



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO PAULO SILVEIRA CHIACCHIO FILHO

**UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO ÓBICE À
APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO TRAZIDO
PELA LEI Nº 11.343/2006, UMA PRÁTICA QUE VIOLA OU NÃO O
PRINCÍPIO PENAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Salvador
2018

JOÃO PAULO SILVEIRA CHIACCHIO FILHO

**UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO ÓBICE À
APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO TRAZIDO
PELA LEI Nº 11.343/2006, UMA PRÁTICA QUE VIOLA OU NÃO O
PRINCÍPIO PENAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO PAULO SILVEIRA CHIACCHIO FILHO

**UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO ÓBICE À
APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO TRAZIDO
PELA LEI Nº 11.343/2006, UMA PRÁTICA QUE VIOLA OU NÃO O
PRINCÍPIO PENAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2018

RESUMO

A Lei de Drogas, nº. 11.343/06, prevê, no seu artigo 33, § 4º, o benefício relativo ao tráfico privilegiado. Sabe-se que tal causa de diminuição merece aplicação na terceira fase da dosimetria da pena uma vez cumpridos todos os requisitos legalmente estabelecidos. Dentre as exigências impostas está a ausência de dedicação às atividades criminosas. Ocorre, entretanto, que o conceito de tal requisito não está minimamente definido em lei, motivo pelo qual é considerado um conceito aberto. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), após longo período de divergência, unificou o posicionamento de que, em que pese não possam ser utilizadas para configurarem reincidência ou maus antecedentes, os inquéritos e as ações penais em curso poderão servir para obstar a aplicação do benefício mencionado. O entendimento se baseou numa interpretação restritiva da súmula 444, daquele Tribunal, na medida em que se entendeu que a utilização das ações penais em curso, neste caso, não majoraria a pena imputada, mas apenas funcionaria como óbice à aplicação de um benefício. O segundo argumento utilizado foi baseado na ponderação de princípios, por se entender haver colisão entre o princípio de individualização da pena e o princípio de presunção de inocência, tendo preponderado aquele em detrimento deste. Neste caso entendeu-se que se fossem igualmente tratados sujeitos que tenham e que não tenham, contra si, processos pendentes de decisão definitiva. Busca-se, deste modo, realizar a análise dos argumentos utilizados pelo Tribunal da Cidadania na pacificação da controvérsia.

Palavras-chave: tráfico privilegiado; ações em curso; presunção de inocência; individualização da pena; dedicação à atividade criminosa; lei de drogas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	XX
2 FIGURAS TÍPICAS EMBLEMÁTICAS DA LEI DE DROGAS	XX
2.1 CONCEITO DE DROGA E LEI PENAL EM BRANCO	XX
2.2 PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO	XX
2.2.1 Da não descriminalização do porte para uso próprio	XX
2.2.2 Classificação do crime de porte para uso próprio	XX
2.3 DO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	XX
2.3.1 Classificação do delito de tráfico de drogas	XX
2.3.2 Figuras assemelhadas ao tráfico	XX
2.4 DOS CRITÉRIOS PARA DIFERENCIAR O TRÁFICANTE DO USUÁRIO	XX
3 TRÁFICO PRIVILEGIADO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	XX
3.1 CONCEITO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO	XX
3.2 CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO	XX
3.3 REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO	XX
3.4 CRITÉRIOS PARA REDUÇÃO DA PENA	XX
3.5 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS RELEVANTES NA APLICAÇÃO OU NÃO DO BENEFÍCIO	XX
3.5.1 Princípio da presunção da inocência	XX
<i>3.5.1.1 A natureza de princípio da presunção de inocência</i>	XX
<i>3.5.1.2 Presunção de inocência como direito fundamental</i>	XX
<i>3.5.1.3 Viés tripartido da presunção de inocência</i>	XX
3.5.2 Princípio da individualização da pena	XX
4 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE REQUISITO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS	XX
4.1 POSICIONAMENTO DA QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	XX
4.2 POSICIONAMENTO DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	XX
4.3 DECISÃO DA TERCEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO ERESP 1.431.091 – SP	XX

4.4 DA EXCESSIVA ABERTURA DO CONCEITO DE “DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA”	XX
4.2 ENTRE A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO	XX
5 CONCLUSÃO	XX
REFERÊNCIAS	XX

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho gira em torno de uma causa de diminuição de pena aplicável ao delito de tráfico de drogas. Sabe-se que o crime de tráfico de entorpecentes é o delito responsável pelo maior número de indivíduos encarcerados no Brasil.

