

ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS ATUAIS DA LEI Nº 11.343/06

ACTUAL JURISPRUDENTIAL ASPECTS OF LAW Nº 11.343/06

PEDRO HENRIQUE RODRIGUES ALVIM

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
pedrohalvim@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar as disposições da Lei nº 11.343/06 à luz da jurisprudência mais atualizada acerca de cada ponto controvertido do ato normativo. O estudo parte da análise da legislação e posterior jurisprudência, e delinea, em cada um dos tópicos, tema específico da legislação, com os desdobramentos jurisprudenciais de vários Tribunais do país. Sua abordagem doutrinária, até por delimitação do objeto, somente ocorrerá em relação às considerações gerais da Lei nº 11.343/06 e em pontos específicos que possam gerar dúvidas, de modo bastante conciso.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 11.343/06 – tráfico de drogas – alterações jurisprudenciais.

ABSTRACT: This study aims to examine the provisions of Law nº 11.343/06 in the light of more updated about each disputed point of law normative act. The study starts from an analysis methodology and subsequent case law that embrace or question, develops into topics that are outlined on each one, specific subject of legislation, jurisprudential developments of the various courts of the country. His doctrinal approach, even for delimitation of the object, only occur in relation to general considerations of Law No. 11.343/06, and in addition, at specific points that may raise doubts, and very concise.

KEYWORDS: Law nº 11.343/06 – drug trafficking – jurisprudential changes.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações gerais a respeito da Lei nº 11.343/06. 3. Inconstitucionalidade da previsão contida no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90. 4. Tráfico privilegiado é crime hediondo? 5. Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 6. Incompatibilidade entre os artigos 33, §4º, e 35, da Lei nº 11.343/06. 7. Continuidade normativo-típica da conduta prevista no artigo 12, §2º, III, da Lei nº 6.368/76. 8. Subsidiariedade do tipo do artigo 37 em relação ao do artigo 35 da Lei nº 11.343/06. 9. Crime do artigo 33 pode absorver o do artigo 34, da Lei nº 11.343/06. 10. Súmula 501, do Superior Tribunal de Justiça. 11. Temática das drogas no Projeto de Novo Código Penal. 12. Conclusão. 13. Referências.

1. Introdução

Tema que não perde a atualidade é o relacionado às drogas. Os profissionais que militam nas áreas da saúde, direito e

segurança pública lidam diuturnamente com questões relacionadas a esse assunto.

Nosso ordenamento jurídico conta com legislação relativamente recente para enfrentar essa temática, a Lei nº 11.343 de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

O objetivo do presente estudo é analisar detalhadamente a contribuição jurisprudencial feita a partir da Lei nº 11.343/06, criando um compilado que auxiliará o profissional militante na área criminal do Direito a lidar com temas relacionados a essa lei.

Contudo, a Lei de Drogas não esgotou a normatização, havendo várias lacunas, além de regras contrárias aos preceitos constitucionais. Parte-se, então, do problema da falta de completude normativa da Lei nº 11.343/06, ou mesmo da inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos.

A metodologia do trabalho que ora se apresenta tem viés descritivo-comparativo-argumentativo, partindo de uma análise da legislação até a posterior jurisprudência. O conteúdo aqui exposto é fruto de longo e vigoroso trabalho de pesquisa e busca de julgados com conteúdo relevante nos sítios dos principais Tribunais do país.

É importante ressaltar que o objetivo da presente pesquisa é oferecer uma coletânea de julgados e entendimentos quanto à Lei de Drogas. Desse modo, até por delimitação do objeto, no presente estudo não serão analisadas as teorias que envolvem os posicionamentos colidentes apontados, mas será demonstrado que há dissídio, seja doutrinário, seja jurisprudencial, a fim de alertar o leitor sobre a multiplicidade de entendimentos emanados de um mesmo diploma normativo.

O estudo iniciará a partir de considerações gerais da atual Lei de Drogas, a Lei nº 11.343/06. Adiante, as análises serão pontuais, de temas controvertidos específicos relacionados aos crimes previstos na Lei de Drogas.

O primeiro desses temas controvertidos diz respeito à antiga previsão legal de que os condenados por crime de tráfico de drogas deveriam cumprir totalmente sua pena em regime fechado. Mesmo após a mudança legislativa que determinou a alteração da redação, tornando obrigatório apenas o cumprimento em regime inicial fechado e possibilitando a progressão de regime, tal ato normativo ainda gera debates doutrinários e jurisprudenciais, havendo, na atualidade, o entendimento de que os condenados por tráfico de drogas podem iniciar o cumprimento de pena em regime diverso do fechado.

O tópico seguinte analisa o debate acerca da hediondez ou não do chamado tráfico de drogas privilegiado. O tema encontra-se longe de estar pacificado, havendo decisões contraditórias entre os diversos órgãos jurisdicionais, inclusive dentro do próprio STJ.

Em seguida, o trabalho aborda a temática relativa à possibilidade, ou não, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em caso de condenação por tráfico de drogas. Esse é um dos pontos menos controvertidos após promulgação de Resolução por parte do Senado Federal.

Analisar-se-á, também, questão ligada ao entendimento jurisprudencial acerca da incompatibilidade entre o chamado tráfico privilegiado e a associação para o tráfico. A jurisprudência entende atualmente que o sujeito não pode ser condenado, ao mesmo tempo, por tráfico privilegiado e associação para o tráfico.

Adiante, será exposto julgado que aborda a continuidade delitiva existente entre a conduta prevista no artigo 12, §2º, III,

da Lei nº 6.368/76, já revogada. Argumenta-se que, mesmo não havendo tipificação idêntica à antiga na atual Lei de Drogas, o fato continua típico.

Outro ponto específico diz respeito à subsidiariedade do tipo do artigo 37, da Lei nº 11.343/06, em relação ao do artigo 35, da mesma lei. Entendem os Tribunais que, se o sujeito está associado para a prática do tráfico de drogas, a colaboração como informante é absorvida pela associação.

Também abordando a absorção de crimes, será mostrado que há entendimento no sentido de que o crime de tráfico de drogas pode absorver o do artigo 34 da Lei nº 11.343/06.

O penúltimo tópico será destinado à recente súmula do Superior Tribunal de Justiça, nº 501, que acabou com celeuma recorrente no âmbito doutrinário e jurisprudencial relacionada à possibilidade ou não de combinação das Leis nº 6.368 e 11.343.

Para concluir, faz-se breve exposição do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que pretende ser o Novo Código Penal. Será abordado sucintamente como a temática relacionada ao uso de drogas está sendo normatizada.

2. Considerações gerais a respeito da Lei nº 11.343/2006

A Lei nº 11.343/2006 surgiu a partir do Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2002. Seu artigo 75 revogou as leis anteriores que tratavam do tema, quais sejam, as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02. Logo, para compreender o que aborda a nova Lei de Drogas, é importante entender as leis anteriores, em seus erros e acertos. Conforme ensina Luís Flávio Gomes,

A Lei que ora se comenta rompe com as anteriores (6.368/76 e 10.409/2002), na medida em que se ocupa, mais deti-

damente, com atividades voltadas à prevenção do uso de drogas (...). Além disso, são apresentadas as atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas [...].

Importante destacar que, diversamente do que ocorria em relação à Lei 10.409/2002, a nova Lei traz uma nítida distinção entre usuário e dependente [...].

Durante a vigência da Lei 10.409/2002 operou-se uma grande confusão entre usuário e dependente. Para se compreender a gravidade do problema, cita-se o tratamento compulsório, destinado seja para usuários, seja para dependentes. Estudos demonstram que a maioria das pessoas que experimentaram ou que fazem uso eventual de droga não se torna necessariamente dependentes (GOMES, 2007, p. 24).

A Lei nº 6.368/76, primeiro ato que abordou o tema, era dividida em cinco capítulos: da prevenção, do tratamento e da recuperação, dos crimes e das penas, do procedimento criminal e das disposições gerais. Assim, ela informava em seu artigo 1º: “*É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito ou uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*”. (BRASIL, 1976, *itálico nosso*).

Isaac Sabbá Guimarães (2004, p. 23), ao comentar a antiga lei, afirmava que ela trazia normas de compromisso que envolviam as pessoas físicas e jurídicas, estabelecendo normas compromissórias entre todos, que se tornam responsáveis pelas ações de prevenção.

A Lei nº 10.409/02 manteve, em seu artigo 2º, o dever de que todas as pessoas colaborassem para a prevenção e repressão:

É dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras com domicílio ou sede no País, colaborar

na prevenção da produção, do tráfico ou uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica (BRASIL, 2002).

Após sua leitura, é possível inferir que a lei de 2006, objeto do presente estudo, traz nova abordagem a respeito da prevenção ao uso de drogas, sobremaneira com a criação do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), mudando o eixo preventivo – que é, inclusive reforçado – para o poder público.

A mudança trazida com a nova Lei já era, antes dela, abordada pela doutrina, ao comentar, à época, a ainda vigente Lei 10.409:

A lei tem como *thelos* a conscientização de todos os cidadãos sobre a importância da política criminal de prevenção da produção, do tráfico e do uso indevido de substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, impondo às pessoas físicas ou jurídicas o dever de colaboração. *No entanto, esta regra de dever-ser, observada à luz da teoria geral do direito, vai padecer de eficácia, tal como já se constatava na vigência da Lei 6.368/76 (art. 1º).* É que, quanto às pessoas físicas, a lei não exerce a coercibilidade, deixando de impor qualquer sanção pela falta de colaboração. Por outras palavras, o cidadão deve colaborar, livre e voluntariamente.

Já as pessoas jurídicas poderão submeter-se a sanções de caráter administrativo (corte de auxílios e de subvenções oficiais que estejam recebendo, bem como de autorização para funcionamento) quando, injustificadamente, negarem-se a colaborar com os preceitos da lei (GUIMARÃES, 2004, p. 131-132, grifo nosso).

