

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

ALEXANDRE DE FREITAS CARPENEDO

O Princípio da Individualização da Pena no Tráfico de Drogas

Porto Alegre

2012

ALEXANDRE DE FREITAS CARPENEDO

O Princípio da Individualização da Pena no Tráfico de Drogas

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Coorientadora: Prof.^a Raquel Lima Scalcon

Porto Alegre

2012

ALEXANDRE DE FREITAS CARPENEDO

O Princípio da Individualização da Pena no Tráfico de Drogas

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre, 06 de julho de 2012.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Marcus Vinicius Aguiar Macedo
UFRGS

Prof. Dr. Odone Sanguiné
UFRGS

Prof. Dr. Danilo Knijnik
Orientador
UFRGS

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a meu orientador, Prof. Dr. Danilo Knijnik,, bem como à minha coorientadora, Prof.^a Raquel Lima Scalcon, pela atenção e auxílio no desenvolvimento do trabalho.

Agradeço, ainda, à minha família, por todo o apoio, essencial para que eu tenha conseguido chegar até aqui.

Agradeço, por último, à Flora, minha companheira de todas as horas, por tão atenciosa dedicação e por sempre se esforçar para deixar meus dias mais felizes.

RESUMO

A presente monografia objetiva analisar o crime de tráfico de drogas, principalmente sob o ponto de vista da sanção privativa de liberdade que lhe é determinada pela lei, bem como suas formas de cumprimento. Examina-se o delito em questão sob a ótica do princípio da individualização da pena, ou seja, se as normas aplicáveis possibilitam ao julgador fixar a reprimenda de acordo com o caso concreto, ou se a legislação tenta justamente impedir que o juiz possa fazer esta individualização.

Conceituado o princípio individualizador, examina-se sua necessária relação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A seguir, são analisadas as regras determinadas pela Lei 11.343/06 para a aplicação da pena privativa de liberdade ao tráfico de drogas e se elas respeitam os princípios acima citados. Por último, aborda-se o princípio da individualização da pena sob a ótica das vedações a benefícios penais e processuais penais em relação ao crime em estudo.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. Princípio da individualização da pena. Princípio da proporcionalidade. Princípio da razoabilidade. Aplicação da pena. Cumprimento da pena.

ABSTRACT

This monograph pretends to analyze the drugs trafficking crime, mostly about the restrictive freedom penalty point of view, ruled by the Law, besides its fulfillment form. It examines this delict under the individualization of punishment principle, that is to say, if the rules applied enables the judge to fix the reprimand according to the concret case, or if the legislation tries precisely to prevent that the judge can make this individualization.

Conceptualized the individualizing principle, it examines its necessary relationship with the principle of reasonability and proportionality. After, the rules determined by the 11.343/06 Act to the application of the restrictive freedom penalty to the drugs trafficking, and if they respect the principles above described, are analyzed. Finally, this study discusses the individualization of punishment principle by the prohibition of criminal and criminal procedural benefits in relation to the analyzed crime.

Keywords: Drugs trafficking. Individualization of punishment principle. Principle of proportionality. Principle of reasonability. Penalty application. Enforcement of the sentence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SUA IMPORTÂNCIA NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS	11
1.1 Considerações gerais	11
1.1.1 Individualização da pena na fase legislativa	12
1.1.2 Individualização da pena na fase judicial.....	14
1.1.3 Individualização da pena na fase executória	15
1.2 O princípio da proporcionalidade na individualização da pena	17
1.3 A política criminal de repressão ao tráfico, o mito do grande traficante e a necessidade de fixação da pena pela análise do caso concreto	19
2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO INDIVIDUALIZADOR PELAS CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E AUMENTO DA PENA NA LEI 11.343/06.....	23
2.1 Aplicação do princípio individualizador pela diminuição da pena: artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos	23
2.1.1 Definição.....	23
2.1.2 Redução da punição e princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.....	24
2.1.3 Condições para a incidência da minorante	25
2.1.4 Inconstitucionalidade do dispositivo?	29
2.1.5 Retroatividade da minorante	31
2.1.6 A possibilidade de aplicação da minorante às “mulas”	33
2.2 Aplicação do princípio individualizador pelo aumento da pena.....	34
2.2.1 Artigo 42	36
2.2.1.1 Conduta social:	39
2.2.1.2 Personalidade do agente	42
2.2.2 Artigo 40	44
2.2.2.1 Artigo 40, I: transnacionalidade do delito	46
2.2.2.2 Artigo 40, II: crime praticado com abuso de função pública ou de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância.....	48
2.2.2.3 Artigo 40, III: majoração da pena pelo lugar de cometimento do tráfico .	49
2.2.2.4 Artigo 40, IV: crime cometido com violência ou grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva.....	51

2.2.2.5 Artigo 40, V: tráfico interestadual de drogas	52
2.2.2.6 Artigo 40, VI: tráfico visando ou envolvendo criança, adolescente ou pessoa de discernimento reduzido	53
2.2.2.7 Artigo 40, VII: financiamento ou custeio da prática do delito	55
2.2.3 Os acertos e falhas dos artigos 40 e 42 da Lei 11.343/06 sob a ótica do princípio da individualização da pena	57
3. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM RELAÇÃO AO SEU REGIME DE CUMPRIMENTO E ÀS VEDAÇÕES DE BENEFÍCIOS PREVISTAS NOS ARTIGOS 44 E 59 DA LEI 11.343/06.....	59
3.1 Regime de cumprimento da pena e progressão de regime	60
3.2 Inafiançabilidade	62
3.3 Vedação à liberdade provisória.....	63
3.4 Vedação ao <i>Sursis</i>	65
3.5 Insuscetibilidade de anistia, graça e indulto.....	67
3.6 Livramento condicional	70
3.7 Substituição da pena.....	72
3.8 Proibição de apelar em liberdade (artigo 59)	74
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS:.....	80

INTRODUÇÃO

Assunto de crucial importância ao estudo do direito penal e da criminologia, as drogas ilícitas são sempre objeto de uma série de debates acerca de sua responsabilidade na questão do aumento da violência urbana, bem como quais seriam os meios mais adequados de redução dos crimes com elas envolvidos. Isso porque a ocorrência do tráfico, do porte para consumo próprio (também considerado como delito, ainda mais com a presunção, muitas vezes aplicada pelas autoridades policiais e pelos órgãos de acusação, de que quem porta substâncias entorpecentes está traficando) e dos casos de delitos cometidos por agentes sob o efeito de narcóticos mostra-se sempre maior, de modo que a questão dos tóxicos, de forma direta ou indireta, possui grande relação com a criminalidade.

Justamente por serem responsáveis por parte considerável dos delitos cometidos no país, ainda que indiretamente, os tóxicos são constantemente alvos de alterações político-sociais. Em meio a essas alterações, foi promulgada a Lei 11.343/06, que, substituindo as Leis 6.368/76, e 10.409/02, estabelece o novo regramento no que toca ao sistema de políticas públicas sobre drogas ilícitas, tratamento de dependentes, tipificação das condutas consideradas como crime envolvendo narcóticos e a respectiva cominação de penas, bem como define procedimentos de investigação e da ação penal contra o agente que responde pelos delitos previstos nesta legislação.

Todavia, a referida norma legal é objeto de uma série de questionamentos em relação à aplicação da punição nos delitos por ela tipificados. No que diz respeito ao crime específico de tráfico de entorpecentes, objeto deste estudo, a mencionada Lei de Tóxicos aumentou sua sanção mínima de 03 anos para 05 anos de reclusão, demonstrando a política constante de aumento da repressão à criminalidade pela exasperação das penas. Ademais, além de manter as causas de aumento já previstas na legislação anterior, a norma atual estabelece outras majorantes, bem como uma causa especial de diminuição para os casos em que o condenado é primário, possui bons antecedentes e não participa de organização criminosa.

Outrossim, além de repetir as restrições já previstas na Constituição Federal e na Lei dos Crimes Hediondos, a Lei de Drogas instituiu para aquele que responde ou é condenado pelo tráfico de drogas outras vedações, como a proibição de

conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Essas vedações ocorrem de forma antecipada e absoluta, impossibilitando o julgador de avaliar se a concessão de determinados benefícios seria, ou não, mais adequada no caso concreto.

Assim, o presente trabalho versa principalmente sobre as questões previstas na Lei 11.343/06 no que tange ao princípio da individualização da pena. Na primeira parte do trabalho, será analisado o conceito do princípio constitucional da individualização da pena, suas etapas e sua relação com o princípio da proporcionalidade. A seguir, estuda-se a questão da política de aumento de sanções penais como resposta ao tráfico, o mito do traficante como sendo sempre um grande criminoso, o equívoco deste pensamento e a consequente necessidade de análise da pena de cada sentenciado pelo exame do caso concreto.

Na segunda parte, abordar-se-ão os regramentos peculiares para o cálculo da reprimenda do crime de tráfico de drogas, como a preponderância de determinadas circunstâncias para a fixação da pena-base deste delito, prevista no artigo 42 da legislação em comento, e as já citadas majorantes e minorantes, previstas especificamente para as infrações relacionadas a narcóticos. Analisa-se a validade das normas, bem como se elas possibilitam um julgamento individual e adequado para cada situação.

Na terceira e última parte, serão analisadas as questões referentes às mencionadas restrições penais e processuais penais, durante a instrução do processo, para quem responde pelo crime de tráfico (como a insuscetibilidade de concessão de liberdade provisória) e, caso condenado, durante o cumprimento da pena. A análise ocorre não somente em relação ao instituído na Lei de Drogas, mas também no que tange ao texto constitucional e à Lei 8.072/90. Além de se examinar as normas que proporcionam uma avaliação mais individualizada das sanções para a conduta da traficância, será analisado se as referidas regras não são inconstitucionais, bem como se respeitam princípios como os da razoabilidade e da proporcionalidade, possibilitando um julgamento adequado à gravidade do ilícito praticado.

Desta forma, as perguntas às quais se pretende responder neste trabalho são as seguintes: existe, pela legislação brasileira, individualização da pena no tráfico de drogas? Caso exista, esta individualização é razoável? É justa?

Gize-se que a individualização de que se trata é aquela relativa à *pena privativa de liberdade*. Destarte, ainda que se faça menção, por exemplo, à pena de multa, o estudo primordial gira em torno dos aspectos restritivos da liberdade do indivíduo que responde a crime por tráfico de drogas e/ou é por ele condenado. Igualmente, cabe destacar que a individualização refere-se ao crime de *tráfico*. Por conseguinte, o estudo não aborda detalhadamente outros tipos penais, como aqueles previstos nos artigos 28, 38 e 39 da Lei de Tóxicos.

1. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SUA IMPORTÂNCIA NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

1.1 Considerações gerais

Preconizado no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:”), o princípio da individualização da pena é considerado direito fundamental do sujeito condenado penalmente. Assim, o referido princípio “assumiu relevância na preservação da dignidade da pessoa humana, uma vez que seria o contraponto do arbítrio estatal”.¹

O princípio da individualização da pena, como o próprio nome sugere, determina que as penas sejam aplicadas ao agente condenado de acordo com a situação concreta, a ser avaliada pelo juiz. Individualizar a pena é escolher a punição mais adequada e razoável de acordo com o ilícito praticado, tendo-se em vista que “cada acusado é *um*, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis”.² Esta individualização deve ser feita não somente em relação à quantidade de pena a ser aplicada, mas também ao seu regime de cumprimento (fechado, semiaberto ou aberto), ao *tipo* de pena a ser cumprida (privativa de liberdade, restritiva de direitos, prestação pecuniária) e à possibilidade, ou não, de concessão de benefícios penais e processuais penais (suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, liberdade provisória, etc.) ao agente.

Com efeito, é fato que mesmo delitos que, segundo a descrição legal, seriam de natureza idêntica, podem ter no seu *modus operandi* circunstâncias próprias e muito desiguais entre si, de modo que as penas poderão ser estabelecidas em quantidades bem diferentes, ainda que cominadas, pela lei, no mesmo *quantum*. Isso ocorre porque tanto as pessoas quanto as condutas praticadas são muito peculiares em cada caso, de modo que não se mostra razoável a aplicação da chamada “pena-padrão”, devendo o julgador, ao examinar caso a caso, decidir qual

¹ MACHADO, Vinícius da Silva. **Individualização da Pena: O mito da punição humanizada**. Florianópolis: Modelo, 2010, p. 42.

² BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 65.

a forma mais proporcional e justa de fixação da reprimenda penal. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci sustenta o que segue:

[...] julgar não é tarefa de matemáticos nem de computadores, sendo deplorável a (nem sempre incomum) *pena-padrão*, que elimina as evidentes diversidades entre os réus, seres humanos diferentes por natureza no cotidiano. Igualar os acusados artificialmente, no momento da punição, não poucas vezes por indiferença dos julgadores, por desconhecimento da importância das circunstâncias e condições pessoais ou por mera comodidade é inaceitável, mormente se confrontarmos esse resultado com o princípio constitucional da individualização da pena.³

Portanto, é direito do condenado ter sua pena fixada, fundamentadamente, em proporção à gravidade do delito cometido. Todavia, entende-se que o princípio da individualização da pena não passa somente pela esfera judicial, sendo ele dividido em três fases: a fase legislativa, a fase judicial e a fase executória. Evidentemente, para uma adequada individualização da sanção penal, a ser aplicada concretamente pelo Poder Judiciário, o qual também será o responsável pela sua execução, as três etapas devem ser corretamente observadas. Examina-se, a seguir, cada uma das fases do princípio em estudo.

1.1.1 Individualização da pena na fase legislativa

É a primeira fase do processo de individualização da pena. Nessa etapa, o legislador determina a conduta que será considerada como crime (qual é o bem jurídico a ser tutelado e de que forma ocorrerá sua lesão), a ensejar sanção penal, e comina a punição que deverá ser aplicada ao delito. A reprimenda deve ser proporcional à lesividade da infração, de modo que, quanto mais grave for a natureza do crime tipificado pela lei, maior será a pena em abstrato. O inverso logicamente é verdadeiro, devendo a pena ser menor nos crimes cujo grau de lesividade for baixo.

Contudo, não se limita a fase legislativa de individualização da pena à especificação do tipo penal e de sua sanção cominada. Diversas vezes, a lei determina a restrição a benefícios àquele que comete determinados delitos, como no caso dos crimes hediondos (aos quais o crime de tráfico de drogas é equiparado),

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 175.

quando, por exemplo, o agente obrigatoriamente terá de cumprir a pena em regime inicial fechado e somente poderá progredir ao regime semiaberto após cumpridos dois quintos da pena no regime anterior (enquanto que a regra geral da Lei de Execuções Penais permite a progressão após cumprido um sexto da pena no regime anterior).

Justamente por poder instituir todos os limites da pena a ser cumprida pelo condenado, bem como as regras desse cumprimento, a primeira etapa da individualização é provavelmente a mais problemática das três. Isso porque ela tenta, por si só, ditar todas as regras a serem cumpridas pelo Judiciário, de modo a impossibilitar ao máximo o exame, pelo julgador, da melhor pena a ser aplicada e cumprida pelo condenado pelo crime em estudo.

De fato, as declarações de inconstitucionalidade de diversos dispositivos legais são cada vez mais comuns na jurisprudência. A doutrina penal, por sua vez, também demonstra a violação à Carta Magna em relação a várias normas instituídas pela legislação. Isso ocorre porque a crença – cada vez mais difundida – de que o combate à criminalidade se dá por meio de aumento nas penas enseja a promulgação de leis que criam punições desproporcionais, com restrições muitas vezes de caráter inconstitucional (e.g., conforme se verá adiante, no caso de tráfico de entorpecentes, em que se proíbe de forma absoluta a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, independentemente de esta se mostrar, em diversas situações, mais adequada ao caso concreto).

Ao determinar sanções acima do que seria razoável para determinados crimes, bem como restrições apriorísticas e que não permitem exceções, o legislador acaba entrando na esfera de competência do juízo, uma vez que “decide”, antecipadamente, o tipo de pena a ser aplicada, a forma de cumprimento, etc. Raymond Saleilles entende que não existe individualização legal, visto que “A lei não pode prever mais do que espécies, não conhece os indivíduos”.⁴ Nesses casos, não deve o julgador obedecer cegamente ao regramento somente porque “está na lei”; deve, contudo, em cada caso, observar primordialmente os princípios constitucionais e basilares do direito penal, uma vez que “a lei não pode fazer outra coisa além de

⁴ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. São Paulo: Rideel, 2006, p. 185.

prover o juiz de bases de individualização; não deve ter a pretensão de fazer, ela mesma, a individualização”.⁵

1.1.2 Individualização da pena na fase judicial

A fase judicial de individualização da pena ocorre na sua fixação, pelo julgador, por ocasião da sentença penal condenatória. Assim, o juiz adotará os critérios para aplicação da pena (vetoriais a serem valoradas na fixação da pena-base, aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes e das causas de aumento e diminuição da sanção penal), estabelecendo o *quantum* adequado de acordo com a situação concreta.

Esta atividade do juízo encontra-se limitada pelos princípios da legalidade (que vincula o julgador quanto à tipicidade do fato e os limites da pena) e da culpabilidade (que vincula o juiz a estabelecer a pena conforme a culpabilidade individualizada).⁶ Ademais, não apenas para determinar se o acusado será absolvido ou condenado, a fundamentação também se faz necessária na aplicação da pena. Desta forma, deve o juiz explicar por que fixou a pena em determinado montante – de que forma valorou os vetores na primeira fase da dosimetria, especificar se incidem, ou não, agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes e, em caso positivo, a razão pela qual entendeu adequado o *quantum* de exasperação ou redução da pena que foi por ele estabelecido.

Portanto, muito embora o julgador possua algum grau de discricionariedade também ao estabelecer a pena, entende-se que esta discricionariedade é limitada, uma vez que todos os passos de aplicação da pena devem ser adequadamente fundamentados, sob pena de nulidade por inobservância ao artigo 93, IX, da Constituição Federal. Nesse sentido, leciona Boschi, *in verbis*:

No exercício do seu poder, o juiz, portanto, não goza de liberdade plena, como poderia parecer, para impor qualquer pena ou fixar a quantidade que em entender. Para evitar, ainda, que a sentença acabe transformando-se na projeção de seus tumultos interiores [...] ele precisa exteriorizar, passo a passo, o caminho percorrido desde a fase em que, dentre as penas

⁵ *Ibid*, p. 187.

⁶ BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.116-117.

possíveis, identificou as aplicáveis até a última das fases subsequentes, em que haverá de desenvolver o procedimento de individualização da quantidade da pena escolhida.⁷

Portanto, o grau de liberdade do julgador encontra seu limite nas normas previstas em lei e pelos princípios gerais de direito. Deste modo, “embora continue comportando uma dose de subjetividade por parte do juiz, a medida da pena deve ser estabelecida segundo os critérios fornecidos pela lei”.⁸ É claro que o magistrado poderá deixar de aplicar determinadas normas, caso estas se mostrem abusivas ou contrárias ao texto constitucional; deverá, entretanto, fundamentar a razão pela qual deixa de aplicar dispositivo previsto na legislação.