Dada a sua grande relevância no ordenamento jurídico penal e para a sociedade brasileira, tanto o crime de tráfico de entorpecentes previsto no art. 33, *caput*, como a causa de diminuição de pena insculpida no parágrafo quarto do artigo retromencionado, que fora introduzida pela Lei 11.343/06, merecem ser analisados com maior profundidade para se verificar seus desdobramentos no ordenamento jurídico.

O tema deste trabalho de conclusão de curso foi escolhido tendo em vista a existência de uma divergência jurisprudencial existente nos tribunais pátrios e no âmbito do Superior Tribunal, que fora objeto de decisão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido uniformizado o entendimento pelo Tribunal da Cidadania.

A discordância residia na possibilidade ou não de o fato do réu responder a outras ações penais, por si só, poder levar à conclusão de que o acusado se dedica às atividades criminosas, de modo a obstar a aplicação do benefício do tráfico privilegiado.

Sob o ponto de vista social, o presente trabalho visa elucidar qual seria o tratamento mais adequado para os apenados pela prática do crime de tráfico de drogas, de forma a analisar se a aplicação de um benefício que foi criado para privilegiar os chamados debutantes na prática delitiva está sendo realizada de forma razoável, de modo a não de punir de maneira mais grave uma conduta que deveria receber um tratamento mais brando, evitando assim a prática de injustiças.

Buscou-se nessa monografia, fundamentando-se a partir de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, analisar e compreender o instituto do tráfico privilegiado, bem como identificar como vem ocorrendo a sua aplicação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por ser esta a corte responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal no país. Bem como se tentou avaliar, à luz de dois princípios penais, a decisão proferida pela Terceira Seção do

STJ que tornou pacífico o entendimento sobre ações penais em curso como óbice ao benefício do tráfico privilegiado.

Inicialmente, antes de adentrar na abordagem do instituto do tráfico privilegiado, realizou-se uma breve introdução à técnica legislativa empregada na Lei 11.343/2006, e ao conceito de droga trazido nesta lei. Ainda no primeiro capítulo, fora elaborada a conceituação da modalidade básica do delito de tráfico de entorpecentes, bem como se abordou a figura do delito de porte de drogas para uso próprio e os critérios para diferenciar o traficante do usuário.

Em seguida, no segundo capítulo tratou-se de conceituar a causa de diminuição de pena conhecida como tráfico privilegiado, informando as consequências da sua aplicação, os requisitos que devem ser preenchidos para a minorante ser aplicada e os critérios para determinar o *quantum* de diminuição de pena a ser adotado.

Nesse mesmo capítulo ainda foram abordados os princípios da presunção de inocência e da individualização da pena, por serem esses os princípios aplicáveis na decisão de se utilizar ou não ações penais em curso para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

No terceiro e último capítulo deste trabalho de conclusão de curso, fora realizada a análise dos argumentos da Quinta e Sexta turma do STJ para se utilizar ou não inquéritos policiais e processos pendentes de definitividade como obstáculo à aplicação da causa de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Na sequência, se analisou os fundamentos utilizados pela Terceira Seção do Tribunal da Cidadania, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.431.091 – SP, em que fora uniformizada a jurisprudência referente à possibilidade ou não da utilização de ações penais em curso como justificativa para afastar a figura do tráfico privilegiado.

2. FIGURAS TÍPICAS EMBLEMÁTICAS DA LEI DE DROGAS

A Lei nº 11.343, além de prescrever 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 de drogas, bem como define crimes¹.

Na prática jurídica, tem-se que as duas figuras típicas emblemáticas do mundo das drogas são o usuário e o traficante, sendo estes os crimes da Lei de Drogas que mais são praticados².

Da simples leitura das elementares típicas do art. 28 e do art. 33, da Lei de Drogas, constata-se que em relação aos elementos objetivos dos tipos, ou seja, os elementos que permitem identificar qual a conduta afim de que seja estabelecido um juízo prévio de incriminação, existe impressionante similaridade e, até mesmo plena correspondência, como se observa da análise dos verbos nucleares³.