A política de combate às drogas, antes da Lei nº 11.343, estava fadada ao fracasso, uma vez que a Lei nº 6.368 era muito antiga e defasada em vários aspectos.

A lei de 2002, que poderia servir para atualizar o âmbito normativo quanto ao tema, já nasceu condenada ao insucesso, devido ao longo período de tramitação – mais de 11 anos –, além de ter sofrido vários vetos em sua redação inicial pela Presidência da República, o que a tornou um texto confuso e impreciso, conforme ressaltado por Flávio Cardinelli Oliveira Garcia (2004).

Comparando as leis de 1976 e de 2002, ensina Luís Flávio Gomes:

Continha o projeto aprovado [que culminou na Lei nº 10409/2002] boas novidades como o reconhecimento do princípio da progressão de regime, a distinção entre traficante e usuário de drogas, etc. De todas, destaque especial merece a pretensão de acabar definitivamente com a pena de prisão para o usuário de drogas. O Presidente da República, no entanto, diante de tantas incorreções e absurdos técnicos acabou vetando cerca de 30% do projeto e mantendo em vigor grande parte da antiga Lei 6.368/76.

Conclusão: tudo da lei precedente que não foi revogado pela posterior continuou vigente. Com isso, passou a legislação brasileira sobre drogas a ser o resultado de uma justaposição entre a Lei anterior (6.368/76) e a Lei posterior (10.409/2002). E aqui estava o problema: criou-se uma verdadeira colcha de retalhos, que significava obviamente mais insegurança para o cidadão. (GOMES, 2007, p. 117).

Dentre algumas alterações trazidas pela Lei nº 11.343, podemos abordar a mudança do termo *substâncias entorpecentes* por *drogas*. Luciana Andrade Maia (2006) afirma que:

o legislador adequou o texto normativo à tendência mundial, que utiliza tal palavra como um mal a ser combatido. Por “drogas” deve-se entender como a substância contida na portaria do Ministério da Saúde, que traz um rol de substâncias nocivas ao ser humano e, por isso, proibidas. Havendo a retirada de uma substância desse diploma normativo ocorre a *abolitio criminis* (abolição do crime).

Ainda sobre essa mudança, ensina Luís Flávio Gomes:

Drogas, de acordo com o conceito legal, são substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e que estejam especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas, de forma periódica, pelo Poder Executivo da União (parágrafo único do art. 1º). Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco.[...]

Assim, mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (art. 28). Estamos diante da denominada lei penal em branco [...] (GOMES, 2007, p. 26).

E, continua o autor, ao abordar a política criminal de drogas que inspirou a Lei nº 11.343:

Na década de 90 ficou bem acentuada a prevalência de dois diversos discursos acerca dos rumos a serem dados para a questão das drogas no Brasil. Um deles apregoava que a redução da oferta e da demanda poderia e deveria ocorrer por meio da intervenção penal. Visava a total abstinência, ou seja, um mundo sem drogas. *War on drugs* era a visão preponderante.

O outro, diversamente, tratava do tema a partir de uma linha prevencionista, voltada para atividades relativas à redução de danos. Apareceram preocupações com moderação e controle do abuso. Buscava um distanciamento de respostas meramente repressivas, principalmente em razão da estigmatização do usuário ou do dependente decorrente da sua passagem pelo sistema penal.

A nova Lei, nitidamente, abarca as duas tendências. A proibicionista dirige-se contra a produção não autorizada e o

tráfico ilícito de drogas, enquanto que a prevencionista é aplicada para o usuário e para o dependente [...].

Trata-se, portanto, de uma importante mudança ideológica [...] (GOMES, 2007, p. 27).

Outra alteração trazida pela Lei nº 11.343 foi a nítida mudança no tratamento do usuário de drogas. Tradicionalmente, nosso ordenamento jurídico tratou superficialmente o usuário como criminoso, sem se atentar para as peculiaridades de cada caso concreto. Pela lei de 1976, o usuário era punido com detenção de 06 meses a 02 anos, além de multa. Isso não foi substancialmente alterado pela lei de 2002.

Com a Lei de 2006, extinguiu-se a possibilidade de se prender o usuário, sequer quando estiver em flagrante. O sujeito é encaminhado à Delegacia, ou aos Juizados Especiais Criminais, onde será feito termo circunstanciado. Isso já era cogitado quando da Lei de 2002, mas foi vetado à época (GOMES, 2007, p. 115-117).

Sendo assim, para que possamos adentrar com minúcias para o campo prático, núcleo do presente estudo, mister entender os aspectos centrais da Lei nº 11.343/06, como a impossibilidade, prevista no art. 44, de se converter a pena de prisão em restritiva de direitos. Isso será detalhado adiante, assim como a previsão contida no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, que determina que o regime inicial de cumprimento da pena seja o fechado.

Outro aspecto, e que já teve precocemente sua inconstitucionalidade declarada de forma difusa, foi a impossibilidade, prevista no artigo 44, de se conceder liberdade provisória aos crimes previstos nos artigos 33, caput e §1º, 34 a 37 da

lei¹. Por delimitação do objeto de estudo, não abordaremos mais detidamente este ponto, por entendermos que essa ce-leuma doutrinária e jurisprudencial não é tão atual quanto os outros temas que serão abordados.

Devido à grandeza do tema, que envolve disposições conti-das em outros dispositivos legais, é dedicado, na sequência, tópico específico para melhor digressão a respeito do regi-me inicial de cumprimento da pena no caso de condenação por crime de tráfico de drogas.

3. Inconstitucionalidade da previsão contida no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90

A Lei nº 8.072/90 dispõe sobre os crimes hediondos. Com o objetivo de melhor compreender seu significado, ensina Alberto Silva Franco (2006):

O crime hediondo está inserido como uma das obrigações constitucionais de criminalização (inc. XLIII do art. 5º da CF). Crime com tal denominação jurídica não tem antece-dente no Direito Penal brasileiro, nem origem em Direito Penal alienígena. Além disso, a expressão *crime hediondo* é totalmente estranha ao discurso criminológico. Cuida-se, portanto, de nomenclatura penal sem passado, não demar-cada com precisão pelo legislador constituinte e carente de explicitação, nos seus elementos de composição, por par-

1 Vide, por exemplo, HC 104339: Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (HC 104339, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012). Cabe mencionar que a posição não é pacífica sequer dentro do próprio STF, uma vez que, por exemplo, no caso deste julgado, o Ministro Luis Fux votou pela constitucionalidade do artigo 44, da Lei nº 11.343.

te do legislador infraconstitucional. Por que um crime se torna hediondo? Essa é a indagação fulcral que demanda resposta. Não basta recorrer aos dicionários da língua portuguesa para desvendar a área de significado do conceito de hediondez. Definir a partir daí o que seja crime hediondo é um mero exercício de tautologia. Não é essa a missão do legislador penal; ela é bem outra. Sua obrigação, diante de bem jurídico necessitado de tutela penal, consiste em descrever as ações mais significativas que possam ofendê-lo, cominando sanções punitivas a quem as infringir.

(...)

Ora, no tema em tela, o legislador penal não abriu rumo na direção da noção de crime hediondo porque não chegou a ter sobre ele uma só palavra pensada. E não lhe faltavam dados para construir esse conceito (gravidade objetiva do fato, meios e modos de execução, finalidade iluminadora da ação, o *animus lucri faciendi*, etc.) , nem para fixar a espécie e a quantidade da pena cominada. Em lugar de preencher os elementos de formatação da nova categoria penal, o legislador preferiu utilizar-se de um mecanismo seletivo de todo inapropriado: a etiqueta pregada em tipos já existentes ou posteriormente reformulados no ordenamento penal. (FRANCO, 2006).

Criticando, no ano de 2006, a forma como foi feita a delimitação de crimes hediondos, continua o ilustre Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

A Lei nº 8.072/90, com as alterações produzidas pelas Leis nºs 8.930/94 e 9.677/98, representa a consagração do processo de rotulagem seguido pelo legislador penal que dispôs o juiz da verificação da estrutura tipológica e o relegou à tarefa extremamente singela de observar se o delito debitado ao agente faz parte, ou não, do rol legal. A pré-indicação de tipos delitivos, sem a delimitação conceitual da hediondez, provoca um grau de acentuada rigidez no enquadramento fático e faz o juiz envergar uma verdadeira camisa de força (...).

