. São necessárias provas demonstradas em fundamentação para se reconhecer a existência desta circunstância e a respectiva vedação à causa de diminuição de pena.

Preceituam ANDREY BORGES DE MENDONÇA E PAULO ROBERTO GALVÃO DE CARVALHO⁸² que “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”.

Fundamental estabelecer-se, de pronto, que a visão de que incumba ao acusado comprovar que não se dedica à atividades criminosas, está equivocada, na medida em que colide com o princípio da presunção de inocência, como com o princípio de que incumbe à acusação provar suas afirmações.

Na sequência, deve ser dito que a demonstração de que existe tal dedicação, tal envolvimento com atividades criminais, deverá decorrer do que vier a ser noticiado pela prova produzida.

A jurisprudência tem analisado o tema, observando-se julgados que contribuem para o esclarecimento do assunto:

Conquanto seja firme o posicionamento de que o ônus da prova relativo aos requisitos da minorante cabe à acusação, trata-se de norma jurídica à serviço da discricionariedade do Magistrado, uma vez que a amplitude do termo legal "não se dedique às atividades criminosas" permite extensa aplicação do dispositivo.

A questão é complexa e, evidentemente, deve ser analisada segundo as peculiaridades de cada caso concreto,

⁸² CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de drogas**. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo, p.112.

razão pela qual a aplicação da norma deve pautar-se pelo zelo, sobretudo, para não se cair em presunções que venham a prejudicar o réu⁸³.

Além desse aspecto, a redação da norma desperta posicionamentos críticos, ante a possibilidade de redundância:

Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do § 4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes.

Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita⁸⁴.

O que se mostra mais relevante é estabelecer-se que o agente estivesse envolvido com ilícitos penais há mais tempo, que isso fosse já uma rotina em sua vida e não um envolvimento episódico:

No que tange ao aspecto reputado como adverso pela julgadora, atinente à dedicação à atividade criminosa, não existem elementos de convicção aptos a atestar sua ocorrência, uma vez que contra o acusado havia apenas denúncias anônimas acerca do comércio espúrio, aliado ao fato de que alguns dos militares o conheceram apenas na data dos fatos, não se tratando de figura conhecida no meio policial.

Além disso, conquanto tenha sido apreendida considerável quantidade de "crack" em seu poder, tal elemento, de forma isolada, não pode ser reputado como prova

⁸³ Apelação Criminal nº 2012.016110-9, da comarca de Turvo (Vara Única), Rel. Des. Jorge Schaefer Martins.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, p. 330.

inconteste de um suposto "pioneirismo" por parte de Cristiano de Amorim no exercício do comércio ilegal⁸⁵.

Tratada a dedicação à atividade criminosa, passa-se a analisar a participação em organização criminosa.

3.3.4. Participação em organização criminosa

Também merece reflexão a vedação de obtenção do redutor, concernente à participação em organização criminosa. Como a Lei não distinguiu, dá abertura ao entendimento de que é irrelevante que a organização criminosa seja voltada para o tráfico de drogas ou para outros ilícitos penais.

É possível a conclusão de que ambas impedem 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.

Para que se possa conceituar organização criminosa, viável recorrer a Lei nº 12.684, de 25.07.2012, que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.

Referido diploma legal contém, em seu art. 2º, a seguinte definição:

Art. 2º. 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,

⁸⁵ TJSC. Apelação Criminal n. 2011.022637-8, da comarca de Itajaí, Rel. Desa. Salete Silva Sommariva.

mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Não se desconhece, também, a corrente segundo a qual o conceito de organização criminosa teria sido incluído no ordenamento jurídico brasileiro pela Convenção de Palermo, por meio do Decreto nº 5.015, de 12/03/2004, que promulgou o Decreto Legislativo nº 231, de 29/05/2003, que ratificou o aludido tratado.

Em oposição, há vertente no sentido de que a utilização dessa Convenção violaria o princípio da legalidade, estampado no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina⁸⁶:

Não olvidamos a importância do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mas, daí a admitir que um tratado internacional possa definir um crime, a nosso ver, configuraria evidente violação ao princípio da legalidade, notadamente em sua garantia da *lex populi*.

Com efeito, admitir que tratados internacionais possam definir crimes ou penas para o âmbito interno significa admitir que o Presidente da República possa, mesmo que de forma indireta, desempenhar o papel de regulador do Direito Penal incriminador. Se isso fosse admissível, esvaziaria-se o princípio da reserva legal, que em sua garantia da *lex populi*, exige obrigatoriamente a participação dos representantes do povo na elaboração e aprovação do texto que cria ou amplia o *ius puniendi* do Estado brasileiro.