Por outro lado, assim como na fase legislativa de individualização da pena, o juízo não se limita a fixar a quantidade da punição a ser cumprida pelo sentenciado. Também deverá observar a espécie de pena que entende mais adequada ao caso concreto, o regime de cumprimento, no caso de ser aplicada sanção privativa de liberdade, a possibilidade de concessão de *sursis*, etc. Parece ser, assim, na fase judicial que a individualização da pena se mostra de maior importância, uma vez que nesta etapa serão analisados o delito e todas as suas circunstâncias, sendo fixada a sanção e seu modo de cumprimento – o que determinará diretamente a forma como se dará a fase executória de individualização da pena.

1.1.3 Individualização da pena na fase executória

A terceira etapa do princípio de individualização da pena ocorre por meio de sua execução. Com efeito, é evidente que mesmo penas quantitativamente idênticas poderão ser cumpridas de formas bastante diversas. É a fase em que menos se considera as circunstâncias do delito cometido, uma vez que o exame da culpabilidade pelo fato já não mais se encontra presente durante a execução da pena.

Na maioria das vezes a terceira etapa possui relação direta com a fase judicial da individualização, uma vez que é o juiz da instrução que, ao proferir a

⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op.cit.*, 2002, p. 69.

⁸ *Id. Op. cit.*, 2001, p. 119.

condenação, estabelece o regime de cumprimento, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, caso cabível, a concessão de *sursis*, etc. Por outro lado, devem ser observadas também as regras previstas em lei durante a execução, como o período de cumprimento da pena para a progressão de regime e os requisitos que deverão ser cumpridos para o seu deferimento.

Em tese, a individualização da pena na fase executória visa à – tão suscitada pela lei – reintegração do condenado ao convívio social. Todavia, é fato notório que o sistema carcerário brasileiro é muito precário no que tange à ressocialização daquele que cumpre pena privativa de liberdade. No ponto, Boschi assevera o seguinte:

Muito embora as eloquentes determinações legais, os condenados, contudo, não são classificados para a individualização da execução, mas recolhidos às penitenciárias para cumprimento de penas em ambientes coletivos, sem infraestrutura condigna, sem trabalho, ficando na maioria das vezes entregues à própria sorte.

A individualização da pena na fase da execução é, no Brasil, ainda uma garantia vaga, indefinida, etérea, que permite afirmar que a reclusão e a detenção não ressocializam, porque não há ressocialização sem tratamento e sem que o condenado esteja determinado a se ressocializar.⁹

No entanto, a individualização pela fase executória não ocorre somente através da pena carcerária, pura e simples, em regime fechado. Há também o cumprimento de pena nos regimes semiaberto e aberto, de sanções substitutivas (principalmente nas modalidades de prestação pecuniária e de serviços comunitários), das condições para a manutenção da suspensão condicional da pena, além de questões como a possibilidade de concessão de livramento condicional e indulto.

Nesse ponto, cumpre destacar a problemática do delito de tráfico de drogas no que tange à execução da pena. Isso porque, conforme levantado, em diversas situações, o legislador tenta restringir, de forma discutível, benefícios da fase executória ao condenado por este tipo de ilícito, de forma geral e absoluta, levando-se em conta exclusivamente a natureza do crime praticado. Assim, por exemplo, determina a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) a impossibilidade de conversão da pena carcerária por restritivas de direitos, a concessão de liberdade provisória, indulto, dentre outros. As aludidas restrições são de constitucionalidade assaz duvidosa e serão analisadas detalhadamente adiante.

⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op.cit.*, 2002, p. 70.

1.2 O princípio da proporcionalidade na individualização da pena

O princípio da proporcionalidade relaciona-se com a aplicação adequada da pena de acordo com a culpabilidade do agente e o grau de lesividade do delito cometido, possuindo, desta forma, vinculação direta com o princípio individualizador da sanção. Assim, o referido princípio “implica a necessidade de adotar-se alguma forma de adequação entre pena e fato desde a cominação penal, permitindo a graduação da pena em razão do fato praticado”.¹⁰

A proporcionalidade da sanção a ser cumprida pelo agente deve passar pelas três etapas em que se divide o princípio da individualização da pena, dependendo da razoabilidade das três para que a punição aplicada ao agente mostre-se adequada à lesividade de seu ato. Esta proporcionalidade passa de forma direta pela pena abstratamente prevista à conduta, devendo o legislador, ao elaborar o tipo penal incriminador, cominar pena em margens mínima e máxima razoáveis. Nesse sentido, Nucci argumenta o seguinte:

Não teria o menor sentido, levando-se em conta a proteção subsidiária assegurada pelo Direito Penal aos conflitos sociais, sustentando-se na adequada posição de intervenção mínima, prever penas exageradas para determinados delitos considerados de menor importância, bem como estipular sanções ínfimas para aqueles que visam à proteção de bens jurídicos considerados de vital relevo.¹¹

Na segunda fase da individualização, para que a pena seja considerada proporcional à gravidade da conduta, o julgador deve fixar a reprimenda em patamar adequado às circunstâncias do fato concreto. Portanto, o *quantum* da punição, sua natureza e regime de cumprimento, no caso da privativa de liberdade, serão estabelecidos conforme as particularidades do caso, fundamentando-se, conforme já examinado, as razões que levaram o julgador a fixar a pena do modo escolhido, de forma a se evitem abusos e nulidade.

Na terceira etapa, cabe ao juízo da execução, por sua vez, a tarefa de possibilitar a concessão de benefícios ao condenado, sempre que cabíveis. Assim, também deve ser respeitada a proporcionalidade na fase de cumprimento da pena, não podendo o magistrado obstar o gozo do favor legal pelo agente do delito apenas

¹⁰ BARROS, Carmen Silva de Moraes. *Op. cit.*, 2001, p. 113.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 41-42.

por posicionamentos subjetivos acerca de aquele fazer jus, ou não, aos benefícios (como, por exemplo, liberdade condicional, progressão de regime, indulto, etc.). No caso de entender pela impossibilidade de o executado ter direito à benesse, deverá o juiz, também nesta fase, motivar sua decisão.

No caso de delito de tráfico de drogas, a questão da proporcionalidade da pena apresenta particularidades importantes. Ocorre que o artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, estabelece 18 ações (verbos) diferentes como crime de tráfico, encontrando-se todas as condutas sujeitas às mesmas penas (05 a 15 anos de reclusão e 500 a 1.500 dias-multa). A referida norma encontra-se disposta nos seguintes termos:

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.

Embora se mostre correta a intenção do legislador de abranger todas as ações possíveis no que toca ao tráfico de entorpecentes, a fim de evitar alegações como de atipicidade da conduta, bem como a impunidade de determinadas atitudes envolvendo narcóticos que evidentemente mereçam repressão penal, o fato de instituir as mesmas penas a tantas ações diferentes pode dar ensejo a algumas injustiças. Certamente, estabelecer punições idênticas a condutas tão distintas (o tipo penal do tráfico de drogas abrange inclusive a entrega gratuita de entorpecente ilícito para consumo) não se mostra razoável. Nesse sentido, argumenta Renato de Mello Jorge Silveira, *in verbis*:

Essa ampla diversidade nuclear acaba por gerar incongruências e injustiças várias. A título exemplificativo e apriorístico, um cidadão que se encontra na posição de passageiro em um carro cujo motorista transportasse alguma substância proibida incorreria nas mesmas penas que este ou qualquer outro traficante, da mesma forma que outro indivíduo que simplesmente entregasse um pacau a um amigo. Claro está que as situações são diversas, embora igualmente tratadas.¹²

Portanto, cabe ao julgador definir qual é a pena adequada a cada fato concreto que se apresentar a julgamento, aplicando sempre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Já que o legislador entendeu que não há

¹² GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes (coord.). Nova Lei Antidrogas Comentada. São Paulo: Quartier, 2007, p. 427.

problemas em generalizar condutas tão distintas entre si, é papel do juízo impedir a ocorrência de injustiças pelo equívoco instituído em lei.

1.3 A política criminal de repressão ao tráfico, o mito do grande traficante e a necessidade de fixação da pena pela análise do caso concreto

A principal responsável pelos mencionados equívocos presentes na atual legislação de tóxicos brasileira, em grande parte já presentes nas leis anteriores que abordavam o assunto – além da Lei 6.368/76, a praticamente inutilizável Lei 10.409/02 – certamente é a atual política de repressão ao tráfico de drogas, a qual marca o crime em questão como aquele que talvez seja o “grande mal da sociedade” – não apenas no Brasil, mas em nível mundial. Assim, é comum ler ou ouvir expressões como “*guerra* contra as drogas” ou “*combate* ao tráfico”, como se o agente deste delito fosse um mal a ser exterminado.¹³

Desta forma – também em virtude da difundida cultura de que ao direito penal cabe a função de garantir a estabilidade da norma jurídica, como se ele é que fosse o responsável pela tarefa de “salvar” a sociedade de seus “inimigos” – procede-se à elevação de penas e à “criminalização desenfreada de novas condutas”.¹⁴ Criam-se normas irrazoáveis, com punições desproporcionais à conduta praticada e, muitas vezes, tentando impedir o próprio julgador de sancionar o ilícito em simetria com a lesividade efetivamente ocorrida.

Assim, o legislador, além de aumentar a pena mínima para o tráfico de entorpecentes, de 03 para 05 anos de reclusão, determina uma série de restrições àquele que acaba condenado pelo referido delito. Adota-se o entendimento de que todo traficante é um inimigo a ser combatido, e que a “vitória” social ocorreria com o seu encarceramento.

A visão que se tem do agente do delito ora em estudo, aliás, é comumente associada a grandes delinquentes, chefes de quadrilhas e talvez os maiores responsáveis pelo constante aumento nos índices de violência urbana. Nesse ponto,

¹³ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 45.

¹⁴ BARROS, Carmen Silva de Moraes. *Op. cit.*, 2001, p. 114.

a mídia exerce papel essencial para a tão debatida estigmatização de indivíduos supostamente envolvidos em crimes. Programas sensacionalistas fazem as vezes do Poder Judiciário, decidindo antecipadamente se o agente é culpado ou não, uma vez que determina quem é “marginal”, “bandido”, etc. Deste modo, a imagem típica que se tem daquele que se envolve com a traficância é como aquela passada no filme “Tropa de Elite”: o sujeito que queima pessoas vivas, que domina, ameaça e assusta toda uma comunidade, é responsável pela violência e mortes nos arredores dos locais em que ocorre o tráfico, seus “domínios”. Por conseguinte, ao entender que são todos criminosos de alta periculosidade, obviamente a população termina por concordar com a política de repressão máxima a quem comete o ilícito em comento.

Entretanto, o cotidiano forense demonstra o grave equívoco que é este tipo de entendimento. Aqueles que efetivamente respondem e acabam condenados pela prática do tráfico são, em grande parte, jovens de classe baixa, que traficam pequenas quantidades de entorpecentes, ou pessoas submetidas aos verdadeiros “grandes traficantes”, como aqueles conhecidos como “mulas”, que são responsáveis tão somente pelo transporte da droga. Por outro lado, a verdade é que o tráfico de drogas é, em essência, delito de natureza não violenta, fazendo parte do mito do “grande traficante” o entendimento de que todos os envolvidos com crimes desta espécie possuem poderoso arsenal bélico, confrontam-se com o Batalhão de Operações Especiais e participam de homicídios em série. Conseqüentemente, a grande repressão ao tráfico, instituída em lei – dada principalmente por proibições genéricas, que chegam a ser consideradas como uma presunção de culpabilidade do acusado – e a impossibilitar a análise do caso concreto pelo juízo, além de se mostrar, em muitas ocasiões, injusta, por objetivar a fixação de penas excessivas em todos os casos, é inútil, visto que dificilmente alcança os grandes mobilizadores da traficância.

Portanto, tendo-se em vista que parte considerável – se não a maioria – dos agentes condenados pelo ilícito em questão é, em verdade, responsável somente por uma ínfima parte de todo o problema relacionado aos narcóticos, volta-se à discussão acerca da ausência de proporcionalidade entre as condutas previstas no *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/06. Segundo Salo de Carvalho, em análise à antiga legislação de tóxicos (Lei 6.368/76), que também definia como tráfico numerosas e diferentes condutas, a grande elasticidade entre as penas mínima e máxima

cominadas ao crime em estudo serviria para diferenciar a gravidade entre os verbos nucleares do tipo. Porém, esclarece o seguinte:

a prática forense acabou por revelar aplicação genérica de penalidades severas, sem a diferenciação do pequeno e do grande comerciante de drogas, sobretudo porque a população-alvo da incidência das agências de controle penal acaba sendo, invariavelmente, a juventude pobre recrutada para a prática do pequeno varejo.¹⁵

Desta forma, é tarefa do juiz, conforme argumentado anteriormente, individualizar a pena de acordo com a situação concreta, com o delito efetivamente praticado. O julgador precisa, assim, analisar todas as circunstâncias que envolvem o fato, evitando pré-julgamentos em razão do tipo do delito da traficância.

Nesse ponto, é de se perguntar se se mostra razoável a aplicação da pena, tal qual cominada na Lei 11.343/06, a todas as condutas tipificadas como tráfico de drogas. Embora nos casos em que a conduta apresente-se como de menor lesividade a pena provavelmente vá ser fixada em patamar bem inferior ao mínimo de 05 anos previsto no artigo 33 da referida legislação, conforme se examinará adiante, se o intento do legislador fosse cegamente acatado, grande parte da pena privativa de liberdade teria de ser cumprida em regime fechado, sem possibilidade de substituição por sanções restritivas de direitos, concessão de *sursis* da pena ou liberdade condicional. Assim, é proporcional que mesmo o repasse para consumo de pequena quantidade de entorpecente ilícito, de forma eventual e gratuita, seja punido com alguns anos de pena carcerária em regime fechado?

Grande parte da doutrina tem entendido que não. Uma vez que o tráfico propriamente dito significa a prática de algumas das ações previstas no tipo do artigo 33, *caput*, da Lei de Tóxicos (importar, exportar, adquirir, ter em depósito, transportar, guardar, etc.) com fins comerciais, para que o delito fosse classificado como aquele tipificado no *caput* do referido artigo, então, deveria haver a intenção de lucro por parte do agente. Assim leciona Renato de Mello Jorge Silveira:

Minimamente urgente seria um maior refletir do tipo, exigindo-se elementos outros para o aperfeiçoamento da moldura, como a constatação de dados próprios para que se aperfeiçoasse a ideia de traficância. Da maneira como hoje a Lei se encontra, qualquer pessoa poderia ser tida como tal. Necessários também deveriam ser tanto a reiteração de tal conduta (para que não se punisse igualmente alguém que eventualmente fornecesse, a título gratuito, droga a um amigo seu) como, também, o escopo de lucro. Fundamentais, portanto, seriam a visualização de habitualidade na venda de droga e fim específico de lucro. Caso contrário, no máximo, poder-se-ia

¹⁵ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010, p. 26.

justificar a um tráfico de menor monta, como o previsto no art. 33, § 2º, ou, pior, no § 3º, todos da Lei nº 11.343/06.¹⁶

Em sentido semelhante, Salo de Carvalho defende que o objetivo mercantil do repasse do entorpecente é necessário para fins de configuração do tráfico. Caso não haja a intenção de lucro, ou não fique esta comprovada na instrução processual penal, deve a conduta ser desclassificada para o tipo do artigo 28 da Lei Antidrogas.¹⁷

Acertado o primeiro posicionamento. Isso porque, embora nos casos em que a traficância não reste comprovada a desclassificação para a infração prevista no artigo 28 da Lei de Drogas (uso próprio) faça-se necessária, no caso de ficar comprovado que a droga seria destinada a terceiro, não há como efetuar esta mesma desclassificação, por total incompatibilidade entre as condutas – afinal, não há consumo pessoal na hipótese. Assim, inexistindo a intenção de lucro por parte do agente, mas sendo o entorpecente repassado a terceiro, muito mais correta a desclassificação para os delitos previstos no artigo 33, § 2º (Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso) ou § 3º (Oferecer droga para consumo conjunto), dependendo do caso, do que se aplicar a elevada pena do *caput* do mesmo artigo 33 da Lei 11.343/06.

Em conclusão, verificando-se que o delito de tráfico de drogas é visto de forma mítica pela sociedade e, por isso, objeto de política de repressão de constitucionalidade duvidosa, torna-se papel do magistrado julgar de forma mais adequada e proporcional ao fato concreto. Justamente pela delicadeza da questão da política contra as drogas, não deve hesitar o juízo em questionar a validade das normas instituídas acerca da matéria, sempre que entender que possa existir violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena.

¹⁶ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes (coord.). *Op. cit.*, p. 427-428.

¹⁷ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010, p. 212.

2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO INDIVIDUALIZADOR PELAS CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E AUMENTO DA PENA NA LEI 11.343/06

Certamente, mais do que a concessão, ou não, de benefícios penais – assunto que será abordado no próximo capítulo –, o princípio da individualização da pena aparece e deve incidir na dosimetria da sanção. Nesse ponto, a Lei 11.343/06 trouxe três aspectos de grande importância para a aplicação da pena: a) no artigo 33, § 4º, a causa especial de redução da reprimenda para o agente primário e de bons antecedentes; b) no artigo 40, I a VII, hipóteses de majoração da sanção; e c) no artigo 42, determinou a Lei de Drogas, quando da fixação da pena-base, a preponderância, sobre o contido no artigo 59 do Código Penal, das circunstâncias referentes à “natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Esses aspectos citados vieram a possibilitar que a sanção seja individualizada de acordo com o caso concreto. Entretanto, deve-se analisar se, apesar de permitirem a individualização da pena, eles são razoáveis, eficazes e, principalmente, justos. É este o exame que será feito neste capítulo.

2.1 Aplicação do princípio individualizador pela diminuição da pena: artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos

2.1.1 Definição

O artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, instituiu causa especial de diminuição da pena, nos limites mínimo e máximo, respectivamente, de um sexto e dois terços, para o agente condenado pelo delito de tráfico de drogas que preencha determinados requisitos. A norma encontra-se disposta nos seguintes termos:

§ 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.

Assim, nos termos do referido dispositivo, “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”, fará jus à concessão do benefício. Desta forma, é norma destinada ao pequeno traficante (visto que não integrante de organização criminosa), teoricamente iniciante (pela condição de ser primário, de bons antecedentes). A minorante é aplicada somente aos delitos do *caput* e § 1º do artigo 33 da Lei de Drogas, cuja pena mínima prevista é de 05 anos de reclusão, não incidindo nos delitos dos §§ 2º e 3º do mesmo artigo, visto que já são formas privilegiadas da traficância.¹⁸

2.1.2 Redução da punição e princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena

A minorante prevista no mencionado § 4º do artigo 33, inovação da Lei 11.343/06, certamente veio a possibilitar uma pena mais proporcional e justa àquele traficante que, em início de atividade, muito provavelmente não careceria de repreensão tão grande quanto a pena mínima de 05 anos de reclusão, prevista ao ilícito cometido, bem como ao sujeito que comete o crime sem objetivo mercantil. Destarte, a referida causa de diminuição auxilia a corrigir o já levantado problema da desproporcionalidade da sanção de várias das condutas previstas no *caput* do artigo 33 da Lei Antitóxicos.