O emprego do processo de colagem de etiquetas, em lugar de um enunciado categórico dos elementos de estrutura típica, provocou além de sérias distorções jurídicas um significativo incremento punitivo em relação à maioria dos tipos catalogados como hediondos ou equiparados a hediondos. Com isso, o sistema de cominação de penas, que provinha do velho Código Penal e retratava a sociedade brasileira de sessenta e cinco anos atrás, entrou em colapso, perdendo sua coerência ideológica e sua lógica interna. A falta de um equilibrado balanceamento na indicação legal dos preceitos sancionatórios dos tipos que receberam o terrível invólucro de crime hediondo ou assemelhado possibilitou punições desproporcionadas, incoerentes, absurdas. A morte cruel de um homem qualquer, sem lenço nem documento, será punida, como homicídio qualificado, com a pena mínima de doze anos de reclusão. Se essa mesma morte ocorrer no contexto de uma extorsão mediante seqüestro, o mínimo passará a ser de vinte e quatro anos de reclusão. Desse modo, a vida de um ser humano que possui patrimônio avultado vale o dobro da vida de uma pessoa simples, sem posses... Já o estupro — ou seja, a violência sexual contra a mulher — está equiparado na quantidade punitiva — seis anos de reclusão, no mínimo — ao atentado violento ao pudor, mesmo que os atos libidinosos sejam inexpressivos, como se as duas infrações penais tivessem igual gravidade objetiva e dimensão social equivalente. Ainda, em igual nível punitivo — dez anos de reclusão, no mínimo — podem ser apenados tanto quem falsifica produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais quanto quem falsifica xampu para caspas, esmalte de unhas, batom ou água sanitária. O peculato, a concussão e a corrupção passiva, crimes graves praticados contra a Administração Pública, são punidos, no mínimo, com dois anos de reclusão, ao passo que a pena mínima, cominada para o tráfico ilícito de drogas, delito equiparado ao crime hediondo, tem seu mínimo legal em três anos de reclusão e nesse limite mínimo incluem-se tanto os traficantes de alta perigosidade como os que trazem consigo drogas para uso próprio; como os pequenos intermediários na compra e venda de tóxicos, os chamados *avieszinbos*; como, até mesmo, as mulheres que transportam

quantidades mínimas de drogas a seus maridos, amantes ou companheiros, presos em estabelecimentos prisionais. E se tudo isso não fosse suficiente para demonstrar a verdadeira barafunda que a legislação sobre crimes hediondos provocou em todo o sistema de punições, a menção ao delito de lesão corporal gravíssima evidencia uma vez mais a ilimitada irresponsabilidade do legislador penal. O autor de lesão corporal idônea a produzir a incapacidade permanente para o trabalho, a perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou ainda deformidade permanente, continua a ser apenado, no mínimo, com dois anos de reclusão, de acordo com o ultrapassado Código Penal brasileiro... (FRANCO, 2006).

Contrapondo-se à visão de Alberto Silva Franco, há os que valorizam o endurecimento penal feito com a Lei dos Crimes Hediondos:

Já nos anos 80 a criminalidade avançava a olhos vistos, com os grandes centros urbanos como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, dentre outros, sendo obrigados a conviver com altos índices de homicídios qualificados, latrocínios, estupro e roubos a banco.

A sociedade brasileira esperava providências importantes no sentido de coibir o crime.

O grande foro de debates à época foi, sem dúvida, a Assembleia Nacional Constituinte que teve a grande oportunidade de dar a resposta que a sociedade brasileira merecia no sentido de endurecer a lei penal e estabelecer políticas criminais adequadas para punir com mais severidade criminosos truculentos que praticassem crimes hediondos e com características de perversidade.

Mas a pretensão da sociedade tornou-se frustrada quando os constituintes disseram “não” à pena de morte e à prisão perpétua, que realmente impediriam o avanço dos crimes de altíssima potencialidade.

O tempo passou, a Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e a criminalidade avançou a níveis assustadores. Nossa Carta Fundamental já está para completar 20 anos e o crime tornou-se uma duríssima realidade.

Aumentaram os homicídios qualificados, estupro, extorções mediante seqüestro, e ainda surgiram “novidades” do final do século, como ações do crime organizado e o domínio dos traficantes de drogas. E nestes quase 20 anos, a sociedade não está tendo a resposta que merece ter por parte do Estado para combater o crime.

Muito pelo contrário: o legislador pátrio admitiu as chamadas penas alternativas, o sursis processual, o livramento condicional, enquanto a sociedade agoniza nas mãos de marginais truculentos, clamando por uma política criminal de “tolerância zero”.

A única lei que ainda mantém o criminoso perigoso cumprindo pena em regime fechado – a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) – desejam alguns reformulá-la ou revogá-la incitando sua inconstitucionalidade, enquanto nossas crianças são retiradas do convívio familiar por sequestradores e a sociedade brasileira continua sendo “refém” de traficantes e do crime organizado (FARABULINI, 2004).

Divergências ideológicas à parte, para o presente estudo importa que a Lei nº 8.072 não aborda em seu artigo 1º que o crime de tráfico de drogas é hediondo; contudo, em seu artigo 2º, o equipara a tal²: “os crimes hediondos, a prática da tortura, o *tráfico ilícito de entorpecentes* e drogas afins e terrorismo são insuscetíveis de:” (BRASIL, 1990, *itálico nosso*), e elenca, na sequência, uma série de regramentos penais e processuais diferenciados para tais crimes.

2 Importante salientar que a equiparação do crime de tráfico aos hediondos não surgiu com a Lei nº 8.072, mas sim com a Constituição Federal de 1988, que dispõe, em seu artigo 5º, inciso XLIII, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (BRASIL, 1988).

Dentre tais regramentos, a redação original, datada de 1990, trazia em seu artigo 2º, §1º, que a pena por crime prevista neste artigo seria cumprida integralmente em regime fechado.

Por delimitação do objeto, não adentraremos na celeuma que envolveu tal norma³. De todo modo, o que nos importa, no presente estudo, é destacar que, no ano de 2007, a Lei nº 11.464 alterou a redação do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, que passou a dispor que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida *inicialmente* em regime fechado”. (BRASIL, 2007, *itálico* nosso).

A mudança legislativa gerou a primeira impressão de fim de toda a discussão doutrinária e jurisprudencial envolvendo a possibilidade de progressão de regime para os condenados por crimes hediondos.

Ora, se anteriormente o condenado tinha que cumprir integralmente sua reprimenda em regime fechado, a partir da lei de 2007 o único requisito seria que o início da execução se desse em regime fechado, podendo ocorrer normalmente a progressão de regime, nos moldes da Lei nº 8.072/90.

3 Em 2006, foi editada a Súmula Vinculante nº 26, que assim dispõe: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. Ela teve como precedente, dentre outros, a seguinte jurisprudência: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

Contudo, tal mudança ficou longe de extirpar dissídios em torno da execução penal. Sobretudo durante o ano de 2012, consolidou-se a jurisprudência do STF e do STJ possibilitando que o condenado por tráfico de drogas tenha como regime inicial de cumprimento de pena o semiaberto.

Vamos aos julgados do STF, divulgados no Informativo 670:

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 1

O Plenário julgou prejudicado habeas corpus, afetado pela 1ª Turma, em que discutida a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Na espécie, os pacientes foram condenados, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes privilegiado, a penas inferiores a oito anos de reclusão. Alegava a defesa que, de acordo com a regra geral prevista no Código Penal, caberia a imposição de regime inicial semiaberto e que, portanto, a norma impugnada atentaria contra o princípio da individualização da pena. Ocorre que os pacientes estariam, atualmente, em livramento condicional, daí a perda superveniente de objeto do presente writ.

HC 101284/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-101284)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 2

Em seguida, o Plenário iniciou julgamento de habeas corpus em que também se debate a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. No caso, o crime de tráfico perpetrado pelo paciente, que resultara em reprimenda inferior a oito anos de reclusão, ocorrera na vigência da Lei 11.464/2007, que instituíra a obrigatoriedade de imposição de regime de pena inicialmente fechado a crimes hediondos e assemelhados. O Min. Dias Toffoli, acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, concedeu a ordem, para alterar o regime inicial de pena para o semiaberto. Incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na parte em que contida a obrigatoriedade de fi-

xação de regime fechado para início de cumprimento de reprimenda aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Inicialmente, o relator destacou que o juízo de piso, em análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, estabelecera a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, no total de seis anos de reclusão e 600 dias-multa. Ademais, fixara regime inicial fechado exclusivamente com fundamento na lei em vigor. Observou que não teriam sido referidos requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, considerado tecnicamente primário. Assim, entendeu desnecessário o revolvimento fático-probatório para concluir-se pela possibilidade da pretendida fixação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 3

Ressaltou que a Corte, ao analisar o HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010), declarara incidenter tantum a inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006, na parte em que vedada a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito de tráfico. Ponderou que a negativa de substituição, naquele caso, calcara-se exclusivamente na proibição legal contida no referido art. 44, sem qualquer menção às condições pessoais do paciente, o que não seria possível. Afirmou que o legislador facultaria a possibilidade de substituição com base em critérios objetivos e subjetivos, e não em função do tipo penal. Ressaltou que se a Constituição quisesse permitir à lei essa proibição com base no crime em abstrato, teria incluído a restrição no tópico inscrito no art. 5º, XLIII, da CF. Desse modo, a convalidação de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração, mas em razão de critérios aferidos concretamente, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo. Sublinhou que, à luz do precedente citado, não se poderia, em idêntica hipótese de tráfico, com pena privativa de liberdade superior a quatro anos — a impedir a possibilidade de

substituição por restritiva de direitos —, sustentar a cogência absoluta de que o cumprimento da reprimenda se desse em regime inicialmente fechado, como preconizado pelo § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Consignou que a Constituição contemplaria as restrições a serem impostas aos incursos em dispositivos da Lei 8.072/90, e dentre elas não se encontraria a obrigatoriedade de imposição de regime extremo para início de cumprimento de pena. Salientou que o art. 5º, XLIII, da CF, afastaria somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 4

Assinalou que, a partir do julgamento do HC 82959/SP (DJe de 1º.9.2006), o STF passara a admitir a possibilidade de progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos, tendo em conta a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Frisou que essa possibilidade viera a ser acolhida, posteriormente, pela Lei 11.464/2007, que modificara a Lei 8.072/90, para permitir a progressão. Contudo, estipulara que a pena exarada pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados seria, necessariamente, cumprida inicialmente em regime fechado. Concluiu que, superado o dispositivo adversado, deveria ser admitido o início de cumprimento de reprimenda em regime diverso do fechado, a condenados que preenchessem os requisitos previstos no art. 33, § 2º, b; e § 3º, do CP.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 5