Em face do exposto, faz-se necessário diferenciar o tipo penal do uso próprio do tipo penal do tráfico.

2.1 CONCEITO DE DROGA E LEI PENAL EM BRANCO

Antes de adentrar na análise dos tipos penais do porte de drogas para uso próprio e do tráfico, essencial mencionar a técnica legislativa empregada nessas figuras típicas. A Lei de Drogas traz um conceito excessivamente aberto de droga, que a define não por suas propriedades, mas somente por um dos seus malefícios. A referida lei, em seu art. 1º, parágrafo único, estabelece: “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”⁴.

¹ BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

² PRADO, Daniel Nicory. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**, Salvador: JusPodivm, 2013. p. 43.

³ CARVALHO, Saulo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4. Ed. ampl., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 190.

⁴ BRASIL. **Op.cit.**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 25 set. 2017.

Da leitura do supramencionado dispositivo, a única orientação prática que se depreende é que toda substância e produtos capazes de causar dependência podem ser proscritos pela autoridade sanitária, só sendo possível saber se a aquisição se a aquisição ou posse de determinada substância está ou não proibida após consulta aos atos normativos editados pela autoridade competente⁵.

Cabe a órgão vinculado ao Ministério da Saúde, por resolução ou portaria, estabelecer a relação das drogas controladas pelo Estado, e definir quais destas substâncias são efetivamente proibidas⁶. No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é o órgão responsável por editar a Portaria n. 344, de 12 de maio de 1988, que define quais são as substâncias que possuem a capacidade de caracterizar os delitos previstos na Lei 11.343/2006⁷.

Com isso, tem-se que a supramencionada norma utiliza a técnica da lei penal em branco, que necessita de um complemento para que seja possível determinar o seu alcance e aplica-la⁸. Lei penal em branco é um preceito incompleto, genérico ou indeterminado, que precisa da complementação de outras normas. A doutrina distingue as normas penais em branco em homogêneas e heterogêneas⁹.

Lei penal em branco homogênea é aquela cujo complemento é originário da mesma fonte formal da norma incriminadora. A normal penal em branco heterogênea, por sua vez, é aquela cuja complementação encontra-se em fonte diversa daquela que editou a norma que necessita ser complementada, como é o caso da lei de drogas, que tem seu alcance determinado pelas listas contidas na Portaria nº 344/98 da ANVISA¹⁰.

O argumento legislativo para justificar a adoção de tal técnica consiste na afirmação de que preceitos em branco permitiriam maior flexibilidade,

⁵ PRADO, Daniel Nicory. Desvelando o segredo de justiça. **Boletim – Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Nov./2016, nº 288. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxvzLNgWpwMnSvbWthvmLFrdZDq?projector=1&messagePartId=0.1>>. Acesso em: 13 set 2018, p. 13.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017. p. 363.

⁷ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais**. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 80.

⁸ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 34.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 201.

¹⁰ PRADO, Daniel Nicory do. **Op.cit.**, 2013, p. 34.

propiciando mecanismos de atualização e congruência do sistema punitivo com os avanços ocorridos no campo das drogas ilícitas¹¹.

Embora exista a necessidade de manter uma atualização constante da lista de entorpecentes, principalmente no caso das drogas sintéticas, e tendo o Poder Executivo por meio de seus órgãos maior capacidade adequar as referidas listas em um ritmo mais célere que legislativo, as principais substâncias proibidas, como a maconha e a cocaína, bem como seus derivados já são conhecidos há muitas décadas¹².

Com isso, tem-se que a utilização da técnica da lei penal em branco de forma indiscriminada configura uma violação ao princípio da segurança jurídica, devendo ser utilizada apenas de maneira residual¹³.

Excluindo-se da lista certa substância, ocorrerá a *abolitio criminis*, extinguindo-se a punibilidade do agente, ainda que o feito esteja em fase de execução, ou seja, mesmo após o trânsito em julgado¹⁴.

No que se refere a esse entendimento de que a exclusão da lista configura *abolitio criminis* e tem efeitos retroativos, cumpre trazer a baila a discussão jurisprudencial que levou a tal conclusão.

