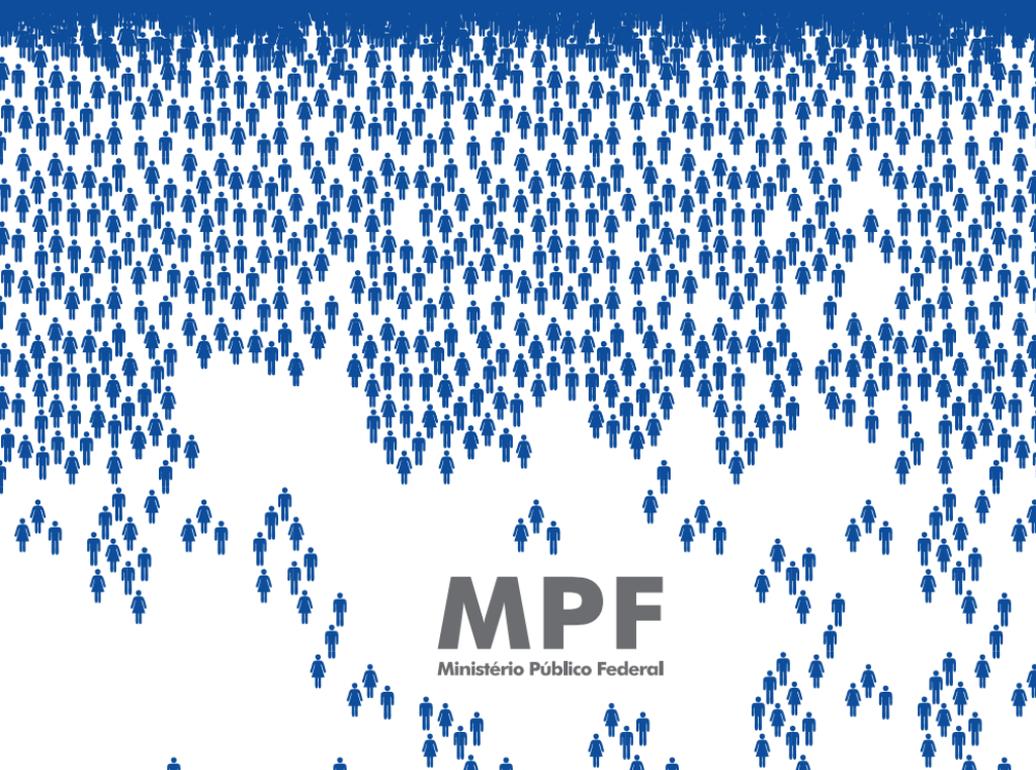


2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO
MATÉRIA CRIMINAL E
CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

ROTEIRO DE ATUAÇÃO
**CONTRA O TRÁFICO DE
DROGAS**



MPF

Ministério Público Federal

Procurador-Geral da República

Roberto Monteiro Gurgel Santos

Vice-Procuradora-Geral da República

Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira

Vice-Procuradora-Geral Eleitoral

Sandra Verônica Cureau

Secretário-Geral do MPU

Lauro Pinto Cardoso Neto

Coordenadora da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão

Raquel Elias Ferreira Dodge

ROTEIRO DE ATUAÇÃO

CONTRA O TRÁFICO DE

DROGAS

2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF

Subprocuradora-Geral da República - Coordenadora

Raquel Elias Ferreira Dodge

Subprocuradora-Geral da República

Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque

Subprocuradora-Geral da República

Elizeta Maria de Paiva Ramos

Procurador Regional da República da 4ª Região

Douglas Fischer

Procurador Regional da República da 1ª Região

Alexandre Espinosa Bravo Barbosa

Procuradora Regional da República da 3ª Região

Mônica Nicida Garcia

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

ROTEIRO DE ATUAÇÃO
**CONTRA O TRÁFICO DE
DROGAS**

BRASÍLIA - DF
2012

Ministério Público Federal
2ª Câmara de Coordenação e Revisão - Matéria Criminal e Controle Externo
da Atividade Policial

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C
Fone (61) 3105-5100
70050-900 - Brasília - DF
www.pgr.mpf.gov.br

Coordenação e Organização
2ª Câmara de Coordenação e Revisão

Planejamento visual e diagramação
Secretaria de Comunicação Social

Normalização Bibliográfica
Coordenadoria de Documentação e Informação Jurídica - CDIJ

Copyright: MPF, 2012. Todos os direitos reservados ao autor.

Tiragem: 1 mil exemplares.

Brasil. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão.
Roteiro de atuação contra o tráfico de drogas. 2 ed. rev. ampl. e atual. - Brasília:
MPF/2ªCCR, 2012.
111p. (Série Roteiros de Atuação, 3)

Coordenação e Organização de Raquel Elias Ferreira Dodge, Subprocuradora-
Geral da República

1. Drogas, Tráfico de - Persecução penal - Ministério Público Federal - Brasil. 2.
Drogas - Jurisprudência - Brasil. 3. Crime Organizado - Direito Penal - Brasil.
I. Dodge, Raquel Elias Ferreira, coord. e org. II. Título.

CDD:341.413

*"O Direito Penal é instrumento de proteção de
Direitos Humanos"*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1	10
Situação atual	10
CAPÍTULO 2	12
Nova Lei de Drogas – Controvérsias	12
1. Pena cominada para o crime de tráfico de drogas	12
2. Variação das condenações	27
3. Conceito de bons antecedentes	36
4. Quantidade de droga e artigo 33-§4º	43
5. Sucessão de leis no tempo: combinação da Lei nº 6.368/76 com a Lei nº 11.343/06	44
6. Tráfico privilegiado: crime hediondo	61
7. Natureza do vínculo no crime de associação para tráfico de drogas	73
8. Causas de aumento de pena	75
9. Causa de aumento: transporte público	80
10. Agravante - tráfico mediante pagamento	86
11. Conversão de penas	93
12. Vedação de liberdade provisória	97
13. Expulsão do estrangeiro	102
14. Delação premiada e perdão judicial	102



CAPÍTULO 3

Necessidade de atuação coordenada

106

106

CAPÍTULO 4

Pressupostos de atuação e base normativa

108

108

CONCLUSÃO

110

INTRODUÇÃO

O aumento do tráfico de drogas no Brasil resulta da ação do crime organizado e causa grave insegurança pública e social há várias décadas. A sucessiva aprovação de normas penais em curto período, nos últimos anos, não foi suficiente para diminuir a prática do crime de tráfico de drogas, em parte porque questões legais relevantes continuam sem solução definitiva na jurisprudência, o que diminui a eficiência da persecução penal.

Este Roteiro de Atuação visa aprimorar a ação do Ministério Público Federal na persecução penal de crimes de tráfico de drogas. As questões judiciais relevantes e controversas indicadas neste Roteiro derivam da aplicação da Lei nº 11.343/06 e da sucessão de leis no tempo. A divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da solução definitiva para tais questões dificulta a aplicação da Lei de Drogas e não contribui para o efetivo enfrentamento do tráfico de entorpecentes. Ao realçá-las, este Roteiro de Atuação identifica questões que retardam a aplicação da lei penal e causam impunidade, que dão tratamento penal díspare para situações similares e visa propiciar uma solução jurisprudencial mais célere, para tornar mais efetiva a ação penal contra o tráfico de drogas.



Este Roteiro de Atuação é uma edição revista, ampliada e atualizada pela 2ª Câmara da proposta original feita pela Procuradora da República Joana Barreiro e aprovada no X Encontro Nacional Criminal em outubro de 2010.

Brasília, XI Encontro Nacional, 12 de dezembro de 2011.

Raquel Elias Ferreira Dodge

Subprocuradora-Geral da República

Coordenadora da 2ª Câmara

CAPÍTULO 1

SITUAÇÃO ATUAL

Há 35 anos foi aprovada a primeira lei penal contra o tráfico de drogas. Esta Lei nº 6.368, de 1976, foi parcialmente modificada pela Lei nº 10.409, em 2002. A alteração mais substantiva no tratamento penal do tráfico de drogas veio a ocorrer em 23 de agosto de 2006, por meio da Lei nº 11.343/06 que revogou as leis anteriores e estabeleceu novas regras.

A sucessiva edição de três leis penais – as duas últimas aprovadas em intervalo inferior a cinco anos – decorre dos efeitos gradativamente mais severos do aumento do tráfico ilegal de entorpecentes e da busca de uma solução no direito penal.

O país deixou de ser rota de trânsito da droga para outros locais e passou a ser local de consumo. O aumento do consumo interno de drogas e do tráfico internacional nas regiões fronteiriças do Brasil é assinalado como fator de aumento da oferta pelo Ministério da Justiça:

*“A indústria da droga no Brasil funciona de forma peculiar, visto que o País não é produtor de drogas, mas tradicionalmente é usado como país de trânsito, que se estabeleceu como rota de passagem da cocaína produzida em países vizinhos como Peru, Bolívia e Colômbia, que são exportadas para os grandes mercados consumidores da América do Norte e Europa. Porém, recentemente, pesquisas demonstraram o aumento do mercado consumidor interno no Brasil, o que o leva hoje a ser identificado também como grande mercado consumidor de drogas ilícitas, principalmente de maconha e cocaína”.*¹

¹ Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça nº 01/2009 – Tráfico de Drogas e Constituição, p. 38.

CAPÍTULO 2

NOVA LEI DE DROGAS - CONTROVÉRSIAS

Inovações introduzidas pela Lei nº 11.343/2006 têm causado divergência nos tribunais e na doutrina e serão tratadas neste capítulo.

1. Pena Cominada para o crime de tráfico de drogas

A Lei nº 11.343/06 definiu o crime de tráfico de drogas no art. 33. Manteve a norma do art. 12 da Lei nº 6.368/76², exceto em relação à

² 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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

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

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

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.



pena mínima cominada, que elevou de três para cinco anos de reclusão, e elevou o valor da multa.

A expressiva redução da pena para o *traficante de primeira viagem* é uma novidade da Lei de Drogas, definida no §4º do art. 33. Aquele que cometer o crime do *caput* ou do §1º do art. 33³ e for primário, não tiver antecedentes criminais e nem se dedicar a atividades criminosas, poderá obter redução de 1/6 a 2/3 da pena⁴.

Para calcular a pena-base do condenado pelo crime de tráfico de drogas, o Juiz deverá observar a norma do art. 42 da Lei nº 11.343/06⁵, segundo o qual a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e

³ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

⁴ Art. 33, §4º - 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.

⁵ Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

a conduta social do agente deverão preponderar sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

A controvérsia surge no caso em que o condenado tem direito à redução da pena, prevista no art. 33-§4º da Lei de Drogas. Neste caso, a Lei não estipula os critérios que norteiam o cálculo de diminuição da pena, pois apenas autoriza que a redução seja feita entre dois parâmetros: de um sexto a dois terços.

Parte da doutrina afirma que o critério para calcular a redução da pena nesta hipótese é a combinação da norma art. 59 do Código Penal com a do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Outra parte diverge, salientando que a aplicação da norma do art. 42 na primeira e na terceira fases de cálculo da pena caracteriza *bis in idem*.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado este último entendimento. Tem decidido que se o juiz referir-se à quantidade de drogas para definir a pena-base (cálculo feito na primeira fase de dosimetria da pena) e também a usar para determinar a redução da pena (cálculo feito na terceira etapa da dosimetria da pena) haverá *bis in idem*. A Primeira e a Segunda Turmas do Supremo Tribunal não divergem acerca de haver *bis in idem*, mas apenas quanto ao momento correto de se utilizar este critério, se na primeira ou na terceira fase de dosimetria da pena, ou se em qualquer delas:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ARTS. 33, § 4º, E 42 DA LEI Nº 11.343 (LEI DE DROGAS). QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APRECIÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA TERCEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE, CASO NÃO CONSIDERADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA. ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA TURMA EM SENTIDO CONTRÁRIO. QUESTÃO DE ORDEM A FIM DE

AFETAR A MATÉRIA AO PLENÁRIO. VENCIDA A PRELIMINAR DILATÓRIA, ORDEM DENEGADA.

1. *A quantidade de droga objeto do delito pode ser utilizada pelo magistrado na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, desde que incida apenas uma vez, a fim de evitar-se o bis in idem.*

2. *Os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade impõem que a pena para o fato delituoso seja a mesma, independentemente da fase em que a circunstância seja considerada pelo julgador, por isso que a elevada quantidade da droga é critério hábil a impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no seu grau máximo, de dois terços, salvo se antes utilizada para aumentar a pena-base.*

3. *O art. 42 da Lei de Drogas, que determina que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto”, não constitui óbice à utilização desses mesmos fatores na terceira fase da dosimetria, máxime porque, se assim não fosse, faltariam ao magistrado critérios para aplicar a escala prevista no § 4º do art. 33 do diploma em comento.*

4. *Conforme já decidido por esta 1ª Turma, verbis: “A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/6 (um sexto), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na quantidade de entorpecente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto” (HC 104195, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011).*

5. *In casu: (i) o paciente foi surpreendido com 67 (sessenta e sete) invólucros plásticos contendo cocaína, incidindo no tipo previsto no artigo 12, caput, da Lei nº 6.368/76; (ii) após aplicar a pena-base no mínimo legal (três anos de reclusão), o Tribunal de Justiça decidiu*

que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não deveria retroagir, tendo em vista que a aplicação da minorante em conjunto com a pena mínima prevista no art. 33, caput, do novel diploma para o delito de tráfico (cinco anos de reclusão) não seria favorável ao réu, pois se considerou que a elevada quantidade de droga apreendida impediria uma diminuição expressiva; (iii) o montante da droga, assim, apenas foi apreciado na terceira fase de aplicação da pena, não na primeira, o que afasta por completo a alegação de bis in idem.