Os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, em divergência, indeferiram a ordem. O Min. Luiz Fux registrou que a restrição, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, em relação a crimes hediondos, seria opção legislativa. Aludiu que o Judiciário, nesse campo,

deveria ter postura minimalista e respeitar a orientação do legislador ordinário, visto que, no Estado Democrático de Direito, a supremacia seria do parlamento. A primazia judicial, por sua vez, só se instauraria em vácuo legislativo, o que não seria o caso. Apontou que o constituinte originário preocupara-se com os delitos perturbadores da higidez estatal. Por esse motivo, a Constituição estabelecera que a lei consideraria crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tráfico ilícito de entorpecentes. Advertiu acerca da gravidade do tema, razão pela qual o legislador constitucional elegera o tráfico de drogas como delito a merecer especial proteção de lei. Articulou que, se a Constituição não permitiria a liberdade em si, na forma de graça, anistia ou fiança, a lei ordinária poderia atuar na escala de valoração da pena, que também abarcaria seu regime de execução. Assim, a lei discutida não seria inconstitucional, apenas atenderia a mandamento da Constituição no sentido de tratar de modo especial o crime de tráfico. Deduziu que a proibição legal justificar-se-ia em razão da presunção de periculosidade do crime e de seu agente, a merecer maior rigor. Enfatizou que, do contrário, haveria estímulo à conduta.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 6

Discorreu, por outro lado, que a execução penal em regime fechado faria parte do contexto da repressão penal, eleita pelo Estado como eficiente para combater delito que preocupava especialmente o constituinte originário. Ademais, entendimento diverso levaria à conclusão de que o art. 33, § 2º, a, do CP, a exigir o cumprimento de pena superior a oito anos em regime inicialmente fechado, seria também inconstitucional, bem como todas as penas mínimas. Ressurtiu que o tratamento legal dado a essa espécie de crime não objetivaria que o cidadão cumprisse a pena em regime fechado, mas teria por escopo a inibição da prática delitiva. Assim, as penas graves e o regime inicial igualmente severo fariam parte dessa estratégia de prevenção. O Min. Marco

Aurélio acrescentou que assertiva no sentido de que o preceito em voga seria inconstitucional levaria, de igual modo, à conclusão de que a prisão provisória por trinta dias, na hipótese de crimes hediondos, seria incompatível com a Constituição. Da mesma maneira, seria necessário inferir-se quanto aos requisitos para progressão de regime no que concerne aos crimes da Lei 8.072/90. Estatuiu que o princípio da individualização da pena deveria ser contextualizado, e que aquele que cometesse crime de menor gradação não poderia ter o mesmo regime inicial de cumprimento de pena relativo a quem perpetrasse delito de maior gravidade, como os crimes hediondos. Após, deliberou-se suspender o julgamento para aguardar o voto dos demais Ministros.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

O STJ, seguindo o entendimento do STF, também se manifestou, no informativo 507, a respeito do tema:

DIREITO PENAL. REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DE PENA. TRÁFICO DE DROGAS.

É possível a fixação de regime prisional diferente do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas. O STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e por aqueles a eles equiparados, como é o caso do tráfico de drogas. Precedentes citados do STF: HC 111.247-MG, DJe 12/4/2012; HC 111.840-ES, DJe 2/2/2012 ; do STJ: HC 118.776-RS, DJe 23/8/2010, e HC 196.199-RS, DJe 14/4/2011. REsp 1.285.631-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, julgado em 24/10/2012.

Inicialmente, cumpre destacar que o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, de maneira difusa. A respeito do controle difuso de constitucionalidade, ensina Pedro Lenza que:

Como regra geral, os efeitos de qualquer sentença valem somente para as partes que litigaram em juízo, não extrapolando os limites estabelecidos na lide.

No momento em que a sentença declara que a lei é inconstitucional (controle difuso realizado incidentalmente), produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito. Produz, portanto, efeitos retroativos. Assim, no controle difuso, para as partes os efeitos serão: a) inter partes e b) ex tunc. (LENZA, 2012, p. 274).

Logo, a princípio, ainda que o STF tenha se decidido pela inconstitucionalidade do regime inicial fechado de cumprimento pena para os condenados por crime de tráfico de drogas, o ponto prático relevante é que isso não vincula os demais magistrados. Há registros de Comarcas que não têm seguido o posicionamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Vide, nesse sentido, estes Acórdãos provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que reafirmam a não oponibilidade *erga omnes* das decisões do STF, e mantêm as condenações por tráfico com regime inicial fechado:

0447692-05.2012.8.19.0001 - APELACAO

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA PELO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTOPERCENTE (ARTIGOS 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM APLICAÇÃO DO REDUTOR DO §4º DO ARTIGO 33 NO SEU GRAU MÁXIMO (2/3), BEM COMO FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO POR NEGATIVA DE AUTORIA E FRAGILIDADE DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE - ACERVO PROBATÓRIO FARTO E SUFICIENTE A ENSEJAR O DESFECHO CONDENATÓRIO. A JURISPRUDÊNCIA É PACÍFICA

NO SENTIDO DE IMPRIMIR EFICÁCIA PROBATÓRIA AO TESTEMUNHO POLICIAL, SUFICIENTE A ESCORAR, EM LINHA DE PRINCÍPIO, EVENTUAL DECRETO CONDENATÓRIO (TJERJ, SÚMULA 70). OS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO REALIZARAM CAMPANA E AVISTARAM O EXATO MOMENTO EM QUE O APELANTE COMERCIALIZAVA OS ENTORPECENTES, QUE, DIGA-SE DE PASSAGEM, ERAM DIVERSIFICADOS (MACONHA, COCAÍNA E CRACK). ACUSADO QUE NÃO ERA MERECEDOR, SEQUER, DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO, BEM COMO DO REGIME MAIS BRANDO. ENTRETANTO, À MÍNGUA DE RECURSO MINISTERIAL, NO PONTO, NADA HÁ QUE SE FAZER NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.(...) 12 - Por último, no que tange ao regime esta relatoria não desconhece as recentes decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que somente a hediondez do delito não justifica a imposição do regime inicial fechado. *É sabido que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 11.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, entendendo que se deve observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal. Entretanto, data máxima venia, esta relatoria comunga do entendimento de que o crime de tráfico ilícito de drogas permanece assemelhado aos hediondos, merecendo, destarte, um tratamento mais rigoroso e, por expressas disposições legais, deve ser cumprido inicialmente em regime fechado, como bem fixado na sentença, vedando-se qualquer outra modalidade mais branda.* 13 - Todavia, diante da lamentável realidade favorável que se estabeleceu para o apelante, em que foi agraciado com a minorante do artigo 33, §4º e com o regime aberto outra alternativa não me resta senão a de manter a reprimenda, especialmente à vista de ausência de recurso ministerial, no ponto. 14- Desprovidimento do recurso. DES. JOSE MUINOS PINEIRO FILHO - Julgamento: 15/10/2013 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL (Itálico nosso).

0045225-84.2013.8.19.0001

APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE

COMPROVADAS - DEPOIMENTOS POLICIAIS APTOS A ENSEJAR SENTENÇA CONDENATÓRIA - SÚMULA 70 DO TJRJ - CONDENAÇÃO MANTIDA - CORRETA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSSÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. (...) *Regime fechado, nos termos da lei. Declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 2º §1º da lei 8072/90 não tem efeito erga omnes.* Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a uma, porque há expressa vedação legal no artigo 44 da Lei 11343/06 e por não se vislumbrar qualquer inconstitucionalidade na vedação contida nas normas descritas nos artigos 33, § 4º e 44, da Lei 11.343/06. Além disso, a decisão do Supremo Tribunal Federal não tem efeito erga omnes, já que incidental a declaração e a duas, porque não estão presentes os requisitos exigidos pelo artigo 44-CP. DESPROVIMENTO DO APELO. DES. M.SANDRA KAYAT DIREITO - Julgamento: 15/10/2013 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL (Itálico nosso).

Logo, de tudo o que foi exposto neste tópico, é possível concluir que a decisão acerca do regime inicial de cumprimento de pena, no caso de condenação por tráfico de drogas, tem a delimitação legal, que a obriga a ser no regime fechado. Contudo, tal determinação legal está longe de apaziguar o tema, considerando as decisões do STF e do STJ que negam essa obrigatoriedade.

4. Tráfico privilegiado é crime hediondo?

O §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, dispõe que

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

Tal causa de diminuição de pena ficou conhecida como tráfico privilegiado, e seria essa figura, tal como a do *caput* do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, crime equiparado a hediondo?

A jurisprudência do STJ tinha sedimentado o entendimento de que a figura do tráfico privilegiado não seria um tipo penal autônomo. Logo, mesmo que imputada a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, permaneceria o caráter hediondo da conduta. Vejamos alguns julgados provenientes do STJ:

DIREITO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME NO TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). A partir da vigência da Lei 11.464/2007, que modificou o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990, exige-se o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime no caso de condenação por tráfico de drogas, *ainda que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006*. O art. 2º da Lei 8.072/1990 equiparou o delito de tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, dispondo, no § 2º do mesmo artigo, que a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos no *caput*, somente poderá ocorrer após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. *Por sua vez, o tipo penal do tráfico de drogas está capitulado no art. 33 da Lei 11.343/2006, que, em seu § 4º, estabelece que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Constata-se, de plano, da leitura desses dispositivos, que o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990 não excluiu de seu rol o tráfico de drogas quando houver a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006*. Se assim o quisesse, poderia o legislador tê-lo feito, uma vez que a redação atual do dispositivo, conferida pela Lei 11.464/2007, é posterior à vigência da Lei 11.343/2006. Outrossim, ob-

serva-se que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 elenca, como requisitos necessários para a sua aplicação, circunstâncias inerentes não à conduta praticada pelo agente, mas à sua pessoa — primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa. Dessa forma, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, pois a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização. Precedentes citados do STF: AgRg no HC 114.452-RS, Primeira Turma, DJe 8/11/2012; do STJ: HC 224.038-MG, Sexta Turma, DJe 27/11/2012, e HC 254.139-MG, Quinta Turma, DJe 23/11/2012. REsp 1.329.088-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/3/2013 (Ítálico nosso).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO, ANTE A INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DECISÃO AGRAVADA, QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. De acordo com a orientação jurisprudencial pacífica do STJ, “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não é suficiente para provocar o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o ‘tráfico privilegiado’ tipo autônomo. Assim, em casos tais, não podem ser considerados - como requisito objetivo para a obtenção de benefícios da execução penal - os prazos estabelecidos para os crimes comuns” (STJ, HC 219.960/MS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA,

DJe de 05/12/2011). II. Tal entendimento foi ratificado, por unanimidade, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento (REsp 1.329.088/RS, de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR), processado segundo o rito do art. 543-C do CPC, em sessão realizada no dia 13/03/2013.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no RHC 29.954/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 30/09/2013).

