

## O TRATAMENTO DA LEI AO TRAFICANTE EVENTUAL

CARNEVALE, Lídia Paula<sup>1</sup>  
RICCI, Camila Milazotto<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo visa demonstrar os benefícios do parágrafo 4º trazidos pela Lei n. 11.343/06. Será traçado um breve histórico das alterações da Lei n. 10.409/2002, que revogou a parte processual da Lei n. 6.368/76, a qual descreve a conduta dos traficantes, bem como a aplicação da lei penal referente à imposição das penas. Os pontos abordados fazem menção à destinação do benefício ao traficante eventual, as circunstâncias que determinam a redução de pena e o benefício da conversão do regime de pena privativa de liberdade em substitutiva de direitos, cujo regime será cumprido em pena alternativa. Na sequência, será trazido à baila o conceito de traficante eventual, todas as suas consequências penais e, por fim, será finalizado o presente artigo com os posicionamentos adotados pelos tribunais superiores, especificamente no que traz o constante no parágrafo 4º da Lei n. 11.343/06. Diante de todo o exposto, considera-se que há a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em penas alternativas, uma vez que, para que seja alcançada essa benesse, o réu deve elencar-se em um rol de requisitos estipulados pelo artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, e o desatendimento a qualquer dos requisitos conduzirá, em regra, a não concessão do benefício em tela.

**PALAVRAS-CHAVE:** Traficante eventual. Benefícios. Regime de penas.

### TRATAMIENTO DE LA LEY DE CUALQUIER DISTRIBUIDOR

### RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo demostrar los beneficios del apartado 4 trajeron la ley 11.343/06 , que será posteriormente trazó una breve historia de los cambios a la ley 10.409/2002 , que derogó parte de la ley de procedimiento 6.368/76 , que describe la conducta de los traficantes , así como aplicación de la legislación penal relativa a la imposición de sanciones . Los temas abordados se menciona la asignación de dinero que pertenece a cualquier distribuidor , las circunstancias que determinan dicha reducción de pena y el beneficio de convertir el sistema de privación de libertad en sustitución de los derechos , cuyo régimen se cumplirán en pena alternativa . Después se puso en primer plano el concepto de cualquier distribuidor y todas sus consecuencias penales y finalmente terminar este artículo con las posiciones adoptadas por los tribunales superiores , específicamente en traer constante en el párrafo 4 de la Ley 11.343/06 . Teniendo en cuenta todo lo anterior , se considera que existe la posibilidad de la conversión de la pena de privación de libertad en las alternativas de sentencia , ya que por este don que se alcance , el acusado debe enumerar en una lista de los requisitos estipulados en el artículo 33 , § 4 de la Ley 11.343/06 , y el fracaso del cumplimiento de alguno de los requisitos dará lugar , por regla general, no se concede el beneficio en la pantalla.

**PALABRAS-CLAVE:** Monger. posible. Benefícios. Esquema de plumas.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal debater acerca do benefício trazido pelo parágrafo 4º para alguns agentes que cometem o delito descrito no artigo 33 da Lei n. 11.343/06. Esse benefício é destinado àquele traficante que eventualmente comete o delito de Tráfico de Drogas, mas que não está inteiramente ligado ao mundo do crime, mas sim por uma inexperiência ou necessidade financeira em que se encontra ele. Para que o réu seja beneficiado com a causa obrigatória de redução de pena, precisa atender cumulativamente às quatro diretrizes legais, a saber: não ser reincidente, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. O desatendimento a qualquer dos requisitos não permitirá ao Magistrado aplicar a redução de pena ali prevista, bem como, impedirá a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da sanção penal aplicada, que deverá ser a cominada no *caput* do artigo 33 da Lei de Drogas.

Tal estudo demonstrará de forma especificada todos os aspectos legais pertinentes ao tema, uma vez que há divergências no sentido de beneficiar ou não o traficante eventual, tendo em vista que a letra da lei trazia, em sua redação legal, a proibição da pena restritiva de direitos para o delito de tráfico de entorpecentes, mas após a resolução Nº 05 de Dezembro de 2012, do Senado Federal, tal possibilidade começou a existir, uma vez que, com a modificação do texto legal, a proibição da conversão da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, restou afastada.