6. *Questão de ordem suscitada, a fim de afetar o julgamento ao Plenário, na forma do art. 22, p. u., a, do RISTF, na medida em que a 2ª Turma vem decidindo de forma diametralmente oposta (HC 106313, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/03/2011; HC 98172, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma; HC 101317, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010).*

7. *Vencida a preliminar dilatória, ordem denegada.*

(HC 108120, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 16-11-2011 PUBLIC 17-11-2011).

“Habeas Corpus.

2. *Tráfico de entorpecentes.*

3. *Pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º) em seu patamar máximo. A quantidade de droga apreendida é circunstância que deve ser sopesada na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-la por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de bis in idem.*

4. *Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade a ser auferida no caso concreto. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS).*

5. *Ordem parcialmente concedida.*

(HC 108189, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 22-09-2011 PUBLIC 23-09-2011).”

No Superior Tribunal de Justiça, a Quinta e a Sexta Turmas adotam o entendimento de não haver *bis in idem* nesta situação.

A Quinta Turma nega que haja *bis in idem*. Afirma que “não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido”. São precedentes:

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL

DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. A exasperação das penas-base restou suficientemente fundamentada, em razão da quantidade da droga apreendida (1.204g e 904g de cocaína), inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado. Precedentes.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Precedentes.

3. Na espécie, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 1.204g e 904g de cocaína -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a aplicação do redutor em seu grau mínimo, qual seja: 1/6 (um sexto). Precedentes do STF.

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda

ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

6. *Ordem denegada.*” (HC 204.432/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22-11-2011, DJe 01-12-2011)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO NO MÍNIMO LEGAL JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. *Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.*

2. *Não há ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza, a diversidade e a considerável quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder dos pacientes - 13 (treze) papéletes de cocaína, com peso de 14,8 gramas (quatorze gramas e oito decigramas); 3 (três) papéletes de maconha, pesando 8,3 g (oito gramas e três decigramas); e 61 (sessenta e uma) pedras de crack, com peso de 25,6 g (vinte e cinco gramas e 6 decigramas).*

3. *Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um*

mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Não preenchido o requisito objetivo para a concessão da permuta, já que a pena definitivamente estabelecida para cada paciente é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado no tocante à negativa de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas. 2. Ordem denegada.” (HC 191.862/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18-10-2011, DJe 28-10-2011)

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXACERBAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33,



§ 4º, DO CÓDIGO PENAL. CRITÉRIOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REGIME ABERTO. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA. RECURSO DESPROVIDO.

*I. Hipótese em que não se vislumbra exacerbação na fixação da pena-base, eis que o Juízo sentenciante, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, isto é, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, **considerou a natureza e a quantidade de droga apreendida, utilizando-se de critério estritamente objetivo.***

II. A diminuição da pena em face da incidência de atenuantes e agravantes se dá de acordo com a discricionariedade do julgador, eis que a lei penal não faz estabelece quantidade de redução ou de aumento de pena em face da aplicação dessas circunstâncias genéricas.

III. A incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 depende do preenchimento dos requisitos enumerados no tipo penal, isto é, ser o réu primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Os critérios de incidência da causa de diminuição diferem dos critérios para a redução da pena.

*IV. **Preenchidos os requisitos para a incidência da causa de diminuição, o julgador, no momento da aplicação da diminuição da pena ali prevista, - diante da ausência de estipulação dos critérios pelo legislador, que se limitou a referir as frações mínima e máxima de redução - observada a sua discricionariedade, deverá pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei 11.343/2006, exatamente como realizado in casu, em que se entendeu que as circunstâncias do delito não permitiam uma maior redução.***



V. *Deve ser afastada qualquer discussão acerca da ocorrência de bis in idem pela incidência do art. 40, I, da Lei 11.343/2006, se os réus não foram condenados pela conduta de importar ou exportar substância entorpecente, mas pelo verbo trazer consigo disposto no tipo penal.*

VI. *Hipótese de não cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como de fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, diante da quantidade de pena imposta.*

VII. *Recurso desprovido.” (REsp 1251624/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 27-09-2011, DJe 17-10-2011)*

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça também afirma a possibilidade de utilização dos parâmetros do art. 42 da Lei de Drogas para majorar a pena-base, bem como para definir o quantum de redução da pena, não havendo violação ao princípio do *non bis in idem*:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NATUREZA E ELEVADA



QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. *Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder da paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (4.375 g de cocaína, peso líquido).*

2. ***Este Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.***

3. *Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a natureza - cocaína - e a elevada quantidade da substância entorpecente apreendida em poder da paciente.*

4. *Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do*

crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n.11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Não há como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que a paciente restou definitivamente condenada à pena de 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

6. Evidenciada a gravidade concreta do crime cometido, em razão da natureza e da elevada quantidade da droga apreendida, mostra-se devida a continuidade da segregação cautelar da paciente para a garantia da ordem pública, especialmente em se considerando que permaneceu presa durante todo o feito.

7. Ordem denegada.” (HC 169.769/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04-10-2011, DJe 09-11-2011).

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO INSTRUMENTO. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. QUANTUM DE REDUÇÃO. PATAMAR MÍNIMO. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGAS. MENOR FRAÇÃO.

1. O legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, deixando de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e maior frações indicadas para a mitigação, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que devem ser consideradas as circunstâncias previstas no art. 59 do CP e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos.

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor no percentual mínimo de 1/6, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei

nº 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade e a espécie de entorpecente encontrado em poder do acusado.

3. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito.

4. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO.” (AgRg no Ag 1403921/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 23-08-2011, DJe 08-09-2011).

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A EXASPERAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. A redução da pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão de terem sido consideradas desfavoráveis as circunstâncias do crime - por ter o paciente se valido de transporte coletivo para tentar chegar ao destino, diante da fronteira, bem como a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - mais de 3 Kg de cocaína, não havendo que se falar, portanto, em constrangimento ilegal a ser sanado.

2. Mostra-se irretocável o acórdão atacado, que, analisando as circunstâncias do caso concreto, entendeu por bem reduzir a

pena em 1/4, não havendo, ainda, que se falar em bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

3. Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do quantum de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que, no caso, o regime fechado se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 8 anos (diga-se, 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão), levando em conta a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

4. Mantida a pena definitiva do paciente em 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão, resta superado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos.

5. Ordem denegada.” (HC 204.642/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 02-08-2011, DJe 24-08-2011)

Assim, há divergência entre a decisão do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça sobre se o critério do art. 42 da Lei nº 11.343/2006 – que determina que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a **quantidade da substância** ou do produto” – pode ser utilizado tanto na fixação da pena-base quanto



na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33 - §4º, da nova Lei de Drogas.

O Ministério Público tem sustentado que a utilização do art. 42 na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena não viola princípio do *ne bis in idem*, porque as finalidades são distintas, embora o critério seja objetivamente o mesmo. No primeiro momento da dosimetria da pena, define-se a pena-base, com base nos critérios do art. 59 do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei nº 11.343/2006. Já na terceira fase, a quantidade de droga é usada para estabelecer o percentual de redução da pena, como base na minorante prevista no art. 33 - § 4º, da Lei de Drogas.

2. Variação das condenações

A dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas não segue critérios claros na jurisprudência, o que tem provocado grande variação nas penas aplicadas, que diferem muito, mesmo nos casos em que os acusados traficam quantidade semelhante de drogas e praticam o crime em circunstâncias parecidas.

Há também grande diferença no cálculo judicial do *quantum* redutor da pena, nos casos de incidência da causa de diminuição do art. 33 - §4º, da Lei de Drogas. As condenações penais variam de 1 ano e 11 meses de reclusão a 4 anos ou mais de pena, conforme os seguintes exemplos:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL ABERTO

E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA.

1. O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

2. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que a paciente se dedica a atividades criminosas, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

3. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável.

4. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz “na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

5. Condenado a ora paciente a 5 anos de reclusão por tráfico de 27 (vinte e sete) invólucros contendo crack, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

6. Assim também, pelo mesmo raciocínio, não se mostra razoável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.



7. *Ordem denegada.*” (HC 133.273/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13-12-2011, DJe 19-12-2011)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. *Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 a paciente que não atende aos seus requisitos.*

Hipótese em que o Tribunal de origem negou o benefício invocando a natureza e quantidade de drogas apreendidas, asseverando que o paciente dedica-se a atividade criminosa. Tal conclusão não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas.

2. *Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

3. *É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz “na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.*

4. *Condenado o paciente por tráfico, em razão da natureza e grande quantidade de droga, o regime mais adequado é o fechado, embora a pena imposta seja de 6 anos de reclusão.*

5. *Ordem denegada.*” (HC 200.779/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13-12-2011, DJe 19-12-2011)

“HABEAS CORPUS. ADVOGADO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. RÉUS QUE RESPONDERAM SOLTOS AO PROCESSO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DECRETO DE PRISÃO. INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. *Os Pacientes - presos em flagrante em 28/05/2010 na posse de 1,5 gramas de cocaína e condenados à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, pelo crime de tráfico de drogas - responderam ao processo em liberdade.*

2. *O acórdão do Tribunal a quo, convalidando decisão do Juiz de primeiro grau que negou aos Pacientes o direito de recorrer em liberdade, não erigiu motivo suficiente para a custódia cautelar que, segundo a ordem constitucional vigente, deve ser tida como exceção, exigindo do magistrado a indicação concreta de sua necessidade.*

3. *Nesse contexto, consubstancia constrangimento ilegal a determinação de recolher-se os réus à prisão, sem indicação concreta de uma das hipóteses previstas no art. 312 do CPP. Precedentes do STJ.*

4. *Ordem concedida para determinar a expedição dos competentes alvarás de soltura em favor dos ora Pacientes, se por outro motivo não estiverem presos, para que possam aguardar o julgamento da apelação em liberdade, sem prejuízo de eventual decretação de custódia cautelar, devidamente fundamentada.*” (HC 200.995/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06-12-2011, DJe 19-12-2011)

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.



DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC Nº 97.256/RS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente denunciado porque trazia consigo ilegalmente 5 pedras de crack e condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.” (HC 187.213/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06-12-2011, DJe 19-12-2011)

“HABEAS CORPUS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA Lei Nº 11.343/06. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS).

1. É certo que o Magistrado pode, fundamentadamente, estabelecer o quantum da redução dentre os patamares previstos na Lei, tanto que o art. 42 da Lei n.º 11.343/06, impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga tanto na fixação da pena-base, quanto na



aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. No caso, a quantidade de droga apreendida em poder do paciente – 8,89 gramas de cocaína – não se mostra exacerbada a fundamentar a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em grau mínimo. Daí a ocorrência de constrangimento ilegal.

3. Consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais e em se tratando de apreensão de pequena quantidade de droga, imperiosa a redução de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços) previsto na referida minorante.

4. Ordem concedida para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo, conseqüentemente, a reprimenda imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

(HC 200900464699, OG FERNANDES, STJ - SEXTA TURMA, 01-03-2010)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRATICADO NA ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que as disposições benignas contidas na Lei nº 11.343/06, incluindo o disposto no seu art. 33, § 4º, aplicam-se aos crimes cometidos na vigência da Lei nº 6.368/76, nas hipóteses em que o réu for primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.



2. *A quantidade de droga apreendida em poder do paciente, qual seja, aproximadamente, 100g (cem gramas) de crack, autoriza a aplicação do redutor na fração de ½ (metade).*

3. *Ordem concedida para, de um lado, aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar de 1/2 (metade), reduzindo as reprimendas recaídas sobre o paciente, fixando-as, definitivamente, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa; e, de outro lado, estabelecer o regime aberto para cumprimento de pena e substituir a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz da execução.*

(HC 144.356/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18-02-2010, DJe 08-03-2010)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, AMBOS DA Lei Nº 11.343/2006. PERDÃO JUDICIAL. DELAÇÃO PREMIADA. INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE EFETIVA COLABORAÇÃO À ATIVIDADE INVESTIGATIVA. PRECEDENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 65, III, "D", CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO VOLUNTÁRIA. ATENUANTE NÃO RECONHECIDA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA Lei Nº 11.343/2006. PRESENÇA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DESCRITAS. INOCORRÊNCIA DE SITUAÇÕES DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE SE APLICAR O PATAMAR MÁXIMO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

I. Não havendo nos autos elementos que conduzam a afirmar haver a ré/apelante colaborado com a atividade investigativa que levasse a identificar outros envolvidos na ação delitiva, apenas declinado alguns

nomes de pessoas que a contrataram para o transporte da droga, não podendo asseverar tratar-se dos nomes verdadeiros, tem-se por inaplicáveis os institutos do perdão judicial ou da delação premiada.