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal em primeira análise sobre a matéria no que se refere à Lei de Drogas, no *Habeas Corpus* nº 68.904, no caso do Cloreto de Etila (“lança perfume”) excluído do rol de substâncias proibidas em 04 de abril de 1984 e só reincluído em 13 de março de 1985¹⁵, decidiu, à unanimidade, que a lista de entorpecentes não é normal excepcional ou temporária e, por isso, produz os mesmos efeitos de uma lei penal comum, inclusive a retroatividade benéfica ao réu¹⁶.

Tal decisão remeteu a outro importante precedente do STF sobre a questão da retroatividade do complemento de uma lei penal em branco, qual

¹¹ CARVALHO, Saulo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4. Ed. ampl., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 185.

¹² PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 37.

¹³ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Drogas comentada**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 164.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Veloso. Habeas Corpus nº 68.904/SP DJ 03/04/1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=68904&classe=HC>>. Acesso em 15 mar. 2018.

¹⁶ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 38.

seja, o Recurso Extraordinário nº 21.132, julgado em 28 de agosto de 1952. O recurso versava sobre crimes contra economia popular e a retroatividade ou não das tabelas de preço oficiais¹⁷.

Nessa oportunidade, a corte entendeu que a alteração do complemento de uma lei penal em branco em nada interfere na sua vigência, devendo-se punir os fatos na forma da normatividade vigente à época, ainda que posteriormente ocorra alteração favorável ao réu no ato complementar¹⁸.

Segundo o então Ministro Carlos Veloso, relator do HC nº 68.904, não se poderia aplicar ao complemento da Lei de Drogas a solução que a jurisprudência vinha dando ao caso do tabelamento de preços, “já que estes têm realmente caráter excepcional, vez que são editados como forma de disciplinar o mercado em situações excepcionais¹⁹”. No tabelamento de preços, por ser uma atividade que, por natureza, exige constante atualização a fim de que o valor real dos produtos não seja corroído pela inflação, tem-se que os atos que divulgam o referido tabelamento têm caráter eminentemente temporário²⁰.

Em verdade, a questão central diz respeito à natureza do complemento da lei em branco. No caso da Lei de Drogas, a atualização é necessária em caso de inclusão de novas substâncias, que eram inexistentes ou desconhecidas, todavia, o caráter “causador de dependência” das drogas já conhecidas não se modifica com o passar do tempo, sendo a sua retirada do rol de substâncias proscritas uma decisão política duradoura, e não uma resposta temporária a uma situação social anormal²¹.

2.2 PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO

O crime de porte de drogas para consumo próprio encontra previsão no art. 28, da Lei 11.343/2006, possuindo a seguinte redação,

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em

¹⁷ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 38.

¹⁸ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Veloso. Habeas Corpus nº 68.904/SP DJ 03/04/1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=68904&classe=HC>>. Acesso em 15 mar. 2018.

²⁰ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 39.

²¹ *Ibidem*, loc.cit.

desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.²²

A primeira consideração a ser feita sobre o supramencionado dispositivo, é que o uso de drogas, ou seja, a conduta de usar drogas, é atípica no Brasil. Por isso, não se pode punir o uso pretérito da droga²³.

No entanto, diversas condutas preparatórias para o consumo são incriminadas, como adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo drogas para consumo pessoal, que, em conjunto, são denominadas de porte de drogas para uso pessoal²⁴.

No antigo regramento, praticava-se o crime mediante três condutas, adquirir, guardar ou trazer consigo. A nova lei de drogas passou a prever mais duas condutas, quais sejam ter em depósito e transportar. Ademais, no § 1º, do art. 28, foram previstas três outras condutas, a saber, semear, cultivar ou colher. Portanto, o novo regramento estabeleceu um considerável aumento das hipóteses de incidência típica²⁵.

2.2.1 DA NÃO DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA USO PRÓPRIO

Uma importante inovação trazida pela nova Lei de Drogas foi o fato de não caber mais, em nenhuma hipótese, a condenação do usuário de drogas a pena privativa de liberdade. Essa mudança fez com que parte da doutrina considerasse que houve uma descriminalização do delito de porte para consumo próprio, ou até que houve a criação de uma terceira espécie de infração penal²⁶.