Assim, se a nova Lei repetiu o erro de colocar no mesmo “patamar de desvalor para fins de controle penal e, em consequência, de carga punitiva”¹⁹ o traficante habitual e o eventual, ou mesmo aquele que fornece ou entrega a consumo, gratuitamente, a substância entorpecente, a minorante criada, por outro lado, possibilitou a aplicação proporcional da pena no caso concreto, em se tratando de pequenos delitos de tráfico, nos quais inexistia maior potencial ofensivo. É uma

¹⁸ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo.** Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2010, p. 98.

¹⁹ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06.** Curitiba, Juruá, 2010, p. 243.

maneira de diferenciar, portanto, o agente de pequenos crimes do traficante contumaz.

Com efeito, considerando-se que, na terceira fase da dosimetria, a pena pode ser aplicada abaixo do mínimo legal, temos que um agente condenado pelo crime tipificado no artigo 33, *caput* ou § 1º, caso não possua nenhuma circunstância em seu desfavor, na pena-base, ou agravantes e majorantes, poderá ter sua pena fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão. Neste caso, pode-se dizer que se mostra adequada proporção entre a infração cometida e a sanção aplicada.

Outrossim, a aplicação da pena em patamar inferior a 04 (quatro) anos possibilita a sua substituição por sanções restritivas de direitos²⁰, de modo que, entendendo o magistrado que a melhor pena a ser aplicada no caso não seja a restritiva de liberdade, poderá substituí-la. Portanto, entende-se que o princípio da individualização da pena, nas hipóteses em que se faz possível a aplicação da mencionada causa de abrandamento da sanção, é favorecido tanto na questão quantitativa da pena como também pelo seu meio de cumprimento.²¹

2.1.3 Condições para a incidência da minorante

Como já mencionado, a Lei Antidrogas estabelece quatro critérios para que seja aplicada a causa especial de diminuição da pena em questão: a) primariedade do agente; b) presença de bons antecedentes; c) não dedicação a atividades criminosas; e d) inexistência integração a organização criminosa. Contudo, existem algumas questões que devem ser levantadas no que tange à minorante prevista no artigo 33, § 4º, da referida Lei, como o problema das expressões escolhidas pelo

²⁰ Esta questão será abordada mais tarde, mas, desde já, destaque-se que, não obstante o mesmo § 4º da Lei 11.343/06 determinasse a impossibilidade de o julgador substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Supremo Tribunal Federal, no HC 97.256/RS, confirmando considerável parte do entendimento da jurisprudência, julgou inconstitucional a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do referido diploma legal, de modo que, fazendo jus o sentenciado a este benefício, poderá ter a sanção corporal substituída. O Senado Federal, aliás, recentemente suspendeu a execução da expressão em comento, de modo que, ainda que a inconstitucionalidade do dispositivo tenha sido declarada em controle difuso, aparentemente a questão não comporta maiores digressões.

²¹ Porém, muitas vezes, a jurisprudência precisa corrigir alguns erros cometidos pelo legislador, a fim de prestigiar o referido princípio, como na questão da vedação da substituição de pena, mencionada acima, e do regime obrigatório de cumprimento da sanção, que se verá adiante.

legislador, ao caracterizar os requisitos, a comprovação das citadas condições e a discricionariedade, ou não, do julgador, para a aplicação da diminuição da sanção, caso presentes os critérios para tanto. Passa-se, a seguir, a analisar-se as referidas questões individualmente.

A primeira condição para a aplicação do benefício legal é que o agente seja primário, ou seja, réu não reincidente. Desta forma, aplica-se somente àquele sentenciado que não foi condenado por outro delito, com trânsito em julgado, cujo cumprimento ou extinção da pena tenha se dado em período inferior a cinco anos, nos termos dos artigos 63 e 64 do Código Penal.

A segunda condição é que o agente tenha bons antecedentes, ou, visto de outra maneira, não possua maus antecedentes. Assim, de acordo com o entendimento majoritário sobre o conceito de maus antecedentes, não poderia o réu ter outras condenações transitadas em julgado, mesmo que a extinção da pena ou o seu cumprimento tenha ocorrido há mais de cinco anos. Existe a posição de que inquéritos policiais e ações penais em trânsito poderiam configurar maus antecedentes, entretanto, assim como na análise da pena-base, em que não se pode considerá-las para o agravamento da reprimenda, na análise da minorante este entendimento também deve ser rechaçado, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal). Portanto, em relação às duas primeiras condições para a aplicação da causa especial de diminuição da pena, pode-se resumir que o agente não pode ter sido condenado por outro crime²², com decisão transitada em julgado.

O terceiro critério determina que, para ser aplicada a redução, o sentenciado não poderia dedicar-se a atividades criminosas. A referida expressão tem sido criticada pela doutrina. Primeiramente, porque, nos casos em que o agente é preso em flagrante – a grande maioria, aliás –, é impossível avaliar a presença, ou não, deste requisito. Segundo, porque, se o agente não possui maus antecedentes e não é reincidente, é evidente que deve ser entendido que ele não se dedica a atividades criminosas. Desta forma, pode-se entender que o referido requisito, em verdade, “não diz nada”.²³ No ponto, reafirme-se que, ainda que o réu responda a outras

²² Entende-se que a condenação tem que ter sido dada em relação a *crime*. Por conseguinte, o trânsito em julgado de decisão que condenou o réu por contravenção ou pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 não poderá servir de óbice à concessão do benefício.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 361.

ações penais, ou haja investigação policial em seu desfavor, estes fatos não poderão ser levados em conta também no exame deste quesito, em homenagem ao supracitado princípio da presunção de inocência.

O quarto requisito, por sua vez, embora também seja de difícil comprovação nos casos em que o agente é flagrado sozinho em posse da droga, parece mais razoável que o anterior. Com efeito, o legislador entendeu ser mais grave a conduta daquele traficante que age em organização voltada ao crime, de modo que, neste caso, não fará jus à redução de pena. Poderia o agente, assim, ser primário, de bons antecedentes, mas participar de organização destinada ao tráfico.²⁴ Por outro lado, em o agente sendo integrante deste tipo de organização, difícil imaginar que o terceiro requisito não restaria automaticamente violado, ou seja, aquele que participa de organização criminosa certamente se dedica a atividades penalmente reprováveis. Deste modo, parece existir redundância entre as duas últimas condições, o que demonstra, também por este fundamento, ter sido desnecessária a instituição do critério referente à não dedicação a atividades criminosas. Todavia, o mesmo não ocorre em relação à quarta condição para concessão da minorante, uma vez que esta não possui relação necessária com as duas primeiras.

Observa-se, ainda, que, em relação ao quarto requisito, aquele que condenado, em concurso material, pelos delitos de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico, não fará jus à diminuição da reprimenda, visto que os agentes que cometem o delito do artigo 35 da Lei de Drogas participam de organização criminosa.²⁵ Contudo, evidentemente é cabível a minorante ao agente denunciado pelos crimes dos artigos 33 e 35 do referido diploma legal, mas condenado somente em relação ao primeiro.

Cumprindo o réu com os requisitos previstos, deverá o julgador proceder à diminuição da pena. Não obstante o § 4º do artigo 33 refira que “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços”, entende-se que o sentenciado tem direito subjetivo à redução, não se tratando de ato discricionário do juízo.²⁶ Assim, o

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Loc. cit.*

²⁵ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 97.

²⁶ SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 70.

magistrado teria algum grau de discricionariedade – posto que motivada – em relação ao patamar de diminuição da pena a ser fixado.²⁷

No tocante aos critérios para estabelecer o *quantum* de redução, o legislador nada dispôs, de modo que deverá o juiz verificar, no caso concreto, a melhor fração a ser aplicada. Na prática, a jurisprudência tem entendido que se devem considerar, como critérios balizadores da fixação da minorante, principalmente os vetores referentes ao exame da pena-base, previstos no artigo 59 do Código Penal, com a preponderância da personalidade do agente e sua conduta social, bem como da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos.²⁸

Contudo, há divergências acerca da violação, ou não, do princípio do *ne bis in idem*, quando, de forma cumulativa, são negativamente valorados vetores na primeira etapa da dosimetria, fixando a sanção basilar acima do mínimo legal, e, na terceira, reduz-se o patamar de diminuição da pena pelos mesmos fundamentos lançados na aplicação da pena-base.²⁹ Nesse sentido, Nucci defende o seguinte:

É lógico que há de existir o cuidado de evitar o *bis in idem*, ou seja, levar em conta duas vezes a mesma circunstância. [...] as causas de diminuição de pena são mais relevantes que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de caráter nitidamente residual. Portanto, se o juiz notar um fator de destaque no crime cometido pelo traficante primário, de bons antecedentes, sem ligações criminosas, como a pequena quantidade da droga, deve utilizar esse critério para operar maior diminuição da pena (ex.: dois terços), deixando de considerá-la para a fixação da pena-base (a primeira etapa da aplicação da pena, conforme art. 68 do Código Penal). O contrário também se dá. Percebendo enorme quantidade de drogas, ainda que em poder de traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações com o crime organizado, pode reservar tal circunstância para utilização na diminuição da pena (ex.: um sexto). Se assim o fizer, não se valerá da mesma circunstância por ocasião da eleição da pena-base, com fundamento no art. 59 do CP.³⁰

Acertada a visão do autor. Realmente, ainda que não se esteja punindo o sentenciado com acréscimo de pena, reduzir a fração da minorante em comento mostra-se, também, como uma forma de punição. Desta feita, diminuir o patamar de abrandamento da reprimenda, sob a mesma fundamentação utilizada para exasperar a pena-base, configura, sim, *bis in idem*. Assim, parece correta a utilização destes critérios no cálculo da pena definitiva, desconsiderando-os na

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, título IV, cap. II, p. 212.

²⁸ STJ, HC 184.579/GO, 5ª Turma, Rel. Jorge Mussi, DJe 20-10-2011.

²⁹ TJ/SP, Apelação Criminal 0009514.11.2009.8.26.0309, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Otávio de Almeida Toledo, Dje 13-10-2011.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 361-362.

primeira fase da dosimetria. Até pela quantidade de pena a ser aumentada ou diminuída, em comparação à pena-base, as causas de aumento e diminuição realmente se mostram mais relevantes, pelo que a consideração das referidas circunstâncias deve ocorrer, de fato, no exame da minorante.

Por último, é necessário destacar que não cabe ao sentenciado comprovar o preenchimento dos requisitos, mas, sim, ao Ministério Público mostrar a sua ausência. Em sentido contrário, César Dario Mariano da Silva defende que ao *Parquet* caberia a prova da participação do réu em organização criminosa ou sua dedicação a atividades criminosas, e à defesa a comprovação de bons antecedentes e primariedade.³¹ Contudo, é a acusação que precisa demonstrar que o réu não preenche as condições de aplicação da minorante, não podendo a ausência de provas em sentido contrário ser interpretada em desfavor do acusado. Assim, se não há nos autos indícios de que o réu participe de organização criminosa ou se dedique a este tipo de atividade, e não foram juntadas aos autos certidões de antecedentes criminais ou documentação que comprove ter o réu sido condenado por outros delitos, deve o julgador entender que o réu – que, presumivelmente, é primário e possui bons antecedentes³² – preenche todas as condições para a aplicação da minorante.

2.1.4 Inconstitucionalidade do dispositivo?

Embora a causa especial de diminuição da pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tenha sido bem aceita pela maioria da doutrina, Fernando Capez levanta uma interessante tese de inconstitucionalidade do aludido benefício. De acordo com o autor, a regra em questão ofenderia o princípio da proporcionalidade, uma vez que teria criado um privilégio específico para os traficantes, que inexistente em qualquer outro crime, ainda que de menor potencial ofensivo. Assim, o legislador teria adotado critérios de menor importância para a fixação da sanção (que, analisados nas duas primeiras fases da dosimetria – pena-base: bons antecedentes; pena

³¹ SILVA, César Dario Mariano da. *Op. cit.*, 2011, p. 70.

³² GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**, 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 200.

provisória: primariedade –, não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ), os quais, juntamente com o fato de o agente não ser integrante de organização criminosa, poderiam conceder-lhe um benefício em fração muito maior – e sem vinculação ao limite mínimo da pena cominada. Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade, que também implica fixar penas maiores aos delitos de maior gravidade, que é o caso do crime de tráfico de drogas, teria sido violado.³³

Os argumentos lançados, de modo geral, são bastante pertinentes para a análise do *quantum* de pena a ser reduzido na aplicação da causa de abrandamento. Entretanto, não parece proceder a referida tese de inconstitucionalidade do dispositivo. De fato, o julgador deve sempre examinar o quão grave foi a conduta do sentenciado, a fim de determinar o patamar de mitigação da sanção, caso faça jus o réu ao benefício. Assim, caso se tratar a situação concreta de tráfico de grande quantidade de drogas, é evidente que a diminuição da pena, caso cabível, ocorrerá em menor monta. O mesmo ocorrerá na hipótese de o delito ser cometido com entorpecentes mais fortes, de modo que, se o patamar de redução da reprimenda estiver de acordo com a gravidade do delito, não haverá que se falar em desproporcionalidade da pena aplicada.

Por outro lado, conforme já argumentado, a citada causa especial de diminuição da pena veio para corrigir o equívoco do legislador de reduzir 18 diferentes condutas ao mesmo delito, o que – isto sim – demonstra desproporcionalidade da Lei. Com efeito, a redução da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas possui uma grande margem de diferença entre os graus mínimo e máximo de aplicação, de modo a possibilitar, tanto quanto possível, que a pena seja aplicada em simetria à gravidade da infração cometida. Deve-se entender, portanto, que a minorante atendeu aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, pois é uma forma de diferenciar, pelo grau de reprovação do ilícito, que será demonstrado através da pena aplicada, as condutas do *caput* do citado artigo 33.

É bem verdade que outros crimes cuja natureza é menos gravosa não possuem o referido “favor legal”, contudo, a peculiaridade em relação ao tráfico de drogas se dá justamente na já discutida questão de que, desde a exportação de

³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação pena especial**. Volume 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 789-790.

grandes quantidades de entorpecentes, até a simples entrega gratuita para consumo, o crime é equivalente, sendo a mesma pena cominada para condutas tão diferentes. Assim, os agentes mais beneficiados pela redução da pena serão aqueles cuja conduta também pode ser considerada menos grave.

Nesse ponto, é necessário atentar para o fato de que não pode a gravidade do delito ser avaliada “objetivamente”, sem análise do caso concreto. Ou seja, não é porque o agente restou condenado pelo delito de tráfico de drogas que sua conduta foi necessariamente de alta lesividade, merecendo no mínimo a pena de 05 anos de reclusão. Esse grau de “automaticidade”, no que tange à gravidade do delito, inexistente. Portanto, a minorante em questão surgiu justamente para proporcionar ao pequeno e iniciante traficante, que cometeu delito de menor grau de lesividade, uma pena mais proporcional e justa, concluindo-se que não há inconstitucionalidade na norma em debate.

2.1.5 Retroatividade da minorante

Outra questão que tem sido objeto de debates na doutrina e jurisprudência é a questão da retroatividade do benefício. A minorante em discussão é novidade trazida pela Lei 11.343/06, uma vez que a antiga legislação de tóxicos nada dispunha a respeito. Trata-se, pois, de *novatio legis in melius*, de modo que a possibilidade de ser aplicada retroativamente é evidente.

Todavia, não é esta a polêmica acerca da aplicação da minorante. Ocorre que a legislação antiga, embora não instituísse causa especial de diminuição da pena, cominava ao delito de tráfico de entorpecentes sanção mínima de 03 anos de reclusão – inferior, portanto, à da nova Lei, que é de 05 anos de reclusão. Assim, muito se tem discutido acerca do modo como se dará a retroatividade do benefício.

Basicamente, existem dois entendimentos. O primeiro dirige-se no sentido de que a minorante pode ser aplicada mesmo com a pena cominada pela antiga lei.³⁴ De acordo com este posicionamento, não se trataria o caso de *lex tertia*, mas

³⁴ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 99.

somente de “retroatividade parcial da lei”.³⁵ O segundo, por sua vez, defende que a redução da reprimenda somente pode ser aplicada com as penas da nova legislação, uma vez que, ao “misturar” as duas leis, o julgador estaria, na prática, legislando.³⁶

Há de se concordar com a segunda posição. Isso porque, a partir do momento em que o julgador decide combinar leis penais à sua interpretação, cria uma terceira lei, diferente das duas outras que foram reunidas. No caso do tráfico de drogas, não há uma lei que comine pena mínima de 03 anos ao delito e ao mesmo tempo possibilite a aplicação de minorante ao réu primário, de bons antecedentes e não participante de organização criminosa.³⁷ Portanto, neste caso, estaria o julgar, sim, legislando à sua própria conta.

Desta forma, o meio mais razoável de aplicação retroativa da causa de diminuição em comento parece ser na comparação das penas fixadas, ou seja, calcular a pena com base nas sanções previstas na Lei 11.343/06, e verificar se foi benéfica ao réu, em relação à reprimenda aplicada com base na Lei 6.368/76. Assim, em revisão criminal eventualmente interposta, deve o julgador realizar a dosimetria da pena com base na nova Lei, cuja pena mínima é de 05 anos, mas aplicando a redução. Então, no caso de a pena fixada na revisão criminal ser menor, é esta que será considerada. Contudo, no caso de a pena ser maior que a aplicada anteriormente, como nos casos em que o requerente não faça jus à redução em seu grau máximo, nada muda, continuando o condenado a cumprir a reprimenda que lhe foi imposta nos termos da Lei 6.368/76. O que não se pode fazer, reiterar-se, é aplicar a redução na pena mínima de 03 anos prevista na legislação anterior, sob pena de criação da denominada *lex tertia*, norma jurídica instituída pelo magistrado, que atuaria como legislador positivo, e não admitida no sistema jurídico vigente. A comparação entre as penas é sustentada por Nucci, o qual sustenta que “depende do caso concreto para sabermos se é viável a aplicação da lei nova ou a manutenção da pena, conforme os critérios da lei anterior”.³⁸

³⁵ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. **Comentários críticos à Lei de Drogas**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 60.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 362.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Loc. cit.*

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

2.1.6 A possibilidade de aplicação da minorante às “mulas”

No que tange à possibilidade de aplicação, ou não, da causa especial de diminuição da pena, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, faz-se importante referir a problemática das “mulas”, ou seja, daquelas pessoas cuja participação no tráfico limita-se ao transporte da substância.

A discussão reside no fato de ser a “mula” participante de integração criminosa ou não. Assim, caso se entenda que a pessoa responsável pelo transporte da droga integre organização voltada para práticas ilícitas, a minorante evidentemente não será aplicada. Ao se entender, entretanto, que o referido agente não chega a integrar a organização, e ele cumpre os demais requisitos previstos na Lei 11.343/06, a redução da pena poderia incidir no caso.