II. Precedentes deste TRF 5ª Região: 2ª Turma - ACR-5705/PE, rel. Des. Federal Manoel Erhardt (DJU 08.10.2008, p. 240); 4ª Turma - ACR-5989/PE, rel. Des. Federal Margarida Cantarelli (DJU 22-10-2008, p. 205).

III. A confissão formulada nos autos não se apresenta como a objeto do art. 65, III, “d”, do Código Penal, não se demonstrado uma espontaneidade, mas sim caráter de voluntária, a partir de uma situação já consumada da sua prisão em flagrante delito, presentes a autoria e a materialidade, nada se acrescentando para firmar o convencimento do juízo prolator da sentença, pelo que não há que ser reconhecida a atenuante.

IV. Pena-base fixada em 6 (seis) anos e, não se apresentando qualquer das circunstâncias elencadas no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em desfavor da ré/apelante, mas uma simples contratação, de forma aleatória, para servir como mula do tráfico, pela organização criminosa, não sendo usual o seu agir, é possível aplicar o patamar máximo ali indicado, de 2/3 (dois terços) para minorar a pena privativa de liberdade. Apelação parcialmente provida, resultando a pena privativa de liberdade, em definitivo, em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da sentença.

(ACR 20098100002111, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 09-07-2009)

“PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRANSNACIONALIDADE. AUMENTO DA PENA NO GRAU MÍNIMO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO

ARTS. 33, § 4o DA Lei Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. O art. 40 da nova Lei antidrogas estabelece sete causas de aumento de pena, dentre elas a transnacionalidade do delito, prevendo, ainda, um patamar mínimo e máximo para esta majoração, sem, contudo, apontar um critério para a sua quantificação.

2. À falta de previsão deste parâmetro, o julgador deve se nortear pelas circunstâncias preponderantes ditadas pelo art. 42 da Lei nº 11.343/2006 (a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente), e, sobretudo, pelo número de majorantes que circundaram o delito, aproximando-se do máximo conforme a quantidade de causas de aumento de pena o agente tenha se utilizado para a prática do ilícito.

3. A quantidade de droga apreendida (790 gramas e 1,09 Kg de cocaína), bem como a personalidade e a conduta social dos réus, não justificam o aumento acima do patamar mínimo legal (1/6 da pena), assim como não se verifica a presença de nenhuma outra majorante contida nos incisos do art. 40 da Lei nº 11.343/2006.

4. Considerando que os réus são estrangeiros e que foram considerados primários e de bons antecedentes - tendo as suas penas-base fixadas no mínimo legal -, que foram assistidos pela Defensoria Pública da União - o que seria pouco provável se integrassem uma organização criminosa ou se dedicassem a atividades criminosas, que costumam estar assessoradas por advogados muito bem remunerados -, bem como em respeito ao princípio da presunção de inocência, não cabe a inversão do ônus da prova feita pelo Juízo a quo, devendo os réus fazerem jus à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o, da Lei nº 11.343/2006.

5. No art. 33, § 4o, da Lei nº 11.343/2006 o legislador ordinário não previu critérios para a quantificação do percentual de redução da pena, limitando-se a estabelecer os requisitos para a sua aplicação - que devem estar presentes cumulativamente -, e a fixar o seu percentual mínimo e máximo, devendo serem observadas as circunstâncias judiciais objetivas e subjetivas do art. 59 do Código Penal, em conjunto com as mencionadas na Lei antidrogas (art. 42), que se referem, especificamente, à natureza e à quantidade de entorpecente.

6. Apelações providas. (TRF-2, ACR 7198/RJ, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data Decisão: 02-02-2010).

3. Conceito de bons antecedentes

Não há conceito legal para “bons antecedentes”, que é critério referido no art. 33 - §4º, da Lei de Drogas. A jurisprudência é imprecisa a este respeito. Doutrina mais recente oferece uma definição:

“Em relação ao conceito de bons antecedentes, grassa divergência na doutrina e na jurisprudência. Para uma corrente, inquéritos em curso e processos em andamento poderiam ser considerados maus antecedentes, assim como condenações não definitivas e aquelas em que já se ultrapassou o prazo de cinco anos do cumprimento ou extinção da punibilidade. Para outra, à luz do princípio da presunção de inocência, somente as sentenças condenatórias transitadas em julgado que não possuem força para caracterizar reincidência, em razão de ter sido ultrapassado o período depurador, poderiam ser utilizadas para fins de maus antecedentes. A questão é controversa até mesmo no STF. Preferimos a primeira posição, pois não se pode equiparar, para fins de aplicação de pena, o agente criminoso que possui diversos apontamentos em sua vida criminal com aquele que possui passado imaculado, sob pena de se ferir de morte o princípio da isonomia.” (Procuradores da República Paulo

Roberto Galvão de Carvalho e Andrey Borges de Mendonça, no livro Lei de Drogas – comentada artigo por artigo).

Inquéritos policiais e ações penais em curso não têm sido considerados pela jurisprudência como definidores da condição de maus antecedentes do condenado, para fins de cálculo da majoração da pena-base (enunciado 444 do STJ). O Superior Tribunal de Justiça considera inviável afastar a causa de diminuição de pena do art. 33 - §4º caso o condenado esteja nesta situação, porque caso não haja trânsito em julgado da condenação prevalece o princípio constitucional da não culpabilidade:

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (11 PEDRAS DE ‘CRACK’, EQUIVALENTE A 2,618 G - DOIS GRAMAS, SEISCENTOS E DEZOITO MILIGRAMAS). MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA NÃO APLICADA PELO MAGISTRADO SINGULAR, EM RAZÃO DA PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE, DE FATO, IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. ENTRETANTO, NA HIPÓTESE, OS MAUS ANTECEDENTES FORAM CONSIDERADOS SEM QUALQUER MENÇÃO À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADO EM JULGADO. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33

DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO É A HIPÓTESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. DESCABIMENTO. REQUISITOS DO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL, NÃO PREENCHIDOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades delituosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

2. A sentença condenatória negou ao Paciente a aplicação da minorante prevista art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão de seus maus antecedentes.

3. A existência de maus antecedentes impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça.

4. Na hipótese, contudo, segundo informações do Juízo sentenciante, à época da sentença condenatória, não havia condenação transitada em julgado em desfavor do Paciente, apenas processos ainda em curso. E, segundo o entendimento adotado tanto pelos Tribunais Superiores quanto pelo Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados como maus antecedentes.

5. Afastados os maus antecedentes do Paciente - única condição apontada para negar a aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 -, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.



6. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

7. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza da substância apreendida - 11 pedras de “crack”, equivalentes a 2, 618 g (dois gramas, seiscentos e dezoito miligramas) - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja, 2/3, considerada ainda a maior reprovabilidade do fato de que o Paciente traficava juntamente com um Adolescente. Assim, é razoável diminuir a pena tão somente em 1/3.

8. Ainda que afastados os maus antecedentes ante a inexistência, à época da sentença condenatória, de condenação transitada em julgado, a pena-base imposta ao Paciente não deve ser alterada. O Juiz sentenciante considerou como circunstâncias desfavoráveis ao Paciente, além dos maus antecedentes, a culpabilidade, as circunstâncias e os motivos do crime. A sentença condenatória destacou o fato do Paciente ter sido preso na companhia de Adolescente, o que, por si só, justifica a exasperação da pena-base, por não se tratar de circunstância normal ao tipo penal.

9. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

10. *No caso em apreço, o Juízo sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal. Dessa forma, incabível a fixação de regime prisional mais brando.*

11. *No caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o Paciente, conforme observado na sentença condenatória, não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.*

12. *Ordem parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, reconhecer a minorante prevista no art. 33 § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 e, por conseguinte reduzir a reprimenda imposta ao Paciente para 04 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado e 400 (quatrocentos) dias-multa.” (HC 180.949/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25-10-2011, DJe 07-11-2011)*

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INQUÉRITO POLICIAIS E AÇÕES PENAS EM CURSO. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 444/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinária quanto à dosimetria da pena imposta, - questão que, ademais, demandaria o revolvimento do

contexto fático-probatório -, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

II. É orientação jurisprudencial sumulada nesta Corte que inquéritos policiais e ações penais ainda em andamento não podem ser utilizados para aumentar a reprimenda do acusado acima do mínimo legal. Esse mesmo raciocínio também vem sendo empregado nas hipóteses de afastamento da causa especial de redução da pena prevista na Lei de Drogas, sob o argumento de que o condenado não possui bons antecedentes, requisito subjetivo previsto no dispositivo legal de regência.

III. In casu, constata-se flagrante constrangimento ilegal decorrente da violação ao princípio constitucional da não culpabilidade, na esteira de reiteradas decisões a impedirem que investigações criminais e processos judiciais em curso sirvam para valorar negativamente o acusado.

IV. Deve ser cassado acórdão combatido e restabelecida a sentença proferida no primeiro grau, diante do trânsito em julgado da condenação.

V. Writ não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

VI. Ordem concedida de ofício, nos termos do voto do Relator.” (HC 174.244/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13-09-2011, DJe 28-09-2011)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FIXAÇÃO ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO

POR DELITO ANTERIOR QUE TRANSITOU EM JULGADO ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. CARACTERIZAÇÃO. BENEFÍCIO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INVIABILIDADE.

1. *A valoração negativa de circunstâncias judiciais autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.*

2. *Na hipótese, foram considerados desfavoráveis os maus antecedentes, a conduta social, a personalidade e a culpabilidade do agente.*

3. *Na linha da iterativa jurisprudência desta Corte, a condenação por fatos anteriores, **transitada em julgado antes da prolação da sentença**, justifica a exasperação a título de maus antecedentes.*

4. *O artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 prevê a redução da reprimenda caso o agente seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminoso nem se dedique a tais atividades.*

5. *Não preenchidos os requisitos previstos na norma de regência, descabe falar em deferimento do benefício.*

6. *Mantida a sanção corporal no patamar de 6 (seis) anos, não se revela viável o acolhimento dos pedidos de substituição por restritivas de direitos ou de modificação do regime prisional.*

7. *Ordem denegada.”(HC 112.999/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16-11-2010, DJe 13-12-2010)*

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS PENAS EM ANDAMENTO. PRIMARIEDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE

APLICAÇÃO DA MINORANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável o afastamento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ao argumento de que o paciente possui maus antecedentes, em razão de inquéritos policiais e processos penais em andamento, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

2. Embora tecnicamente primário, infere-se que o acórdão combatido negou a aplicação da causa especial de diminuição em comento também por considerar que o sentenciado se dedicaria a atividades criminosas, já que estava sendo investigado pela prática dos crimes de receptação, lesão corporal, resistência e desobediência, o que demonstra, desse modo, não ser merecedor da benesse ora almejada.

3. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

4. Ordem denegada.

(HC 147.391/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07-10-2010, DJe 13-12-2010)º.

4. Quantidade de droga e art. 33 - §4º

Na aplicação do art. 33 - §4º, da Lei de Drogas, a sentença deve levar em consideração a quantidade da droga apreendida para que reste caracterizado o envolvimento do réu na organização criminosa?

5. Sucessão de leis no tempo: combinação da Lei Nº 6.368/76 com a Lei Nº 11.343/06

Outra controvérsia relevante que deriva da Lei nº 11.343/06 concerne à possibilidade de combinação de suas normas com as da Lei nº 6.368/76. Cuida-se da aplicação de leis que se sucedem no tempo.

No Supremo Tribunal Federal, a questão foi decidida pelo Plenário em julgamento concluído em 13.10.2011, cujo acórdão tem esta ementa:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FIGURA DO PEQUENO TRAFICANTE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAIS. APLICAÇÃO AOS CONDENADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente 'generosa'.*

2. *Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma.*

3. *A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos.*

4. ***O que a Lei das Leis rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benefazejo.***

5. *A Constituição da República proclama é a retroatividade dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais benefazeja do que a norma igualmente penal até então vigente. Caso contrário, ou seja, se a norma penal mais nova consubstanciar política criminal de maior severidade, o que prospera é a vedação da retroatividade.*

6. A retroatividade da lei penal mais benfazeja ganha clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decai da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito.

7. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Carta Magna, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88).

8. O tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes já figurava no art. 12 da Lei 6.368/1976, de modo que o ineditismo regratório se deu tão-somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Afora pequenas alterações redacionais, tudo o mais se manteve substancialmente intacto.