O comentário feito a respeito do ônus da prova quanto à dedicação às atividades criminosas, serve também para a

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Legislação criminal especial**, p. 671.

análise da atuação ou não em organização criminosa.

Cumpra, neste passo, indagar a quem compete provar os requisitos previstos na presente causa de diminuição de pena. Vislumbramos que, em decorrência do princípio da presunção de inocência, o réu não precisa comprovar que é primário e de bons antecedentes e, principalmente, que não se dedica às atividades criminosas e nem integra organização criminosa, devendo tal ônus recair sobre o Ministério Público⁸⁷.

Do acusado não se poderá exigir prova de que não se dedica às atividades criminosas, ante a colidência com o princípio da presunção de inocência, e igualmente com o princípio de que incumbe à acusação provar suas afirmações, devendo ser analisado o conteúdo da prova produzida.

Acerca do tema, conveniente trazer à lume as considerações de PIERPAOLO CRUZ BOTTINI⁸⁸:

Há quem diga que a Lei 12.694/12 resolve o problema porque traz uma definição de organização criminosa: "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".

No entanto, vale anotar que o dispositivo revela expressamente que tal definição vale "para os efeitos desta lei", ou seja, limita a aplicabilidade do conceito para definição de

⁸⁷ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de drogas**. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo, p.113-114

⁸⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A organização criminosa e a lei de lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-25/direito-defesa-organizacao-criminosa-lei-lavagem-dinheiro>, acesso em 07/06/2013.

processo e procedimento. A vedação da analogia no Direito Penal - a nosso ver - impede a extensão desta figura jurídica para o âmbito da Lei de Lavagem de Dinheiro.

Assim, cabe ao legislador suprir a lacuna ainda hoje existente. Existem diversos projetos de lei a esse respeito, mas enquanto não forem aprovados, não existirá a figura da organização criminosa por falta de amparo legal, e não será possível aplicar a causa de aumento prevista no parágrafo 4º da Lei de Lavagem de Dinheiro.

É questão complexa, que deverá receber atenção da doutrina e jurisprudência.

3.4. OS CRITÉRIOS ORIENTADORES DA APLICAÇÃO DE MAIOR OU MENOR FRAÇÃO NA MITIGAÇÃO DA PENA

Ao analisar-se a aplicação das frações de mitigação, quando reconhecida a presença dos pressupostos exigíveis para a aplicação do redutor aos casos de narcotraficância, o juiz deverá observar como critérios as circunstâncias judiciais que determinaram a aplicação da pena-base. Não lhe é permitido entrar em contradição, ou seja, não pode localizar obstáculos em aspectos que, anteriormente, tenha considerado favoráveis.

Diz-se isso, pelo fato de se dever respeitar a coerência havida no estudo das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, assim como o estudo relativo à quantidade da droga e sua natureza, observando-se o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, desde que tais aspectos tenham sido objeto de aferição na ocasião da valoração das circunstâncias judiciais.

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos

para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que "o juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"⁸⁹.

A manutenção da lógica de raciocínio pelo juiz, no estudo dos diversos itens de análise das circunstâncias judiciais, aí incluído o que dispõe o art. 42 da Lei Antitóxicos, é fundamental para determinar a fração de mitigação a ser concedida ao acusado, uma vez que já reconhecida a presença dos pressupostos exigíveis para a aplicação do redutor.

Nas palavras de Paulo ROBERTO GALVÃO DE CARVALHO E ANDREY BORGES DE MENDONÇA⁹⁰:

A grande questão é sobre o quantum a diminuir, dentro do parâmetro fixado pelo legislador (1/6 a 2/3). Como já dissemos, para obter a causa de diminuição de pena, os requisitos devem estar todos preenchidos cumulativamente. Ou se preenchem todos os requisitos ou não se preenche nenhum. Ou o sujeito é primário ou não é, ou tem bons antecedentes ou não tem, ou participa de atividades criminosas ou não participa, ou integra organização criminosa ou não integra. Não há meio termo.

Assim, como não é possível fazermos gradações utilizando

⁸⁹ HABEAS CORPUS Nº 225.530 - RJ (2011/0277679-7), Rel. Min. Jorge Mussi.

