

APROVADA POR UNANIMIDADE

Regime prisional fechado no delito de tráfico de entorpecentes.

Fábio Soares Valera.

Promotor de Justiça. Comarca de Araxá.

Em sede do julgamento do habeas corpus n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seis votos contra quatro, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade parcial dos arts. 33, § 4º e 44 da Lei 11.343/06, expungindo dos respectivos textos normativos a expressão “**vedada a conversão em penas restritivas de direitos**”.

Doravante, como sucedâneo do aresto suso referido, editou o Senado Federal a Resolução n. 05/2012, publicada em 15 de fevereiro de 2012, positivando seu art. 1º, verbis: **É suspensa a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF nos autos do habeas corpus n. 97.256/RS.**

Urge, pois, valorar, a partir da hermenêutica dos mandamentos normativos constitucionais e infra constitucionais vigentes, se a pena privativa de liberdade prevista no preceito sancionatório do delito de tráfico de entorpecentes, ora positivado no art. 33 da Lei 11.343/06, poderá ser substituída por penas restritivas de direitos, observados os lindes normatizados no art. 44 do Código Penal.

De lege lata, a substituição da reprimenda corporal (penas de reclusão e detenção), não é cabível em qualquer espécie de crime. Com efeito, o art. 44 do CP traz vedações à substituição em diversas hipóteses que elenca.

Destarte, o instituto da substituição da pena não deriva, diretamente, do direito constitucional à individualização (art. 5º, XLVI, da CF) da pena.

Vale dizer, somente nas situações específicas previstas na lei – art. 44 do CP – será possível a substituição da pena corporal, a menos que consideremos inconstitucional gizado art. 44.

Neste viés, o art. 5º, XLVI, da CF, confere ampla margem de atuação ao legislador penal infraconstitucional, determinando que a lei estabeleça as normas a serem seguidas pelo juiz na individualização da pena em cada caso concreto.

Por corolário, a vedação à conversão da pena corporal em penas restritivas de direitos no delito de tráfico não alveja o postulado constitucional da individualização da pena. Trata-se, ao revés, de legítima opção legislativa de política criminal, que escapa a reprovação e prevenção do delito de tráfico, em cumprimento ao positivado no art. 59 do Código Penal.

Como lecionou GUILHERME NUCCI (“Individualização da Pena”. 2ª Ed. São Paulo, Editora RT, 2007, p. 38): “ **ao elaborar tipos penais incriminadores, deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais. Não teria sentido, a título de exemplo, prever pena de multa a um homicídio doloso, como também não se vê como razoável a aplicação de pena privativa de liberdade elevada a quem, com a utilização de aparelho sonoro em elevado volume, perturba o sossego de seu vizinho**”.

Neste aspecto da cominação penal a liberdade do legislador infra constitucional é ampla, sendo coartada apenas pelo princípio da proporcionalidade, bem como pelas vedações expressas constitucionais – art. 5º, XLVII, da CF. O próprio conteúdo normativo do art. 44 do CP é apanágio normativo desta liberdade do legislador ordinário.

Nesta ordem de idéias, a CF trata os delitos hediondos e assemelhados como mais gravosos à sociedade, estatuinto no art. 5º, XLIII, **restrições mínimas** à sua conformação jurídica, nada obstando, pois, que o legislador ordinário acresça restrições a tais ilícitos, como fez o legislador da Lei 11.343, assim como o legislador da Lei 8.072/90, inclusive com as alterações promovidas pela Lei 11.464/07.

Dessarte, a vedação da substituição penal, in caso, não alveja o princípio da individualização da pena.

Inadmissível, ademais, a subrogação da pena corporal em penas restritivas de direitos no delito de tráfico, ainda que aplicada a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343. Tal constatação decorre de aplicar-se ao delito de tráfico a lei específica dos crimes hediondos – Lei 8.072/90 c/c a Lei 11.464/07 – por injunção do positivado em norma magna, art. 5º, XLIII, da CF, que equipara o tráfico aos delitos hediondos.

Repise-se que o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, impõe o regime inicial fechado para a expiação penal nos delitos elencados em seu art. 2º, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes.

Epigrafado diploma, como gizado, é específico, arredando a incidência da regra genérica retratada no art. 44 do CP.

Frise-se que o § 4º do art. 33 da Lei 11.343 erige simples causa de diminuição de pena, que não se apresenta como delito autônomo e, portanto, somente pode ser aplicado a partir da prática de uma das condutas descritas no caput do art. 33, e, portanto, sua aplicação a ele está atrelada.

Ademais, a causa de diminuição de pena leva em conta, para sua aplicação, as condições pessoais do agente, não influenciando na caracterização tipológica ou na natureza do crime descrito no caput do art. 33 da lei de tóxicos. Destarte, mantém-se hígida a aplicação da Lei especial – Lei 8.072/90.

Neste contexto, a atenuação da pena permitida pelo § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, atinge tão somente a quantificação da reprimenda penal, não atingido a qualificação ou a natureza do delito, não afastando o caráter hediondo da ação

criminosa que exsurge da própria norma constitucional por equiparação – art. 5º, XLIII, da CF.