9. *No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retroincidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo: o art. 12 da Lei 6.368/1976, a incidir por ultra-atividade. O novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal.*

10. *Recurso extraordinário desprovido.”(RE nº 596152, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto).*

Apesar do empate na votação, a Corte adotou a tese mais favorável ao recorrido (RISTF, art. 146), para admitir a aplicação retroativa do art. 33-§4º ao crime de tráfico de drogas praticado durante a vigência da Lei nº 6.368/76. Confira-se o trecho do informativo semanal da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que elucida o posicionamento firmado neste julgamento:

“Em conclusão de julgamento, o Plenário, ante empate na votação, desproveu recurso extraordinário em que se discutia a aplicabilidade, ou não, da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sobre condenações fixadas com base no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76, diploma normativo este vigente à época da prática do delito — v. Informativos 611 e 628. Além disso, assentou-se a manutenção da ordem de *habeas corpus*, concedida no STJ em favor do ora recorrido, que originara o recurso. Na espécie, o recorrente, Ministério Público Federal, alegava afronta ao art. 5º, XL, da CF (‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’), ao argumento de

que a combinação de regras mais benignas de 2 sistemas legislativos diversos formaria uma terceira lei. Aduziu-se que a expressão ‘lei’ contida no princípio insculpido no mencionado inciso referir-se-ia à norma penal, considerada como dispositivo isolado inserido em determinado diploma de lei. No ponto, destacou-se que a discussão estaria na combinação de normas penais que se friccionassem no tempo. Afirmou-se, ademais, que a Constituição vedaria a mistura de normas penais que, ao dispor sobre o mesmo instituto legal, contrapusessem-se temporalmente. Nesse sentido, reputou-se que o fato de a Lei 11.343/2006 ter criado a figura do pequeno traficante, a merecer tratamento diferenciado — não contemplada na legislação anterior — não implicaria conflito de normas, tampouco mescla, visto que a minorante seria inédita, sem contraposição a qualquer regra pretérita. Por se tratar de pedido de *writ* na origem e em vista de todos os atuais Ministros do STF terem votado, resolveu-se aplicar ao caso concreto o presente resultado por ser mais favorável ao paciente com fundamento no art. 146, parágrafo único, do RISTF (“Parágrafo único. No julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus* proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente”). Nesse tocante, advertiu-se que, apesar de a repercussão geral ter sido reconhecida, em decorrência da peculiaridade da situação, a temática constitucional em apreço não fora consolidada.

O Min. Cezar Peluso, Presidente, frisou o teor do voto proferido pela 2ª Turma no julgamento do HC 95435/RS (DJe de 7.11.2008), no sentido de entender que aplicar a causa de diminuição não significaria baralhar e confundir normas, uma vez que o juiz, ao assim proceder, não criaria lei nova, apenas se movimentaria dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Além disso, consignou que se deveria cumprir a finalidade e a *ratio* do princípio,

para que fosse dada correta resposta ao tema, não havendo como se repudiar a aplicação da causa de diminuição também a situações anteriores. Realçou, ainda, que a vedação de convergência de dispositivos de leis diversas seria apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional. O Min. Celso de Mello, a seu turno, enfatizou que o citado pronunciamento fora ratificado em momento subsequente, no julgamento de outro *habeas corpus*. Acresceu que não se cuidaria, na espécie, da denominada ‘criação indireta da lei’. Ato contínuo, assinalou que, mesmo se fosse criação indireta, seria preciso observar que esse tema haveria de ser necessariamente examinado à luz do princípio constitucional da aplicabilidade da lei penal mais benéfica.

De outro lado, o Min. Ricardo Lewandowski, relator, dava provimento ao recurso do *parquet* para determinar que o juízo da Vara de Execuções Penais aplicasse, em sua integralidade, a legislação mais benéfica ao recorrido, no que fora acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio. Ressaltava a divisão da doutrina acerca do tema. Entendia não ser possível a conjugação de partes mais benéficas de diferentes normas para se criar uma terceira lei, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Afirmava que a Constituição permitiria a retroatividade da lei penal para favorecer o réu, mas não mencionaria sua aplicação em partes. Registrava que a Lei 6.368/76 estabelecia para o delito de tráfico de drogas uma pena em abstrato de 3 a 15 anos de reclusão e fora revogada pela Lei 11.343/2006, que cominara, para o mesmo crime, pena de 5 a 15 anos de reclusão. Evidenciava, dessa maneira, que a novel lei teria imposto reprimenda mais severa para aquele tipo penal e que o legislador se preocupava em diferenciar o traficante organizado do pequeno traficante. Acrescentava haver cor-

relação entre o aumento da pena-base mínima prevista no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006 e a inserção da causa de diminuição disposta em seu § 4º. Explicitava que, ao ser permitida a combinação das leis referidas para se extrair um terceiro gênero, os magistrados atuavam como legisladores positivos. Por fim, ponderava que se poderia chegar à situação em que o delito de tráfico fosse punido com pena semelhante às das infrações de menor potencial ofensivo. Concluía que, na dúvida quanto à legislação mais benéfica em determinada situação, dever-se-ia examinar o caso concreto e verificar a lei que, aplicada em sua totalidade, fosse mais favorável.

O Min. Luiz Fux apontava afronta ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), pois a *lex tertia*, aplicada pelo STJ, conceberia paradoxo decorrente da retroação da lei para conferir aos fatos passados situação jurídica mais favorável do que àqueles praticados durante a sua vigência. Dessumia que a aplicação da retroatividade da lei ‘em tiras’ consistiria em velada deturpação da nova percepção que o legislador, responsável por expressar os anseios sociais, manifestara sobre a mesma conduta. Indicava, ademais, violação a outros fundamentos da Constituição: o princípio da legalidade e a democracia. Criar-se-ia, com a tese por ele refutada, regra não prevista na lei antiga nem na lei nova, que não experimentaria do batismo democrático atribuído à lei formal. Destacava que a questão reclamaria, portanto, o que se denominara como ‘sistema da apreciação *in concreto*’ em conjunto com o princípio da alternatividade, para resolver pela aplicação da lei antiga ou da lei nova, uma ou outra, integralmente. O Min. Marco Aurélio, por sua vez, aduzia que, com a Lei 11.343/2006, houvera, também, a exacerbação das penas relativas à multa. Assegurava que, naquele contexto, cuidara-se, para situações peculiares, de uma causa de diminuição da reprimenda, ao inseri-la no artigo. No aspecto, sa-



lientava que o parágrafo seria interpretado segundo o artigo. A razão de ser do preceito seria mitigar a elevação do piso em termos de pena restritiva da liberdade de 3 para 5 anos. Por esse motivo, entendia haver mesclagem de sistemas, ao se manter a pena da Lei 6.368/76 adotando-se, contudo, a causa de diminuição que estaria jungida à cabeça do art. 33 da outra norma. Asseverava que, ao se proceder dessa maneira, colocar-se-ia em segundo plano o princípio unitário e criar-se-ia novo diploma para reger a matéria.” (Informativo nº 644)

Contudo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Seção nega retroatividade ao artigo 33 - §4º a crimes praticados na vigência da Lei nº 6368/76, mediante combinação de trechos de cada uma destas normas. Determina a aplicação de uma ou de outra norma, conforme for melhor para o acusado:

“PENAL. RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO PELO E. TRIBUNAL A QUO DE DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE EM SEDE DE WRIT. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONTIDO NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. ACÓRDÃO PROFERIDO COM FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

I - Tendo o e. Tribunal a quo, nos limites da decisão atacada, fundamentado especificamente a impossibilidade de aplicação da minorante contida no dispositivo do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, não se vislumbra, na hipótese, ofensa à autoridade de decisão proferida anteriormente por esta Corte, ensejadora de reclamação, nos termos do art. 105, inciso I, alínea “f”, da Constituição Federal.

II - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

III - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.

IV - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei n.º 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador (EResp 1.094.499/MG, 3ª Seção, de minha relatoria, julgado em 28/04/2010; HC 151.442/SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJe de 07/06/2010; HC 146.476/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 10/05/2010; HC 144.364/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 12/04/2010).

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.



Reclamação improcedente.” (Rcl 3.546/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23-06-2010, DJe 29-09-2010)

“PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO PRETÓRIO EXCELSO. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da lex mitior, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma inculpada no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.

III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, incorrendo, desarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, 1ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão). Embargos de divergência providos. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006.” (EREsp 1094499/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12-05-2010, DJe 18-08-2010)

A Quinta e a Sexta Turmas seguem a orientação da Terceira Seção, a teor dos seguintes precedentes:

“DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. (1) PENA-BASE. REFERÊNCIA A ELEMENTOS CONCRETOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (2) CONTINUIDADE. DELITIVA. CONDIÇÕES DE TEMPO: DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. MODO DE EXECUÇÃO: DIVERSIDADE ENTRE OS CRIMES. (3) MAJORANTE DA INTERNACIONALIDADE. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DO PATAMAR MÍNIMO DA LEI NOVA. COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A fixação da pena-base deve ser lastreada em dados concretos, que se refiram a aspectos externos à descrição típica. Não há falar em carência de motivação no incremento da pena-base quando indicados elementos concretos. In casu, foram apontadas a qualidade (cocaína) e a quantidade da droga (cerca de três quilos em uma ocasião, e meio quilo em outra), além do acondicionamento ardiloso da droga em fundo falso da mala, em um dos fatos, e, a determinação à “mula” de ingestão de 71 cápsulas contendo o entorpecente, noutro.

2. *Para o reconhecimento da minorante do crime continuado é imprescindível a demonstração de semelhantes condições de tempo, espaço e modo de execução entre os diversos crimes. Na espécie, diante da não apresentação de cópia da denúncia, comprometeu-se sobremaneira o exame de similitude. Ademais, distinguem-se os fatos em razão do modo de execução, visto que, diferentemente do primeiro delito, no segundo, foi determinado ao transportador a ingestão da droga em cápsulas.*

3. *É inviável a aplicação do teor da minorante do art. 40, I, da Lei 11.343/06 sobre a pena estabelecida com fulcro no preceito secundária do art. 12 da Lei 6.368/76, sob pena de se engendrar uma terceira lei. A Sexta Turma, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, deliberou aplicar a Lei nº 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga. Afirmou-se a possibilidade de aplicação da lei mais benéfica ao réu em sua integralidade, mas pela impossibilidade de combinação de leis.*

Hipótese em que o Tribunal de origem analisou as peculiaridades do caso e concluiu que a lei mais nova, aplicada em sua integralidade, é mais gravosa ao réu.

4. *Ordem denegada.*” (HC 150.719/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22-11-2011, DJe 05-12-2011)

“TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMETIMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE AOS FATOS



ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO MOTIVADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena cominada ao delito do art. 33 da Lei 11.343/06.

2. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que, tratando-se a nova regra prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, devendo a mitigação incidir sobre a sanção cominada na Lei 6.368/76. Precedentes da Sexta Turma do STJ e do STF.

3. Inocorre constrangimento ilegal quando a Corte originária entende que os agentes não satisfazem as exigências para a aplicação da nova causa de especial redução de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, diante da natureza e da expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder dos réus, bem como toda a organização e divisão de tarefas para o transporte da substância entorpecente para o exterior, circunstâncias que levaram à conclusão de que se dedicariam a atividades criminosas.

4. *Eventual conclusão no sentido de que os condenados não se dedicavam à atividades ilícitas demandaria o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.*

5. *Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.” (HC 165.010/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22-11-2011, DJe 19-12-2011)*

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RECEPÇÃO (ART. 12, CAPUT DA Lei 6.368/76 E ART. 180 DO CPB). PENAS CONCRETIZADAS EM 8 ANOS DE RECLUSÃO PARA O DELITO DE TRÁFICO E 1 ANO DE RECLUSÃO PARA O DELITO DE RECEPÇÃO, AMBAS EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA CULPABILIDADE PELA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (MAIS DE 11 Kg DE MACONHA). 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. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O ACUSADO OU SENTENCIADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO SÓ E APENAS PARA A ANÁLISE DA 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 FAVOREÇA O PACIENTE, NO ENTANTO.

1. Ausente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal foi devidamente justificada pelo Julgador, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A quantidade de droga apreendida (mais de 11 Kg de maconha) e as consequências do crime (tal quantidade de entorpecente atinge um número muito maior de pessoas) constituem justificativas idôneas para a elevação da pena-base.

3. 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.

4. 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 àquelas 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.

5. 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.

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. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

8. Ordem parcialmente concedida, tão só e apenas para a análise da 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, no entanto.

(HC 143.373/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 01-12-2009, DJe 01-02-2010)."

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA Lei 6.368/76. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO § 4o. DO ART. 33 DA Lei 11.343/06 (NOVA Lei de Drogas). INADMISSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O SENTENCIADO. PROVIDÊNCIA TOMADA PELA CORTE A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, parág.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. A 5a. Turma tem entendido ser inviável a combinação das Leis 6.368/76 e 11.343/06 para os fins do § 4o. do art. 33 da Nova Lei de Drogas, devendo ser aplicada em sua integralidade, uma ou 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.

3. In casu, o acórdão objurgado apontou expressamente que deixou de aplicar em sua integralidade o texto da Lei 11.343/06 em razão de esta vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, benesse concedida à paciente, sendo, portanto, mais benéfica a aplicação da Lei 6.368/76.

4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 100.902/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 01-12-2009, DJe 22-02-2010).”

6. Tráfico privilegiado: crime hediondo

O crime de tráfico de drogas é definido como hediondo pela Constituição (art. 5º - XLIII). A causa de diminuição de pena do art. 33 - §4º, da Lei nº 11.343/06 abranda a punição do traficante. Todavia, mesmo que ele faça jus à redução de pena, o crime continua a ser hediondo, porque o crime de tráfico de drogas não é tipificado no §4º, mas no *caput* e no §1º do art. 33, da Lei de Drogas, e é definido como crime hediondo na Constituição.

As duas Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça mantêm o tratamento de crime hediondo ao tráfico de drogas, mesmo na forma privilegiada, quando aplica a causa de diminuição de pena:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (“TRÁFICO PRIVILEGIADO”). AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NOVO TIPO PENAL. INADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRAZOS PREVISTOS PARA OS CRIMES COMUNS. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de que 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.