Acerca da impossibilidade de aplicação da causa especial de diminuição em comento, Vicente Grecco Filho argumenta o seguinte:

Entendemos que, ao transportar a droga, a “mula” passa a pertencer à organização criminosa. Isto porque, à evidência, sob o aspecto psicológico, tem ela conhecimento da conduta ilícita que se tornou possível graças a uma atividade organizada, assim compreendida pelos papéis desempenhados por todos que a assessoraram, havendo, portanto, óbice à aplicação do parágrafo.³⁹

Há ainda outro entendimento, intermediário, no sentido de que a “mula” faria jus à redução do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porém, na fração de ½.⁴⁰ Assim, o agente em questão estaria numa espécie de “meio-termo” entre ser e não ser participante de organização criminosa, razão pela qual teria direito ao benefício da minorante, porém não em seu patamar máximo.

Todavia, a decisão mais acertada parece residir na possibilidade de aplicação da minorante após análise dos fatos concretos. Desta forma, se a atividade da “mula” realmente se limita ao transporte do entorpecente, não há como admitir a tese de que ela participa de organização criminosa, uma vez que não possui atividades gerenciais, não planeja, enfim, nenhum vínculo possui com a associação, tendo sido tão somente paga para efetuar a atividade de logística do

³⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, 2011, p. 204.

⁴⁰ TRF4, ACR 0002537-42.2009.404.7004, 7ª Turma, Rel. Néfi Cordeiro, D.E. 12-01-2012.

narcótico. Assim, a aplicação da minorante ficaria entre o mínimo e o máximo de $1/6$ e $2/3$, respectivamente, não sendo limitada à fração de $1/2$.

Por outro lado, se ficar comprovado que o agente é integrante da organização, sendo o ato do transporte da droga apenas reflexo de sua participação na empreitada criminosa, não há que se falar em aplicação da minorante. Neste caso, não haveria a incidência de redução da pena em patamar nenhum.

2.2 Aplicação do princípio individualizador pelo aumento da pena

Outra forma de aplicação do princípio da individualização da pena, a fim de adequá-la ao caso concreto, evidentemente, dá-se através do aumento da reprimenda a ser aplicada na dosimetria da sentença condenatória. Situação esta que ocorre nas hipóteses em que, além da reprovabilidade “normal” da conduta do agente pelo cometimento do delito em si, presentes circunstâncias que, em tese, aumentariam ainda mais a reprovação da prática do tráfico.

Ora, é óbvio que, assim como nas situações em que, quando o crime de tráfico mostra-se de pouca lesividade, deve a sua sanção ser fixada em pequena monta, a pena deverá sofrer acréscimo nas hipóteses em que a reprovabilidade da conduta do sentenciado for acima da mínima prevista. Desta forma, tanto a instituição de minorantes quanto a de majorantes da pena configuram meio acertado de individualização da pena (ao menos em teoria), pois possibilitam ao juízo uma fixação de pena mais exata de acordo com todas as variáveis presentes no caso concreto.

Deve o juízo, apenas, respeitar certos limites por ocasião exasperação da pena, em aplicação ao já mencionado princípio da proporcionalidade. Não há que se analisar, por exemplo, na fixação da reprimenda, a culpabilidade, como elemento do crime (imputabilidade, consciência da ilicitude ou exigibilidade de conduta diversa), visando ao aumento da sanção, uma vez que o referido exame é requisito necessário para a condenação. Desta forma, exacerbar a pena-base sob o fundamento de que deveria o infrator agir de maneira diversa, ou que deveria ter ciência da gravidade do ilícito cometido, caracteriza evidente *bis in idem*. A supracitada análise, ao revés, somente se mostra possível no contexto das causas

de diminuição da pena – como, por exemplo, nas hipóteses de semi-imputabilidade e erro de proibição (artigo 26, parágrafo único, e artigo 21, respectivamente, ambos do Código Penal).⁴¹

O tema referente ao aumento da pena, gize-se, costuma ser bastante polêmico. Parcela considerável da doutrina entende ser inconstitucional o agravamento da sanção pela reincidência. A possibilidade de análise dos vetores “personalidade do agente”, “antecedentes” e “conduta social”, previstos no artigo 59 do Código Penal, também é muito discutida, principalmente em se considerando o entendimento de que a reprovação imposta pela reprimenda deve ser tão somente pelo delito praticado, e não pela vida pessoal do agente (culpabilidade pelo fato⁴²), sob pena de aplicação do denominado “Direito Penal do Inimigo”.

A Lei 11.343/06, em verdade, trouxe ainda mais debates acerca dessas questões. O seu artigo 40 elenca sete majorantes a serem aplicadas também em relação ao crime de tráfico de entorpecentes. No entanto, algumas destas causas de aumento são de aplicação bastante discutível.

O seu artigo 42, a seu turno, determina que sejam consideradas, com preponderância sobre as circunstâncias previstas no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a *natureza e quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*. Da mesma forma, a opção do legislador pela preponderância de determinadas circunstâncias, conforme se verá adiante, é de acerto duvidoso.

Desta forma, será analisada, a seguir, de forma crítica, a regra contida no artigo 42 da Lei de Drogas, bem como a análise das causas especiais de aumento previstas no artigo 40 do mesmo diploma legal – suas aplicações e possibilidade de incidência de forma conjunta. Destaque-se que não serão examinadas circunstâncias atenuantes e agravantes da sanção, nem as suas causas gerais de aumento e diminuição, uma vez que o objeto deste estudo, em relação à dosimetria da pena, são as normas dispostas na Lei 11.343/06 na individualização da pena do delito tipificado no seu artigo 33.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 170-171.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 378.

2.2.1 Artigo 42

O artigo 42 da Lei de Drogas institui uma regra, para a fixação da sanção basilar, referente à *preponderância* de determinadas circunstâncias sobre outras. A referida norma está disposta nos seguintes termos:

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.

Como se observa, o legislador determinou que duas circunstâncias já previstas no artigo 59 do Código Penal sejam consideradas preponderantes sobre o previsto neste mesmo diploma legal. Segundo Marcello Ovidio Lopes Guimarães,⁴³ a redação do artigo 42 não teria sido das mais felizes, uma vez que poderia simplesmente mencionar, dentre os vetores a serem observados para a fixação da pena-base, previstos no Estatuto Repressivo, aqueles que preponderariam nos delitos tipificados pela Lei 11.343/06. Assim, se a personalidade do agente e sua conduta social já devem ser analisadas, em vista da norma prevista no Código Penal, entende o autor que seria “difícil entender-se como certos elementos preponderarão sobre eles mesmos”. Ademais, a natureza e a quantidade da substância ou do produto se encaixariam nas circunstâncias e consequências do crime, elementos também já indicados no referido *Codex*.

Tem-se entendido, entretanto, que a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos em poder do agente são, em verdade, circunstâncias autônomas àquelas previstas no artigo 59 do Código Penal.⁴⁴ Desta forma, para a fixação da pena-base, devem ser considerados, além de todos os elementos previstos no mencionado artigo, estes vetores diretamente relacionados com o entorpecente objeto da traficância. Por outro lado, a personalidade do agente e sua conduta social não seriam levadas em consideração duas vezes, de modo que não se poderia dizer que “certos elementos preponderariam sobre eles mesmos”. De qualquer forma, afigura-se que a nova Lei Antidrogas deu bastante destaque à chamada culpabilidade do autor, ou seja, parece que o legislador resolveu dar tanta importância ao meio de vida do agente quanto ao caso concreto.

⁴³ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Op. cit.*, p. 232.

⁴⁴ Nesse sentido: TRF4, ACR 2009.70.02.000687-6, 8ª Turma, Rel. Nivaldo Brunoni, D.E. 03-3-2010.

À luz do princípio da individualização da pena, a necessidade de exasperar-se a sanção nas hipóteses de tráfico de grandes quantidades de substâncias entorpecentes certamente se mostra adequada. De fato, não seria proporcional a equivalência de penas entre aquele sujeito que é flagrado traficando pequenas quantidades de entorpecente e aquele que trafica quantidades maiores, muitas vezes de diferentes tipos (por exemplo, um sujeito que é pego vendendo de 10 gramas de cocaína, e outro que tem, em depósito, para fins de comercialização, 03 quilogramas de *crack*, 10 quilogramas de cocaína e 20 quilogramas de maconha). Igualmente, tanto mais severa será a punição quanto maior a lesividade em potencial da natureza do entorpecente traficado. Nesse sentido, “os traficantes das chamadas drogas pesadas e das drogas sintéticas, portadoras de elevado potencial de lesividade à saúde, devem ser condenados com uma maior quantidade de pena”.⁴⁵

Considerando-se que o bem jurídico tutelado pelo artigo 33 da Lei de Tóxicos é a saúde coletiva, Nucci sustenta a proporcionalidade entre o *quantum* de pena a ser aplicada ao agente em relação ao poder lesivo da substância entorpecente objeto do delito. O autor leciona o seguinte:

É natural supor que quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização. Esses fatos, portanto, podem e devem ser levados em conta pelo magistrado.⁴⁶

Assim como as causas de diminuição, esta é uma forma de adequar a reprimenda individualmente – nesse caso, em se tratando de tráfico de vultosas quantias de drogas –, de modo que a preponderância em comento tem sua razão de existir. A referida preponderância destes elementos, por óbvio, não impede a análise das demais circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal; impossibilita, porém, que a estes vetores seja dado maior valor em relação àqueles previstos no artigo 42 da Lei de Tóxicos. Nesse sentido, lecionam João José Leal e Rodrigo José Leal:

[...] Todas essas circunstâncias ou indicadores do juízo de censura da conduta criminosa [do artigo 59 do Código Penal] devem ser analisados pelo juiz, no momento de fixação da pena-base. Porém, no caso de condenação por crime relacionado ao uso e ao tráfico ilícito de drogas, o magistrado fica obrigado a atribuir maior relevância à natureza e à quantidade da substância ou do produto com potencial tóxico

⁴⁵ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 341.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 378.

ou entorpecente, isto é, a droga, que constitui o elemento material da infração. Assim, para fins de fixação da medida punitiva, o juízo de reprovabilidade será tanto mais severo e, em consequência, maior a pena-base a ser aplicada, quanto maior for a quantidade da droga apreendida na condição de objeto material da infração.⁴⁷

A lei não explicita, porém, de que modo ocorrerá a citada preponderância. Não há, nesse sentido, valores previamente estabelecidos a serem aplicados pelas circunstâncias do artigo 42 da Lei de Drogas e aquelas previstas no Código Penal. Deve o juiz, portanto, em atenção a quanto os elementos preponderantes se destacam dos demais, determinar o aumento a ser imposto na pena-base. Outrossim, quando a circunstância for favorável ao agente, “poderá ser considerada para um aumento significativamente menor em relação a outras desfavoráveis”.⁴⁸

Nesse ponto, pode-se entender que – pelo menos no que se refere à consideração da natureza e da quantidade da droga objeto do delito de tráfico como circunstâncias preponderantes – o legislador teve a intenção de individualizar a conduta imputada ao agente de acordo com o delito efetivamente cometido, a ser observado, de acordo com o caso concreto, pelo julgador. Desta forma, se observadas conforme determina a Lei, as circunstâncias “fatalmente conduzirão a um juízo mais proporcional, razoável e humano, tratando o sentenciado como indivíduo e não como mais um número para as estatísticas júdicio-criminais”.⁴⁹

Portanto, não há, *a priori*, maiores problemas acerca da necessidade de consideração preponderante dos elementos referentes à natureza e quantidade do entorpecente. A referida norma respeita o princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, dependendo do magistrado, apenas, para sua correta aplicação.

O problema do artigo 42 da Lei 11.343/06, na verdade, reside na exigência de que sejam valoradas com maior importância, quando da aplicação da reprimenda, a *personalidade* e a *conduta social* do agente. Isso porque ambas as circunstâncias são muito subjetivas e, invariavelmente, acabam levando ao julgamento situações que não possuem qualquer relação com o ilícito cometido – na maioria das vezes, destaque-se, em desfavor do acusado.

Assim, não obstante pareça razoável que aquele sentenciado cuja personalidade e conduta social foram positivamente valoradas possa usufruir da

⁴⁷ *Ibid.*, p. 341.

⁴⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 859.

⁴⁹ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 338.

diminuição da pena – ou pelo menos da manutenção da sanção basilar no mínimo legal, caso outras vetoriais sejam avaliadas como negativas – a análise se torna mais delicada quando a punição é exasperada devido a estes critérios. Neste último caso, a negativação das circunstâncias ocorre por um juízo de valor íntimo do magistrado, uma vez que não há meios objetivos para que elas sejam valoradas – principalmente após a publicação da Súmula 444 do STJ, que proíbe a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, procedimento este que era comumente utilizado na dosimetria das sentenças condenatórias.

Veja-se, a seguir, a análise individual da personalidade e da conduta social na fixação da pena. Será analisada também a razão pela qual a aludida preponderância dos dois elementos em estudo merece críticas.

2.2.1.1 Conduta social:

Pode-se conceituar esta circunstância como sendo o conjunto de atitudes e reações do indivíduo em face do meio social, compreendendo principalmente o “comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, associações a que pertence”,⁵⁰ em que se poderia verificar se o cometimento de crimes seria atividade habitual por parte do sentenciado, ou se constitui um fato isolado em seu meio de vida. Portanto, a conduta social nada mais é do que o modo de vida que exerce o agente em sociedade, que, na maioria dos casos (e, em se considerando o delito aqui estudado, principalmente nos casos de pequenos traficantes, quando o delito é cometido às escuras, sem o conhecimento dos seus familiares e amigos), será analisado de forma independente do ilícito cometido. Assim, fixar-se-ia a pena com base no conhecido direito penal do autor (quando se pune pelo que o condenado é), em contraponto ao direito penal do fato ou culpabilidade pelo fato (quando se pune o condenado tão somente pelo ilícito cometido).

⁵⁰ JÚNIOR, Miguel Reale. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Forense, 2009, p. 33.

A fim de demonstrar a problemática da valoração da conduta social na pena-base, cita-se um pequeno trecho da sustentação de Nucci a respeito do tema.⁵¹ O seguinte excerto evidencia a dificuldade de análise da referida vetorial no caso concreto:

[...] Reportamo-nos à nota anterior, que cuidou da personalidade, promovendo os mesmos alertas em relação à *culpabilidade pelo fato* e à *culpabilidade do autor*. Deve a conduta social resultar das provas colhidas durante a instrução e o constante dos autos, sem qualquer presunção por parte do juiz. Por isso, parece-nos fundamental haver especial atenção para a produção de provas, voltando-se tanto o magistrado quanto as partes à verificação da conduta social do réu, **indagando das testemunhas, se viável, não somente dados acerca do fato principal, mas também quanto ao papel do acusado no ambiente em que vive.**

A *culpabilidade pelo fato*, citada pelo autor no trecho acima, como já mencionado, refere-se à necessidade de valorar unicamente as condutas relacionadas à prática do delito, de modo que, quando a circunstância não disser respeito ao crime, não pode servir de base para a exasperação da pena. Assim, percebe-se, do excerto acima, *data maxima venia*, que o próprio autor entra em contradição ao entender que se deve perguntar às testemunhas que papel exerce o acusado no ambiente em que vive. Ora, que relação possui o papel exercido na comunidade, pelo agente, com a prática da infração penal? A verdade é que se torna difícil imaginar uma situação em que a conduta social daquele que responde pelo crime de tráfico de entorpecentes possa ser valorada de forma negativa sem que este seja punido por situações adversas à prática delituosa.

Assim, o comportamento do acusado na esfera familiar, comunitária ou profissional em nada se relaciona com o delito a ser analisado pelo juízo. Se a conduta social deve ser avaliada através das atitudes do agente “na comunidade em que vive, abrangendo suas relações familiares e de vizinhança, o seu modo de vida no trabalho e nos espaços comunitários de lazer”,⁵² ou mesmo seu círculo de amizade,⁵³ então aumentar a sanção aplicada ao condenado, por uma interpretação estritamente pessoal do magistrado de que o réu não possui boa conduta social, é, na maioria das vezes, o mesmo que incriminá-lo pelas amizades que escolhe, por não ser um bom vizinho ou mesmo um bom funcionário!

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 379.

⁵² FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 345.

⁵³ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Op. cit.*, p. 233.

E, apesar disso, entendeu-se que a conduta social deve ser não apenas levada em consideração na aplicação da pena (o que, é evidente, não dependeria do legislador responsável pela elaboração da nova Lei de Tóxicos, uma vez que a mencionada vetorial já se encontrava prevista anteriormente no Código Penal), mas ainda possuir mais importância do que outros elementos de reprovação do juízo, como circunstâncias e consequências do delito (este entendimento, sim, passível de críticas), que certamente se mostram muito mais relevantes no exame do caso concreto do que o modo de agir ou pensar do agente do ilícito, em situações que sequer constituem crime. Assim, embora a individualização da pena vá ocorrer na observação da conduta social do agente, parece que isso acontecerá de maneira equivocada se o julgador exacerbar a pena do condenado pelo delito de tráfico de drogas por entender que situações singelas do cotidiano são desfavoráveis ao sentenciado.

Leva-se a crer, contudo, que, em casos nos quais a conduta social é claramente favorável ao agente (de modo a ser valorada positivamente, portanto, e não de forma neutra), é possível haver a compensação entre esta circunstância e outra que seja valorada negativamente, como, por exemplo, as já mencionadas natureza e quantidade da droga. Nesse sentido, Gilberto Thums e Vilmar Pacheco⁵⁴ asseveram que, se a natureza e a quantidade da droga forem consideradas negativas na primeira fase da dosimetria, mas a conduta social e a personalidade forem valoradas positivamente, serão compensados os elementos tidos como negativos, no caso de as demais circunstâncias previstas no artigo 59 também forem favoráveis ao agente, não podendo a pena-base sair do mínimo legal. Isso porque, se a conduta social do condenado mostrar-se-lhe indubitavelmente favorável, de modo que se possa comprovar que o cometimento do delito foi episódio isolado em sua vida, o aumento da já vultosa pena cominada ao delito de tráfico de drogas pode não se mostrar recomendável. De qualquer forma, é uma situação difícil de imaginar, mesmo porque este tipo de circunstância costuma ser valorada somente em prejuízo do réu.

Deve, entretanto, ser patente a proporcionalidade entre as medidas. Não se mostrará razoável, por exemplo, a referida compensação com a quantidade de entorpecente apreendido se o agente infrator, de conduta social exemplar, for

⁵⁴ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Ob. cit.*, 2010, p. 338.

condenado pelo tráfico de dezenas de quilogramas de entorpecente. Poderia haver, na hipótese, caso se entendesse cabível, uma diminuição no patamar de aumento da reprimenda (compensação parcial), mas de forma alguma a fixação da pena-base no mínimo legal (compensação total). Portanto, é necessário sopesar não somente se as circunstâncias são positivas ou negativas, mas também o quanto cada uma delas se mostra favorável ou reprovável.

2.2.1.2 Personalidade do agente

A personalidade do agente é conceituada por Nucci como “o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida”.⁵⁵ A análise da personalidade do agente permitiria ao julgador verificar o quanto a prática do ilícito seria reflexo dela, tornando-a mais ou menos reprovável.⁵⁶

Entende-se, entretanto, que o problema com a referida circunstância é o mesmo presente na *conduta social*. Com efeito, não obstante devam ser objeto de incriminação somente “fatos e não pensamentos, atos preparatórios, estado perigoso, condição, formas de ser, o que constitui outro limite ao poder-dever de punir”,⁵⁷ se a personalidade do agente for considerada negativa pelo julgador, aquele dificilmente não responderá por situações alheias ao crime praticado.