Em uma breve análise sobre o conceito de traficante eventual, pode-se chegar à conclusão que ele é aquela pessoa que, por uma inexperiência e ao mesmo tempo necessidade financeira, adentra ao mundo do crime de forma esporádica e vem a ser preso. Entretanto, trata-se de réu primário e que não tem conexões com o mundo do crime. Por esse motivo, verificada a periculosidade do agente, bem como um rol de requisitos que ele deve se amoldar haverá a possibilidade da conversão de pena que é objeto desse estudo.

Essa análise de tema é importante para que as pessoas tomem conhecimento da evolução da lei, dos pensamentos doutrinários e das decisões das instâncias superiores, a fim de adequar a pena a esses réus condenados por tráfico de drogas, crime que enseja duro tratamento penal e processual penal, entretanto que pelas circunstâncias do caso concreto,

<sup>1</sup> Acadêmica Lídia Paula Carnevale – Faculdade Assis Gurgacz. Lidia\_pcs@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente orientador – Camila Milazotto Ricci -Faculdade Assis Gurgacz Curso de Direito

verifica-se que se trata de condenados que oferecem perigo reduzido à sociedade, nos termos dos requisitos do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

Os tópicos que serão trazidos aqui explicam, de forma harmônica, todos os requisitos necessários para que o traficante eventual se adéque à norma que traz a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, mesclando, na sequência, um breve histórico das leis que fazem menção ao tema, bem como os entendimentos jurisprudenciais nesse sentido.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 BREVE HISTÓRICO DO DECRETO-LEI N. 2.848/1940 E DAS LEIS N. 6.368/76, 10.409/02 E 11.343/06

Anteriormente à Lei de Drogas, o Código Penal vigente, previa em sua redação legal, o crime de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes elencado no artigo 281 deste código que posteriormente foi totalmente revogado pela Lei n. 6.368/76, o qual previa sobre as medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e ao uso indevido de substâncias entorpecentes, e possuía seis tipos de penas nela descritos. (PLANALTO, 1976)

A parte processual, a partir de 2002, passou a ser prevista na Lei n. 10.409/02. Apesar da discussão que se instaurou na época acerca de qual procedimento adotar, o entendimento majoritário, que vingou inclusive no STF, foi no sentido de que os crimes seriam o da Lei n. 6.368/76; e o procedimento, da Lei n. 10.409/02. (PLANALTO, 2002)

Já a Lei n. 11.343/2006 apresenta uma estrutura indicativa dos objetivos pretendidos pelo legislador infraconstitucional, eis que dispõe sobre medidas de prevenção, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes, quantidade de penas a serem dosadas bem como a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. (PLANALTO, 2006)

Com o advento da nova lei de drogas, houve uma intensa modificação nas penas e, conseqüentemente, um endurecimento nelas. Por exemplo, no delito de tráfico de entorpecentes e afins, a pena mínima aumentou de 03 (três) anos para 05 (cinco) anos de reclusão. Para Boiteux (2006 *apud* FERREIRA, 2013, p.4):

tal aumento considerável da pena pode servir de paradigma para a diminuição da população carcerária, uma vez que os traficantes permanecerão mais tempo na prisão, dificultado a circulação de drogas, frente a impossibilidade de negociações junto ao mundo do crime. Outro aumento considerável foi no tocante ao artigo 44 da nova lei, o qual manteve a inafiançabilidade do delito, a proibição da concessão de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, bem como a conversão da pena em restritiva de direitos, o que mantém restrito vários benefícios aos traficantes.

Em relação ao usuário ou dependente do uso de drogas, na nova lei não há mais, em sua legislação vigente, a imposição da pena de prisão. A posse de droga para consumo pessoal deixou de caracterizar formalmente crime, mas não perdeu seu conteúdo de infração, ou seja, ilícito penal. A conduta que antigamente era descrita no antigo art. 16 e, atualmente está elencada no art. 28 da Lei n. 11.343/06, continua sendo ilícita, mas trata-se de uma ilicitude inteiramente peculiar. Sendo assim, no tocante à posse de droga para o consumo pessoal, houve descriminalização formal, ou seja, a infração já não pode ser considerada crime no aspecto formal, mas não aconteceu concomitantemente à legalização da droga. Em outro prisma, também se pode afirmar que o art. 28 impõe uma hipótese de um instituto despenalizador. (PLANALTO, 2006)

A redação atual da lei de drogas, como já exposto acima em seu artigo 28, determinou a abolição do caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado como crime, mesmo que ainda continue sendo um ilícito penal. Contudo houve a descriminalização formal, mas não legalização da droga de modo explícito.