2. Se o tráfico de drogas (ilícito penal assemelhado a hediondo) foi praticado na vigência da Lei nº 11.464/2007, devem incidir os lapsos temporais 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, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/2006 para o livramento condicional.

3. Ordem denegada.” (HC 219.960/MS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 22-11-2011, DJe 05-12-2011)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS COM APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. INAPLICABILIDADE DO PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 112 DA LEP. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não tem o condão de afastar a equiparação constitucionalmente estabelecida entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos. Consequentemente, impõe-se a exigência do cumprimento de 2/5 (dois quintos) ou de 3/5 (três quintos) da pena imposta, como requisito objetivo para a progressão de regime, trazida pela Lei n.º 11.464/07.

2. Ordem denegada.” (HC 197.387/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13-09-2011, DJe 28-09-2011)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. HIPÓTESE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS.

I - O crime de tráfico de drogas cuja tipificação se encontra no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 é, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), considerado figura equiparada aos crimes hediondos assim definidos em lei (Lei nº 8.072/90), sujeitando-se, por conseguinte, ao tratamento dispensado a tais crimes.

II - A pretendida descaracterização do tráfico de drogas como crime equiparado aos hediondos quando incidente a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não se justifica.

III - O art. 2º, caput, da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o anteriormente citado dispositivo constitucional, equipara aos crimes hediondos o “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, sem qualquer ressalva aos casos em que a pena imposta é reduzida de 1/6 a 2/3 em razão de o agente ser primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedicar nem integrar organização criminosa (STF: decisão liminar no HC 102.881/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 11/03/2010).

IV - A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.

V - Acrescente-se, também, que a vedação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida no próprio § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, serve para demonstrar que a autorização para a redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime.

VI - Frise-se, ainda, que nem mesmo o pretendido paralelo traçado em relação ao homicídio privilegiado se mostra pertinente, porquanto ao contrário do que ocorre em relação ao crime contra a vida, no imprópriamente denominado “tráfico privilegiado”, as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar.

VII - Enfim, a aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas.

VIII - “Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33,

§ 4º, da Lei n.º 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.” (HC 143361/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23-02-2010, DJe 08-03-2010).

IX - Sendo assim, na hipótese dos autos de toda descabida se mostra a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação do regime inicial aberto ex via arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/2006 e art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Habeas corpus denegado. (HC 149942/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06-04-2010, DJe 03-05-2010)

TRÁFICO. DIMINUIÇÃO. PENA. HEDIONDEZ. O crime de tráfico de drogas (caput e § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006), por expressa disposição constitucional (art. 5º, XLIII, da CF/1988), é figura equiparada, sem ressalvas, aos crimes hediondos tal como definidos em lei (Lei n. 8.072/1990), daí se sujeitar ao tratamento dispensado a esses crimes.

Assim, não se justifica afastar essa equiparação pelo só motivo de que incidente a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois tal incidência não implica desconsiderar as razões que levaram o próprio texto constitucional a prever tratamento rigoroso ao tráfico.

Acrescente-se que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também prevista no § 4º do referido artigo de lei, presta-se a demonstrar que a previsão da redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime.

Nem sequer o alegado paralelo com o homicídio privilegiado mostra-se pertinente, visto que, contrariamente ao que ocorre nos crimes contra a vida, no impropriamente nominado “tráfico privilegiado”, as circunstâncias que se consideram para diminuir a pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar: a aplicação da referida causa de diminuição da pena do tráfico interfere na quantidade da pena, não na qualificação ou natureza do malsinado crime. Sendo assim, na hipótese em questão, é descabida a pretensão de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como de fixar o regime inicial aberto (arts. 33, § 4º, e 44 da Lei nº 11.343/2006 e art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990). Precedentes citados do STF: liminar no HC 102.881-SC, DJe 11-03-2010; do STJ: HC 143.361-SP, DJe 08-03-2010. HC 149.942-MG, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 06-04-2010.

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. HIPÓTESE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS.

I - O crime de tráfico de drogas cuja tipificação se encontra no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 é, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), considerado figura equiparada aos crimes hediondos assim definidos em lei (Lei nº 8.072/90), sujeitando-se, por conseguinte, ao tratamento dispensado a tais crimes.

II - A pretendida descaracterização do tráfico de drogas como crime equiparado aos hediondos quando incidente a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não se justifica.

III - O art. 2º, caput, da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o anteriormente citado dispositivo constitucional, equipara aos crimes hediondos o “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, sem qualquer ressalva aos casos em que a pena imposta é reduzida de 1/6 a 2/3 em razão de o agente ser primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedicar nem integrar organização criminosa (STF: decisão liminar no HC 102.881/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 11/03/2010).

IV - A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.

V - Acrescente-se, também, que a vedação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida no próprio § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, serve para demonstrar que a autorização para a redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime.

VI - Frise-se, ainda, que nem mesmo o pretendido paralelo traçado em relação ao homicídio privilegiado se mostra pertinente, porquanto ao contrário do que ocorre em relação ao crime contra a vida, no impropriamente denominado “tráfico privilegiado”, as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar.

VII - Enfim, a aplicação do causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas.

VIII - “Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.” (HC 143361/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23-02-2010, DJe 08-03-2010).

IX - Sendo assim, na hipótese dos autos de toda descabida se mostra a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação do regime inicial aberto ex via arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei n.º 11.343/2006 e art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90. Habeas corpus denegado.” (HC 149.942-MG, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 0-/04-2010, Dje de 03-05-2010)

Em sentido contrário, há julgados dos Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul e de Minas Gerais que entendem que o chamado *tráfico privilegiado* não é crime hediondo:

“PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DE PENA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO – POSSIBILIDADE DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – ALTERAÇÃO OPERADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)



Considerando que o crime de tráfico privilegiado não é hediondo, cumpridos os requisitos gerais, o agente condenado por tal delito poderá iniciar sua pena no regime aberto e ter a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.

(TJMS, 2ª Turma Criminal, AC nº 2009.022791-9/0000-00 - Campo Grande, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, j. em 05-10-2009) (sem grifos no original)

“REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – CONDENAÇÃO NAS PENAS DA Lei 11.343/06 - PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA CONFORME A Lei 6.368/76 VIGENTE À ÉPOCA DA PRÁTICA CRIMINOSA – RETROATIVIDADE DO §4.º, DO ART. 33, DA Lei 11.343/06 – COMBINAÇÃO DE LEIS – POSSIBILIDADE – RÉU QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS – MINORANTE RECONHECIDA – PENA REDIMENSIONADA – PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS – FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – ADMISSIBILIDADE – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ - REVISÃO PROCEDENTE. (...)”

A figura do tráfico privilegiado, resultado da incidência do §4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, é incompatível com a natureza hedionda do crime, podendo haver substituição de pena restritiva de direitos, preenchidos os requisitos.

(TJ/MS, Seção Criminal, Revisão Criminal nº 2009.009748-8/0000-00 - Ponta Porã, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, j. em 16-09-2009) (sem grifos no original)

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, Lei N. 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE SE UTILIZOU DO TRANSPORTE PÚBLICO SOMENTE PARA TRANSPORTAR A DROGA – RECURSO DEFENSIVO – AFASTAMENTO DO TRÁFICO DA MAJORANTE DO INTERESTADUAL – AUSÊNCIA DE TRANSPOSIÇÃO DA FRONTEIRA – PRETENDIDA MAJORAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE 1/2 PARA 2/3 – ALEGADO BIS IN IDEM – NÃO OCORRÊNCIA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – HEDIONDEZ DO CRIME AFASTADA – MODIFICAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEMIABERTO – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO E RECURSO DEFENSIVO PROVIDO PARCIALMENTE. (...)”

O crime de tráfico-privilegiado não pode ser considerado hediondo, ante a ausência de previsão legal, razão pela qual não lhe é restringida a fixação de regime mais brando, em face da não aplicação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. (TJ/MS, 2ª Turma Criminal, AC 2009.016468-6/0000-00 - Ponta Porã, Rel. Des. Claudionor Miguel Abs Duarte, j. Em 20-07-2009) (sem grifos no original)

O tráfico ilícito de entorpecentes, por ser crime hediondo, tem tratamento penal mais rigoroso, estabelecido pela Constituição. O art. 5º-XLIII proíbe a concessão de liberdade provisória, de graça e de anistia a condenados por tráfico de drogas.

Contudo, o art. 8º - I, do Decreto nº 6.706/08 autorizou a concessão de indulto aos condenados com fundamento nos § 2º e 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06:

“Art. 8º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os condenados:



I- por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos do art. 33 a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, excetuadas as hipóteses previstas nos §§2º ao 4º do artigo citado, desde que a conduta típica não tenha configurado a prática de mercancia;”

O decreto de indulto veda expressamente a concessão de indulto aos condenados por crime de tráfico de entorpecentes e por crimes hediondos. Excepciona, contudo, a sua própria regra geral, ao estabelecer que se aplica aos condenados por crime de tráfico desde que inseridos nas hipóteses previstas nos parágrafos 2º ao 4º do art. 33, da Lei nº11.343/2006, desde que não tenha sido configurada a prática da mercancia. Esta exceção é incompatível com a Constituição e não tem o condão de descaracterizar a hediondez do crime tipificado no art. 33 - §4º, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. INDULTO. NÃO CABIMENTO. CRIME HEDIONDO. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DELITO NÃO HEDIONDO. HIPÓTESE DIVERSA. VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não desnatura a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

II. É vedada a concessão de indulto a crimes hediondos e equiparados. Inteligência do art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/90.

III. As espécies de homicídio não explicitadas na lei dos crimes hediondos, tal como sua figura privilegiada, não são consideradas como tais, por haver a explicitação na Lei nº 8.072/90 das características

peculiares que imprimem às figuras típicas o caráter repugnante, sendo que a hipótese da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, diversamente daquela, tem por objeto o histórico do criminoso, e não as características do crime praticado.

IV. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 não constitui tipo penal distinto do caput do mesmo artigo, sendo, portanto, aplicável a vedação ao indulto contida no art. 44, da Lei n.º 11.343/2006.

V. Recurso desprovido.” (RHC 28.919/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24-05-2011, DJe 15-06-2011)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INDULTO. NÃO CABIMENTO. CRIME HEDIONDO. VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44, DA LEI Nº 11.343/06. ORDEM DENEGADA.

I - A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não desnatura a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

II - É vedada a concessão de indulto a crimes hediondos e equiparados. Inteligência do art. 2º, inciso I, da Lei n.º 8.072/90.

III - A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não constitui tipo penal distinto do caput do mesmo artigo. Aplicável a vedação ao indulto contida no art. 44, da Lei n.º 11.343/06.

IV - Ordem denegada.” (HC 149.032/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26-10-2010, DJe 22-11-2010)

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INDULTO OU COMUTAÇÃO. DECRETO 6.706/08. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA.

INCIDÊNCIA NA QUANTIDADE DE PENA E NÃO NA NATUREZA DO ILÍCITO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. *Não é possível a concessão da comutação da pena, espécie de indulto, a condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, delito equiparado a hediondo. Inteligência dos arts. 2º, I, da Lei 8.072/90 e 8º do Decreto 6.706/08.*

2. *A Quinta Turma deste Superior Tribunal já se manifestou no sentido de que a incidência da causa de diminuição de pena não elide o caráter hediondo do crime, uma vez que interfere apenas na quantidade de pena a ser aplicada e não na natureza do ilícito penal (tráfico ilícito de entorpecentes).*

3. *Ordem denegada.” (HC 147.982/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27-05-2010, DJe 21-062010)*

7. Natureza do vínculo no crime de associação para tráfico de drogas

A caracterização do crime de associação para o crime de tráfico, previsto no art. 35, da Lei de Drogas, depende da natureza e da estabilidade do vínculo mantido entre os associados, membros da quadrilha. A estabilidade ou a eventualidade do crime distinguem a coautoria da associação para o tráfico. Tendo sido mantida na nova lei a cláusula “reiteradamente ou não”, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de pessoas não configura o crime (HC 137471/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02-09-2010).

Neste sentido, a jurisprudência da Quinta e da Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. RECONHECIMENTO PELA CORTE ESTADUAL DE QUE TERIA HAVIDO ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE OU PERMANÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. TRANCAMENTO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. Diante da expressão “reiteradamente ou não”, contida no caput do artigo 35 da Lei 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável.

2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.

3. O Tribunal a quo, tendo reconhecido que a reunião do paciente e os demais corréus teria sido eventual, a admitiu como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, o que contraria a interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas.

4. Não havendo qualquer registro, quer na denúncia, na sentença condenatória, ou no aresto objurgado, de que a associação do paciente com os demais sete corréus teria alguma estabilidade ou caráter permanente, não há que se falar no delito de associação para o tráfico, estando-se diante de mero concurso de pessoas.

(...) (HC 208.886/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08-11-2011, DJe 01-12-2011).

“Drogas (tráfico ilícito). Associação para o tráfico (condenação). Mera eventualidade (caso).

1. O delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 não se configura diante de associação eventual, mas apenas quando estável e duradoura, não se confundindo com a simples coautoria. Precedentes.