Da mesma forma, consoante já referido, a aludida reprovação ocorrerá por critérios íntimos e subjetivos do juiz, muitas vezes passíveis de contestação, tendo-se em vista que não é mais cabível o aumento da pena-base pela consideração de inquéritos policiais ou ações penais em curso contra o acusado (como não poderiam os antecedentes ser valorados negativamente nessas situações, a vetorial referente à personalidade do agente era comumente negativada quando o réu respondia a outras ações penais, ou contra ele existiam investigações policiais em andamento⁵⁸). Em defesa da impossibilidade de aumento de pena pela negativação da

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 378.

⁵⁶ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui.. *Op. cit.*, 2007, p. 345.

⁵⁷ JÚNIOR, Miguel Reale. *Op. cit.*, 2009, p. 33.

⁵⁸ TRF4, ACR 2007.72.00.010238-7, 7ª Turma, Rel. Sebastião Ogê Muniz, D.E. 25-3-2010

circunstância referente à personalidade do agente, a lição de Zaffaroni é digna de nota:

um direito que reconheça, *mas que também respeite* a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação.⁵⁹

Também contrariamente à consideração do denominado direito penal do autor, merece destaque, igualmente o ensinamento de Bacigalupo a respeito do tema. O autor sustenta o seguinte:

A extensão que se tem dado [...] à fórmula da personalidade, a converte num instrumento que excede o âmbito de um Direito Penal da culpabilidade. Um direito em que só exclui a responsabilidade pelo resultado (chamada responsabilidade objetiva), mas no qual é preciso responder *pelo que se é*, e não somente pelo que se fez, não é um Direito Penal da Culpabilidade.⁶⁰

Também no sentido de fazer duras críticas à possibilidade de negatificação da personalidade do agente na dosimetria da pena, manifesta-se Boschi.⁶¹ Segundo o autor, a personalidade é dinâmica, estando em constante mutação, e é muito mais complexa do que simples manifestações de caráter ou temperamento, sendo difícil a sua avaliação, mesmo porque quem a faz tende a compará-la com suas próprias características de personalidade, que seriam adotadas como paradigmas de comportamento. Por conseguinte, seria “inviável a determinação *a priori* de um *padrão de personalidade* para a elaboração de juízo comparativo com a personalidade do réu”. O autor sustenta, ainda, que, mesmo que isso fosse possível, não se mostraria razoável a exasperação da sanção com base na referida circunstância, uma vez que tal situação implicaria reconhecer que “o Estado é titular do poder totalitário de mudar os outros, sacrificando o direito à diferença”.

Há de concordar-se com o referido posicionamento. De fato, não seria razoável entender que deveria existir um padrão comportamental na sociedade e, pior ainda, que aquele que comete algum delito mereceria sofrer acréscimo em sua sanção penal por ser diferente deste modelo. Consequentemente, mesmo os muitas

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 111.

⁶⁰ BACIGALUPO, Enrique. **A Personalidade e a Culpabilidade na Medida da Pena**. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 15/16, 1974, p. 41, *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, 2002, p. 203.

⁶¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, 2002, p. 203 *et seq.*

vezes defendidos exames de personalidade e conduta social, que poderiam ser feitos por assistência social, psicólogos e psiquiatras,⁶² mostram-se inadequados.

Apesar disso, assim como mencionado na nota referente à conduta social, o legislador, lamentavelmente, entendeu que o sujeito que comete o delito de tráfico de entorpecentes merece repreensão ainda maior pelo meio de vida que segue, mesmo que inexistentes outros delitos no caso. Assim, mesmo que os atos a serem considerados no exame deste vetor sejam todos atípicos (ainda que, num exame pessoal, subjetivo, possam ser considerados imorais – cujo cometimento, destaque-se, jamais poderia ensejar repreensão penal), darão causa a indevido aumento de pena.

Por isso, embora não haja nenhuma dúvida de que a análise preponderante das quatro circunstâncias determinadas pelo legislador favoreça a individualização da pena, parece equivocada a opção pelos vetores da conduta social e personalidade do agente. O exame da natureza e da quantidade do entorpecente ou dos produtos apreendidos certamente possibilita um julgamento mais acertado de acordo com o efetivamente ocorrido no caso concreto. Entretanto, a valoração das outras duas circunstâncias citadas, embora leve a um julgamento individual, não necessariamente levará a um julgamento justo.

2.2.2 Artigo 40

Além das circunstâncias preponderantes previstas no seu artigo 42, a nova Lei Antidrogas traz sete causas especiais de aumento de pena, a incidir também sobre o delito de tráfico de drogas, na terceira fase de aplicação da reprimenda penal. O patamar de aumento, consoante disposto no *caput* do artigo 40, varia de um sexto a dois terços. As majorantes em questão encontram-se dispostas nos seguintes termos:

- I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
- II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

⁶² LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 341.

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;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

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

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Considera-se que as causas de aumento supracitadas estão em uma série relativamente extensa de circunstâncias. Isso porque a nova legislação de tóxicos determinou “tantas as hipóteses circunstanciais de aumento da pena, que parece difícil ocorrer um caso na práxis judiciária que não esteja contemplado por uma das múltiplas circunstâncias descritas nos incisos do art. 40”.⁶³

Mesmo assim, entende-se que a nova legislação foi melhorada no ponto, uma vez que, como o *caput* do artigo 40 menciona especificamente as condutas nas quais poderão incidir as referidas causas de aumento, a discussão acerca de quais delitos estariam sujeitos às majorantes em questão não mais existe.⁶⁴

Do ponto de vista da individualização da pena, a aplicação das majorantes em comento certamente se mostra adequada. De fato, é evidente que algumas condutas, como a importação de substâncias entorpecentes, com a consequente distribuição do produto no território nacional, ou o tráfico de drogas que envolva crianças ou adolescentes, merecem maior repreensão.

Contudo, conforme adiante se verá, existem alguns aspectos bastante polêmicos acerca da aplicação de determinadas majorantes – por exemplo, a aplicação conjunta das causas de aumento referentes à transnacionalidade e interestadualidade dos crimes cometidos. De qualquer maneira, pode-se destacar que, na terceira fase da dosimetria, em incidindo no caso concreto mais de uma majorante, poderá o julgador aplicar somente aquela que mais aumente a pena, nos termos do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal.

Rogério Sanches Cunha defende, entretanto, que, se um crime de tráfico de entorpecentes é circundado por mais de uma majorante, este fato “deve ser

⁶³ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 258.

⁶⁴ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 117.

considerado no patamar de aumento, aproximando-se do *quantum* máximo (princípio da individualização da pena).⁶⁵ De fato, considerando-se que parte da jurisprudência entende que a fração de aumento da reprimenda a ser aplicada não é de um sexto a dois terços por cada majorante, mas sim que o aumento da pena somente ocorrerá em patamar superior ao mínimo legal se estiverem presentes, no cometimento do delito, mais de uma das hipóteses elencadas no artigo 40⁶⁶ (embora o referido posicionamento seja bastante discutível), nesses casos não haveria como aplicar o disposto no mencionado artigo 68 do Estatuto Repressivo, de modo que seria aumentada a fração de exasperação da pena em proporção ao número de majorantes presentes no ilícito praticado.

A análise de cada uma das hipóteses elencadas pelo artigo 40 da Lei de Tóxicos será feita individualmente. Passa-se, assim, ao seu exame.

2.2.2.1 Artigo 40, I: transnacionalidade do delito

Com a utilização da expressão “transnacionalidade do delito”, em substituição à locução “tráfico com o exterior”, utilizada na antiga legislação de drogas, a causa de aumento no caso de tráfico de drogas envolvendo mais de um país passou a ser utilizada de forma mais abrangente. Assim, “com a mudança basta que a infração tenha a sua execução iniciada ou terminada fora dos limites do nosso território (em águas internacionais, por exemplo)”, não necessitando de vínculo entre nacionais e estrangeiros na atividade.⁶⁷ Portanto, entende-se que houve flexibilização para o reconhecimento da majorante, em comparação à lei anterior, sendo a norma atual de incidência mais genérica.⁶⁸ A competência para processamento e julgamento do feito será da Justiça Federal, a teor dos artigos 109, V, da Constituição Federal, e 70 da Lei 11.343/06.

⁶⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Dos crimes. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.) *Op. cit.*, 2011, título IV, cap. II, p. 234.

⁶⁶ TRF4, ACR 2009.70.04.000083-1, 8ª Turma, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 23-9-2009.

⁶⁷ CUNHA, Rogério Sanches. Dos crimes. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.) *Op. cit.*, 2011, título IV, cap. II, p. 234. p. 234.

⁶⁸ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 118.

Mostra-se correta a instituição da referida majorante. De fato, deve ser considerada mais grave a conduta “daquele que mantém vínculos com o exterior para disseminar a droga por vários lugares do mundo, motivo pelo qual é justificado o aumento”.⁶⁹ Outrossim, a transnacionalidade da conduta costuma envolver operações de maior complexidade por parte dos agentes, normalmente compreendendo quantidade relevante de droga, de modo que o imenso potencial de difusão do vício fundamenta a exasperação da pena.⁷⁰

Em sentido contrário, Salo de Carvalho defende a inaplicabilidade desta causa de aumento, visto que, como as ações de importar e exportar já se encontram previstas no tipo penal do artigo 33 da Lei de Drogas, haveria violação ao princípio do *ne bis in idem*.⁷¹ Mesmo que se considere a necessidade de comercialização da droga para a configuração do delito de tráfico, há de se discordar do referido posicionamento, uma vez que, ao exportar ou importar a substância, o agente do delito terá realizado algumas das outras condutas previstas no *caput* do citado artigo 33 (por exemplo, remeter, adquirir, transportar e trazer consigo), de modo que a transposição de fronteira nacional configura-se como um *adicional* na reprovabilidade da ação, inexistindo a sustentada dupla incriminação.

O legislador estabeleceu como critérios para verificação da transnacionalidade do delito “a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato”. Entretanto, é claro que estes elementos não passam de indicadores, de modo que o procedimento de investigação e a análise concreta do caso poderão determinar a existência outras situações que comprovem tratar-se de tráfico transnacional de entorpecentes. Da mesma forma, quando através destes critérios for possível inferir que a droga possui origem alienígena, mas ainda possa haver dúvidas a esse respeito, a conduta atribuída ao acusado não deverá ser, automaticamente, a de tráfico transnacional, por uma simples questão de *probabilidade*. Isso porque os elementos presentes no inciso I do artigo 40 da Lei de Drogas são apenas indicativos de transnacionalidade do delito, não demonstrando, por si só, que a traficância excedeu as fronteiras nacionais. Portanto, a existência de transnacionalidade no delito deve estar acima da dúvida razoável.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 373.

⁷⁰ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Op. cit.*, p. 213.

⁷¹ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010, p. 242.

Exemplifica-se a situação acima com o caso de tráfico de cocaína. Como se sabe, a referida substância não é produzida no Brasil, uma vez que o clima nacional não é favorável para o plantio da folha de coca. Desta forma, sempre se saberá que a origem do entorpecente em questão é estrangeira. Entretanto, se o acusado for simplesmente um revendedor, não poderá ter sua pena majorada sob a alegação de que a natureza e a procedência da substância evidenciaram a transnacionalidade do delito. Assim, a origem da droga “não deve ser vista como indicadora necessária de maior desvalor da conduta criminosa para fins de majoração obrigatória da pena”.⁷²

Igualmente, “a prisão de alguém com droga em município vizinho próximo à fronteira de país conhecido como corredor de tráfico não autoriza concluir automaticamente pela transnacionalidade”.⁷³ Destarte, caso se trate de simples revendedor, que adquiriu a substância de outro traficante na cidade fronteira, não incidirá a causa de aumento em questão. Portanto, os critérios de verificação da transnacionalidade do delito devem estar em consonância com os demais elementos de investigação. Na existência de dúvida razoável, deve-se entender que o delito cometido não passou de tráfico simples, hipótese mais benéfica ao réu.

2.2.2.2 Artigo 40, II: crime praticado com abuso de função pública ou de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância

Trata-se a majorante prevista no artigo 40, II, da Lei 11.343/06, basicamente, de circunstância especial de quem detém condição própria de agente na função pública (em geral, servidor público responsável pelo combate à criminalidade, como o agente policial) e de quem, sendo ou não servidor público, tenha missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância (por exemplo, professor ou quem envolve membros da própria família no meio ilícito). A majorante é aplicada devido à condição especial do agente que comete este tipo de delito, pelas condições facilitadas ou vantajosas para a sua consumação.

⁷² LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 259.

⁷³ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 119.

Segundo Nucci, no primeiro caso, a referida conduta “merece, de fato, pena mais elevada, pois trai a confiança que lhe foi depositada pelo Estado. Em lugar de proteger a sociedade, termina por delinquir, praticando tráfico ilícito de entorpecentes”.⁷⁴

Na segunda hipótese, a aplicação da majorante também se mostra justificada. Com efeito, o agente que se aproveita de condições como a de membro da família, direcionando sua conduta para pessoas que deveria proteger, de educador (como professor), ou atividades de vigilância (como um guarda de escola que teria facilitada a prática da ação de traficância),⁷⁵ mereceria, em tese, repreensão superior ao traficante que não se encontra na mencionadas condições.

Portanto, andou bem o legislador pelo menos no que se relaciona à instituição da presente regra. De fato, determinando o aumento de pena àquele que se aproveita de situação pessoal, de confiança, para o cometimento do tráfico, o legislador, nesse ponto, possibilita ser aplicada, pelo julgador, a individualização da pena ao agente que deve ter sua sanção fixada em maior monta.

2.2.2.3 Artigo 40, III: majoração da pena pelo lugar de cometimento do tráfico

A majorante do artigo 40, III, da Lei de Drogas, incide quando o tráfico ocorre em lugares nos quais o delito seria, em tese, mais reprovável, como naqueles em que existe aglomeração de pessoas, nos quais a difusão da substância entorpecente apresentaria um maior risco potencial.⁷⁶ Certamente a traficância em locais como escolas, presídios e locais de recreação em geral e de tratamento de dependentes químicos demonstra maior reprovabilidade, de modo que se mostra acertado o aumento quando o delito envolve este tipo de lugar. Nesse sentido, Nucci assevera o seguinte:

[...] torna-se particularmente mais grave cometer o delito em lugares onde se presta serviço de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social (locais que precisam retirar o viciado do contato com o entorpecente), de unidades militares (quartéis das Forças Armadas ou da Polícia Militar) ou

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 373.

⁷⁵ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 126.

⁷⁶ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 127.

policiais (delegacias de polícia), bem como em transportes públicos (ônibus, metrô, táxi etc.). Quanto maior for a aglomeração de pessoas, mais fácil, ágil e disseminada torna-se a mercancia da droga, razão pela qual se justifica a causa de aumento de pena.⁷⁷

A controvérsia, entretanto, reside no fato de que muitas vezes o delito pode ser cometido em lugares próximos (imediações) àqueles do artigo 40, III, da Lei Antitóxicos, sem que exista qualquer tipo de relação com eles. Cite-se, por exemplo, casos de tráfico cometido nas imediações de estabelecimento hospitalar, entre dois sujeitos sem nenhum tipo de vínculo com pessoas daquele local. Não se pode considerar como mais reprovável este tipo de conduta, mesmo porque, no caso de ser aceita esta hipótese legal, quase sempre será possível encontrar alguma das entidades ou associações em lugares próximos ao daquele em que o tráfico foi realizado. Assim, o legislador não teria respeitado o princípio da razoabilidade penal ao determinar o aumento da sanção pelo simples fato de o crime ser realizado nas imediações dos espaços ali indicados.⁷⁸

Parece, contudo, que a intenção do legislador foi justamente no sentido de determinar que a majorante seja aplicada quando o tráfico, ao ser realizado nas imediações dos locais mencionados, possua relação direta com eles, mesmo porque não faria sentido considerar que a proximidade, por si só, crie situação de maior perigo à saúde pública que justifique a exasperação da pena. Da mesma forma, se não há repasse da droga em espaços como de transporte público, não é razoável aplicar a majorante em comento.

Assim, se o agente é flagrado com as substâncias dentro da sua mala, no meio de uma viagem de ônibus, sem, contudo, ter o objetivo de difundir ou facilitar o uso ou comércio da droga naquele local específico, não deve incidir a referida causa de aumento.⁷⁹ Independentemente da verdadeira intenção do legislador, por uma questão de razoabilidade, não haveria aplicação da majorante nesta hipótese.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 374.

⁷⁸ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 259.

⁷⁹ TJ/RS, Apelação Crime 70022812291, 3ª Câmara Criminal, Rel. Vladimir Giacomuzzi, DJ 19-5-2008. Em sentido contrário: STF, HC 109.411, 1ª Turma, Rel.^a Cármen Lúcia, DJe 26-10-2011.

2.2.2.4 Artigo 40, IV: crime cometido com violência ou grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva

Não obstante a majorante do artigo 40, IV, da Lei 11.343/06, pareça encontrar justificativa no fato de que qualquer infração que seja praticada com violência ou grave ameaça deva ser penalizada de maneira mais severa,⁸⁰ a doutrina tem entendido ser de pouca utilidade a regra em questão. Na verdade, além de ser difícil ajustar a referida causa aos crimes de tráfico de entorpecentes, que, por natureza, não são violentos⁸¹ (nos casos em que alguém, à força, obrigue determinada vítima a consumir substâncias entorpecentes, o crime cometido seria de lesão corporal ou até homicídio, dependendo do caso⁸²), é difícil definir o que significa a expressão “intimidação difusa ou coletiva”. Poder-se-ia citar o exemplo de demonstração de armamentos, por parte de associação para o tráfico de drogas, a fim de intimidar a população local, situação na qual incidiria a exasperação da pena ora em estudo.

Contudo, no caso de o agente que comete o delito de tráfico ser flagrado na posse de armas, responderá, em concurso material, pelos crimes previstos nas Leis 10.826/03 e 11.343/06, de modo que a aplicação da majorante citada implicará evidente *bis in idem*. Quanto ao tema, Gilberto Thumbs e Vilmar Pacheco lecionam o seguinte:

A hipótese da majorante exige que as condutas de traficância sejam praticadas com violência ou grave ameaça, o que se mostra de difícil aplicação, porque a troca de tiros entre traficantes ou com policiais vem a caracterizar outro tipo de crime, como a tentativa de homicídio, a resistência etc. Se o local da traficância – boca de fumo – é protegido com arsenal de armas a fim de proporcionar ‘segurança’ aos traficantes, e, havendo prisão em flagrante, o caso é de concurso material entre traficância e Estatuto do Desarmamento ou Código Penal.⁸³

Talvez o legislador tivesse como objetivo majorar a pena de grandes traficantes que eventualmente ameacem a população próxima ao local da atividade criminosa. Porém, a questão de majorar a pena do tráfico pelo emprego de arma de

⁸⁰ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, p. 259-260.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 375

⁸² GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, 2011, p. 233.