Sendo assim, se legalmente no Brasil o conceito de crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção, não há dúvidas de que a posse de drogas para o consumo pessoal deixou de ser considerado um crime do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal que é caracterizada pela imposição de prisão simples ou multa.

### 2.2 REQUISITOS PARA O ENQUADRAMENTO DO PARÁGRAFO 4º DA LEI N. 11.343/06

### 2.2.1 Quanto à Reincidência

Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitada em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (CP, art. 63). Como a referência legal condiciona ao cometimento de crime anterior, não haverá reincidência no caso de crime praticado após a sentença irrecorrível que condenou o agente por contravenção penal. (CÓDIGO PENAL, 1971)

Tal instituto prejudica o agente que, no momento da apreciação pelo magistrado, verifica que sua ficha não está “limpa”, o que o impossibilita de conceder o benefício que está sendo tratado no presente artigo. Sendo assim, como a não reincidência é requisito legal para a adequação à possibilidade de conversão da pena, ela se torna indispensável para que o réu alcance tal bemesse.

Franco (2008), em seu artigo sobre a constitucionalidade do parágrafo 4º da Lei de Drogas, expressou o seguinte entendimento do criminalista Capez acerca do tema:

um traficante primário e que seja portador de bons antecedentes contará com privilégios do qual não dispõe nenhum autor ou partícipe de crime de menor gravidade, também primário e portador de bons antecedentes. Basta verificar que, na sistemática do Código Penal, os bons antecedentes constituem circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, e, por essa razão, incidem sobre a primeira fase da dosimetria da pena, não permitindo, em hipótese alguma, que a sanção seja aplicada abaixo do piso, consoante dispõe o seu inciso II.

### 2.2.2 Maus antecedentes

Antecedentes são os fatos, positivos ou negativos, que permearam a vida do agente no campo criminal. Atualmente, os maus antecedentes circunscrevem-se à folha de antecedentes provados mediante certidão cartorária. Numa análise fria, qualquer envolvimento pretérito contaminaria sua vida íntacta, tais como inquéritos arquivados, ações penais em curso, absolvições por insuficiência de provas prejudicaria o beneficiário de tal instituto. Após a CF/88, com a adoção do princípio da não-culpabilidade (art. 5º, LVII), expressiva parte da doutrina, tem interpretado que somente configura maus antecedentes a sentença definitiva, a que não gera reincidência. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Como já disse o eminente Professor Dirceu de Mello (2007), no HC 149.906/3-SP, “homem de bem, realmente, não marcaria com tal frequência presença no campo das investigações da polícia e da justiça penal”. Em primeira mão, foi visto que o traficante eventual, para fazer jus ao benefício do tema tratado, deve ter um passado praticamente imaculado. Os maus antecedentes, por exemplo, já negam ao agente o direito ao benefício em epígrafe quais sejam: sentença não transitada em julgado, inquéritos instaurados contra o agente em números expressivos, coincidentemente, talvez pelo delito de tráfico de drogas, sendo assim, o Magistrado observará se os requisitos subjetivos são compatíveis com o benefício.

Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2004 p. 610)

deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro e outros. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social.

Para os tribunais superiores, a existência de maus antecedentes representa os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposta a existência de condenação definitiva. Verifica-se que, com fundamento no princípio constitucional da não-culpabilidade, o STJ afasta a possibilidade de inquéritos policiais e ações penais não transitadas em julgado, de agravarem a pena do réu.

### 2.2.3 Atividades criminosas

Não há na doutrina um conceito legal para as atividades criminosas, mas de uma forma ou de outra, essa conduta deverá ser dosada para que o magistrado possa adequar à situação no caso concreto. O agente que não pratica atividades criminosas é o tão chamado “marinheiro de primeira viagem”, aquele que não tem uma conduta voltada para o crime, que não opera criminosamente com demais pessoas.