2. No caso dos autos, em nenhum momento foi feita referência ao vínculo associativo permanente porventura existente entre os agentes, mas apenas àquele que gerou a acusação pelo tráfico em si.

Inviável, pois, manter a condenação pela associação, pois meramente eventual.

3. Ordem concedida para se excluir da condenação a figura do art. 35 da Lei nº 11.343/06.

(HC 149.330/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 06-04-2010, DJe 28-06-2010).”

8. Causas de aumento de pena

As causas de aumento previstas no art. 40 da Lei nº 11.343/2006 são alvo de controvérsia.

Uma discussão relevante diz respeito à possibilidade de aplicação conjunta das causas de aumento previstas nos incisos I e V do art. 40⁶. O inciso I estabelece a incidência da majorante nos casos de

⁶ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

transnacionalidade do tráfico de drogas e o inciso V nos casos em que o tráfico for praticado entre estados ou entre estados e o Distrito Federal, ou seja, de forma interestadual.

Ambas as causas de aumento podem incidir conjuntamente, o que deve ser averiguado no caso concreto. O tráfico pode ser a um só tempo interestadual e internacional, de modo que por esta extensão no *iter criminis* pode haver dupla majoração da pena. Deve-se verificar, também, se a passagem pelos diversos Estados decorre de mera escala/conexão de vôo.

A questão ainda não chegou ao Supremo Tribunal Federal nem ao Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem jurisprudência conflitante sobre esta questão, ora admitindo a dupla majoração ora negando-a:

“PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, CAPUT , C/C 40, I E V, AMBOS DA Lei 11.343/06. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA.

I - Aceita-se como prova a confissão do réu perante a autoridade policial, desde que sem coação e em harmonia com as demais provas produzidas nos autos, conforme se verifica na hipótese. Precedentes.

II - Foi comprovado nos autos, por meio da prisão em flagrante, confissão do réu perante a autoridade policial e demais provas produzidas, que o apelante, agindo com consciência e vontade, introduziu em território nacional 1.160 g (um mil e cento e sessenta gramas) de cocaína proveniente do Peru e transportava a droga em viagem interestadual, correta, pois, a sentença que o condenou pela prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c 40, I e V, ambos da Lei 11.343/06.

III - Dosimetria da pena do apelante calculada em consonância com o art. 42 da Lei 11.343/06 e 59 e 68 do CP.



IV - Aplicado o benefício da confissão espontânea, nos termos do art. 65, III, “d”, do CP, embora o apelante tenha parcialmente se retratado em Juízo.

V - O caput do art. 40 da Lei 11.346/06 prevê aumento de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), caso a conduta do agente se enquadre em algum dos seus incisos. Na hipótese dos autos, corretamente aplicadas as causas de aumento previstas pelo art. 40, I (transnacionalidade) e V (tráfico entre estados da federação).

VI- Apelação desprovida. (ACR 200741010020254, JUIZ FEDERAL CESAR JATAHY FONSECA (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, 17-12-2009)

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DROGAS. INTERNACIONALIDADE E INTERESTADUALIDADE. CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ASSOCIAÇÃO.

1. Evidenciada a transnacionalidade do tráfico, competente é a Justiça Federal para processar e julgar a causa.

2. Correta a sentença que condenou o apelante pela prática do tráfico de drogas, pois, sendo ele proprietário do automóvel, previamente adaptado, com fundos falsos, para transportar a droga, inverossímil se mostra sua alegação de que desconhecia a existência da substância entorpecente no veículo.

3. Descabe aplicação concomitante das causas de aumento decorrentes da internacionalidade (art. 40, I, Lei 11.343/06) e do tráfico entre Estados da Federação (art. 40, V, da Lei 11.343/06). A aplicação indistinta da causa de aumento, somente porque a droga, provinda do exterior, percorreu mais de um ente federativo até ser interceptado o veículo que a transportava, ofende o princípio da individualização da pena e acarreta bis in idem.

4. Réu primário, possuidor de bons antecedentes e que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. 5. Para caracterização do delito autônomo de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, é necessária a comprovação de união estável e duradoura. O liame associativo esporádico, caracterizado nos autos, não pode ser apenado, porquanto a referida Lei 11.343/06 promoveu sua abolitio criminis. (ACR 200738020040034, JUIZ TOURINHO NETO, TRF1 – TERCEIRA TURMA, 14-08-2009)

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ART. 33 C/C O ART. 40, I, DA Lei 11.343/06. RESTITUIÇÃO DE BENS E VALORES. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE PENA DE MULTA. ASSOCIAÇÃO. AGRAVANTES GENÉRICAS. CUMULAÇÃO DE CAUSAS DE AUMENTO DO ART. 40, I E V, DA Lei 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE.

1. A declaração do réu, de que a droga com ele apreendida foi trazida do Peru, é suficiente para caracterizar a transnacionalidade do tráfico de drogas.

2. Terceiro de boa-fé não pode ser alcançado por pena de perdimento de automóvel utilizado para o tráfico, contanto que comprove, de forma inequívoca, a propriedade do bem, o que não ocorreu no caso. O simples fato de constar seu nome no CRLV não garante que ainda fosse proprietário do veículo, tanto mais que o próprio apelante já havia afirmado que vendera a caminhonete, meses antes da apreensão, fato corroborado pelas afirmações do réu, preso com o veículo.

3. Estando evidenciada a origem ilícita do dinheiro apreendido com o acusado, e que o numerário serviria para financiar o tráfico de drogas, correto seu perdimento em favor da União.

4. Miserabilidade econômica não justifica a exclusão da pena de multa, por total ausência de amparo legal. Deve ela apenas ser observada para se estabelecer o quantum dessa reprimenda.

5. Conclusão do laudo de perícia papiloscópica, atestando a existência de impressões digitais do acusado no invólucro da droga, prevalece quando este não apresenta elementos que possam infirmar tal laudo e o conjunto probatório indica ter ele, de fato, atuado de forma volitiva na empreitada criminosa.

6. Não havendo circunstâncias peculiares outras, que demonstre maior grau de reprovabilidade da conduta dos acusados, a causa de aumento decorrente da internacionalidade do tráfico deve ser fixada em 1/6 (um sexto).

7. Para caracterização do delito autônomo de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, é necessária a comprovação de união estável e duradoura. O liame associativo esporádico, caracterizado nos autos, não pode ser apenado, porquanto a nova Lei de tráfico promoveu sua abolitio criminis. Precedentes do STJ.

8. É descabida a aplicação concomitante das causas de aumento decorrentes da internacionalidade (art. 40, I, Lei 11.343/06) e do tráfico entre Estados da Federação (art. 40, V, da Lei 11.343/06). É sabido que praticamente toda a cocaína apreendida no Brasil ingressa por um Estado fronteiriço com países produtores, transitando por mais de um ente federativo, até chegar aos grandes centros consumidores, localizados no sul/sudeste, o que imporia aplicação indistinta da causa de aumento, com evidente ofensa ao princípio da individualização da pena. A intenção do legislador fora punir o tráfico entre Estados da Federação em si

mesmo, ou seja, aquele que parte de um centro distribuidor nacional e se ramifica com outros Estados, e não o tráfico provindo do exterior e todo o seu percurso até chegar a algum Estado da Federação.

9. Se a atividade criminosa resolveu-se de maneira natural e própria para crimes da espécie, sem nenhuma evidência de atuação específica do acusado, como mentor ou “cabeça” do crime, não se justifica a aplicação da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal.

10. A paga ou a recompensa são inerentes ao comércio proibido de drogas, motivo pelo qual não deve ser aplicada a agravante do art. 62, IV, do Código Penal, sobre as penas dos acusados. (ACR 200730000005686, DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, 06-03-2009)

9. Causa de aumento: transporte público

A causa de aumento da parte final do inciso III⁷ do art. 40 da Lei de Drogas causa divergência jurisprudencial: trata-se do tráfico em transporte público.

Decisões recentes da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça admitem que a majorante aplica-se sempre que o acusado portar a droga em transporte público, independente de haver ou não atividade de oferecimento ou de comércio da droga no interior do veículo. A maior potencialidade do dano e a dificuldade de atuação

⁷ Art. 40 III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais **ou em transportes públicos**;

policial dentro de veículos de transporte pública são justificativas da causa de aumento de pena⁸, segundo a jurisprudência. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ATENUANTE DA CONFISSÃO E DA MENORIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. TRANSNACIONALIDADE E INFRAÇÃO COMETIDA NO INTERIOR DE TRANSPORTE PÚBLICO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. MUTATIO LIBELLI. INOCORRÊNCIA.

1. A existência de circunstâncias atenuantes não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231/STJ.

2. A considerável quantidade de entorpecente é justificativa idônea para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 o patamar máximo previsto na norma de regência.

3. No caso, a paciente foi presa em flagrante quando trazia consigo, sob suas vestes, 872,96 g de cocaína (acondicionada em 80 cápsulas), advinda da Bolívia. Assim, não há ilegalidade na fixação do percentual inferior a 2/3 (dois terços).

4. É aplicável as causas de aumento da transnacionalidade e da infração cometida nas dependências de transporte público (art. 40, I e III, da Lei nº 11.343/06), uma vez que as instâncias de origem reconheceram que a paciente recebeu droga da Bolívia e que a transportava em um ônibus coletivo.

⁸ Moraes, Alexandre de, Legislação penal especial / Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Samio.- 10.ed. - São Paulo: Atlas, 2008, p. 134.

5. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ.

6. De se ver que “conforme entendimento desta Corte Superior, sendo a droga encontrada em transporte coletivo público, tal fato se mostra suficiente para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 40, III da Lei 11.343/06” (AgRg no REsp 1.209.382/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 3/5/2011, DJe 26/5/2011).

7. O Tribunal de origem, em sede de apelação da acusação, consignou que “consta da denúncia e restou de todo provado o fato de que a ré transportava a droga em um ônibus da Viação São Luiz” (e-fl. 54), reconhecendo a causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em *mutatio libelli*, haja vista que houve pedido expresso, nesse sentido, no recurso interposto pelo Parquet.

8. Ordem denegada.

(HC 124.471/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 19-09-2011)”.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. ARGUMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da pena, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

2. Verificado que a Corte Estadual levou em consideração a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

TRÁFICO. CRIME PRATICADO DENTRO DE TRANSPORTE PÚBLICO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO INCISO III DO ART. 40 DA LEI 11.343/06. PRETENDIDO AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE FLAGRADO TRANSPORTANDO A DROGA EM ÔNIBUS. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. A razão de ser da causa especial de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 - tráfico de drogas cometido em transporte público - é a de punir com maior rigor aquele que, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas, aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei 11.343/06.

2. Razoável o entendimento de que o aumento de pena previsto no inciso III do art. 40 da Nova Lei de Drogas não se limita apenas àquelas hipóteses em que o sujeito, efetivamente, ofereça a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam frequentando esses locais determinados, devendo incidir como forma de diminuir a possibilidade de oferta de drogas nos lugares elencados pela lei, coibindo também aquele que se vale da natural dificuldade de fiscalização policial em transporte público para melhor conduzir a droga.

3. Tendo sido encontrada substância entorpecente no interior de transporte coletivo, deve ser mantida a causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06.

(...) (HC 180.534/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21-06-2011, DJe 01-08-2011).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem decidido que para a incidência desta majorante, o traficante deve oferecer a droga dentro do transporte público:

“PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. MAJORANTES. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. MEIO DO COMETIMENTO DO DELITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. MINORANTE. ART. 33, § 4º, DA Lei Nº 11.343/06. REDUÇÃO EM GRAU MÁXIMO. DESCABIMENTO.

1. Materialidade e autoria do delito do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 comprovadas de acordo com as provas dos autos, que demonstram ter sido a ré flagrada quando transportava entorpecente (“cocaína”), provindo do exterior.

2. Não é suficiente que o crime de tráfico seja cometido com a utilização de transporte público para aplicar-se a causa de aumento do inc. III do art. 40 da Lei nº 11.343/06, necessário é que o delito tenha por destinatárias, como público consumidor, as pessoas dos recintos mencionados para a incidência da majorante.

3. Quando o transporte público é meio de cometimento do delito e não sua finalidade, não há falar em aplicar-se a majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/06.

4. Na hipótese de configurar-se o tráfico internacional e o interestadual, deve ser aplicada a majorante do inciso I do art. 40 da Lei nº 11.343/06, por ser a interestadualidade mero desdobramento do desígnio delitivo.

5. A ação como “mula” de quadrilha organizada, embora sem comprovada inserção do agente no grupo, autoriza a incidência da

minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, na fração de metade da pena.

(ACR 200970020034008, LUIZ CARLOS CANALLI, TRF4 - SÉTIMA TURMA, 10-03-2010)

PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA Lei N.º 11.343/06. AUTORIA. MATERIALIDADE. COMPROVADAS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DROGA. QUANTIDADE EXPRESSIVA APREENDIDA. CONFISSÃO. PROMESSA DE RECOMPENSA. MULA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE. MAJORANTES DO ARTIGO 40. TRANSNACIONALIDADE. INTERESTADUALIDADE. TRANSPORTE PÚBLICO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA Lei N.º 11.343/06. PENA DE MULTA. SIMETRIA.