⁹⁰ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de drogas**. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo, p.114.

os elementos indicados pelo próprio legislador, pois tais conceitos não admitem meio termo, entendemos que o intérprete deve se valer de outros elementos do caso concreto para avaliar o quantum da causa de diminuição. Do contrário, sempre que tivesse direito ao benefício, a causa de diminuição seria inexoravelmente aplicada no máximo (2/3). Assim, entendemos que o magistrado deverá analisar o quanto diminuir à luz dos elementos do art.42, notadamente a natureza e a quantidade de droga.

É conveniente dizer que pode ocorrer análise diferenciada quanto ao grau de extensão da mercê legal, entre fatos assemelhados - mas não iguais - uma vez que se pode e deve valorizar a quantidade da droga como um dos fatores determinantes de maior ou menor merecimento. Deve-se levar em conta, também, a lesividade da droga, pois inegável que existe diferenciação entre os mais diversos estupefacientes, com consequências diversas para seus usuários.

É o que se observa da jurisprudência:

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUITA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS.

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APREENSÃO DE 14 PEDRAS DE CRACK. DROGA DE ALTO PODER ALUCINÓGENO, VICIANTE E DE EXTREMA PERNICIOSIDADE AO MEIO SOCIAL. REDUÇÃO DA PENA, DE OFÍCIO, EM UM TERÇO.

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO DECLARADA INCIDENTALMENTE INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFEITO ERGA OMNES CONFERIDO PELA

RESOLUÇÃO N. 5/2012 DO SENADO FEDERAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO TRECHO PROIBITIVO INSERTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDOS. CONVERSÃO INVIÁVEL. RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO (VEÍCULO). AUSÊNCIA DE PROVA DA SUA ALTERAÇÃO PARA O TRANSPORTE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE OU DE QUE O AUTOMOTOR FOI ADQUIRIDO COM O PRODUTO DO CRIME. VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. PROTEÇÃO DO TERCEIRO DE BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO DEVIDA.

RECURSO DESPROVIDO, MAS SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA DE OFÍCIO. (Apelação Criminal número 2012.074629-9, da comarca de Rio do Sul, Rel. Des. Rodrigo Collaço, TJSC).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO A REDUÇÃO DA PENA NO PATAMAR MÁXIMO PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06, A FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO E A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE DROGA. APREENSÃO DE 48 GRAMAS DE MACONHA. SUBSTÂNCIA DE MENOR LESIVIDADE E PERNICIOSIDADE. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REDUÇÃO DA PENA NO MÁXIMO PERMITIDO. POSSIBILIDADE.

PERDIMENTO DO VALOR APREENDIDO. PRETENDIDA DEVOLUÇÃO. LIGAÇÃO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA DEMONSTRADA E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA. PLEITO INVIÁVEL.

RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. (Apelação Criminal n. 2012.062254-2, da comarca de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Newton Varella Júnior, TJSC).

A duplicidade dos fatores é importante, como o é a observação de sua especificidade, da possibilidade que tenha um e outro, para influir na quantificação do benefício.

3.5. A IMPORTÂNCIA DO MANEJO DOS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA FIXAÇÃO DE PENA JUSTA

É possível afirmar, sem receio, que os fundamentos do princípio da proporcionalidade estão arraigados por todo o direito penal.

Quando se prevê para um crime um mínimo e um máximo de pena, considera-se que as pessoas são diferentes, seu envolvimento no crime pode ser diferente, e há que se respeitar essas diferenças, estabelecendo proporcionalidade entre a punição possível e a efetivamente aplicada.

Expressão legítima de tal situação é a modificação introduzida pela Lei nº 11.343/2006, ao prever a possibilidade de mitigar, tímida ou expressivamente, as penas previstas a quem incorreu na censura do tráfico ilícito de entorpecentes.

Buscou-se a diferenciação entre os mais diversos agentes da narcotraficância; teve-se o propósito de se estabelecer uma distinção entre os grandes chefes, os subchefes, os gerentes, os operários e aqueles que eventualmente incorreram na censura do crime; procurou-se dar uma nova oportunidade a quem é calouro na atividade, nela dá seus primeiros passos, mas não está comprometido.

É inegável que se pretendeu privilegiar a possibilidade de recuperação e reinserção do envolvido no meio social, dando-lhe uma nova oportunidade.

Tratar-se desigualmente os desiguais, é adotar-se o princípio da proporcionalidade em sua essência.