Em outras palavras, a legislação beneficia aquele jovem que, usuário ou dependente de drogas, não resiste a um comando do real traficante e para sustentar seu próprio vício, decide começar a traficar, sem, contudo, ter uma personalidade criminoso. A título de exemplo também se enquadra aqui, aquele desempregado que, em desespero de

causa, para auferir uma renda (mesmo que seja ilícita) se submete à venda de entorpecentes, sem saber ao certo como realmente funciona esse mercado negro.

#### 2.2.4 Conceito de atividade criminosa

Nesse mesmo contexto, a atividade criminosa não encontra um rol taxativo que possa exprimir diretamente o sentido de tal atividade. Atividade significa ação, movimento, empreendimento de maneira livre, independente ou incondicionada; e criminosa é a conduta contrária às leis morais ou às do convívio social. Em se tratando de conceito jurídico, atividade criminosa representa um complexo de episódios pretéritos na vida do agente, afora a reincidência e os maus antecedentes, aptos a ofenderem o ordenamento jurídico e macularem a sua personalidade.

#### 2.2.5 Habitualidade que caracteriza o traficante

Como há uma natureza residual, a habitualidade congrega tudo que escape aos maus antecedentes, uma vez que a redação da lei exemplifica que se dedique às atividades criminosas, sendo assim, tal dedicação deve se dar de forma não eventual e contínua para que o legislador consiga distinguir o traficante eventual do traficante profissional. A reiteração de condutas do agente criminoso é um dos fatores que diferencia os diversos tipos de traficantes, uma vez que a mesma traz ao indivíduo certo profissionalismo com o mundo ilícito que o torna profissional.

#### 2.2.6 Integrar organização criminosa

Apesar de não haver um conceito específico, o objeto integrar significa estar associado, fazer parte de quadrilhas ou facções criminosas que caracterizam a má índole do agente. Para Fernando Capez (2006), tal discussão conceitual está superada, uma vez que a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado Transnacional, em seu artigo 2º, cita nesse sentido que “todo grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral, tem a conduta voltada para o crime”.

### 2.3 CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SUBSTITUTIVA: CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS

A prática do delito de Tráfico de Drogas preenche os requisitos contidos no artigo 44 do Código Penal, uma vez que para a sua configuração é necessário que o crime não tenha ocorrido com violência ou grave ameaça à pessoa e que a pena de reclusão não ultrapasse quatro anos. Sendo assim, de forma objetiva os requisitos ora elencados fazem menção à possibilidade da substituição da pena restritiva de liberdade pela pena alternativa. No entanto, a nova Lei de Drogas veda, em sua redação, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, maculando os princípios da individualização e da necessidade da pena (CÓDIGO PENAL, 1971).

Mesmo que o legislador pátrio limite os juízes, no tocante a sua atuação dentro do poder judiciário, os mesmos continuarão a interpretar a lei usando princípios gerais para garantir ao indivíduo todos os direitos e todas as garantias fundamentais a ele inerentes. As imposições que restringem o magistrado a atuar com sua convicção, especificamente quando diz respeito às proibições para a substituição de penas e concessão de liberdade provisória, são inócuas, uma vez que o magistrado em posse do poder de interpretação da lei penal e constitucional julgará conforme sua compreensão.

Uma análise firmada entre a Lei n. 11.343/2006 e a Lei n. 8.072/90, há a observância da ampliação daquela em relação às restrições desta, especificamente no que diz respeito ao *sursis*. Todavia, os crimes tipificados no art. 44 não estão respaldados pelo instituto da suspensão condicional do processo. Sendo assim, somente os delitos incurso no art. 33, §§ 2º e 3º, são passíveis de *sursis* processual. Já o *sursis* da pena pode apresentar-se como possível quando houver a hipótese tráfico minorado (art. 33, § 4º), todavia o legislador proíbe tal benefício. Nesse mesmo contexto, o magistrado dada a sua interpretação hermenêutica, pode então, justificar a redução máxima da pena em dois terços e conceder o

*sursis* da pena, embora haja proibição legal. A proibição fere o princípio constitucional da individualização da pena. (PLANALTO, 1990-2006)

No que tange à liberdade provisória, a tal restrição mostra-se equivocada, tendo em vista que se encontra fora do contexto da política criminal adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual mantém a exigência de fundamentação concreta por parte do juiz, referente ao crime equiparado a hediondo, que é objeto do presente artigo. Importante ressaltar que a Lei n. 11.343/2006, não faz menção a qualquer regime de cumprimento da pena. Logo, serão obedecidas as regras da Lei n. 8.072/90 com as novas alterações produzidas pela Lei n. 11.464/2007. Sendo assim, a vedação ao início do cumprimento de pena, trazida pela lei aos crimes equiparados a hediondos, especialmente no delito de tráfico de drogas, é inconstitucional. (PLANALTO, 2006-2007).