1. Incorre nas penas do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 o agente que transporta substância entorpecente de uso proscrito no País.

2. Em se tratando de tráfico de drogas, a expressiva quantidade e o elevado grau de potencialidade lesiva do narcótico apreendido autoriza o agravamento da pena-base. Precedente.

3. A confissão judicial, quando em sintonia com os demais elementos de convicção trazidos ao processo, é válida e deve ser levada em conta pelo julgador tanto como fundamento para uma decisão condenatória como para fins de aplicação da atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.

4. Revendo o posicionamento da Oitava Turma, não há como dizer que não incide o aumento para aquele que transporta a droga mediante pagamento, já que é prescindível para a ocorrência do crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 que haja paga ou promessa de recompensa. Entender que o tipo em questão engloba o transporte mediante paga

é interpretar de maneira extensiva um texto que pretendeu ser claro e taxativo ao elencar as hipóteses puníveis.

5. *A majorante do inciso I do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 absorve a do inciso V. Se, num único contexto fático, configura-se o tráfico internacional e interestadual, prepondera a causa de aumento do inciso I.*

6. *Para o reconhecimento da causa de aumento do inciso V do art. 40 da Lei Antidrogas, é indispensável que a narcotraficância entre os Estados da Federação esteja devidamente comprovada nos autos, não bastando, para este fim, a mera intenção do agente em ultrapassar as linhas divisórias estaduais.*

7. *A aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 exige que a prática da traficância seja cometida em relação aos passageiros do transporte público, sendo insuficiente que o entorpecente tenha sido transportado no interior do bagageiro de um ônibus.*

8. *As circunstâncias subjetivas do agente e objetivas do fato ilícito, tais como a natureza e a quantidade de droga, devem ser sopesadas pelo julgador na fixação do quantum de redução de pena aplicado ao agente por força da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.*

9. *A pena de multa, de acordo com a orientação perfilhada pela 4ª Seção da Corte, deve guardar simetria com a quantificação da sanção privativa de liberdade final.*

(EIACR n.º 2002.71.13.003146-0/RS, Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, DJE 05-06-2007).

10. Agravante - tráfico mediante pagamento

A incidência da agravante prevista no art. 62 - IV do Código Penal em crimes de tráfico de drogas praticados por “mulas” é outro

tema controverso. Esta agravante consiste na majoração da pena no caso em que o agente executa o crime mediante paga ou promessa de recompensa.

Tem prevalecido o entendimento de que o art. 62 - IV do Código Penal não se aplica aos “mulas”, uma vez que esta circunstância já seria elemento do tipo penal de tráfico de drogas. Neste sentido decidem o Superior Tribunal de Justiça e a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. EMENDATIO LIBELLI. MUDANÇA DA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AGRAVANTES. ART. 62, INCISO IV DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE NO AUMENTO. ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/1976, REVOGAÇÃO PELA LEI 11.343/2006. ABOLITIO CRIMINIS. RECONHECIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. QUATRO INFRAÇÕES. PERCENTUAL MÁXIMO. ILEGALIDADE. READEQUAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO OBJETIVO. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. LEI N.º 11.464/07. APLICAÇÃO RETROATIVA. LEI PENAL MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONCEDIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em nosso sistema processual penal, o réu defende-se da imputação fática, e não da imputatio iuris, sendo, portanto, possível que o magistrado dê nova definição *jurídica ao fato narrado na denúncia*.

2. No crime de tráfico de drogas, a quantidade e qualidade do entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da Lei n.º 6.368/1976, que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esse fundamento apresenta-se válido para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal também restou suficientemente justificada pelas circunstâncias do crime, já que o tráfico era praticado em esquema organizado para o comércio de cocaína em larga escala, o que notoriamente traz maior reprovabilidade à conduta do Paciente.

4. Embora a vantagem financeira não seja circunstância elementar do crime de tráfico, visto que o tipo penal ressalta a ilegalidade da conduta “ainda que gratuitamente” da própria redação do art. 12 da Lei n.º 6.368/76 se extrai que o crime pode também ocorrer mediante paga ou recompensa, portanto, tal circunstância não justifica o agravamento da pena nos termos do inciso IV, do art. 62, do Código Penal. Afinal, o tráfico de drogas é realizado mediante o comércio de substâncias ilícitas, que pressupõe o recebimento de vantagem financeira.

5. O Código Penal não estabelece percentuais mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação. *No caso, as instâncias ordinárias aumentaram a pena em menos de 1/4 (um quarto) em razão da reincidência específica do Paciente, patamar que não se mostra flagrantemente desproporcional ou desarrazoado.*

6. A Lei n.º 11.343/2006, ao revogar expressamente o disposto na Lei n.º 6.368/1976, por ocasião da definição dos novos crimes e penas,

não previu a incidência de majorante na hipótese de concurso eventual para a prática dos delitos da Lei de Tóxicos, anteriormente prevista no art. 18, inciso III (parte inicial), da Lei n.º 6.368/76. Configurada a abolição criminis, a majorante deve ser retirada da condenação do Paciente.

7. É pacífica a jurisprudência desta Corte ao dizer que o aumento de pena pela continuidade delitiva deve levar em conta o número de infrações, sendo que esta Quinta Turma tem considerado correta a exacerbação da pena em 1/4 (um quarto) no crime continuado, no caso de 4 (quatro) delitos.

8. Após a declaração de inconstitucionalidade do óbice à progressão de regime prisional aos condenados pela prática dos delitos elencados na Lei n.º 8.072/90, passou-se a aplicar o art. 112 da Lei n.º 7.210/84. A Lei n.º 11.46/2007, por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar os delitos praticados antes de sua entrada em vigor.

9. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto, para readequar a pena privativa de liberdade imposta ao Paciente e para determinar que a progressão de regime observe o disposto no art. 112 da Lei de Execuções Penais. Habeas corpus concedido, de ofício, para excluir da condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/1976.

(HC 115.902/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18-11-2010, DJe 28-04-2011)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INVIABILIDADE DA REDUÇÃO DA PENA COM BASE NO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI 11.343/2006. TRANSPORTE DE MAIS DE CINCO QUILOS DE COCAÍNA. ALTO POTENCIAL LESIVO. EXCLUSÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 62, IV, DO CÓDIGO PENAL (CRIME PRATICADO MEDIANTE RECOMPENSA). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA EXCLUIR A AGRAVANTE.

1. A redução da pena com base no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 só é cabível para o chamado tráfico “formigueiro”, o que não ocorre na espécie, em especial pela significativa quantidade de entorpecente transportada pelo paciente, ostentando este antecedentes.

2. O Tribunal “a quo” proveu recurso ministerial para reconhecer presente a agravante prevista no ar. 62, IV, do Código Penal. Todavia, embora o delito de tráfico ilícito de entorpecente se configure mesmo com o transporte gratuito da droga, isso não significa que a recompensa em dinheiro deva agravar a pena, porque, em princípio, a referência a comércio ou mercancia nos remete à ideia de lucro.

3. Concessão em parte da ordem, tão-só para excluir a agravante de paga ou recompensa.

(HC 168.992/CE, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 30-06-2010, DJe 02-08-2010)”.

“PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE. AUTORIA. TRANSNACIONALIDADE. MAJORANTES. CRIME PRATICADO EM TRANSPORTE PÚBLICO. DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA Lei Nº 11.343/2006. PROMESSA DE PAGA OU RECOMPENSA. INERENTE AO CRIME DE TRÁFICO. AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CPB.

Materialidade comprovada pela apreensão de substância identificada como cocaína, na forma de crack, registrada na Lista de Substâncias Entorpecentes (Lista F1), da Portaria 344-98 SVS-MS, atualizada pela Resolução RDC 19/08, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O conjunto probatório, em especial o auto de prisão em flagrante e os depoimentos judiciais, os quais confirmaram autoria do delito.



Transnacionalidade demonstrada pelos elementos presentes nos autos que indicam que a execução criminosa teve início no Paraguai e protraiu-se - diante da natureza permanente da conduta realizada (trazer consigo) - até o território nacional.

Não é suficiente que o crime de tráfico seja cometido com a utilização de transporte público para aplicar-se a causa de aumento do inc. III do art. 40 da Lei n° 11.343/06, sendo necessário que o delito tenha por destinatárias, como público consumidor, as pessoas dos recintos mencionados para a incidência da majorante. Quando o transporte público é meio de cometimento do delito e não sua finalidade, não há falar em aplicar-se a majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei n° 11.343/06. Indispensável, para a incidência da regra do art. 33, § 4°, da Lei n.º 11.343/06, que o agente satisfaça, simultaneamente, aos requisitos legais.

Se não há nos autos prova cabal de que o réu se dedica a atividades ilícitas deve ser aplicada a minorante, porquanto a dúvida resolve-se em favor do réu.

As circunstâncias objetivas do fato ilícito, tais como a natureza e a quantidade de droga, devem ser sopesadas pelo julgador na fixação do quantum de redução de pena aplicado ao agente por força da causa de diminuição em comento.

Prevalece, nesta Turma, o entendimento de que é inerente ao crime de tráfico de drogas, especialmente, na condição de “mula” a prática mediante promessa de recompensa (art. 62, IV, do CPB), sendo indevida é a aplicação da agravante do art. 62, I, do CPB quando não restar comprovado que um dos réus dirigiu ou organizou a cooperação dos outros co-réus. Pena de multa majorada proporcionalmente ao aumento da pena privativa de liberdade.”

(ACR 200970020011987, GUILHERME BELTRAMI, TRF4 – SÉTIMA TURMA, 10-03-2010).

Em sentido contrário, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região entende que a agravante genérica do art. 62 - V do Código Penal pode incidir nos crimes de tráfico de drogas:

“PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA Lei N.º 11.343/06. AUTORIA. MATERIALIDADE. COMPROVADAS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DROGA. QUANTIDADE EXPRESSIVA APREENDIDA. CONFISSÃO. PROMESSA DE RECOMPENSA. MULA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE. MAJORANTES DO ARTIGO 40. TRANSNACIONALIDADE. INTERESTADUALIDADE. TRANSPORTE PÚBLICO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA Lei N.º 11.343/06. PENA DE MULTA. SIMETRIA.

1. *Incorre nas penas do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 o agente que transporta substância entorpecente de uso proscrito no País.*

2. *Em se tratando de tráfico de drogas, a expressiva quantidade e o elevado grau de potencialidade lesiva do narcótico apreendido autoriza o agravamento da pena-base. Precedente.*

3. *A confissão judicial, quando em sintonia com os demais elementos de convicção trazidos ao processo, é válida e deve ser levada em conta pelo julgador tanto como fundamento para uma decisão condenatória como para fins de aplicação da atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.*

4. *Revedo o posicionamento da Oitava Turma, não há como dizer que não incide o aumento para aquele que transporta a droga mediante pagamento, já que é prescindível para a ocorrência do crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 que haja paga ou promessa de recompensa.*

Entender que o tipo em questão engloba o transporte mediante paga é interpretar de maneira extensiva um texto que pretendeu ser claro e taxativo ao elencar as hipóteses puníveis.

5. A majorante do inciso I do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 absorve a do inciso V. Se, num único contexto fático, configura-se o tráfico internacional e interestadual, prepondera a causa de aumento do inciso I.

6. Para o reconhecimento da causa de aumento do inciso V do art. 40 da Lei Antidrogas, é indispensável que a narcotraficância entre os Estados da Federação esteja devidamente comprovada nos autos, não bastando, para este fim, a mera intenção do agente em ultrapassar as linhas divisórias estaduais.

7. A aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 exige que a prática da traficância seja cometida em relação aos passageiros do transporte público, sendo insuficiente que o entorpecente tenha sido transportado no interior do bagageiro de um ônibus.

8. As circunstâncias subjetivas do agente e objetivas do fato ilícito, tais como a natureza e a quantidade de droga, devem ser sopesadas pelo julgador na fixação de quantum de redução de pena aplicado ao agente por força da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

9. A pena de multa, de acordo com a orientação perflhada pela 4ª Seção da Corte, deve guardar simetria com a quantificação da sanção privativa de liberdade final (EACR n.º 2002.71.13.003146-0/RS, Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, DJE 05.06.2007). Na terceira fase da dosimetria, é possível a cominação de pena aquém do mínimo legal abstratamente previsto no preceito sancionador, inclusive, no que se refere à multa.”

(ACR 200970020031883, PAULO AFONSO BRUM VAZ, TRF4 - OITAVA TURMA, 13-01-2010).

11. Conversão de penas

A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas foi autorizada pelo Supremo Tribunal Federal (HC n.º 97.256 – RS).

O art. 44 da Lei n.º 11.343/06 estabelece que os crimes definidos nos arts. 33- caput e §1º e 34 a 37 da Lei de Drogas são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Com relação a esta norma penal, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC n.º 97.256/RS, em acórdão publicado em 16-12-2010, e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do art. 33 - §4º da Lei n.º 11.343/06 e a expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”, contida no artigo 44 da mesma Lei.

Assim, caso o condenado pelo crime de tráfico de drogas preencha os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, ele poderá ter a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos. Em razão da declaração inconstitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹ e do Superior Tribunal de Justiça passou a se orientar neste sentido:

⁹ Informativo n. 598 - Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritivas de Direitos. Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente habeas corpus e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de *writ*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art.