Isso também será determinante, na fase subsequente,

para determinar o regime de cumprimento de pena a ser fixado⁹¹, e bem assim, a possibilidade, ou não, de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos⁹². Tudo decorrerá da ponderação entre a punição justa a ser estabelecida, os seus efeitos na sociedade, como a possibilidade mais ampla de recuperação do infrator, mediante a utilização do princípio da proporcionalidade.

Competirá ao julgador, quando das ponderações relativas à fixação do redutor - coerente com a busca da imposição da penalidade mais apropriada a cada caso e a cada agente - sopesar os benefícios que advirão à sociedade com a punição e mesmo com a possibilidade mais imediata de recuperação do agente. Isso poderá implicar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, utilizando-se sempre dos fundamentos do princípio da proporcionalidade na busca de fixação de pena justa.

O que é fundamental, e nunca será demasiado repetir, é que ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, em conjunto com o art. 42 da Lei Antitóxicos - como ao avaliar como se dará a redução do § 4º do já mencionado art. 33 da mesma Lei - deva o Juiz observar estritamente a coerência entre as circunstâncias valorativas, pois assim agindo estará se aproximando o mais possível do real sentido do Justo.

⁹¹ O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC n. 111.840/ES, tendo como relator o Min. Dias Toffoli entendeu, por maioria de votos (8 a 3), em declarar *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º da Lei 8.072/90, em face de seu conflito com o princípio constitucional da individualização da pena.

⁹² Resolução nº 05/2012 do Senado Federal, suspendeu a eficácia da proibição de substituição de penas privativas de liberdade irrogadas pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, contida no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, atendendo a decisões do STF, como o julgamento paradigmático da lavra do Min. Carlos Ayres Brito, no HC nº 97.256/RS, Julgado em 01/09/2010, em seu Tribunal Pleno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discutiu-se no presente trabalho se o tratamento penal dispensado ao pequeno traficante - ou indivíduo iniciante na atividade - tendo em vista a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade pelo julgador, deve ser mais brando ou não.

Traçou-se, rapidamente, uma linha do tempo retratando a evolução da legislação brasileira no que diz respeito às drogas, assim como se teve o propósito de efetuar uma análise sobre a evolução do pensamento jurídico acerca do tema.

As formas de identificação das condutas que caracterizam o tráfico ilícito de drogas, o tratamento punitivo dispensado aos traficantes, a equiparação ao crime hediondo, o regime inicial de cumprimento de pena aos condenados por tráfico e a polêmica sobre a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos foram objeto de abordagem no capítulo inicial.

Seguiu-se analisando os princípios constitucionais que regem o Direito Penal e Processual Penal pátrio, dando maior enfoque aos seus efeitos na análise dos casos envolvendo a Lei 11.343/06. Através desses princípios pavimentou-se o caminho para o capítulo final deste trabalho.

O Princípio Constitucional da Proporcionalidade, tratado com especial ênfase, projeta uma luz sobre a análise dos requisitos exigíveis para o reconhecimento da aplicabilidade do redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas - a primariedade penal, bons antecedentes, dedicação às atividades criminosas e a participação em organização criminosa. Essas duas últimas revestidas de

caráter subjetivo, o que torna a sua apreciação mais difícil e é fator gerador de jurisprudência conflitante.

Por fim, demonstraram-se quais são os critérios orientadores da aplicação de maior ou menor fração na mitigação da pena e a importância do manejo dos fundamentos do princípio da proporcionalidade para a fixação de pena justa.

A política de combate ao narcotráfico, não pode e não deve determinar o tratamento igualitário aos agentes nele envolvidos. A máxima de Ulpiano, “dar a cada um o que é seu”, passa a ter aplicação no direito penal, na medida em que se deva determinar a punição (e eventuais benefícios) aos agentes, de acordo com o grau de suas responsabilidades, por isso, confirmar a hipótese central do trabalho, no sentido de que o princípio constitucional da proporcionalidade deve ser aplicado à repressão do tráfico ilícito de drogas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 606 p.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, vol. 1. 466 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2. 620 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo: José Butshatsky, 1978. 319 p.

BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas**. Comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. 248 p.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A organização criminosa e a lei de lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-25/direito-defesa-organizacao-criminosa-lei-lavagem-dinheiro>. Acesso em 07/06/2013.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 07.12.40. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 945 p.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em Consultado em 24/04/2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei n. 3.689, de 03.10.41. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 968 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 364 p.

BRASIL. **Lei 11.343/2006**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 22/04/2013.