Tal entendimento chegou a ser sumulado em junho de 2014, conforme enunciado n° 512:

A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n° 11.343/06, não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

Da análise dos julgados, é possível inferir que o STJ trazia alguns argumentos para sustentar o entendimento de que o tráfico privilegiado seria crime hediondo.

O primeiro deles fazia referência ao fato de a Lei n° 8.072 ter sido alterada pela Lei n° 11.464/07, posterior à Lei de Drogas, que é de 2006. Logo, entendia o STJ que, se o legislador quisesse ter excluído do rol dos crimes equiparados a hediondo o de tráfico privilegiado, poderia tê-lo feito expressamente, mas não o fez.

Outro argumento dizia respeito ao fato de que as condicionantes trazidas no §4º, do artigo 33, se refeririam não ao fato criminoso, mas sim à pessoa que o praticou. Logo, ele não teria por base a menor periculosidade da conduta, a ensejar reconhecimento do afastamento da hediondez, mas sim razões de política criminal, simples opções legislativas.

Por fim, alega que a causa de diminuição de pena do §4º não criaria um tipo penal autônomo, continuando a ocorrer o crime de tráfico de drogas, que é, sim, equiparado a hediondo.

Para fins de análise, foram transcritos somente dois julgados do STJ, sendo o primeiro deles retirado do Informativo 519, do STJ. Para tornar menos prolixo o estudo, não foram colacionadas mais jurisprudências, contudo simples análise no sítio do STJ poderá confirmar a orientação jurisprudencial massiva daquela corte, até o ano de 2016, no sentido aqui abordado.

Contudo, a despeito de tal entendimento do Superior Tribunal, há Egrégios Tribunais de Justiça que não se coadunam com esse posicionamento.

Podemos, por exemplo, transcrever alguns julgados provenientes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, onde há julgamentos que afastam a hediondez do tráfico privilegiado e outros, no entanto, que entendem que tal modalidade não perde seu caráter de equiparado a hediondo:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS PRESTADOS SOB O CRIVO DO CONTRADI-TÓRIO - VALOR PROBANTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - - DESCLASSIFICAÇÃO - POSSE PARA CONSUMO PESSOAL - IMPOSSIBILIDADE - TRÁFICO PRIVILEGIADO - REGIME MODIFICADO.

(...)

-Não sendo o tráfico privilegiado equiparado a hediondo, deve ser observado, no que tange ao regime prisional, o disposto no art. 33 do CP. (Des. Agostinho Gomes De Azevedo)

(...) (Des. Sálvio Chaves) (Apelação Criminal 1.0024.12.054100-8/001, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em

17/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) (Itálico nosso).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - FIXAÇÃO DO REGIME DIVERSO DO FECHADO - POSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO E, DE OFÍCIO, REESTRUTURADA E REDUZIDA A REPRIMENDA, ALTERADO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO E SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

(...)

V.v.: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DESTINAÇÃO MERCANTIL DUVIDOSA - PARCO ACERVO PROBATÓRIO - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA - ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/06.

V.v.: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ART.33, § 4º, DA LEI 11.343/06 - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - REGIME INICIAL FECHADO. - *A causa de diminuição de pena prevista no art.33, §4º da Lei 11.343/06 não retirou o caráter hediondo do delito*, sendo cabível a esta figura todas as disposições contidas na Lei 8.072/90, inclusive no que se refere ao regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena. (Apelação Criminal 1.0687.12.005320-6/001, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) (Itálico nosso).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OBSCURIDADE - INOCORRÊNCIA - REEXAME DA MATÉRIA ANALISADA NO ARESTO COMBATIDO - IMPOSSIBILIDADE - DELITO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06) - DELITO NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO - DECISÃO DO STF NO RESP 1.329.088/RS SEM EFEITO VINCULANTE - EMBARGOS REJEITADOS.

(...)

- A jurisprudência dominante entende que o delito de tráfico ilícito de drogas, com a redução de pena prevista no §4º, do art.33,

da Lei de Tóxicos, *não está incluído como crime hediondo ou equiparado*, como descrito no art. 1º, da Lei 8.072/90, que contém rol taxativo, posicionamento do qual, atualmente, me filio.

- A decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no REsp nº 1.329.088/RS, que entendeu pela manutenção da natureza hedionda nos delitos de tráfico privilegiado, não possui efeitos erga omnes (mas, tão somente, inter partes), não sendo, portanto, vinculante.
- Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração-Cr 1.0480.12.005122-6/003, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) (Itálico nosso).

Analisando os julgados acima, é possível compreender que há divergência de posicionamento entre as 5ª e 7ª Câmaras Criminais do Tribunal mineiro, entendendo a primeira que não perde o caráter hediondo o tráfico privilegiado, enquanto a última considera que, como não há a figura do tráfico privilegiado no rol do artigo 1º, da Lei nº 8.072/90, que seria taxativo, não haveria que se falar em tráfico privilegiado equiparado a hediondo.

Todavia, a análise ganhou novo fôlego a partir do mês de junho do ano de 2016, quando o STF, no julgamento do HC 118.533/MS, passou a entender que o crime de tráfico privilegiado não seria equiparado a hediondo, eis que, em apertada síntese, se assim o quisesse, o legislador teria feito de maneira expressa.

Apesar de não ter caráter vinculante, essa decisão foi de tamanha repercussão que, em novembro de 2016, o STJ, na Pet 11.796, cancelou a Súmula nº 512, passando a entender, também, que o crime de tráfico privilegiado não tem caráter hediondo.

E, rapidamente a nova visão irradiou em nosso Egrégio Tribunal, conforme precedentes:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO MINISTERIAL - PENA-BASE - NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA EM PODER DO ACUSADO - AUMENTO DA SANÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MINORANTE DO ART. 33, §4º DA LEI 11.343/06 - DETERMINAÇÃO DE FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA - ABRANDAMENTO DE REGIME - NECESSIDADE - NATUREZA HEDIONDA AFASTADA - PRECEDENTES DO STF. Observada a ausência de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, desfavoráveis ao acusado e em sendo quantidade e nat

ureza da droga apreendida considerada na terceira fase da operação dosimétrica, inviável se mostra a exasperação da pena-base. Demonstrado o grau de lesividade da droga e quantidade considerável de entorpecente apreendido na posse do réu, possível se mostra a determinação de fração intermediária para redução da pena pelo tráfico privilegiado. A teor da decisão proferida pelo STF no julgamento do HC nº 118.533/MS, afastado o caráter hediondo do tráfico privilegiado, com fincas no art. 33, do CP, viável é o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena imposto ao acusado. (TJMG - Apelação Criminal 1.0145.12.052613-5/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 15/12/2016, publicação da súmula em 25/01/2017).

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO TEM CARATER HEDIONDO - ALTERAÇÃO DA NATUREZA DE OFÍCIO PELO JUIZ DE EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE. Em decisão recente do HC 118533, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o chamado tráfico privilegiado, no qual as penas podem ser reduzidas, conforme o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, não deve ser considerado crime de natureza hedionda. Assim, uma vez retirado o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado e atendido os requisitos previstos no Decreto 8.380/2014, deve ser concedido o benefício ao sentenciado. (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0521.15.020967-9/001, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/12/2016, publicação da súmula em 25/01/2017).

Mas, finalizando este tópico, constata-se que ainda se mantém o posicionamento divergente:

EMENTA: TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO - QUESTÃO SUBMETIDA A NOVO JULGAMENTO - ARTIGO 543-C DO CPC - CRIME HEDIONDO. A incidência da causa de diminuição do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não retira a hediondez do delito, que não deixa de ser o previsto no "caput" ou parágrafo 1º, do mesmo dispositivo de lei, impondo-se, pois, a observância do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90. VV. RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO PRIVILEGIADO - HEDIONDEZ AFASTADA. (TJMG - Apelação Criminal 1.0431.09.046409-7/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Machado, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/12/2016, publicação da súmula em 23/01/2017)

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - TRÁFICO PRIVILEGIADO - AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ - RETIFICAÇÃO DO LEVANTAMENTO DE PENAS - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. A previsão da minorante para o traficante primário, de bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas não afasta a tipificação de sua conduta no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, crime que é considerado equiparado a hediondo pelo art. 2º da Lei 8.072/90, o qual não faz qualquer ressalva quanto ao privilégio. Ademais, a recente decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, proferida no Habeas Corpus de nº 118.533, trata-se de decisão incidental, com efeito inter partes e, por ora, não retira o caráter hediondo do delito. (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0040.16.007251-4/001, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/12/2016, publicação da súmula em 16/12/2016)

5. Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Questão menos tormentosa que a abordada no tópico anterior diz respeito à possibilidade de se converter, no caso de

condenados por tráfico de drogas, a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A redação original do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, veda a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Contudo, o STF, no HC 97256, declarou a inconstitucionalidade de tal vedação:

EMENTA: 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. 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: consti-

tuir-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.

(HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220- PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333).

Todavia, a despeito da decisão supra, o fato é que tal declaração de inconstitucionalidade não tinha oponibilidade *erga*

*omnes*⁴. Dessa forma, os demais tribunais podiam deixar de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, aplicando a vedação legal.