Sobre o específico tema também já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PENA DE UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO - TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO - DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE - RAZOABILIDADE - REGIME INICIAL FECHADO - LEI Nº 8.072 /90 - AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA - 1- A pena imposta ao paciente é de 1 ano e 8 meses de reclusão, transitada em julgado para a acusação. É razoável conceder ao paciente o direito de aguardar em liberdade ao julgamento dos seus recursos pelo Tribunal local, sob pena de lhe ser imposto, indiretamente, o regime integralmente fechado de cumprimento da pena. 2- O regime inicial fechado é imposto por Lei nos casos de crimes hediondos, não dependendo da pena aplicada. Assim, não há qualquer ilegalidade na fixação de referido regime, já que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas. 3- Ordem parcialmente concedida. (STF - HC 91.360-1 - Rel. Min. Joaquim Barbosa - DJe 20.06.2008 - p. 109)

Outro não tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o específico tema em recentes julgamentos:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. HIPÓTESE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS. I - O crime de tráfico de drogas cuja tipificação se encontra no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 é, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), considerado figura equiparada aos crimes hediondos assim definidos em lei (Lei nº 8.072/90), sujeitando-se, por conseguinte, ao tratamento dispensado a tais crimes. II - A pretendida descaracterização do tráfico de drogas como crime equiparado aos hediondos quando incidente a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não se justifica. III - O art. 2º, caput, da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o anteriormente citado dispositivo constitucional, equipara aos crimes hediondos o "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", sem qualquer ressalva aos casos em que a pena imposta é reduzida de 1/6 a 2/3 em

razão de o agente ser primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedicar nem integrar organização criminosa (STF: decisão liminar no HC 102.881/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 11/03/2010). IV - A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas. V - Acrescente-se, também, que a vedação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida no próprio § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, serve para demonstrar que a autorização para a redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime. V - Frise-se, ainda, que nem mesmo o pretendido paralelo traçado em relação ao homicídio privilegiado se mostra pertinente, porquanto ao contrário do que ocorre em relação ao crime contra a vida, no impropriamente denominado "tráfico privilegiado", as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar. VI - Enfim, a aplicação do causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas. VII - "Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas." (HC 143361/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010). VIII - Sendo assim, na hipótese dos autos de toda descabida se mostra a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação do regime inicial aberto ex via arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/2006 e art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Habeas corpus denegado. (STJ - HC 149.942-MG - 5ª T. - Rel. Min. Felix Fischer - DJe 03.05.2010).

De outro lado, conquanto a recente decisão partida do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 97.256-RS, no prólogo citada, tenha arrostado a vedação à conversão da pena corporal em restritiva de direitos, declarando

sua inconstitucionalidade incidental, tal parece-me irrelevante para a fixação do regime prisional.

Tal conclusão decorre do estatuído no § 1º ao art. 2º da Lei Federal 8.072/90, com a redação imposta pela Lei Federal 11.464/07, que impõe o regime inicial fechado para o cumprimento da pena aos condenados por crimes hediondos e a eles equiparados, não autorizando a conclusão de que pudesse o Juízo impor substituição da pena ou o sursis.

Referida Lei 8.072/90 busca sua fonte de legitimidade no comando constitucional insculpido no art. 5º, XLIII, que impõe tratamento penal mais rigoroso aos delitos hediondos e assemelhados, estatuinto restrições apenas mínimas a tais delitos.

Assim, a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF, acima citada, revela-se irrelevante para a fixação do regime prisional no delito de tráfico, que será, de lege lata, o fechado, nos termos da Lei 8.072/90 – lei específica, como corolário do positivado no art. 5º, XLIII, da CF, que equipara o delito de tráfico aos hediondos.

Logo, por injunção do princípio da especialidade, decorrente da aplicação da Lei 8.072/90 ao delito de tráfico, resta proscrita a aplicação das regras genéricas estatuídas nos arts. 33, § 2º, 44 e 77, todos do CP.

Conclusões:

- 1) Não ofende o postulado constitucional da individualização da pena a proibição da conversão da pena corporal em restritiva de direitos no delito de tráfico, tampouco a fixação do regime inicial fechado para o seu cumprimento.
- 2) A aplicação do regime inicial fechado para expiação penal em condenação pela prática do delito de tráfico decorre da Lei 8.072/90 c/c a Lei 11.464/07, ambas legitimadas pelo art. 5º, XLIII da CF, que preconiza tratamento mais rigoroso aos delitos hediondos e assemelhados.
- 3) O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 cria simples causa de diminuição de pena e não delito autônomo, vinculando-se ao caput do art. 33.
- 4) A declaração incidental de inconstitucionalidade exarada pelo STF, suprimindo do art. 44 e do art. 33, § 4º da Lei 11.343 a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, revela-se irrelevante para a fixação do regime prisional no delito

de tráfico, pois nos termos do § 1º, art. 2º, da Lei 8.072/90, para os crimes hediondos e assemelhados tal será o fechado.

5) Por injunção do princípio da especialidade – Lei 8.072/90 – e determinação constitucional – art. 5º, XLIII, restam inaplicáveis os dispositivos previstos nos arts. 33, § 2º, 44 e 77, todos do CP, ao delito de tráfico.