BRASIL. Senado Federal. **Resolução nº 5/2012**, disponível em <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm.
Acesso em 26/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 444**. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=682&tmp.texto=97101&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=s%FAmula%20444, acesso em 05/05/2013.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 124 p.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 146 p.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de Drogas**. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. 351 p.

COLZANI, Valdir Francisco. **Guia para redação do trabalho científico**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2002. 203 p.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988. 533 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Volume V. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 582 p.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 272 p.

GOMES, Luiz Flávio et AL. Luiz Flávio Gomes coordenação. **Lei de drogas comentada artigo por artigo**. 2 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 381p.

GRECO FILHO, Vincente. **Tóxicos – prevenção – repressão**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 510 p.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989. 202 p.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada**. Crimes e regime processual penal. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011. 346 p.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 155 p.

LEAL, João José. LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas**. Estudo

- dos crimes descritos na lei 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010. 432 p.
- LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. 494 p.
- LIMA, Paulo C. A. **Repressão aos tóxicos**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1977. 209 p.
- MARCÃO, Renato. Tóxicos. **Lei de drogas anotada e interpretada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 524 p.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito processual penal**. 1. ed. 2. tir. Campinas: Bookseller, 1998, vol. 1. 411 p.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, vol. 4. 532 p.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1. 395 p.
- MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão Provisória**: medida de exceção no direito criminal brasileiro. 1. ed (ano 2004), 4 reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008. 188 p.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, t. 1. 435 p.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais e a constituição de 1988**. Os 10 anos da Constituição Federal. Alexandre de Moraes (Coord.). São Paulo: Atlas; 1999. p. 65-81.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 279 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 397 p.
- PARDO, Davi Wilson de Abreu. **Interpretação tópica e sistemática da constituição**. A constituição no mundo globalizado. Silvio Dobrowolski (Org.). Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 47-77.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 6. Ed. Florianópolis: OAB/Editora, 2002. 206 p.
- PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. 207 p.
- RAIMUNDO, José Guilherme. **Tóxicos e Psicoses**. 2. ed. São Paulo: Livraria

e Editora Universitária de Direito Ltda., 1998. 265 p.

REGHELIN, Elisângela Melo. **Redução de danos**. Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 182 p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. 124 p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para um processo penal democrático**: crítica a metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. 113 p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal eficiente e ética da vingança**: em busca de uma criminologia de não-violência. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. 164 p.

SALDANHA, Nelson. **Estado de direito, liberdades e garantias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. 147 p.

SANTOS, Adriando Alves. Lei de drogas: evolução histórica e legislativa no Brasil. **JurisWay**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4818. Acesso em 04/02/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. 501 p.

VIEIRA, João. **O Magistrado e a lei antitóxicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 326p.

WIKIPEDIA. **Prova diabólica**. Disponível em http://it.wikipedia.org/wiki/Probatio_diabolica. Acesso em 04/05/2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. 227 p.

REFERÊNCIAS DAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS

TJSC. Apelação Criminal nº 2012.016110-9, da comarca de Turvo (Vara Única), Rel. Des. Jorge Schaefer Martins). Disponível em <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000LE470000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4712418&pdf=true>, acesso em 05/05/2013.

TJSC. Apelação Criminal n. 2011.022637-8, da comarca de Itajaí, Rel. Des. Salete Silva Sommariva). Disponível em <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000IHT20000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3949039&pdf=true>, acesso em 05/05/2013.

TJSC. Apelação Criminal n. 2012.074629-9, da comarca de Rio do Sul, Rel. Des. Rodrigo Collaço, TJSC.

TJSC. Recurso Criminal 98.014809-0. Disponível <tj.sc.gov.br> Acesso em 7 de junho de 2.003.

TJSC. Apelação Criminal n. 2012.062254-2, da comarca de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Newton Varella Júnior, TJSC.

STF. Habeas Corpus n. 111.840/ES, disponível <stf.jus.br> Informativo STF n. 670, acesso em 26 de fevereiro de 2013.

STF. Habeas Corpus n. 97.256/RS. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 01-9-2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/urisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2897256%2EENUME%2E+OU+97256%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.Acesso> em 26 de abril de 2013.

STJ. HABEAS CORPUS Nº 225.530 - RJ (2011/0277679-7), Rel. Min. Jorge Mussi, STJ). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102776797&dt_publicacao=10/10/2012. Acesso em 05/05/2013.