“HABEAS CORPUS. 2. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO PLENÁRIO (HC N. 97.256/RS). SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691. 3. NECESSIDADE DE ANÁLISE DOS REQUISITOS DISPOSTOS NO ART. 44 DO CP. 4. ORDEM PARCIALMENTE DEFERIDA.

(HC 105678, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01-032011, DJe-056 DIVULG 24-03-2011 PUBLIC 25-03-2011)”.

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DELITO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS PRESENTES. SUBSTITUIÇÃO ADMISSÍVEL. ORDEM CONCEDIDA.

44 da citada Lei de Drogas (“Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional — v. Informativos 560, 579 e 597. Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convalidação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o *habeas corpus*. (HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 1º.9.2010. (HC-97256)

1. *A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, observados os seus pressupostos de incidência.*

2. *Não se afigura possível a negativa de substituição calcada exclusivamente em critérios de proporcionalidade e de nocividade decorrentes da natureza da infração.*

3. *Ordem concedida.*

(HC 103068, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14-12-2010, DJe-035 DIVULG 21-02-2011 PUBLIC 22-02-2011)”.
“CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. SENTENÇA CONDENATÓRIA RESTABELECIDADA. ABRANDAMENTO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

I. Evidenciado que a Corte Estadual julgou prejudicado o pleito defensivo de abrandamento da pena de prestação pecuniária, por ter cassado a decisão monocrática que concedia a substituição da pena ao réu, sobressai a incompetência desta Corte para o seu exame, sob pena de indevida supressão de instância.

II. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento HC n.º 97.256-RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06.

III. Afastado o óbice previsto no art. 44 da Lei nº 11.343/06, deve ser reformado o acórdão recorrido e restabelecida a sentença monocrática, que substituiu a reprimenda corporal do réu por pena restritiva de direitos.

IV. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 181.176/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22-02-2011, DJe 09-03-2011)”.

12. Vedação de liberdade provisória

A constitucionalidade vedar liberdade provisória a agente de tráfico de drogas está em exame no Supremo Tribunal Federal. A vedação está contida no art. 44 da Lei de Drogas.

A questão foi afetada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. O Relator acolheu a alegada repercussão geral da constitucionalidade do artigo 44 da Lei de Droga, em sessão do dia 11/09/09.

O Plenário da Corte ainda não analisou o mérito do recurso e por enquanto, prevalece a vedação legal de conceder liberdade provisória aos acusados pela prática de tráfico de drogas, com esteio no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

Neste sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende pela impossibilidade de concessão da liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico de drogas:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR SUPOSTA PRÁTICA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA:

INADMISSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO PRISIONAL. PRISÃO MANTIDA POR NOVO FUNDAMENTO. PREJUÍZO DA IMPETRAÇÃO. HABEAS CORPUS PREJUDICADO.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII). Precedentes.

2. Indeferimento do eventual direito do Paciente de apelar em liberdade devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, considerada a habitualidade criminosa e a possibilidade objetiva de reiteração delituosa, que não é desmentida pelos elementos constantes dos autos.

3. A superveniência de sentença penal condenatória com novo fundamento para a manutenção da prisão constitui novo título prisional, cuja apreciação não pode ser inaugurada neste Supremo Tribunal. Precedentes.

4. Habeas corpus prejudicado. (HC 104862, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24-05-2011, DJe-160 DIVULG 19-08-2011 PUBLIC 22-08-2011 EMENT VOL-02570-02 PP-00257)

Já a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência em sentido contrário, que afirma a possibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados por tráfico de drogas:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA PELA CORTE ESTADUAL. RECURSO

ESPECIAL PROVIDO PARA REFORMAR O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GAÚCHO. DECISÃO BASEADA, APENAS, NA VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 44 DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

I – Não obstante a vedação prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, a Segunda Turma do STF, desde o julgamento do HC 93.115/BA, Rel. Min. Eros Grau, e do HC 100.185/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, passou a admitir a possibilidade de concessão de liberdade provisória em se tratando de delito de tráfico de substância entorpecente, devendo o magistrado processante, para manter a prisão, analisar, no caso concreto, se estão presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, o que não ocorre no caso sob exame.

II – Ordem concedida para assegurar à paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, sem prejuízo de que o magistrado de primeiro grau, caso entenda necessário, fixe, de forma fundamentada, uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC 110865, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06-12-2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 16-12-2011 PUBLIC 19-12-2011)

No Superior Tribunal de Justiça, as Quinta e Sexta Turma também têm posicionamentos diferentes acerca desta questão. A Quinta Turma decide pela impossibilidade da concessão da liberdade provisória, aos acusados da prática de tráfico de drogas:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PACIENTE PRESO

EM FLAGRANTE. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE IMPRÓPRIO. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI 11.343/07. VEDAÇÃO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese na qual o paciente foi preso em decorrência de operação policial com contornos de ação controlada (art. 2.º, inc. II da Lei n.º 9.034/98), quando se encontrava em circunstância que evidenciava a ocorrência de flagrante delito, ainda que impróprio, mas absolutamente revestido de legalidade, eis que previsto no inc. III do art. 302 do Código de Processo Penal.

II. Não comporta acolhimento a alegação de que, se considerando especificamente o momento da prisão em flagrante, a conduta do paciente não se adequava a nenhum dos núcleos relacionados no art.

33 da Lei 11.343/06, pois evidenciada pelo contexto particular a situação de flagrância. Inviável a descaracterização da prática do crime de tráfico pelo paciente sem indevidas incursões na matéria de fato.

III. Apreensão de quase 300 (trezentos) kg de cocaína em veículo que, até a abordagem policial, seguia o carro conduzido pelo paciente o qual, instado a estacionar, empreendeu fuga e, quando finalmente capturado após perseguição, resistiu à prisão, tendo que ser contido pela Polícia Militar, que assistia à operação da Polícia Federal.

IV. Além de a decisão monocrática ter indeferimento o pleito de soltura igualmente em razão da necessidade de ver resguardada a ordem pública, deve-se reconhecer a impossibilidade de concessão do benefício ora vindicado por incidência do óbice trazido pela novel Lei de Drogas.

V. A Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, não se aplica ao crime de tráfico de entorpecentes, já que a Lei 11.343/2006 contém disposição expressa, o art. 44, que veda a concessão de liberdade provisória nas hipóteses previstas na Lei de



Tóxicos. não sendo plausível a tese de que tal dispositivo foi tacitamente derogado.

VI. Em que pese o STF, nos autos do RE n.º 601.384/RS, ter se manifestado pela existência de repercussão geral, a constitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06 ainda não foi dirimida, devendo prevalecer o entendimento consolidado no âmbito desta Turma até o julgamento final da matéria pelo Pretório Excelso, no sentido da existência de vedação expressa à concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática do delito de tráfico de entorpecentes (Precedentes).

VII. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (HC 217.400/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06-12-2011, DJe 15-12-2011).

Já a Sexta Turma tem decidido pela concessão da liberdade provisória, nestas hipóteses:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. CABIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA.

1. A vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime, nem em meras conjecturas e nas suas consequências sociais. Precedentes.

2. A Sexta Turma desta Corte, tem firmado o entendimento segundo o qual, ainda que se trate de delito de tráfico, a Lei n. 11.464/2007, ao suprimir do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Constituição Federal de 1988, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva.



3. *Ordem concedida. (HC 210.348/AC, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 22-11-2011, DJe 05-12-2011)*

13. Expulsão do estrangeiro

A sentença condenatória de estrangeiro por tráfico de drogas, da qual não há recurso do Ministério Público, deve dar ensejo a pedido ao Juízo para solicitar ao Ministro da Justiça que dê início ao processo de expulsão?

É importante pedir na denúncia ou nas alegações finais que o Juízo expeça ofício ao Ministério da Justiça para dar início ao processo administrativo de expulsão do estrangeiro condenado por tráfico de drogas, nos termos do art. 67 da Lei nº 6.815/80¹⁰, de modo a evitar que a execução do decreto de expulsão reste frustrada.

14. Delação premiada e perdão judicial

O art. 41 da Lei nº 11.343/06¹¹ prevê a redução da pena em um a dois terços se o acusado colaborar voluntariamente com a investigação policial ou com o processo criminal na identificação dos demais coautores e partícipes do crime de tráfico de drogas ou na recuperação total ou parcial do produto do crime.

A Lei anterior previa, além da delação premiada, a possibilidade de perdão judicial para condenados por tráfico de drogas que colabo-

¹⁰ Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação.

¹¹ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

rassem com as investigações. Trata-se, assim, de *novatio legis in pejus*, sendo possível a aplicação dos favores da antiga lei aos condenados sob a sua égide¹².

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, apesar de não ter concedido perdão judicial ao condenado por falta de preenchimento dos requisitos previstos na Lei nº 9.807/99, considerou a hipótese de reduzir a pena com base na Lei de Drogas:

“PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO: ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. PERDÃO JUDICIAL DO ART. 13 E 14 DA Lei Nº 9.807/99 INCABÍVEL. REDUÇÃO DE PENA E DELAÇÃO AFASTADAS. INTERNACIONALIDADE DA DROGA EM VIAS DE EXPORTAÇÃO FLAGRADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. *O conjunto probatório aponta de forma inequívoca a materialidade e autoria do crime de tráfico internacional de drogas praticado pela Apelante, presa em flagrante no dia em 26 de abril de 2008, no aeroporto Pinto Martins, quando aguardava no setor de embarque, voo TAP 168, com destino a Lisboa, conduzindo mala com fundo falso com 2.992 (duas mil, novecentas e noventa e duas) gramas de cocaína.*

2. *O perdão judicial não constitui direito subjetivo do réu, e sim de faculdade do Julgador em cada caso concreto, mediante análise dos requisitos previstos no parágrafo único do art. 13, e art. 14 da Lei 9.807/99.*

3. *Considerada a natureza e gravidade do crime de tráfico de drogas, apenas muito excepcionalmente será aplicado o perdão judicial. A*

¹² Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz – Legislação penal especial, volume 1/ Gustavo Diniz Junqueira, Paulo Henrique Aranda Fuller.- 6ª ed. - São Paulo: Saraiva 2010, p. 331.

colaboração para fins da concessão do perdão judicial ou da redução da pena, segundo a Lei nº 9.807/99 (arts. 13 e 14) deve ser efetiva, e no presente caso não foi. Os nomes e telefones informados pela Acusada em nada contribuíram para a identificação dos integrantes da organização criminosa do crime de tráfico de entorpecentes. Não produzindo assim a colaboração da Denunciada aos reclamos da Justiça.

4. A internacionalidade do tráfico está comprovada pelas circunstâncias da apreensão da droga, declarações de testemunhas de acusação e da confissão própria Denunciada.

5. O fato de o agente transportador de droga não chegar a ultrapassar fronteiras não descaracteriza a internacionalidade do tráfico. Trata-se de crime instantâneo, de mera conduta, no qual não se exige a ocorrência de qualquer resultado naturalístico, bastando a comprovação de que estava em vias de exportação.

6. A Lei 11.343/2006 veda expressamente a possibilidade de o réu recorrer em liberdade, salvo quando primário e de bons antecedentes. Pressupostos tais não comprovados nos autos.

7. Nulidade absoluta do processo a partir do indeferimento do pedido para a realização do exame técnico psiquiátrico da Acusada, improcedente. Inexistem nos autos provas de indícios de desequilíbrio mental da Acusada, e, muito menos que sofria de depressão. A lucidez dela é manifesta, haja vista a disposição da mesma para contactar com traficantes, deixar seu País, ir à Amsterdã, contactar com outros traficantes, atravessar o oceano para uma terra estrangeira que nunca visitara e passar aqui quase dois meses, esperando a melhor data para o tráfico, obtendo CPF brasileiro, hospedando-se em hotéis em Brasília e São Paulo e recebendo ordens bancárias para suas despesas, como o caso dos autos. 8. Apelação improvida.

(ACR 200881000035938, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, 11-03-2009).

CAPÍTULO 3

NECESSIDADE DE ATUAÇÃO COORDENADA

A apresentação dessas controvérsias relevantes sobre a interpretação e aplicação da nova Lei de Drogas visa fomentar a atuação coordenada dos membros do Ministério Público Federal nesta matéria.

CAPÍTULO 4

PRESSUPOSTOS DE ATUAÇÃO E BASE NORMATIVA

A base normativa da atuação coordenada contra o tráfico de drogas é a Constituição e a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006). Algumas questões exigem o exame das Leis 6.368/76 e 10.409/02 para verificar derrogações, revogações e possibilidade de retroação da norma penal mais benéfica ao acusado. A jurisprudência dos Tribunais precisa superar os pontos controvertidos sobre a aplicação da Lei nº 11.343/06.

A atuação contra os crimes de tráfico internacional de entorpecentes enseja também o exame da eventual ocorrência do crime de lavagem de dinheiro, sobretudo em relação a bens e valores que são produto desse crime.

CONCLUSÃO

As controvérsias sobre a aplicação da Lei de Drogas devem ser alvo da atuação criminal do Ministério Público Federal. Este roteiro analisa as questões e visa aprimorar a atuação institucional para torná-la mais efetiva, em prol da sociedade.