⁸³ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 131.

fogo mostra-se inócua,⁸⁴ e a expressão “qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva” é vaga, não tendo o legislador respeitado a “regra da taxatividade decorrente do princípio da legalidade penal”.⁸⁵ Portanto, sob a ótica do princípio da individualização da pena, mais uma vez o legislador pareceu equivocarse quanto aos critérios de aplicação da sanção penal, porquanto criou dispositivo provavelmente impossível de ser aplicado no caso concreto.

2.2.2.5 Artigo 40, V: tráfico interestadual de drogas

Entendeu o legislador possuir maior reprovabilidade a conduta do agente que, ao cometer o delito de tráfico de drogas, o faz ultrapassando a fronteira dos estados ou do Distrito Federal. No ponto, Nucci defende a inserção desta majorante na nova Lei de Tóxicos, sustentando que “Quando o tráfico atingir mais de uma região do País, promovendo, portanto, uma distribuição espalhada e não concentrada da droga, de fato, cuida-se de circunstância mais grave, a merecer maior censura, conseqüentemente, aumento de pena”.⁸⁶

Em sentido contrário, João de Deus Lacerda Menna Barreto⁸⁷ defendia, em análise à antiga legislação de entorpecentes, que incluir a exasperação da pena ao tráfico interestadual seria criticável. Isso porque, segundo o autor, a instituição desta majorante iria aumentar em demasia as hipóteses de exasperação de pena, “propiciando um casuísmo não recomendável e justificador de outros desmembramentos circunstanciais, como o do tráfico intermunicipal ou, mesmo, o havido entre zonas e bairros residenciais”.⁸⁸

Todavia, a referida majorante encontra-se justificada pelo fato de que o tráfico entre diferentes regiões do país tende a aumentar a difusão da droga entre diversas partes do território nacional. Nesse sentido, remete-se à argumentação

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 374.

⁸⁵ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, p. 260.

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 378.

⁸⁷ BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. **Estudo geral da nova Lei de Tóxicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 71 *apud* GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Op. cit.*, p. 218.

⁸⁸ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Op. cit.*, p. 218.

apresentada quando da análise da causa especial de aumento da sanção referente à transnacionalidade do delito, no sentido de que merece maior repreensão a conduta daquele que dissemina a droga a diversas regiões (ainda que, na hipótese, o delito seja evidentemente menos grave do que aquele que espalha os narcóticos a diferentes países).

Para fins de verificação da presença da interestadualidade, aplicam-se analogamente as circunstâncias previstas no inciso do I do artigo 40, ou seja, a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato.⁸⁹ Deve-se atentar, apenas, como fundamentado anteriormente, para o fato de que as referidas circunstâncias não são aptas a comprovar, de forma automática, a incidência da majorante. Desta forma, deve o julgador analisar todos os elementos presentes nos autos para ver se restou comprovada a interestadualidade do crime.

Outra questão a ser abordada diz respeito à possibilidade de aplicação conjunta das causas especiais de aumento previstas nos incisos I e V do artigo 40 da Lei de Drogas. Com efeito, é comum que, nos casos de tráfico internacional de entorpecentes, o agente atravesse diversos estados até ultrapassar a fronteira do Brasil, bem como na volta para a casa. Desta forma, seria correto aplicar as duas majorantes no delito em questão? A doutrina compreende que não. Assim, é certo entender que o tráfico transnacional de drogas, delito mais grave que o interestadual, absorve este último, atraindo a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito.⁹⁰

2.2.2.6 Artigo 40, VI: tráfico visando ou envolvendo criança, adolescente ou pessoa de discernimento reduzido

A capacidade de resistência das pessoas mencionadas pela causa especial de aumento da pena ora em questão é reduzida, razão pela qual poderiam mais facilmente ser envolvidas por traficantes – seja para auxiliar no tráfico, seja para o

⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, 2011, p. 234.

⁹⁰ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 132.

consumo de entorpecentes.⁹¹ Assim, “A razão do aumento está focada na necessidade de maior proteção legal às pessoas que se acham incapacitadas de se defenderem, por sua própria vontade, do assédio e investidas dos agentes do uso e do tráfico de drogas”.⁹² Por conseguinte, mostra-se acertada a instituição do regramento ora em estudo, de modo que o sentenciado deverá ter a pena aumentada no caso de incidência da referida majorante.

A incidência desta causa especial de aumento da sanção penal pode ocorrer em duas hipóteses. A primeira, referente à expressão “envolver”, refere-se à conduta de aliciamento de menor ou de pessoa sem discernimento (como deficientes mentais ou viciados⁹³) para que este auxilie no cometimento dos delitos de tráfico de entorpecentes. É o caso de criminosos que, até por terem ciência da inimputabilidade de menores de idade, utilizam-nos no ato da traficância.

A segunda hipótese, no que tange à expressão “visar”, consiste no menor ou pessoa sem discernimento como usuário da droga, ou seja, são os destinatários finais da substância entorpecente.⁹⁴ Deste modo – até em consideração ao maior grau de vulnerabilidade destas pessoas –, o legislador entendeu ser passível de maior repreensão quem, de algum modo, insere menor ou pessoa de discernimento reduzido no mundo das drogas – ou colabora para a sua manutenção.

Destaque-se, porém, que a majorante somente será aplicada nos casos em que não responda o agente, em concurso, pelo delito de corrupção de menores, sob pena de ocorrência de *bis in idem*. Em relação ao confronto de normas com o delito previsto no artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), entende-se que, nos casos de tráfico de drogas envolvendo menores, o agente responderá pelo delito do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, com a majorante do artigo 40, VI, do mesmo diploma legal. Desta feita, o delito do artigo 243 da Lei 8.069/90 será cometido quando a substância em questão estiver fora do contexto das drogas ilícitas, como cigarros e bebida alcoólica.⁹⁵

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 375.

⁹² LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 260.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 376.

⁹⁴ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p.133.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 376.

2.2.2.7 Artigo 40, VII: financiamento ou custeio da prática do delito

Trata-se da última causa especial de aumento para o delito de tráfico de entorpecentes prevista no artigo 40 da Lei de Drogas. O inciso VII deste dispositivo legal determina que, se o agente do delito de tráfico também financiar ou custear a sua prática, deverá ter sua pena majorada.

Esta certamente é a mais problemática das sete causas de aumento de pena previstas no citado artigo 40. Isso porque o financiamento ou custeio do delito de tráfico de drogas passou, no artigo 36 da Lei 11.343/06, à condição de tipo penal autônomo. Desta forma, a aplicação da majorante em comento, nos casos em que o agente responde também pelo crime do artigo 36, resultará em visível violação ao princípio do *ne bis in idem*. Desta forma, parte da doutrina entende que este inciso VII sequer pode ser aplicado, uma vez que, se o agente financiar ou custear a prática do tráfico, responderá unicamente pelo delito do artigo 36, sem o aumento de pena, portanto. Esse é o entendimento de João José Leal e Rodrigo José Leal, que asseveram o seguinte:

A nosso ver, portanto, a causa de aumento prevista no referido inc. VII do art. 40 da Lei Antidrogas é ineficaz ou inócua, por não ter como ser aplicada, salvo com a ofensa à regra que proíbe a dupla punição ou à lógica jurídica mais elementar. O objeto sobre o qual poderia incidir a sua função de aumento da resposta punitiva já constitui matéria de proibição erigida à condição de tipo penal.⁹⁶

Gilberto Thums e Vilmar Pacheco, ao contrário, defendem que existe forma de aplicação da exasperação da pena em comento. De acordo com os autores, a única forma de aplicação da majorante seria se o traficante, agindo em concurso de agentes, comete o delito e, tendo dinheiro para a aquisição de novas drogas, financia outro traficante que executaria as tarefas de transporte do entorpecente, guarda, etc.⁹⁷ César Dario Mariano da Silva, por sua vez, entende que o critério para aplicação de uma ou de outra norma residiria na questão da habitualidade. Assim,

⁹⁶ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 195. Nesse sentido, ainda, o autor cita Eduardo Luiz Santos Cabette, para quem, “se o agente incidir no artigo 36 por óbvio inaplicável será o aumento do artigo 40, VII, vez que a circunstância do financiamento ou custeio dos crimes já configura a conduta típica.” Mesmo nos casos em que o agente cometa outros ilícitos previstos na Lei Antitóxicos, a aplicação da referida causa de aumento também seria inviável. (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A lei de tóxicos e as palavras inúteis**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1168, 12 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8908>>. Acesso em: 26 set. 2007.)

⁹⁷ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 134.

se o agente financia ou custeia o tráfico de maneira habitual, responderá pelo crime do artigo 36. Se o fizer, entretanto, de maneira eventual, será partícipe do delito de tráfico, de modo que responderá pelo artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, com o acréscimo da pena previsto no inciso VII do artigo 40 da mesma Lei.⁹⁸

Contudo, o entendimento mais razoável parece ser no sentido de que a mencionada exasperação, embora não possa ser aplicada aos crimes do artigo 36 da Lei Antidrogas, incidirá nos casos em que o agente, além de cometer o delito de tráfico de drogas, também o financia ou custeia. Destarte, não responderá pelos delitos dos artigos 33, *caput* ou § 1º, e 36, em concurso material, mas somente pelo artigo 33, com a causa de aumento do artigo 40, VII, da Lei 11.343/06. Nesse sentido, Salo de Carvalho defende a inadmissibilidade de eventual concurso material entre os artigos 33, *caput* ou § 1º, e 36, de modo que o mais correto seria tipificar a conduta do modo já referido: pela combinação do artigo 33, *caput* ou § 1º, com o artigo 40, VII.⁹⁹

Entretanto, ainda que esta seja a interpretação mais aceitável acerca da aplicação da majorante do inciso VII, convém observar que errou grosseiramente o legislador na instituição da referida majorante às “penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei”, já que, ao seu entender, a causa de aumento poderia ser aplicada ao delito do artigo 36; não percebeu, portanto, a violação ao princípio da proibição de *bis in idem*. Da mesma forma, Gilberto Thums e Vilmar Pacheco observam que a aplicação da majorante em comento só poderá ocorrer em relação aos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34, não havendo como exasperar a pena por este fundamento em relação aos delitos dos artigos 33, §§ 2º e 3º, 35 e 37:

Se financiar o informante ou colaborador do traficante, não se tipificará o crime do art. 36, que só é aplicável às hipóteses dos arts. 33, *caput*, e 34. Como aplicar então a majorante em questão ao art. 37? Impossível, porque o financiador não responde pelo art. 37. É atípica a conduta de financiar um informante, até porque quem o sustenta é o próprio traficante e não um terceiro financiador, o que pareceria uma situação completamente idiota. Conclui-se que foi mais um equívoco do legislador no afã tresloucado de punir cegamente. A aplicação da majorante fica restrita aos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, não havendo justificativa para os §§ 2º e 3º do art. 33, nem para os arts. 35 e 36.¹⁰⁰

⁹⁸ SILVA, César Dario Mariano da. *Op. cit.*, 2011, p. 104.

⁹⁹ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, 2010, p. 243.

¹⁰⁰ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 134.

Portanto, a majorante em questão possui muito mais restrições de incidência do que pretendeu o legislador. Será, assim, aplicada somente em relação aos crimes tipificados nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34, ambos da Lei de Tóxicos.

2.2.3 Os acertos e falhas dos artigos 40 e 42 da Lei 11.343/06 sob a ótica do princípio da individualização da pena

Entende-se que a Lei 11.343/06 pecou em vários aspectos na questão referente à individualização da pena. Para que este princípio seja corretamente aplicado, não basta apenas criar várias condições para aumento ou redução da pena. Devem-se respeitar, também, diversos outros princípios aplicados no Direito Penal, como o da razoabilidade, proporcionalidade e vedação de *bis in idem*.

Ademais, as causas de aumento de pena devem ser circunstâncias especiais, e não aquelas muitas vezes já presumidas quando do cometimento do delito, por vezes inerentes ao tipo penal. É preciso atentar-se para o fato de que majorantes de múltipla incidência serão aplicáveis à maioria dos crimes previstos na Lei 11.343/06, de modo que a aplicação do aumento deve ocorrer apenas quando indiscutivelmente mais reprovável a conduta do agente, no caso concreto, do que em comparação ao tipo do artigo 33, *caput* e § 1º, da Lei de Drogas, tão somente. Entretanto, consoante já referido, o legislador criou normas inócuas ou de difícil compreensão, de modo que algumas circunstâncias do artigo 40 da referida Lei sequer serão utilizadas.

Em relação ao seu artigo 42, a Lei de Drogas igualmente se mostrou equivocada ao determinar a preponderância da personalidade do agente e da sua conduta social para valoração da pena-base. Isso porque, como visto, trata-se de dar maior importância à culpabilidade do autor, em detrimento da culpabilidade pelo fato.

Por outro lado, conforme argumentado anteriormente, a Lei Antitóxicos também se mostrou acertada em determinados aspectos, como, por exemplo, ao determinar, no supracitado artigo 42, a consideração preponderante das circunstâncias referentes à natureza e quantidade da droga apreendida, quando da aplicação da sanção basilar. São vetores que, de fato, influenciam no grau de

repreensão que deve ser estabelecido ao agente do delito – pois, ao contrário dos vetores *personalidade do agente e conduta social*, trata do delito efetivamente cometido, e não do direito penal do autor.

Igualmente, a diminuição, em comparação à legislação anterior, da fração mínima da majorante referente à transnacionalidade do delito de tráfico, de 1/3 para 1/6, possibilita ao julgador uma fixação mais exata do aumento que entende devido por esta vetorial, de acordo com a análise do caso concreto. Parece correto, outrossim, a instituição das majorantes referentes à interestadualidade do delito, quando este envolve ou visa a pessoa incapaz e em razão de o agente prevalecer-se de sua função ou atividade para o cometimento do crime. Acertado, também, embora em parte, o aumento de pena pelo lugar de cometimento do delito (desde que este seja cometido visando às pessoas dos referidos locais¹⁰¹).

Portanto, muito embora o legislador tenha acertado ao instituir determinadas normas capazes de ensejar maior individualização da pena, de acordo com a situação concreta, cometeu determinados erros – alguns de cunho essencialmente técnico – que culminam na inocuidade de normas ou em aplicação injusta da pena, no caso de estas regras serem cegamente aplicadas. Deve o julgador, conseqüentemente, verificar de forma crítica a possibilidade, ou não, da adoção de determinados institutos presentes na Lei 11.343/06.

¹⁰¹ Nesse sentido, o julgador deverá dar a correta aplicação à causa de exasperação de pena ao analisar a estrita relação do local do delito com o seu *modus operandi*. Assim, como já mencionado, se a traficância, ocorrida em um dos locais referidos pelo inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas ou em suas imediações, não visar às pessoas que os frequentam, não há que se falar em incidência da majorante.

3. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM RELAÇÃO AO SEU REGIME DE CUMPRIMENTO E ÀS VEDAÇÕES DE BENEFÍCIOS PREVISTAS NOS ARTIGOS 44 E 59 DA LEI 11.343/06

O artigo 44 da Lei de Drogas determina uma série de proibições a benefícios penais e processuais penais ao agente do delito de tráfico de drogas. O artigo em questão encontra-se disposto nos seguintes termos:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

O referido diploma legal, além de repetir as proibições já previstas em nível constitucional e na Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), ampliou o rol de vedações a serem instituídas em delitos específicos da Lei Antitóxicos. Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, refere ser o tráfico de drogas crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. A Lei dos Crimes Hediondos, por sua vez, além de repetir a norma constitucional, vedava a concessão de indulto e liberdade provisória (tendo esta última proibição sido revogada pela Lei 11.464/07).

Já a Lei 11.343/06, além de repetir as vedações contidas nas normas anteriores, traz restrições específicas ao agente que responde pelos delitos desta natureza. Assim, a mencionada legislação torna defesa a concessão de *sursis* e, repetindo a norma contida no seu artigo 33, § 4º, proíbe a substituição da pena restritiva de liberdade pelas sanções restritivas de direitos.

Entretanto, assim como os impedimentos já previstos na Lei dos Crimes Hediondos, as restrições da Lei de Tóxicos possuem uma série de discussões na doutrina e na jurisprudência acerca de sua efetiva validade. Isso porque, estabelecendo regras absolutas, de modo a impedir o magistrado de analisar o caso concreto a fim de aplicar pena proporcional ao delito efetivamente cometido, o legislador, além de violar o princípio da individualização da pena, estaria entrando na esfera de competência do Poder Judiciário, determinando a forma através da qual este pode, ou não, julgar.

Em relação ao regime de cumprimento da pena carcerária, a Lei Antidrogas silenciou ao seu respeito, de modo que continuou a ser aplicada, no ponto, a Lei 8.072/90. Esta determinava, em seu § 1º, que a sanção fosse cumprida em regime integralmente fechado. Com a vigência da Lei 11.464/07, entretanto, a referida norma foi revogada. Assim, a restrição ao regime fechado de cumprimento da pena limitou-se ao seu início, nos moldes do § 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, passando a ser possível, portanto, a progressão de regime. Contudo, consoante se verá adiante, a aplicação deste novo dispositivo também possui – discutíveis – restrições em relação à norma geral de progressão do regime prisional.

Alfim, o artigo 59 da Lei de Drogas, nos moldes do então vigente artigo 594 do Código de Processo Penal – mas indo de encontro ao entendimento do STJ e do STF no sentido de “exigir do magistrado fundamentação concreta da segregação cautelar no caso de homologar auto de prisão em flagrante por crime hediondo ou tráfico de drogas”¹⁰² – determina a impossibilidade de o réu apelar em liberdade, nas hipóteses de condenação, salvo no caso de ser primário e de bons antecedentes. Tais requisitos deveriam ser reconhecidos na sentença. Principalmente pela possível violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, a regra em questão também é de natureza bastante discutível.

Passa-se, a seguir, à crítica individual das restrições dos benefícios citados, bem como à análise da existência, ou não, de ilegalidade das vedações em comento. Começa-se, assim, pela discutida questão acerca do regime de cumprimento da sanção privativa de liberdade.

3.1 Regime de cumprimento da pena e progressão de regime

Conforme já mencionado, a nova legislação de tóxicos nada referiu sobre o regime de cumprimento da pena ou pela possibilidade de progressão de regime. Desta forma, a regra cabível à espécie é aquela prevista na Lei 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, aos quais o tráfico de drogas é equiparado.¹⁰³

¹⁰² THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 142.

¹⁰³ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 295-296.

A Lei dos Crimes Hediondos, por sua vez, determinava a impossibilidade de progressão de regime, devendo a pena ser cumprida em regime integralmente fechado. Contudo, o STF, no HC 82.959/SP, decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo referido, justamente pela fundamentação de que ele violaria o princípio da individualização da pena. De fato, não somente este princípio era violado, mas também o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que condicionar o regime de cumprimento da sanção pura e simplesmente pela natureza abstrata do delito é evidentemente equivocado.