Os defensores da tese da descriminalização baseavam seu convencimento no fato de que a Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, em seu art. 1º, dispõe que: “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou

²² BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

²³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 237.

²⁴ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 44.

²⁵ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006 lei de drogas**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73.

²⁶ *Op.cit.*, p. 46.

cumulativamente com a pena de multa;²⁷, com isso, parte da doutrina defendeu que a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser crime porque as sanções decorrentes desta conduta não conduzem a nenhum tipo de prisão²⁸.

Renato Marcão, divergindo desse posicionamento, argumentou que é preciso levar em conta que a Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro é de 1941, época em que nem mesmo as penas alternativas se encontravam na parte geral do Código Penal. Portanto, o direito penal daquela época era outro, por isso a definição do art. 1º, da LICP, encontra-se fechada e desatualizada, não permitindo uma melhor visão da realidade atual²⁹.

Nas lições de Guilherme de Souza Nucci, o caminho escolhido pelo legislador, diante da crise da pena privativa de liberdade como único método de coerção estatal para o combate à criminalidade, foi desenvolver um sistema de penas mais brandas, que ainda possuem caráter punitivo, pois há o cerceamento de direitos, sem retirar da hipótese normativa do porte de drogas para uso pessoal, a natureza de crime³⁰.

Com isso, o fato de as penas cominadas para o delito inserto no art. 28, da Lei de Drogas, serem as de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, configuram um abrandamento punitivo, e uma mudança de foco na política criminal³¹.

Nota-se, portanto, que a nova lei de drogas manteve a tipificação do delito de porte para uso próprio, contudo, ela não mais guarda o cunho punitivo, mas sim de auxílio ao usuário e ao dependente da droga³².

2.2.2 CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO

²⁷ BRASIL. **Lei nº 3.914**, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 27 out 2017.

²⁸ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006 lei de drogas**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71.

²⁹ *Ibidem*, p. 70.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017. p. 340.

³¹ PRADO, Daniel Nicory. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 48.

³² RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais**. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 40.

O delito de porte de drogas para consumo pessoal é crime de mera conduta, vez que não exige qualquer resultado naturalístico para sua configuração³³, e de perigo abstrato e de ação múltipla.

Trata-se de um delito de perigo abstrato, pois há uma probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, não sendo necessário prova dessa probabilidade de dano, pois é presumida pelo legislador na construção do tipo³⁴.

É, ademais, crime de ação múltipla, também chamado de tipo misto alternativo, pois se consuma com a simples prática de quaisquer das condutas elencadas no artigo 28, caput, da Lei de Drogas, e ainda que pratique mais de uma conduta, o indivíduo responderá por um só delito³⁵, caso contrário estar-se-ia punindo mais de uma vez por potencial lesivo de um único bem jurídico, ferindo o princípio do *ne bis in idem*³⁶.

Na forma *adquirir*, trata-se de crime instantâneo, ou seja, a consumação se dá em determinado momento, e nas modalidades *guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo*, trata-se de crime permanente, pois a consumação se prolonga no tempo³⁷.

No que se refere aos sujeitos da conduta, tem-se que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, já o sujeito passivo é a sociedade. Não se pune o porte da droga para uso próprio em função da proteção à saúde do agente, mas em razão do mal potencial que pode ser gerado à coletividade³⁸.

Com isso, observa-se que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, pois não se pode jamais criminalizar pura e simplesmente a autolesão da

³³ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006 lei de drogas**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017. p. 340.

³⁵ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 54.

³⁶ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de drogas: comentário penais e processuais**. 3. Ed.. verif., ampl., atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 99.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017, p. 349.

³⁸ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de Oliveira. **Lei de Drogas comentada**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 135.

pessoa ou o risco de autolesão. Há, portanto, uma presunção abstrata de perigo para terceiros³⁹.

Outrossim, importante mencionar que o tipo penal contemplado no art. 28, da Lei de Drogas, só pode ser realizado mediante uma conduta dolosa, portanto, o elemento subjetivo do tipo em questão é o dolo, não admitindo a modalidade culposa⁴⁰.

Lado outro, há, ainda, o elemento subjetivo específico, que consiste numa finalidade especial do agente, qual seja ter a droga para consumo próprio, entretanto, árdua é a tarefa de descobrir se a droga é ou não para consumo pessoal, como será abordado em momento posterior no presente trabalho⁴¹.