Pondo fim a tal celeuma, o Senado Federal promulgou⁵ a Resolução nº 05 em 15 de fevereiro de 2012, que suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em pena restritiva de direitos”, do §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

Vejamos, então, alguns julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para compreender como o tema é atualmente abordado:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA USO PRÓPRIO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS PRESTADOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO - VALOR PROBANTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - TRÁFICO PRIVILEGIADO - APREENSÃO DE RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA (MACONHA E COCAÍNA) - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO - CABIMENTO - CUSTAS PROCESSUAIS - ISENÇÃO - ACUSADO ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA - INTELIGÊNCIA DO ART. 10, INCISO II, DA LEI ESTADUAL Nº 14.939/03 - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

(...)

- Afastada a hediondez do delito previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, é possível a fixação do regime prisional diverso do fechado, assim como a *substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos*, conforme

4 Para comentários sobre o controle difuso de constitucionalidade, vide tópico 2 do presente trabalho.

5 Ao Senado Federal compete, privativamente, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988). Para aprofundamento do tema, vide MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 1028p.

orientação do Incidente de Uniformização de Jurisprudência de nº. 1.0145.09.558174-3/003, julgado pelo Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça.

(...)- Recurso provido em parte. (Des. Agostinho Gomes De Azevedo) V.V.P.

EMENTA: TRÁFICO DE DROGAS - CRIMES HEDIONDOS - INCONSTITUCIONALIDADE §§ 1º E 2º DA LEI 8.072/90 - ART. 33 §§ 2º E 3º DO CP - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - REGIME ABERTO - POSSIBILIDADE - REQUISITOS PREENCHIDOS - PARCIAL DIVERGÊNCIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Des. Sálvio Chaves) (Apelação Criminal 1.0210.12.002624-5/001, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) (Itálico nosso).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUSÊNCIA DE PROVAS CABAIS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - IN DUBIO PRO REO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06 - REMESSA DOS AUTOS À COMARCA DE ORIGEM PARA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI 9.099/95 EM FAVOR DO AGENTE. ARTIGO 383, §2º DO CPP E SÚMULA Nº. 337 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO. (...) Declarada a inconstitucionalidade da regra do artigo 44 da Lei 11.343/2006, *a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas deve seguir os requisitos do Código Penal*. Se o acusado foi assistido por Defensor Dativo, faz jus à isenção das custas processuais, pois beneficiado pela Lei Estadual 14.939/03. (Apelação Criminal 1.0459.12.002948-1/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) (Itálico nosso).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUTORIA E MATERIALIDADE INEQUIVOCAMENTE DEMONSTRADAS E NÃO QUESTIONADAS - DOSIMETRIA - INCONFORMISMO MINISTERIAL - POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DE DROGA QUANDO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

E, CONCOMITANTEMENTE, NA ESCOLHA DA FRAÇÃO REDUTORA DECORRENTE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DAS PENAS PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06 - NE BIS IN IDEM - PRECEDENTES DO STJ - CONSEQUENTE EXASPERAÇÃO DAS REPRIMENDAS - NECESSIDADE - APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA INJUSTIFICADO - AJUSTE - NECESSIDADE - REGIME PRISIONAL - RECRUDESCIMENTO - DESCABIMENTO - DECOTE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - IMPOSSIBILIDADE - BENEFÍCIO RECOMENDÁVEL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

IV - Outrossim, apesar de a Lei de Tóxicos atual ter passado a proibir expressamente a substituição da pena (arts. 33, §4º e 44), o STF, no julgamento do HC n.º 97. 256/RS, decidiu serem inconstitucionais alguns dispositivos da aludida Lei, dentre os quais os que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas, motivo pelo qual *devem ser examinados concretamente os requisitos subjetivos necessários para conversão da pena, os quais, in casu, indicam ser o benefício socialmente recomendável*, conforme consignado na sentença combatida. V - Recurso ministerial provido em parte. (Apelação Criminal 1.0223.12.003510-8/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/10/2013, publicação da súmula em 30/10/2013) (Itálico nosso).

Assim, não há dúvidas de que, na atualidade, não há que se falar mais em vedação à substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, no caso de condenação por tráfico de drogas.

6. Incompatibilidade entre os artigos 33, §4º, e 35, da Lei nº 11.343/06

Outra questão para análise, com entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, diz respeito à impossibilidade de que seja reconhecida a causa de diminuição

de pena prevista no §4º, do artigo 33, quando o sujeito é condenado, na mesma ocasião, por tráfico de drogas (artigo 33) e associação para o tráfico de drogas (artigo 35).

Vejamos julgado do Informativo nº 517, do STJ:

DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 NO CASO DE RECONHECIMENTO DE ASSOCIAÇÃO DE QUE TRATA O ART. 35 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. É inaplicável a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na hipótese em que o réu tenha sido condenado, na mesma ocasião, por tráfico e pela associação de que trata o art. 35 do mesmo diploma legal. A aplicação da referida causa de diminuição de pena pressupõe que o agente não se dedique às atividades criminosas. Cuida-se de benefício destinado ao chamado “traficante de primeira viagem”, prevenindo iniquidades decorrentes da aplicação a este de reprimendas semelhantes às daqueles que fazem do tráfico um “meio de vida”. Desse modo, verifica-se que a redução é logicamente incompatível com a habitualidade e permanência exigidas para a configuração do delito de associação, cujo reconhecimento evidencia a conduta do agente voltada para o crime e envolvimento permanente com o tráfico. REsp 1.199.671-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26/2/2013.

O §4º, do artigo 33, prevê causa de diminuição de pena no crime de tráfico de drogas, desde que, dentre outras condicionantes, o agente não se dedique a atividades criminosas. O raciocínio utilizado no julgado é o seguinte: como pode o sujeito ser condenado por associação para o tráfico de drogas (artigo 35, da Lei nº 11.343/06), que exige os requisitos de estabilidade e permanência⁶, e ter reconhecida a causa

⁶ Quanto à exigência do reconhecimento da estabilidade e permanência como requisitos para a associação para o tráfico, vide, por exemplo:

de diminuição, sob o argumento de que ele não se dedica a atividades criminosas?

Logo, o operador do Direito deve ficar atento, ao lidar com casos desse tipo, pois, se constatada a estabilidade e a permanência, a fim de reconhecer a ocorrência da associação para o tráfico, fica claro que ele se dedica a atividades criminosas, não podendo incidir a causa de diminuição de pena do §4º, do artigo 33.

O posicionamento do STJ tem sido repetido nos Egrégios Tribunais. Vide, por exemplo, o seguinte julgado do TJMG:

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PRELIMINARES - INÉPCIA DA DENÚNCIA, NULIDADE DA SENTENÇA E ILEGALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - REJEIÇÃO - MÉRITO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

Preliminares:

(...)

-Havendo provas suficientes de que os réus, com estabilidade e permanência, com nítida divisão de tarefas, praticavam o tráfico de drogas, não há falar em absolvição pela prática de crimes inculpidos nos artigos 33, caput, e 35, caput, da Lei n.º 11.343/06.

(...)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PROVA INSUFICIENTE - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ANIMUS ASSOCIATIVO NÃO DEMONSTRADO - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. (...) 02. *Para configurar o crime de associação para tráfico, mister a comprovação do dolo caracterizador do tipo - animus associativo - ou seja, a reunião de duas ou mais pessoas com a finalidade de cometerem, reiteradamente ou não, qualquer das condutas típicas previstas no art. 33, caput e § 1º, formando, seus autores, uma verdadeira *societas sceleris* com estabilidade e permanência, sem o que a absolvição é de ser decretada.* (Apelação Criminal 1.0105.08.247119-1/001, Relator(a): Des.(a) Fortuna Grion, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/10/2013, publicação da súmula em 31/10/2013) (Itálico nosso).

-A condenação pelo crime de associação para o tráfico tem como embasamento a dedicação dos réus às atividades criminosas de forma organizada. Deste modo, por óbvio, a benesse do tráfico privilegiado não pode ser deferida aos recorrentes, pois não preenchidos os requisitos objetivos do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06

-Recursos não providos (Apelação Criminal 1.0647.07.073697-8/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/10/2013, publicação da súmula em 30/10/2013).

7. Continuidade normativo-típica da conduta prevista no artigo 12, §2º, III, da Lei nº 6.368/76

Assim dispunha a Lei nº 6.368/76, antiga Lei de Drogas:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

(...)

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

(...)

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.
(BRASIL, 1976, *itálico nosso*)

O fato de não ter havido a reprodução da redação grifada acima na lei de 2006 gerou a discussão sobre a *aboltio criminis* em relação a esse tipo penal.

Contudo, no intuito de uniformizar a jurisprudência, o STJ divulgou o seguinte julgado no seu Informativo nº 527:

DIREITO PENAL. CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 12, § 2º, III, DA LEI 6.368/1976.

O advento da Lei 11.343/2006 não implicou abolitio criminis quanto à conduta prevista no art. 12, § 2º, III, da Lei 6.368/1976, consistente em contribuir “de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. Isso porque, apesar da revogação do referido dispositivo legal, o tipo penal nele contido subsiste em diversos artigos da Lei 11.343/2006. De fato, é certo que a Lei 11.343/2006 não repetiu literalmente o texto do inciso III do § 2º do artigo 12 da Lei 6.368/1976. Entretanto, a nova lei trouxe a previsão dos crimes de financiamento e custeio para o tráfico (art. 36), de colaboração como informante (art. 37) e, ainda, introduziu, no seu art. 33, § 1º, III, a ideia de que incorrerá nas mesmas penas do art. 33, *caput* (tráfico), aquele que consinta que outrem utilize bem de qualquer natureza de que tenha a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ainda que gratuitamente, para o tráfico ilícito de drogas. *Assim, em uma interpretação sistemática, deve-se concluir que a conduta prevista no inciso III do § 2º do art. 12 da Lei 6.368/1976 continua típica na vigência da Lei 11.343/2006, ainda que desdobrada em mais de um artigo da nova lei.* Ademais, observe-se que a regra contida no art. 29 do CP também afasta a alegação de descriminalização da conduta em análise, pois quem contribui, de qualquer modo, para o crime, incide nas penas a este cominadas na medida de sua culpabilidade. Precedentes citados: REsp 1.113.746-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2011; e HC 142.500-RJ, Sexta Turma, DJe 17/10/2011. HC 163.545-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 25/6/2013 (Itálico nosso).