Como já argumentado alhures, a instituição deste tipo de regramento objetiva influenciar diretamente na competência do julgador, que, em tese, ficaria muitas vezes impossibilitado de aplicar a pena na quantidade e na *forma* que entendesse correta. No entanto, deve caber ao magistrado, de acordo com a situação concreta, solucionar o caso de maneira diversa daquela instituída pelo legislador, na hipótese de concluir que a aplicação da letra fria da lei violará princípios básicos constitucionais, como os mencionados acima. Nesse sentido é a lição de Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

Embora o legislador tenha estabelecido vários parâmetros e limitações ao atuar do juiz, demonstrando falta de confiança no Poder Judiciário quanto à aplicação da nova lei, os magistrados continuarão a ser intérpretes da lei dentro de um sistema, notadamente os princípios e garantias fundamentais. As regras que limitam a atuação judicial, estabelecendo proibições para a substituição de penas, concessão de liberdade provisória etc., são inócuas, porque o juiz interpreta a lei a partir de um sistema penal e processual penal constitucional.¹⁰⁴

Assim, pouco após a Corte Suprema decidir pela inconstitucionalidade da obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime integralmente fechado, foi publicada a já mencionada Lei 11.464/07, a qual determinou que a pena para os crimes hediondos e equiparados não mais seria cumprida em regime integralmente fechado, embora tenha estabelecido a obrigatoriedade deste regime no início de cumprimento da sanção. Determinou, ademais, que a progressão de regime somente poderia ocorrer após a reprimenda ter sido cumprida em 2/5, se o agente for primário, e 3/5, se reincidente – não fazendo jus, contudo, o reincidente específico nos delitos de natureza hedionda, nos termos do artigo 83 do Código Penal.

¹⁰⁴ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Op. cit.*, 2010, p. 141.

A doutrina majoritária, em consonância com o entendimento adotado no STF¹⁰⁵, entende que a norma mais rígida de progressão de regime não se aplica aos fatos ocorridos anteriormente à vigência da Lei 11.464/07, que a instituiu. Isso ocorre porque, sendo inconstitucional a determinação de cumprimento da pena em regime integralmente fechado, aplicam-se aos delitos ocorridos antes da nova norma o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, que determina a possibilidade de progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena.

Em relação à constitucionalidade da instituição de critérios mais rígidos para a progressão do regime de cumprimento de pena, não parece haver a violação de qualquer princípio previsto na Carta Magna. É natural que delitos considerados mais graves possuam regime diferenciado de cumprimento de pena, não havendo, sob este aspecto, ofensa ao princípio da individualização da pena (embora, talvez, nem sempre a progressão somente após cumpridos os 2/5 se mostre acertada). O que não pode ser admitida é a vedação absoluta e incondicional de benefícios penais, de forma generalizada – esta, sim, por ofender o princípio citado.

3.2 Inafiançabilidade

Determina o artigo 44 da Lei 11.343/06 ser inafiançável o delito de tráfico de drogas, ou seja, proíbe a concessão de liberdade provisória mediante fiança. A referida vedação é redundante e desnecessária, uma vez que, à época da entrada em vigor desta legislação, o Código de Processo Penal, em seu artigo 323, I, vedava a concessão de fiança a delitos punidos com reclusão em que a pena mínima cominada fosse superior a dois anos.¹⁰⁶ Embora este artigo tenha tido sua redação alterada, a inafiançabilidade do crime de tráfico possui previsão constitucional, de modo que o novo texto do mencionado artigo 323 veda expressamente a concessão de fiança a este delito – proibição esta igualmente redundante e desnecessária, pois já prevista na Constituição Federal.

¹⁰⁵ HC 91.631/SP, 1ª Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia – DJe 08-11-2007.

¹⁰⁶ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 269.

A proibição de concessão fiança, todavia, não obsta a que seja concedida liberdade provisória *sem fiança*, nos casos e que não se encontrem preenchidos os requisitos para manutenção da prisão preventiva.¹⁰⁷ A Lei 11.464/07, aliás, revogou a proibição do juízo de conceder liberdade provisória aos crimes considerados hediondos e equiparados. Isto, em verdade, considerando-se a norma constitucional de proibição de fiança, demonstra certa contradição no sistema processual penal brasileiro, consoante leciona Nucci:

[...] a libertação de alguém, sem o pagamento de qualquer quantia, é viável a qualquer delito, inclusive os graves; entretanto, autores de crimes menos importantes, podem ser colocados em liberdade, mediante o pagamento de fiança. Tal distinção precisa terminar. Ou se institui fiança para os delitos graves, ou se retira, por completo, o instituto da fiança do processo penal.¹⁰⁸

Desta forma, entende-se que a referida norma é inócua, uma vez que, se o legislador quiser proibir este tipo de concessão, o mais lógico é que determine a vedação de liberdade provisória pura e simplesmente. A inafiançabilidade de alguns crimes somente fará com que o julgador conceda a liberdade provisória sem o pagamento da garantia, quando entender cabível esta concessão.

3.3 Vedação à liberdade provisória

Seguindo o rol de proibições até então contidas na Lei dos Crimes Hediondos, a legislação antidrogas tornou defesa a concessão de liberdade provisória ao autor do crime de tráfico de entorpecentes. Porém, a efetiva aplicação deste regramento é discutida pela doutrina e jurisprudência.

Isso porque, conforme mencionado, entre as alterações efetuadas à Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, encontra-se a revogação da proibição em comento. Assim, considerando-se que o delito de tráfico de entorpecentes é equiparado aos hediondos, inclusive sendo mencionado nas restrições do artigo 2º da lei que trata dos delitos desta natureza, natural entender que a concessão de liberdade provisória passou a ser possibilitada também em relação aos crimes de tóxicos.

Entretanto, mesmo após a publicação do referido texto legal, o STF manteve seu posicionamento anterior, no sentido de não possuir direito à liberdade provisória

¹⁰⁷ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Op. cit.*, p. 239.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 381-382.

o agente do crime de tráfico de drogas. Tal entendimento baseava-se, primeiramente, no fato de que a Lei 11.464/07 haveria tão somente corrigido redundância legislativa, uma vez que, ao proibir a fiança, implicitamente vedava, também, a liberdade provisória. Ademais, ainda que a referida lei tivesse revogado a restrição à liberdade provisória para os crimes hediondos em geral, não determinou, expressamente, a possibilidade de concessão do referido benefício àquele que responde pela traficância.

O entendimento em questão parece equivocados. Em primeiro lugar, a referida presunção de que a lei, ao determinar a inafiançabilidade de determinados delitos, determina, também, a vedação à liberdade provisória, mostra-se incorreta. Isso porque, se esta fosse mesmo a sua intenção, o legislador deveria tê-lo feito de modo expresso, sob pena de violação ao princípio da taxatividade. Portanto, esta presunção configura-se como analogia *in malam partem*, não sendo permitida em nosso sistema penal. Se a Lei dos Crimes Hediondos, anteriormente, vedava de forma expressa a liberdade provisória, e, após a edição da Lei 11.464/07, esta vedação desapareceu, é evidente que a mudança na legislação efetivamente possibilitou a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos, não havendo, então, nenhuma correção de redundância legal pela nova lei.

Segundo, as prisões cautelares devem ser aplicadas em situações excepcionais, como nos casos de flagrante delito ou em que extremamente necessário para o bom andamento da instrução criminal. Nos casos em que não estão presentes os requisitos para a sua manutenção, o relaxamento ou a revogação da prisão deve ser de imediato proferido pelo juízo. O próprio Pretório Excelso, aliás, nesse sentido, publicou a Súmula 697, que determina que “A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.” Desta forma, impossibilitar a liberdade provisória é admitir como regra a prisão do acusado durante todo o processo, mesmo nos casos em que não haja nenhuma razão plausível para tanto, ou, ainda, mesmo que no decorrer da instrução processual se demonstre que o réu é inocente.

Em terceiro lugar, é cabível no caso o princípio da posterioridade, em detrimento do princípio da especialidade.¹⁰⁹ Desta forma, pode-se entender que a

¹⁰⁹ CUNHA, Rogério Sanches. Dos crimes. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.) *Op. cit.*, 2011, título IV, cap. II, p. 250-251.

Lei 11.464/07 possibilitou a concessão de liberdade provisória também em relação aos delitos de tráfico de drogas, porquanto mais recente que a nova Lei de Tóxicos. Por mais que a Lei 11.343/06 seja norma especial de tratamento de crimes como o de tráfico de drogas, deve-se considerar que este delito é equiparado aos de natureza hedionda, estando acertado o entendimento de que ele se encontra incluído nas mudanças efetuadas pela Lei 11.464/07. Trata-se de uma questão de isonomia: se aos crimes hediondos se possibilita a liberdade provisória, razoável que ao tráfico de entorpecentes o benefício também possa ser concedido. Nem se mostra razoável, aliás, que o julgador mantenha a prisão preventiva pelo simples apontamento da restrição prevista em lei, sem que demonstre, fundamentadamente, estarem presentes no caso concreto os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem revisto seu posicionamento, decidindo pela inconstitucionalidade da mencionada vedação contida no artigo 44 da Lei 11.343/06 e concedendo, por vezes, a liberdade provisória a acusados pelo crime previsto no artigo 33, *caput*, do mesmo diploma legal.¹¹⁰ Os referidos julgamentos vão ao encontro do mesmo entendimento já proferido na ADIN 3112, em que o STF entendeu ser inconstitucional norma idêntica, disposta no artigo 21 da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), que proibia a concessão de liberdade provisória aos delitos ali previstos, sob o fundamento de que a Carta Magna “não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente”.

3.4 Vedação ao *Sursis*

Ao contrário das demais vedações previstas na Lei 8.072/90, quando da edição da nova Lei de Tóxicos, a insuscetibilidade de *sursis* foi determinada somente em relação ao crime de tráfico de drogas. Não se especificou se a

¹¹⁰ HC 97.579/MT, 2ª Turma, Rel.ª Ministra Ellen Gracie, DJe 14-5-2010, e HC 98.966/SC, 2ª Turma, Rel. Ministro Eros Grau, DJe 30-4-2010.

proibição de suspensão condicional seria da pena ou do processo, de modo que se entende pela dupla vedação. Todavia, a suspensão condicional do processo somente poderia ser aplicada aos crimes tipificados nos §§ 2º e 3º do artigo 33 da Lei 11.343/06, uma vez que, nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/95, somente aos delitos cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano poderia ser proposto o referido benefício, de modo que o tráfico de drogas, pela pena cominada em lei, jamais se encontraria abarcada pelo requisito previsto na Lei dos Juizados Especiais.

Contudo, a aplicação do *sursis* da pena se mostraria possível nos casos de tráfico minorado (artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas), nas hipóteses em que o sentenciado tenha a pena reduzida no máximo de 2/3 (dois terços) ou em patamar próximo do teto legal, uma vez que, nesses casos, sua pena não excederia a dois anos, preenchendo-se o requisito objetivo do artigo 696 do Código de Processo Penal. No entanto, conforme já suscitado, a legislação de tóxicos veda a outorga do benefício.

Em favor da possibilidade de concessão da benesse, Gilberto Thums e Vilmar Pacheco defendem que o julgador pode, dependendo do caso concreto, conceder o *sursis* da sanção, caso entenda cabível. Desta forma, proibir o magistrado de aplicar a suspensão condicional da pena, de modo absoluto, violaria o princípio da individualização da pena.¹¹¹

Em sentido contrário, Nucci sustenta não haver qualquer inconstitucionalidade no referido preceito. Assim, a inviabilidade de determinados benefícios a delitos considerados mais graves, como no caso do tráfico de entorpecentes, seria meramente parte de política criminal utilizada pelo Estado, inexistindo ilegalidade na restrição. Não haveria, outrossim, desobediência ao princípio da individualização da pena, uma vez que, ainda que a sanção não pudesse ser suspensa, nada impediria que o agente, embora iniciasse sua pena em regime mais rigoroso de cumprimento, pudesse conseguir progressão para regime mais brando. Ademais, como as penas da Lei Antitóxicos são, em regra, elevadas, dificilmente seria cabível o *sursis* ao condenado por algum destes delitos.¹¹²

¹¹¹ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Ob. cit.*, 2010, p. 141

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 381.

Acertado o primeiro posicionamento. De fato, por mais que a política criminal possa determinar algumas restrições àqueles que cometem infrações penais de natureza mais grave, a proibição de *sursis* viola diretamente o princípio da isonomia.¹¹³ Nesse sentido, reitera-se a argumentação de que, se o tráfico de drogas é equiparado aos crimes hediondos, não parece razoável restringir o benefício somente ao primeiro. Estar-se-ia tratando situações iguais de maneira desigual.¹¹⁴

Outrossim, o fato de que dificilmente a suspensão condicional da pena poderia ser aplicada na situação concreta não pode servir de óbice para a concessão do benefício nas hipóteses em que ele efetivamente possa ser aplicado. Afinal, se o agente é punido com pena reduzida, razoável entender que a natureza do delito por ele cometido era branda, por mais que o legislador insista sempre em tentar demonstrar que a conduta da traficância é, necessária e obrigatoriamente, de alta periculosidade. Desta forma, é possível entender que a proibição apriorística e absoluta da referida benesse ofende os princípios da razoabilidade, da isonomia e da individualização da pena. Assim, o magistrado pode conceder o benefício nas hipóteses em que ele se mostrar cabível e adequado ao caso.

3.5 Insuscetibilidade de anistia, graça e indulto

Novamente repetindo a norma já expressa na Carta Magna e na Lei dos Crimes Hediondos, o artigo 44 da Lei 11.343/06 veda a outorga de anistia e graça ao agente que comete o delito de tráfico de drogas. Desta forma, no que tange a estes dois institutos, não há que se falar, evidentemente, em inconstitucionalidade da medida, embora, conforme já argumentado anteriormente, este tipo de repetição normativa mostra-se desnecessário.

Por outro lado, é passível de críticas a opção do constituinte ao inserir no artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias individuais, norma que proíbe de forma antecipada e absoluta a concessão de benefícios

¹¹³ CUNHA, Rogério Sanches. *Op. cit.*, 2011, p. 248.

¹¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Loc. cit.*

penais, impossibilitando a análise do caso concreto. Assim, o dispositivo em questão teria criado “uma barreira constitucional intransponível para que a norma infraconstitucional possa autorizar a concessão dos referidos institutos penais benéficos, mesmo nos casos em que tais benefícios se revelem justos e necessários para se fazer justiça no varejo”.¹¹⁵

A anistia somente pode ser concedida mediante lei de trâmite regular perante o Congresso Nacional e sanção do Presidente da República.¹¹⁶ Não visa a beneficiar um grupo definido de pessoas, mas sim a declarar que determinadas condutas passam a ser impuníveis (geralmente de cunho político, embora nada impeça sua concessão a crimes comuns, tanto que o constituinte precisou vedar o referido perdão a delitos de ordem não política¹¹⁷).

Desta forma, pode-se entender que a vedação à anistia dificilmente encontraria incidência prática. Isso porque é pouco provável que o Congresso encontrasse razão social ou política para aprovar uma lei que objetivasse o perdão de um delito como o de tráfico de drogas, o qual, ao contrário, é cada vez mais repreendido pelo legislador – muitas vezes por meio de dispositivos bastante discutíveis, como os que ora são examinados. Destarte, a proibição não se revela “apenas juridicamente inadequada, mas politicamente inócua e inoportuna”.¹¹⁸

Em relação ao instituto da graça,¹¹⁹ cumpre observar que a doutrina entende não haver distinção entre este benefício e o indulto. A diferença entre os dois reside basicamente no fato de que o primeiro consiste em favor individual e pessoal, destinado a um ou mais condenados (contanto que devidamente determinados), enquanto que o último é coletivo e impessoal, destinado a todos aqueles que se encontrem na situação estabelecida no ato de concessão.¹²⁰ Entretanto, a natureza da benesse é considerada a mesma, tanto que a Lei de Execuções Penais substituiu utiliza a expressão indulto individual, ao se referir ao instituto da graça.

¹¹⁵ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 280.

¹¹⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 285.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2010, p. 554.

¹¹⁸ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 285.

¹¹⁹ Deve-se salientar que a proibição a que se refere o artigo 44 da Lei de Drogas não é a da graça em sentido amplo, que abrange a graça em sentido estrito, a anistia e o indulto (mesmo porque as outras duas formas de indulgência são individualmente vedadas pela citada legislação), mas da graça em sentido estrito.

¹²⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Loc. cit.*

Devido à sua natureza individual, o benefício em questão encontra-se em desuso, uma vez que, em regra, o que é concedido a quem cumpre pena é o indulto coletivo. Desta forma, observa-se novamente que o objetivo do legislador foi apenas repetir a norma já expressa na Constituição Federal, visto que, assim como na questão da anistia, a graça dificilmente seria, de fato, aplicada.

A vedação ao indulto, ao contrário do que ocorre nas duas situações já apresentadas, não possui previsão constitucional. Desta forma, é discutível se a legislação ordinária poderia acrescentar o mencionado instituto no rol de proibições de benefícios ao agente de delitos como o de tráfico de drogas.

Favoravelmente à tese de que se faz possível a restrição, defende-se que, em verdade, a Constituição Federal previu, sim, a vedação de indulto, uma vez que teria proibido a graça em sentido amplo, e que não faria sentido impedir a concessão de graça em sentido estrito, e de anistia, mas permitir o indulto coletivo. Desta forma, o artigo 44 da Lei 11.343/06 somente teria atendido a comando constitucional, inexistindo qualquer irregularidade na medida.¹²¹ Ademais, ainda que se entendesse que a Carta Magna proibiu a graça em sentido estrito, de modo que inexistisse previsão na referida norma para o impedimento do indulto, também não haveria nenhuma restrição constitucional quanto à instituição da vedação do benefício. Por conseguinte, poderia o legislador determiná-la, mesmo que sem amparo da Lei Maior.¹²² É o entendimento predominante na jurisprudência.

Todavia, parece mais razoável o entendimento manifestado pelo Ministro Assis Toledo, no sentido de que a Constituição, prevendo o indulto, atribui-o à competência discricionária do Presidente da República. Assim, esse poder discricionário encontraria seus limites no próprio texto constitucional, não sendo possível ao legislador impor restrições à possibilidade de sua utilização.¹²³ Ademais, não seria lógico entender que o inciso XLIII do artigo 5º da Carta Magna tenha instituído a proibição de graça no sentido amplo, para depois instituir também a proibição de anistia. Ao expressamente vedar as duas hipóteses, permite concluir que o benefício da graça proibido é somente aquele em sentido estrito, de modo que

¹²¹ SILVA, César Dario Mariano da. *Op. cit.*, 2011, p. 113.

¹²² CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, 2010, p 218-219.

¹²³ TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes hediondos: alguns aspectos importantes. *In*: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (coord.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, v.3, p. 204-218 *apud* Franco, Alberto Silva. *Op. cit.*, 2011, p. 290-291.

se permite concluir que o texto não impede a concessão de indulto. Fere o princípio da razoabilidade, ademais, impossibilita a concessão de indulto de forma absoluta, uma vez que a medida pode causar injustiças. Nesse sentido, João José Leal e Rodrigo José Leal sustentam o seguinte:

[...] a experiência demonstra que o indulto, principalmente, em sua interface humanitária, não deve ser negado ao condenado que dele tenha extrema necessidade. É o caso de presidiário com idade muito avançada ou que se encontre em estado terminal de grave e irreversível doença. O indulto, portanto, decorre de uma razão maior, mais forte que o interesse coletivo de se punir todo infrator da lei penal.¹²⁴

Portanto, é possível entender que, novamente, por meio de restrições antecipadas e genéricas, o legislador violou o princípio da individualização da pena. Ainda que se considere que a medida não é inconstitucional, qualquer vedação a direitos efetuada de forma absoluta e apriorística, sem análise de situações concretas, jamais poderá ser entendida como razoável. Mesmo as vedações constitucionalmente previstas, conforme se observou, pelo fato de não autorizarem qualquer exceção ao regramento, mostram-se criticáveis.