2.2.3 DA CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE PARA USO PRÓPRIO

Ainda no que concerne ao crime de porte de drogas para uso próprio, mister apontar a existência do Recurso Extraordinário nº 635659, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se discute a constitucionalidade do art. 28, da Lei 11.343/2006.

Tal recurso teve sua repercussão geral reconhecida e três votos já foram proferidos. O cerne da questão consiste no argumento defensivo de que o crime de porte para uso próprio é incompatível com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, o recurso se funda na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, exclusivamente, à esfera pessoal do agente incriminado⁴².

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, habilitado nos autos do recurso especial em comento como *amicus curiae*, argumentou que existe um antagonismo evidente entre a destinação pessoal do

³⁹ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais**. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 45.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017, p. 347.

⁴¹ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de Oliveira. **Lei de Drogas comentada**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 2013. p. 134.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 30 set 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+635659%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/auvvuta>>. Acesso em: 20 set 2018, p. 17.

consumo e proteção jurídica à saúde pública, haja vista que se o consumo é pessoal, afeta a saúde individual⁴³. Em seu memorial, suscita que um dos mais importantes limites do direito penal reside no postulado segundo o qual o dano a si mesmo não pode ser objeto de incriminação, sustenta que a autolesão situa-se na esfera de privacidade do indivíduo, não podendo o direito penal penetrar em tal esfera⁴⁴.

No mesmo sentido foi o voto do ministro Gilmar Mendes, relator do processo, segundo ele “A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde.”⁴⁵.

Em boletim especial sobre o tema, o IBCCRIM argumenta que o art. 28, da Lei de Drogas não se adequa em nenhum dos elementos que compõem o princípio da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*⁴⁶, que servem de limites ao poder do legislador de criminalizar condutas⁴⁷.

Sob o exame da adequação, analisando se a medida concreta adotada conduziu à realização do fim proposto, concluiu que a criminalização do usuário não atingiu os objetivos de prevenção, atenção e reinserção de usuários e dependentes de drogas, pelo contrário, tem sido fator de aumento da vulnerabilidade e estigmatização de tais indivíduos⁴⁸.

⁴³ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; MALAN, Diogo Rudge; ESTELLITA, Heloisa; FELDENS, Luciano; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MARONA, Cristiano Avila; AMARAL, Thiago Bottino do; RIBEIRO, Maurides. **RE nº 635659 – Incriminação no porte de drogas para uso pessoal – Memorial.** Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/amicus_curiae/RE_n._635659_Incrimizacao_do_porte_de_drogas_para_uso_pessoal-Memorial.pdf>. Acesso em: 05 set 2018, p. 17

⁴⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 30 set 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+635659%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/auvvuta>>. Acesso em: 20 set 2018, p. 38.

⁴⁶ PRADO, Daniel Nicory. Desvelando o segredo de justiça. **Boletim – Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.** Nov./2016, nº 288. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxvzLNgWpwMnSvbWthvmlFRldZDq?projector=1&mes sagePartId=0.1>>. Acesso em: 13 set 2018, p. 15.

⁴⁷ *Op.cit*, p. 6.

⁴⁸ PRADO, Daniel Nicory. Desvelando o segredo de justiça. **Boletim – Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.** Nov./2016, nº 288. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxvzLNgWpwMnSvbWthvmlFRldZDq?projector=1&mes sagePartId=0.1>>. Acesso em: 13 set 2018, p. 16.

No que se refere à necessidade, segundo a qual entre os meios igualmente adequados deve-se aferir qual deles é menos restritivo a direitos fundamentais, aduz o instituto que, não apenas existem outras medidas aptas a promover os fins propostos sem atingir direitos fundamentais, como também a própria criminalização do consumo impede a implementação de possíveis medidas⁴⁹.

Por fim, sob o exame da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o IBCCRIM, as desvantagens propiciadas pela criminalização do consumo são inúmeras, entre elas, violação aos princípios da lesividade e intimidade, por reprimir conduta que configura apenas autolesão, bem como nos diversos indícios de que muitos usuários são condenados como se traficantes fossem⁵⁰.

Atualmente, o julgamento do Recurso Especial 635659, encontra-se suspenso por pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes.