No tocante às inúmeras imposições que o magistrado se depara, quanto às restrições impostas pela legislação vigente, seja na fixação da pena base, seja no regime de cumprimento de pena, caberá conforme o caso concreto, solução diversa da proposta em lei, caso o magistrado entenda por bem que os princípios de justiça e equidade estão a exigir outra solução, conseqüentemente com uma sentença diversa.

Os requisitos necessários para o benefício trazido pela Lei de Drogas estão elencados no artigo 33, parágrafo 4º da Lei n.11.343/2006 quais sejam: **§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (Grifo nosso)**

## 2.4 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA- STF

A nova Lei de Drogas, que impõe a proibição da conversão da pena privativa de liberdade em pena alternativa, é considerada inconstitucional. Um amplo exemplo dessa inconstitucionalidade da lei é o entendimento do Juiz Mário Jambo, da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, que condenou uma ré incurso no tráfico de drogas a duas penas alternativas.

O magistrado fundamentou sua decisão no sentido de que a proibição constante no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, viola a garantia fundamental da individualização da pena prevista na Constituição Federal (art. 5º, inciso XLVI). Na decisão, o magistrado analisou que o crime de tráfico de drogas, apesar da extrema gravidade, não pode sopesar da mesma forma que os crimes de violência ou grave ameaça à pessoa, uma vez que tais delitos são mais gravosos, tendo em vista que se trata de vidas. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

O magistrado ressaltou em sua decisão que não há que se falar em impunidade em tal caso, muito pelo contrário, não defende impunidade, mas a penalidade estabelecida após análise peculiar do caso deve ser mais branda respeitando a individualização da pena. Para ele “aqui são as fórmulas legislativas rígidas que impedem as ‘calibragens’ necessárias para uma verdadeira individualização da pena.”

Nessa mesma linha de raciocínio Queiroz (2013, p.2), faz seus apontamentos:

A nova lei de drogas (Lei n° 11.343/2006), diferentemente da lei anterior (Lei n° 6.368/76), proibiu, expressa e terminantemente, quanto ao crime de tráfico e equiparados, a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito, além de considerá-los inafiançáveis e insusceptíveis de *sursis*, graça, indulto etc. Quanto ao crime de tráfico (art. 33), a vedação seria desnecessária, em virtude da severidade da pena mínima cominada, não fosse a possibilidade de aplicação de pena inferior a cinco de reclusão, admitida na forma do §4º do referido artigo. Presume-se que semelhante vedação pretendeu realmente inviabilizar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se consolidava no sentido de admitir, na vigência da lei revogada, a possibilidade de substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito.

Diante de todo o posicionamento acima exposto, conclui-se que restringir o delito de tráfico de drogas dos benefícios trazidos pelo parágrafo 4º da Lei n. 11.343/0, por tratar-se de delito equiparado a hediondo, torna inconstitucionais os argumentos utilizados pela lei e, conseqüentemente, fere princípios constitucionais. Todavia, o STF entende ser perfeitamente cabível a substituição da pena, desde que sejam estritamente obedecidos os requisitos estabelecidos em lei.

Com efeito, diante de uma breve análise de contexto, pode ser visto em primeira mão que não há razoabilidade no entendimento de que um condenado por crime contra a administração pública (conculção, peculato, corrupção passiva, crime contra o sistema financeiro) tenha direito à substituição de pena e o Tráfico de Drogas não possa fazer jus a tal benefício. Veja ainda que nessa linha de raciocínio, há também uma grande afronta ao princípio da isonomia, sobretudo porque o critério de aferição da maior gravidade do crime é essencialmente formal: objetivamente, a pena cominada ou imposta; subjetivamente, a existência ou não de antecedentes.