3.6 Livramento condicional

Não se trata, ao contrário do que ocorre com os demais institutos, de proibição na aplicação do livramento condicional. O parágrafo único do artigo 44 da Lei Antidrogas apenas determina sistema mais rígido para a concessão da benesse em questão. Novamente, a restrição já possuía previsão legal: o artigo 83, V, do Código Penal, incluído pelo artigo 5º da Lei dos Crimes Hediondos.

Assim, enquanto o livramento condicional pode ser concedido à maioria dos delitos após o cumprimento de mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso, e mais da metade da pena para os reincidentes neste tipo de crime, ao delito de tráfico de entorpecentes o benefício só será concedido após o cumprimento de dois terços da pena, sendo vedada a sua concessão ao

¹²⁴ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 281.

reincidente específico (caso o agente seja reincidente, desde que em crimes de outra natureza, ainda que hediondos, poderá receber a liberdade antecipada¹²⁵).

Não há inconstitucionalidade no dispositivo, pelo já levantado fato de que este tipo de restrição pode ser efetuado em relação a delitos considerados mais graves, desde que haja proporcionalidade na medida. Nesse sentido, assim como delitos considerados mais lesivos são punidos com penas mais elevadas, a maior exigência da lei para a concessão de benefícios ao agente deste tipo de delito não é inconstitucional, embora possa ser de acerto discutível. Conforme já mencionado, contanto que não seja o caso de proibição absoluta e antecipada de benefício, a medida não violará o princípio da individualização da pena, desde que a maior exigência de requisitos não se mostre desproporcional.

Embora a inconstitucionalidade da norma não seja discutida, parte da doutrina defende a quase inutilidade do livramento condicional nos dias de hoje. Sustenta-se que, com a instituição da progressão de regime, provavelmente quando o condenado puder pleitear o benefício já estará cumprindo a sanção em regime aberto (o que, na prática, ante a quase inexistência de casas de albergado ou estabelecimentos adequados, significa cumprir a pena em regime domiciliar), de modo que não terá nenhum interesse em requer o livramento. Além do mais, a inocuidade da benesse se mostraria ainda mais evidente em crimes como os de natureza hedionda e os de tráfico de entorpecentes, quando o sentenciado há muito estaria cumprindo sua pena em casa, nada mudando a ele com a concessão, ou não, da liberdade antecipada.¹²⁶

Porém, ainda que o instituto do livramento condicional tenha, de fato, perdido grande parte de sua importância, ele poderá ser benéfico principalmente em crimes como o de tráfico de drogas, nos quais a progressão de regime somente é possível após o cumprimento de dois quintos ou três quintos da pena, dependendo de o agente ser, ou não, reincidente. Isso porque, ao contrário do que ocorre nos crimes comuns, em que o condenado poderia progredir ao regime aberto após o cumprimento de um terço da pena, no caso do delito de tráfico de drogas isso somente seria possível após o cumprimento de quatro quintos (80%, portanto) da pena, ou sem possibilidade, no caso de ser o sentenciado reincidente. Desta forma,

¹²⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Dos crimes. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.) *Op. cit.*, 2011, título IV, cap. II, p. 252.

¹²⁶ Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 382, e GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Op. cit.*, p. 243-244.

em ambas as situações o agente estaria, na melhor das hipóteses, no regime semiaberto, pelo que se mostraria vantajosa a concessão do livramento condicional.

3.7 Substituição da pena

O artigo 44 da Lei de Drogas, ao vedar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, repete a norma já presente no § 4º do seu artigo 33, que também institui a minorante de um sexto a dois terços para o agente primário, de bons antecedentes e não participante de organização criminosa. Assim, mais uma vez de forma antecipada e absoluta, entendeu por bem o legislador restringir a forma de cumprimento de pena, ao condenado por tráfico de drogas, à pena privativa de liberdade.

A impossibilidade de conversão da pena é claramente uma medida desproporcional. Esta falta de razoabilidade torna-se ainda mais visível quando da leitura do referido artigo 33, § 4º, uma vez que, ao mesmo tempo em que se possibilita que a sanção para o tráfico de entorpecentes seja fixada em menos de dois anos (nos casos em que a causa de diminuição é aplicada no patamar máximo), obriga-se que a pena cumprida seja obrigatoriamente a privativa de liberdade. É essa minorante, aliás, que passaria a possibilitar a conversão da reprimenda, uma vez que a pena cominada ao delito de tráfico é superior a quatro anos (maior patamar de pena que é possível substituir, nos termos do artigo 44, I, do Código Penal).

Assim, mesmo que a punição do condenado fosse estabelecida em menos da metade do máximo possível para a substituição da pena, o legislador entendeu que não poderia haver a concessão do benefício. Há evidente violação ao princípio da individualização da pena, uma vez que a norma em comento muitas vezes pode impossibilitar o julgador de aplicar a pena do *modo* que entende correto. Com efeito, ninguém possui melhor capacidade para analisar se o referido benefício pode ou não ser aplicado na situação concreta do que o magistrado. É ele quem verifica, individualmente, o delito cometido pelo réu, o *modus operandi*, enfim, todas as circunstâncias que envolvem o fato e o agente. Deste modo, o legislativo novamente entra na esfera de competência do Poder Judiciário, determinando ao juiz em linhas

exatas a forma através da qual ele pode, ou não, julgar. Por conseguinte, a vedação à possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é inconstitucional.

Esta inconstitucionalidade, aliás, foi incidentalmente declarada pelo STF no HC 97.256/RS. Nos termos do voto do Relator, o Ministro Ayres Britto, “a Constituição da República fez clara opção por não admitir tratamento penal ordinário mais rigoroso do que o nela mesma previsto”. Assim, não poderiam as leis infraconstitucionais determinar restrições outras que não as já previstas na Carta Magna. Nesse sentido, ainda, assevera o Ministro, que “desborda da reserva legal criminalizadora (porque extrapolante da mera regulação) fazer distinções ainda mais severas que as estampadas no próprio lastro formal da Constituição”.

Por outro lado, a norma também é inconstitucional pelo aludido fato de que retira do magistrado qualquer possibilidade de análise individual da pena em todos os seus sentidos. Assim, o Relator fundamenta o seguinte:

[...] é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. Uma coisa é a lei estabelecer condições mais severas para a concreta incidência da alternatividade; severidade jurisdicionalmente sindicável tão-só pelos vetores da razoabilidade e da proporcionalidade. Outra coisa, porém, é proibir ao julgador, pura e secamente, a convolção da pena supressora da liberdade em pena restritiva de direitos. Opção que a encarecida garantia da individualização da reprimenda, exatamente por ser a antítese da desindividualização, não tolera.¹²⁷

Desta forma, a expressão “vedada a conversão em penas em restritivas de direitos”, contida no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, foi declarada inconstitucional, o mesmo ocorrendo com a expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, presente no artigo 44 do referido diploma legal. A mencionada inconstitucionalidade, todavia, foi declarada em controle difuso, produzindo somente efeitos *inter partes*.

Diante disto, suscitava-se, principalmente por parte do Ministério Público, a possibilidade de manutenção da citada norma proibitiva por parte dos juízes, os quais não se encontrariam vinculados à decisão da Corte Suprema. Todavia, a declaração de inconstitucionalidade da regra encontrou boa recepção pelos julgadores, que em grande parte já entendiam não ser razoável a vedação pura e simples da substituição da pena nos casos de tráfico minorado.

¹²⁷ STF, HC 97.256, Tribunal Pleno, Rel. Ayres Britto, DJe 16-12-2010.

Ademais, com fulcro no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o Senado Federal, no dia 15-02-2012, por meio da Resolução nº 5, suspendeu a execução da norma prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, que proibia a substituição da pena privativa de liberdade aos delitos tipificados no *caput* e § 1º deste mesmo artigo. Portanto, não mais há que se argumentar acerca da possibilidade, ou não, de aplicação da aludida proibição.

3.8 Proibição de apelar em liberdade (artigo 59)

Determina o artigo 59 da Lei de Tóxicos a impossibilidade de o condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes apelar em liberdade, salvo no caso de ser reconhecido, pelo julgador, na sentença condenatória, como primário e possuindo bons antecedentes. A norma em questão encontra-se disposta nos seguintes termos: “Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.”

O referido dispositivo tomou por base o então vigente artigo 594 do Código de Processo Penal, que possuía regra semelhante. Todavia, a aludida norma processual era (assim como é, hoje, a restrição contida na Lei de Drogas) “de validade jurídica bastante discutível”,¹²⁸ uma vez que, ao pura e simplesmente determinar o recolhimento à prisão do condenado, como requisito para a interposição de recurso, mesmo quando inexistia fundamento para tanto, cria uma presunção de culpa inadmitida pela Constituição Federal (artigo 5º, LVII).

A proibição contida no Código de Processo Penal, aliás, tendo sido declarada, pelo STF, incompatível com a norma constitucional vigente, foi revogada pela Lei 11.719/08. Desta forma, ainda que o condenado não preencha os requisitos de ser primário e possuir bons antecedentes, deve o magistrado analisar se se encontram presentes as condições do artigo 312 da lei processual penal e determinar, fundamentadamente, a necessidade de prisão cautelar do condenado.

¹²⁸ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit.*, 2010, p. 291.

Da mesma forma, se o condenado for primário e possuir bons antecedentes, poderá ser impossibilitado de apelar em liberdade nos casos em que se encontrem presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.¹²⁹ O que se defende, contudo, é que não é razoável entender que, se o acusado ficou em liberdade durante toda a instrução processual, não praticou outros crimes, inexistindo risco de que depreenda fuga e não há outros motivos de “ordem pública”, não se pode restringir-lhe a liberdade quando ausentes motivos para tanto, somente porque a legislação assim determina. Portanto, é uma questão de análise do caso concreto, e não de simples invocação de restrição contida na lei penal.

Nesse sentido, inclusive, o STF já decidiu que não é razão suficiente para a manutenção da prisão cautelar a simples invocação das vedações contidas na Lei de Tóxicos. Assim, de acordo com o Pretório Excelso “inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade”.¹³⁰ O referido juízo também reforça o entendimento da Corte Suprema no sentido de que é inconstitucional a execução provisória da pena.

Por conseguinte, a prisão cautelar deve ser considerada exceção, enquanto que a possibilidade de o acusado responder ao processo em liberdade – em todas as instâncias, até o trânsito em julgado da decisão que o condenar – deve configurar-se como regra, em homenagem ao princípio constitucional da presunção de inocência.¹³¹ Ora, o referido princípio não deixa de existir apenas porque o condenado – com decisão passível de recurso, obviamente – responde ao delito de tráfico de drogas. Portanto, independentemente da natureza da infração, somente situações excepcionais e devidamente fundamentadas pelo julgador podem dar ensejo à prisão cautelar de quem responde a determinado crime, não podendo o legislador ordinário criar exceções a esta regra – que possui origem constitucional –, de forma antecipada, somente porque entende que o crime objeto da vedação possui natureza grave em essência.

De qualquer forma, deve-se entender que a questão acerca da possibilidade, ou não, de o sentenciado apelar em liberdade, em relação aos delitos de tóxicos,

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 398.

¹³⁰ HC 103.529-MC/SP, Rel. Celso de Mello, DJe 23-4-2010.

¹³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 398.

encontra-se superada com a entrada em vigor da Lei 11.464/07, a qual, além de possibilitar a progressão de regime, consoante examinado anteriormente, deu nova redação ao § 3º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, estabelecendo que “Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Assim como sustentado no ponto referente à proibição de liberdade provisória, a mudança na Lei 8.072/90 aplica-se aos crimes previstos na Lei de Drogas, por uma questão de isonomia.

CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado neste estudo, pode-se concluir que o princípio da individualização da pena no delito de tráfico de drogas, de modo geral, ainda é bastante violado pela legislação. Assim, não obstante o crime em questão possua todo um regramento que lhe é próprio, a maioria das normas a ele aplicadas apenas demonstra a visão mítica e preconceituosa acerca da questão dos entorpecentes ilícitos, uma vez que equipara todos aqueles que possuem envolvimento com a traficância, como se todos fossem “criminosos de alta periculosidade” e que precisariam urgentemente ser eliminados. Nesse sentido, a Lei Antidrogas, ao determinar as atividades de prevenção, atenção e reinserção, estabelece-as com base em premissas que diferenciam o “cidadão de bem” do “bandido”, pois, enquanto o usuário é tratado como se fosse um doente, o responsável pela traficância é afastado desta situação de cidadão.¹³²

Embora se possa compreender esse tipo de entendimento vindo da população em geral, que não possui conhecimento técnico acerca do tema e é facilmente influenciável pelo conteúdo midiático – mídia esta que, por sua vez, sabe que matérias do tipo sensacionalistas fazem parte das que mais vendem –, é bastante criticável o fato de que os responsáveis pelas políticas públicas na questão dos narcóticos tenham o mesmo posicionamento. O efeito desta política repressiva são normas que, como já visto, muitas vezes possuem caráter inconstitucional, que vão de encontro aos citados princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Pode-se citar, consoante abordado no Capítulo 2, como exemplo de aplicação de normas equivocadas, criadas no bojo desta política de repressão e demonização de quem quer que se envolva com a traficância, as majorantes presentes no artigo 40, incisos III, IV e VII, da Lei 11.343/06. Sem se preocupar em explicitar, *e.g.*, em quais hipóteses o tráfico praticado nas *imediações* dos locais citados no inciso III ensejaria o aumento da pena, o legislador demonstrou dar mais importância à simples instituição de grandes penas ao condenado por este ilícito do que em estabelecer sanções adequadas para cada fato. O mesmo ocorre em

¹³² BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andréia de Brito. QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2010, p. 02.

relação ao inciso IV – uma vez que não se percebeu que o agente irá responder por delitos autônomos no caso de agir com violência ou portar armas – e, principalmente, ao inciso VII, porquanto, neste último, chegou-se a criar duas punições por idêntico fato praticado no *mesmo* dispositivo legal. Nessa vontade de instituir punições exacerbadas, o legislador cometeu erros básicos, de caráter técnico, na criação da lei.

Não se está a criticar, destaque-se, a pura e simples instituição de majorantes, mesmo porque estas também são bastante válidas para a aplicação do princípio da individualização da pena e, aliás, algumas foram bem colocadas na nova Lei de Drogas. O que se questiona é o modo como foram estabelecidas determinadas causas de aumento, que, além de possuírem validade duvidosa, talvez nem encontrem situação real para que sejam aplicadas.

Por outro lado, talvez como forma de amenizar tantas formas de repressão legal pelo aumento da sanção penal, foi instituída a também elogiável causa especial de redução da pena do § 4º do artigo 33 da Lei Antitóxicos, para o traficante que não possua maus antecedentes, seja primário e não participe de organização criminosa. Esta certamente foi a melhor forma de possibilitar ao julgador a aplicação de uma pena mais adequada de acordo com o exame de cada caso. Isso porque, desta forma, a muitas vezes exagerada punição mínima de 05 anos de reclusão poderá ser reduzida a menos de 02 anos, nos casos em que se evidencie o baixo grau de lesividade da conduta. Em que pese o fato de a redação dos requisitos para concessão dos benefícios não ter sido das mais felizes, e este mesmo § 4º tenha incluído também norma inconstitucional a ser aplicada ao condenado pelo tráfico, a minorante ainda se mostra positiva.

No entanto, também foi visto neste estudo que, novamente mostrando a intenção de instituir punição desenfreada na nova legislação de narcóticos, o legislador procedeu a diversas restrições a serem aplicadas a todos os casos de tráfico de entorpecentes, não se permitindo exceções. Algumas delas, inclusive, não mais vigentes, visto que a contrariedade ao texto constitucional já foi declarada pela Corte Suprema. Como exemplos de dispositivos contrários à Carta Magna que teriam aplicabilidade ao delito em estudo, cita-se a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, presente na Lei de Drogas, que teve sua inconstitucionalidade pronunciada pelo STF no HC 97.256/RS. Também se pode mencionar a proibição à progressão de regime, prevista na Lei dos Crimes

Hediondos – e aplicável ao crime de tráfico, equiparado aos de natureza hedionda –, que igualmente foi declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso, no julgamento do HC 82.959/SP. As referidas vedações, conforme já argumentado, por serem estabelecidas de forma apriorística e absoluta, apresentam violação direta ao princípio da individualização da pena, pois reduzem todos os condenados pelo delito do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, a uma mesma espécie de criminoso. Parece que se entende que todos são iguais e por isso merecem a mesma pena – a privativa de liberdade, preferencialmente em regime integralmente fechado, a fim de que o acusado se mantenha isolado da sociedade. O estigma é evidente.

Assim, embora as regras aplicáveis ao tráfico de drogas, evidentemente, não sejam de todo equivocadas, pode-se entender que as Leis 11.343/06 e 8.072/90 (no que ainda se aplica aos crimes de tóxicos) contêm uma série de dispositivos violadores do princípio da individualização da pena. Necessário, portanto, que o magistrado, “senhor que é da individualização da pena”,¹³³ não aplique cegamente todas as normas presentes nas mencionadas legislações, mas analise criticamente se esta aplicabilidade se mostra adequada a cada caso concreto que lhe chegar a julgamento.

Em conclusão, respondendo-se às perguntas propostas no início deste trabalho, pode-se entender que existe, sim, pela legislação brasileira, individualização da pena privativa de liberdade em relação ao delito de tráfico de drogas. Todavia, esta individualização, ainda que possa ser elogiada em determinadas situações, peca em diversos outros fatores, tanto em relação à aplicação da pena quanto ao seu cumprimento.

¹³³ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2010, p. 65.

REFERÊNCIAS:

- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito; QUEIROZ, Paulo. **Comentários críticos à Lei de Drogas**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 08 jun. 2012.
- _____. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 07 jun. 2010.
- _____. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 jun. 2010.
- _____. **Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 12 mai. 2012.
- _____. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 24 mai. 2012.
- _____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 mai. 2012.
- _____. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 05 jun. 2012.

_____. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 24 mai. 2012.

_____. **Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002.** Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 08 mai. 2012.

_____. **Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003.** Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 21 mai. 2012.

_____. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006.** 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 08 jun. 2012.

_____. **Lei 11.464, de 28 de março de 2007.** Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 06 jun. 2012.

_____. **Lei 11.719, de 20 de junho de 2008.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 06 jun. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação pena especial.** Volume 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06).** 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Crimes Hediondos.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06**. Curitiba, Juruá, 2010.

GOMES, LUIZ FLÁVIO. **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes (coord.). **Nova Lei Antidrogas Comentada**. São Paulo: Quartier, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2009.

MACHADO, Vinícius da Silva. **Individualização da Pena: O mito da punição humanizada**. Florianópolis: Modelo, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código Penal Comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Individualização da pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. São Paulo: Rideel, 2006.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.