Assim, analisando o teor do julgado, é possível concluir que, a despeito de não ter havido a reprodução idêntica da redação, não houve *abolitio criminis* quanto aos fatos narrados,

que continuam normatizados em dispositivos esparsos da Lei nº 11.343/06, como os artigos 36, 37 e 33, §1º, III.

8. Subsidiariedade do tipo do artigo 37 em relação ao do artigo 35 da Lei nº 11.343/06

Os artigos 35 e 37, da Lei nº 11.343/06, assim dispõem:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o delito previsto no artigo 37 tem caráter subsidiário em relação ao do artigo 35. Logo, se o agente participa de organização criminosa ligada ao tráfico e, dentro desse contexto, colabora como informante, não resta caracterizado o delito do artigo 37, mas tão somente o do artigo 35, uma vez que há a consunção, absorção daquele por este. Assim, para que fique caracterizado o delito do artigo 37, o agente deve simplesmente colaborar como informante, não tendo qualquer outro vínculo com a organização criminosa.

Neste sentido, veja-se o seguinte julgado, publicado no Informativo do STJ nº 527:

DIREITO PENAL. SUBSIDIARIEDADE DO TIPO DO ART. 37 EM RELAÇÃO AO DO ART. 35 DA LEI 11.343/2006.

Responderá apenas pelo crime de associação do art. 35 da Lei 11.343/2006 – e não pelo mencionado crime em concurso com o de colaboração como informante, previsto no art. 37 da mesma lei – o agente que, já integrando associação que se destine à prática do tráfico de drogas, passar, em determinado momento, a colaborar com esta especificamente na condição de informante. A configuração do crime de associação para o tráfico exige a prática, reiterada ou não, de condutas que visem facilitar a consumação dos crimes descritos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006, sendo necessário que fique demonstrado o ânimo associativo, um ajuste prévio referente à formação de vínculo permanente e estável. Por sua vez, o crime de colaboração como informante constitui delito autônomo, destinado a punir específica forma de participação na empreitada criminosa, caracterizando-se como colaborador aquele que transmite informação relevante para o êxito das atividades do grupo, associação ou organização criminosa destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006. O tipo penal do art. 37 da referida lei (colaboração como informante) reveste-se de verdadeiro caráter de subsidiariedade, só ficando preenchida a tipicidade quando não se comprovar a prática de crime mais grave. De fato, cuidando-se de agente que participe do próprio delito de tráfico ou de associação, a conduta consistente em colaborar com informações já será inerente aos mencionados tipos. A referida norma incriminadora tem como destinatário o agente que colabora como informante com grupo, organização criminosa ou associação, desde que não tenha ele qualquer envolvimento ou relação com atividades daquele grupo, organização criminosa ou associação em relação ao qual atue como informante. Se a prova indica que o agente mantém vínculo ou envolvimento com esses grupos, conhecendo e participando de sua rotina, bem como cumprindo sua tarefa na empreitada comum, a conduta não se subsume ao tipo do art. 37, podendo configurar outros crimes, como o tráfico ou a associação, nas modalidades autoria e participação. Com efeito, o exercício da função de informante dentro da associação é próprio do tipo do art. 35 da Lei 11.343/2006 (associação), no qual a divisão de

tarefas é uma realidade para consecução do objetivo principal. Portanto, se a prova dos autos não revela situação em que a conduta do paciente seja específica e restrita a prestar informações ao grupo criminoso, sem qualquer outro envolvimento ou relação com as atividades de associação, a conduta estará inserida no crime de associação, o qual é mais abrangente e engloba a mencionada atividade. Dessa forma, conclui-se que só pode ser considerado informante, para fins de incidência do art. 37 da Lei 11.343/2006, aquele que não integre a associação, nem seja coautor ou partícipe do delito de tráfico. Nesse contexto, considerar que o informante possa ser punido duplamente – pela associação e pela colaboração com a própria associação da qual faça parte –, além de contrariar o princípio da subsidiariedade, revela indevido *bis in idem*, punindo-se, de forma extremamente severa, aquele que exerce função que não pode ser entendida como a mais relevante na divisão de tarefas do mundo do tráfico. HC 224.849-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11/6/2013.

9. Crime do artigo 33 pode absorver o do artigo 34, da Lei nº 11.343/06

O artigo 34, da Lei nº 11.343/06, assim dispõe:

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, *maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto* destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa (BRASIL, 2006, *itálico* nosso).

Esse artigo tipifica a conduta daquele que possui *maquinário* ou *aparelho* destinado ao tráfico. Nesse caso, o STJ entendeu

que, dependendo do contexto em que o tráfico de drogas é praticado, o crime previsto no artigo 34 pode ser absorvido pelo do artigo 33. A Quinta Turma do Superior Tribunal entendeu que a prática de mais de uma conduta no mesmo contexto não configura concurso de crimes, por se cuidar de ato preparatório ou sequencial do dolo principal do agente.

O ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do recurso especial abaixo transcrito que discutiu o tema, apontou que os dois dispositivos são muito parecidos, inclusive com a repetição de diversos verbos. Ele destacou que a doutrina esclarece a natureza subsidiária do tipo descrito no artigo 34, razão pela qual deve ser absorvido pelo crime de tráfico, ressalvadas situações excepcionais.

O ministro concluiu que a prática do artigo 33 da Lei de Drogas absorve o delito do artigo 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta.

Segue julgado do STJ que se refere a esse entendimento:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.196.334 - PR (2010/0097420-8)

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE MAQUINÁRIO. ASSOCIAÇÃO. ARTS. 33, 34 E 35 DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DECOTE DE CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. INCIDÊNCIA DE REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA MESMA LEI. PLEITOS INVIÁVEIS NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS NORMAS VIOLADAS. RECURSO ESPECIAL COM MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. 2. PEDIDOS QUE DEMANDAM REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DA PROVIDÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. 3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI N. 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. POSSE DE INSTRUMENTOS.

CRIME MEIO. 4. BALANÇA DE PRECISÃO E SERRA CIRCULAR. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. OBJETOS PRÓPRIOS DO CRIME DE TRÁFICO. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

(...)

3. Há nítida relação de subsidiariedade entre os tipos penais descritos nos arts. 33 e 34 da Lei 11.343/2006. De fato, o tráfico de maquinário visa proteger a “saúde pública, ameaçada com a possibilidade de a droga ser produzida”, ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório. Portanto, a prática do art. 33, caput, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. No caso, referida análise prescinde do reexame de fatos, pois da leitura da peça acusatória, verifica-se que a droga e os instrumentos foram apreendidos no mesmo local e num mesmo contexto, servindo a balança de precisão e a serra/alicate de unha à associação que se destinava ao tráfico de drogas, não havendo a autonomia necessária a embasar a condenação em ambos os tipos penais simultaneamente, sob pena de bis in idem.

4. Salutar aferir, ademais, quais objetos se mostram aptos a preencher a tipicidade penal do tipo do art. 34 da Lei de Drogas, o qual visa coibir a produção de drogas. A meu ver, deve ficar demonstrada a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sob pena de a posse de uma tampa de caneta – utilizada como medidor –, atrair a incidência do tipo penal em exame. Relevante, assim, analisar se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela. No caso dos autos, além de a conduta não se mostrar autônoma, verifico que a apreensão de uma balança de precisão e de um alicate de unha não pode ser considerada como posse de maquinário nos termos do que descreve o art. 34 da Lei de Drogas, pois referidos instrumentos integram a prática do delito de tráfico, não se prestando à configuração do crime de posse de maquinário.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para excluir a condenação dos recorrentes Márcia Regina Millezi e Francisco Luís Alves de Lima pela

prática do delito do art. 34 da Lei de Drogas. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Julgamento: 19/09/2013. DJE: 26/09/2013.

10. Súmula 501, do Superior Tribunal de Justiça

Recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou nova súmula que veda a combinação de leis em crimes de tráfico de drogas. Sua redação é a seguinte:

É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

O dissídio ocorre porque a Lei nº 6.368/76 estabelecia para o crime de tráfico uma pena de 3 a 15 anos de prisão, mas sem causa de diminuição da pena. A Lei nº 11.343/06 fixou uma pena maior para o traficante, de 5 a 15 anos de prisão, mas criou causa de diminuição (§4º, do artigo 33) de um sexto a dois terços se o réu for primário, tiver bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Ocorre que, no mesmo delito de tráfico (artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e artigo 12 da Lei nº 6.368/76), a lei nova em relação à antiga se tornou mais gravosa em um aspecto e, ao mesmo tempo, mais benéfica em outro. Surgiu, então, a dúvida: se um indivíduo foi condenado, com trânsito em julgado, na pena mínima da lei antiga, que é de 3 anos (na lei nova é de 5 anos), pode esse indivíduo ser beneficiado apenas com a minorante do dispositivo da lei nova?