Sendo assim, não é justo, por exemplo, que dois indivíduos, sem antecedentes criminais, ao cometerem um delito sem violência e grave ameaça à pessoa, sofram a mesma pena, mas, sobretudo, tenham tratamentos desiguais, ou seja, um fará jus à substituição e o outro não, somente porque se trata de delito de Tráfico de Droga. Contudo não há

observância da razoabilidade que deveria ser aferida nesse momento, nem ao menos prevalência aos princípios da individualização da pena e isonomia, uma vez que o magistrado, ao condenar o réu, não encontra amparo legal para fazer a devida substituição da pena, isso é no mínimo desigual.

Mesmo com a vedação legal imposta pelo art. 44 e 33, §4º, ao juiz é dada a autonomia de, fundamentadamente, fixar a pena alternativa, observadas todas as circunstâncias favoráveis ao réu. Embora o art. 44 da Lei n.11.343/06, vede expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o agente preencher os requisitos subjetivos e a pena de reclusão aplicada for inferior a quatro anos, há que ser afastada a vedação, diante da sua inconstitucionalidade, por ferir de morte os princípios da individualização e da necessidade da pena. (PLANALTO, 2006)

A Corte Suprema vem entendendo que há uma inconstitucionalidade na lei onde veda ao traficante o direito à liberdade provisória, bem como a aplicação das penas restritivas de direito, por entender que viola o princípio da individualização da pena que encontra respaldo legal no art. 5º XLVI da CRFB, bem como a inafastabilidade de apreciação pelo Poder de Judiciário, quanto à lesão ou à ameaça de lesão ao direito (art. 5º XXXV da CRFB), e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito. (art. 5º LIV da CRFB) (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Será trazido à baila o conteúdo do HC 97.256/RS para breve análise do entendimento do STF acerca das inúmeras controversas:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Depois de transitado em julgado o *habeas corpus* acima exposto, pelo fato de terem conhecido da inconstitucionalidade de artigo de Lei, em respeito à determinação do art. 52, X da Constituição, que confere ao Senado Federal poderes para suspender eficácia de Leis declaradas inconstitucionais pelo STF, foi enviado ofício ao Congresso, em fevereiro de 2011, para que apreciasse a questão e decidisse sobre a suspensão de parte do art. 44 e art. 33 §4º da Lei 11.343.

## 2.5 RESOLUÇÃO Nº 5, DO SENADO FEDERAL DE NOVEMBRO DE 2012

Conforme disposto no artigo 44, os delitos elencados nos arts. 33 *caput* e § 1º, e 34 a 37 dessa Lei, são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Foi editada, pelo Senado Federal, a resolução para suspender a eficácia de parte do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, e retirar a validade da expressão “**vedada a conversão em penas restritivas de direitos**”, considerada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. (Grifo nosso)

Outro julgamento imposto pelo STF, após o advento da lei 11.464/2007, foi que a vedação em abstrato da conversão de pena em restritiva de direitos perdeu sentido, visto que o regime integralmente fechado foi abolido. Uma vez extinta a previsibilidade, na lei de crimes hediondos, do cumprimento de pena em regime integralmente fechado, desapareceu também a proibição para a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos, pois seria um disparate admitir as substitutivas para crimes hediondos não violentos e afastar o mesmo benefício só para o delito de tráfico de entorpecente.

A Resolução do Senado tem fundamento na Constituição Federal que lhe atribui a competência para suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo STF:

**Art. 52.** Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

O Senado Federal resolve:

**Art. 1º** É suspensa a execução da expressão “**vedada a conversão em penas restritivas de direitos**” do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise dos entendimentos divergentes, bem como os posicionamentos da Corte Suprema, foi elaborado um estudo detalhado das causas de diminuição de pena que beneficia o traficante eventual e conclui-se que há a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em penas alternativas, uma vez que o livre convencimento judicial, na busca da uniformização das penas, concede ao agente tal direito usando como base legal, princípios constitucionais, ainda como jurisprudências que autorizam tal conversão.

Para que seja alcançada essa benesse, o réu deve elencar-se em um rol de requisitos estipulados pelo artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, a saber: não ser reincidente, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. O desatendimento a qualquer dos requisitos conduzirá, em regra, a não concessão do benefício em tela.

Contudo, após a resolução nº 5 de 2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão “vedada à conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, e, por conseguinte abriu um leque de possibilidades para a perfeita imposição da concessão do regime de pena a ser cumprido pelo traficante eventual, dá margem ao perfeito cabimento de penas alternativas substituídas no delito de tráfico de drogas.

Por fim, as razões pelas quais a lei possui para beneficiar o indivíduo que comete o delito tipificado no artigo 33 da Lei de Drogas, faz direta menção ao contido no parágrafo 4º desta lei, uma vez que com a causa de diminuição da pena, o agente que se enquadra nos requisitos já expostos aqui, será beneficiado com a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, observando o princípio constitucional da individualização da pena e dignidade da pessoa humana.

### REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 9 ed., Vol. 1, 2004, p. 610. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/10146/a-causa-de-diminuicao-de-pena-do-art-33-4-da-lei-antidrogas#ixzz2zu1ReccW>, acessado em 18.04.14

BOITEUX, L. 2009. **Tráfico de drogas e Constituição**. Resumo do Projeto de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD, no Projeto "Pensando o Direito", disponível em: [http://arquivos.informe.jor.br/clientes/justica/agencia/agosto/ Sumario\\_executivo\\_pesquisaTrafico.pdf](http://arquivos.informe.jor.br/clientes/justica/agencia/agosto/ Sumario_executivo_pesquisaTrafico.pdf), acessado em: 15.04.14

BRASIL. Constituição Federal de 1988, **artigos 5º, incisos XXXV, XLVI, LIV e LVII**, 15ª edição ampliada e atualizada, Ed. Saraiva, 2013.

BRASIL, Código Penal, **Artigos 44, 59 e 63**, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm), acessado em 28.04.14

BRASIL, Senado Federal, **Resolução 05 de novembro de 2012**, Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Senador JOSÉ SARNEY Presidente do Senado Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm), acessado em 28.04.14

BRASIL, **Julgado 83.725** juiz Mário Jambo, da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte.

BRASIL, **Lei de drogas 11.343 de 28 de Agosto de 2006, artigos 16, 28, 33 §§ 2º e 3º, 33 §4º, 34 e 37**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário oficial da União 28 de Agosto de 2006.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. vol. 2. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, V. 5, 2006, p. 92.

CONJUR, **A lei é insuficiente para definir usuário de traficante**, disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-out-13/coluna-lfg-lei-insuficiente-definir-usuario-trafficante> acessado em 22.04.14

IBCRIM. **Possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10331-Possibilidade-de-substituicao-da-pena-privativa-de--por-restritiva-de-direitos-no-traffic> , acessado em 15.04.14

JUS BRASIL, Título: **Causas de diminuição de pena.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10146/a-caoa-de-diminuicao-de-pena-do-art-33-4-da-lei-antidrogas>. acessado em 14.04.14.

JUS BRASIL, **Julgamento do HC 97256-RS,** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23227/o-julgamento-do-habeas-corpus-n-97-256-pelo-stf-a-resolucao-n-05-2012-do-senado-federal-e-o-direito-a-pena-restritiva-de-direitos-a-trafficantes-alguas-polemicas>. acessado em 13.04.14

JUS NAVEGANDI, **Nova lei de drogas,** disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9180/nova-lei-de-drogas>, acessado em data de 14.04.14

JUS NAVEGANDI, **A constitucionalidade do parágrafo 4º da lei 11.343/06,** disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11670/a-constitucionalidade-do-4-do-art-33-da-lei-n-11-343-06> Acessado em 28.04.2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 3 ed.rev, atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PLANALTO, **Lei 6368/76,** disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm). acessado em 28.04.14

PLANALTO, **lei 10.409/02,** disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm), acessado em 18.04.14

QUEIROZ. Paulo. **Vedação da pena restritiva de direito da nova lei de drogas.**

Disponível em <http://pauloqueiroz.net/vedacao-de-pena-restritiva-de-direito-na-nova-lei-de-drogas/>, acessado em 15.04.14

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **HABEAS CORPUS Nº 97.256,** Rio Grande do Sul, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª turma, 01.09.2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Habeas Corpus Nº 149.906-3/3,** São Paulo, Relator Ministro Dirceu de Mello, 5ª turma 19.08.1993.

VADE MECUM, **Constituição Federal artigos 5º, incisos XXXV, XLVI e LVII e artigo 52, inciso X.** Equipe RT 7.ad. rev. Ampl., e atual- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.