No STJ, a Sexta Turma entendia ser possível a combinação de leis a fim de beneficiar o réu⁷. Ao unificar o entendimento das duas Turmas penais, entretanto, prevaleceu na Terceira Seção⁸ o juízo de que não podem ser mesclados dispositivos

7 Vide, por exemplo, HC 102544/SP:

CONSTITUCIONAL – PENAL – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA PARA APLICAR RETROATIVAMENTE A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 22, § 4º, DA LEI 11; 343/06. CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PELO ABERTO, DESDE O INÍCIO E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência ao comando constitucional e legal existente nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

3. Se o crime foi cometido antes da vigência da atual Lei Antidrogas, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser compatível com análise das circunstâncias judiciais e o *quantum* da pena privativa de liberdade imposta.

4. É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o crime de tráfico de drogas foi cometido na vigência da Lei 6368/76 e o apenado reúne os requisitos para sua obtenção.

5. Ordem concedida para aplicar retroativamente a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/e, de ofício, substituir o regime inicial de cumprimento da pena pelo aberto e a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Julgamento em 03 de junho de 2008.

8 Vide, por exemplo, HC 86797/SP, da Quinta Turma do STJ, que nega a combinação de leis:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O ACUSADO OU SENTENCIADO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º., § 2º. DA LEI 8.078/90. PRECEDENTES DO STJ E STF. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a sua aplicação retroativa à aquelas

mais favoráveis da lei nova com os da lei antiga, pois ao fazer isso o julgador estaria formando uma terceira norma.

A tese consolidada é de que a lei pode retroagir, mas apenas se puder ser aplicada na íntegra. Caberá ao magistrado singular, ao juiz da vara de execuções criminais ou ao tribunal estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que

situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76, pois o Magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação.

3. Na linha da melhor hermenêutica jurídica, tem-se que o conjunto é que compõe a norma e todos os seus preceitos precisam conviver em harmonia e devem ser aplicados de maneira ordenada, sob pena de aquela (norma) perder a sua natureza de ordenação racional.

4. Na hipótese, o § 4º. faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.

5. O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica interna do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes.

6. A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2º. do CPB e 5º., XL da CF/88), sem todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado.

7. O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 82.959-7/SP, decidiu ser inconstitucional o § 1º. do art. 2º. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, o que autoriza o deferimento do writ para afastar a proibição ao benefício com fundamento no referido dispositivo legal.

8. Ordem parcialmente concedida, mas apenas para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer o paciente, bem como para afastar a proibição de progressão de regime prisional, cuja análise do preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos deverá ser feita nos termos do art. 112 da LEP. 11 de março de 2008 (Data do Julgamento).

for melhor ao acusado ou sentenciado, sem a possibilidade, todavia, de combinação de normas.

11. Temática das drogas no Projeto de Novo Código Penal

O Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, promete revolucionar o Direito Penal do país, ao condensar todo o direito material penal em um só diploma. Dessa forma, em uma mesma lei, teríamos todos os crimes já abordados pelo atual Código, bem como, por exemplo, os crimes contra o idoso, os crimes ambientais e os relacionados a drogas.

Quanto a estes, o Projeto de Lei prevê um capítulo, dentro do Título VII, que vai do artigo 212 ao 224. Talvez a questão mais polêmica de tal Anteprojeto seja a disposição contida no artigo 212, §2º:

Não há crime [de tráfico] se o agente:

I – adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para *consumo pessoal*;

II – semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para *consumo pessoal* (BRASIL, 2012, *itálico nosso*)

No momento da feitura do presente trabalho, o referido Projeto ainda está em tramitação, na fase de recebimento de emendas perante as Comissões. Dessa forma, não é possível precisar se a proposta, da forma como foi colocada acima, permanecerá no texto do novo código. O fato é que, se continuar, a descriminalização do uso de drogas será um grande avanço na política estatal de controle de drogas, focalizando-se a atenção dos poderes constituídos no traficante e no usuário dependente.

12. Conclusão

A despeito de haver determinação legal acerca do regime inicial de cumprimento de pena no caso de condenação por cri-

me de tráfico de drogas, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de fazer a dosimetria individualizando a pena, observando caso a caso as normas do Código Penal que tratam do regime inicial de cumprimento de pena. É possível, em um caso concreto, nos depararmos com sentenças que condenam em tráfico e delimitam o regime inicial semiaberto.

Concluiu-se, na sequência, que é pacífico o entendimento de que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos casos de condenação por tráfico de drogas. Outro ponto, mais pacificado recentemente, diz respeito à não hediondez do tráfico privilegiado. Tanto o STF e o STJ pacificaram a questão, mas ainda há resquícios de posicionamento divergente no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Questões mais específicas foram abordadas, como o entendimento de que é incompatível a condenação por associação para o tráfico e por tráfico privilegiado no mesmo contexto; ou como o entendimento de que a conduta prevista no artigo 12, §2º, III, da revogada Lei nº 6.368/76, continua típica, mesmo não havendo reprodução literal de seu conteúdo.

Demonstrou-se, também, que o tipo previsto no artigo 37, da Lei nº 11.343/06, é subsidiário em relação ao do artigo 35, da mesma lei, e que, dependendo do contexto, o crime do artigo 33, da Lei de Drogas, pode absorver o do artigo 34 (que diz respeito ao maquinário), da mesma lei.

A súmula nº 501, do STJ, resolveu anterior e acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da combinação de leis em matéria penal. Tal súmula sedimentou o entendimento de que é cabível a aplicação retroativa da Lei nº 11.343/06, desde que na íntegra. Ou seja, não é possível a combinação de leis. Fez-se também breve apresentação do Projeto do Novo Código Penal e do tratamento de atipicidade penal que – a princípio – será dado ao usuário de drogas.

Espera-se que as argumentações expostas não percam a utilidade, pois, mesmo que a jurisprudência mude, os entendimentos anteriores servem como base de argumentação e, até mesmo, como razão de novas mudanças.

13. Referências

BRASIL. Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110409.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 236/2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Senado Federal. Resolução nº 05, de 15 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC nº 29954/MS, Rel.: Min. Assusete Magalhães, Brasília, DF, 10 de setembro de 2013. *DJe*, 30 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 102544/SP, Rel.: Min. Jane Silva, Brasília, DF, 03 de junho de 2008. *DJe*, 20 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 163545/RJ, Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 25 de junho de 2013. *DJe*, 01 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 86797/SP, Rel.: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 11 de março de 2008. *DJe*, 07 abr. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 224849/RJ, Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 11 de junho de 2013. *DJe*, 19 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1196334/PR, Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 19 de setembro de 2013. *DJe*, 26 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1199671/MG, Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2013. *DJe*, 06 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1285631/SP, Rel.: Min. Sebastião Reis Junior, Brasília, DF, 24 de outubro de 2012. *DJe*, 19 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1329088/RS, Rel.: Min. Sebastião Reis Junior, Brasília, DF, 13 de março de 2013. *DJe*, 26 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 501, Brasília, DF, 23 de outubro de 2013. *DJe*, 28 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 104339, Rel.: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 10 de maio de 2012. *DJe*, 06 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82959, Rel.: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. *DJe*, 1º set. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 97256, Rel.: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, 01 de setembro de 2010. *DJe*, 16 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 101284/MG, Rel.: Ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 14 de junho de 2012. *DJe*, 27 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 111840/ES, Rel.: Ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 14 de junho de 2012. *DJe*, 17 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26, Brasília, DF, 16 de dezembro de 2009. *DJe*, 22 dez. 2009.

FARABULINI, Ricardo. Crimes Hediondos: Breves considerações sobre a Lei 8.072/90. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 19, nov 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4847>. Acesso em: 30 de outubro de 2013.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, volume 2.

FRANCO, Alberto Silva. *Crime hediondo: um conceito-fantasma à procura de um legislador penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.161, p. 12-13, abr. 2006.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *O fracasso da Lei nº 10.409/02. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 265, 29 mar. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4998>>. Acesso em: 1º de novembro de 2013.

MAIA, Luciana Andrade. Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06). In: *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6552/Nova-Lei-de-Drogas-Lei-11343-06>>. Acesso em: 30 de outubro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.12.054100-8/001. Relator: Desembargador Agostinho Gomes de Azevedo. Belo Horizonte, 17 de outubro de 2013. *DJe*, 25 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0079.11.003389-5/001. Rel.: Des. Júlio César Lorens. Belo Horizonte, 22 de outubro de 2013. *DJe*, 25 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0105.08.247119-1/001. Rel.: Des. Fortuna Grion. Belo Horizonte, 22 de outubro de 2013. *DJe*, 31 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0210.12.002624-5/001. Rel.: Des. Agostinho Gomes de Azevedo. Belo Horizonte, 17 de outubro de 2013. *DJe*, 25 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0223.12.003510-8/001. Rel.: Des. Eduardo Brum. Belo Horizonte, 23 de outubro de 2013. *DJe*, 30 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0459.12.002948-1/001. Rel.: Des. Sávio Chaves. Belo Horizonte, 17 de outubro de 2013. *DJe*, 25 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0647.07.073697-8/001. Rel.: Des. Corrêa Camargo. Belo Horizonte, 23 de outubro de 2013. *DJe*, 30 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0687.12.005320-6/001. Rel.: Des. Júlio César Lorens. Belo Horizonte, 22 de outubro de 2013. *DJe*, 25 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Embargos de Declaração nº 1.0480.12.0051226/003. Rel.: Des. Cássio Salomé. Belo Horizonte, 17 de outubro de 2013. *DJe*, 25 out. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos: Comentários, Jurisprudência e prática à luz da Lei 10.409/02*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0447692-05.2012.8.19.0001. Rel.: Des. José Muinos Pineiro Filho. Rio de Janeiro, *DJe*, 15 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0045225-84.2013.8.19.0001. Rel.: Des. M. Sandra Kayat Direito. Rio de Janeiro, *DJe*, 15 out. 2013.

Artigo recebido em: 27/11/2013
Artigo aprovado em: 11/08/2014

DOI: 10.5935/1809-8487.20160056