2.3 DO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

O delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, é o principal tipo penal da Lei de Drogas, e o de maior incidência no sistema carcerário brasileiro, ao lado do crime de roubo⁵¹, onde juntos constituem 52% (cinquenta e dois por cento) dos homens encarcerados no país⁵², possuindo a seguinte redação,

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.⁵³

A nova Lei de Drogas determinou considerável exasperação na pena cominada, se comparada com o antigo regramento. O crime de tráfico em sua forma fundamental passou a ser punido com reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa⁵⁴.

⁴⁹ *Ibidem, loc.cit.*

⁵⁰ *Ibidem, loc.cit.*

⁵¹ *Idem. Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas.* Salvador: JusPodivm, 2013, p. 70.

⁵² http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. P.43.

⁵³ BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. 2. Ed. **Lei de Drogas Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

2.3.1 CLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Inicialmente, da detida análise do dispositivo supramencionado, observa-se que se trata de crime comum, qualquer pessoa pode praticar os verbos do tipo, exceto na figura de *prescrever*, quando cuida-se de crime próprio, pois implica em ser profissional da saúde, como médico ou dentista⁵⁵.

Ademais, tem-se que é um crime de perigo abstrato e, assim como o delito de porte de drogas para o consumo próprio, o delito de tráfico é um crime de ação múltipla, possuindo 18 (dezoito) verbos descritos na norma penal incriminadora, que acaso praticados configuram o delito de tráfico⁵⁶.

A abundância de verbos torna algumas condutas conexas, não raro fazendo com que o agente realize duas delas num só momento⁵⁷, não havendo nenhum problema nisso, pois, como já dito, trata-se de crime de ação múltipla, respondendo o agente, portanto, por um só delito.

Embora conexas, as condutas trazidas nos verbos não se confundem, pois se aplica a regra de interpretação no sentido de que a lei não tem palavras inúteis e repetitivas⁵⁸, tratando cada verbo de conduta própria, veja-se:

Importar (fazer vir de outro país), exportar (mandar transportar para fora do país), remeter (mandar, enviar), preparar (por em condições adequadas para uso), produzir (dar origem, fazer existir), fabricar (produzir a partir de matérias primas, manufaturar), adquirir (entrar na posse), vender (negocia em troca de valor), expor à venda (exibir para a venda), oferecer (tornar disponível) ter em depósito (posse protegida), transportar (levar, conduzir), trazer consigo (levar consigo, junto ao corpo), guardar (tomar conta zelar para terceiro), prescrever (receitar), ministrar (aplicar), entregar (ceder) a consumo ou fornecer (abastecer) drogas, ainda que gratuitamente (amostra grátis)⁵⁹.

Em algumas dessas figuras o delito de tráfico vai se tratar de crime instantâneo e, em outras, crime permanente⁶⁰.

A importância prática da distinção entre tipo instantâneo e tipo permanente está no fato de que aquele que incorre nos verbos instantâneos, após

⁵⁵ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais**. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 75.

⁵⁶ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006 lei de drogas**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.

⁵⁷ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Op.cit.**, 2015. p. 79.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 78.

⁵⁹ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de Oliveira. **Lei de Drogas comentada**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 165.

⁶⁰ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 70.

praticar a conduta, não mais se encontra em flagrante delito. Já no caso dos verbos em que a consumação se protraí no tempo, acabam por ensejar maior possibilidade de flagrante, possibilitando, portanto, o ingresso numa casa ou escritório sem mandado de busca ou apreensão domiciliar, pois o agente está em flagrante contínuo⁶¹.

Importante mencionar que, apesar de ter como elemento subjetivo o dolo, diferentemente do que ocorre no delito de porte para uso próprio, para a caracterização do tráfico, não há elemento subjetivo específico, ou seja, não é necessária a destinação comercial da droga, sendo indiferente haver ou não lucro, ou até mesmo intuito lucrativo⁶².

Excepcionalmente, a exploração de drogas é permitida no Brasil, nos termos dos artigos 2º e 31, da Lei 11.343/2006, veja-se:

Art. 2º. Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais⁶³.

Portanto, para que se caracterize o crime de tráfico de drogas, mostra-se indispensável que o agente tenha praticado qualquer dos núcleos verbais do art. 33, *caput*, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar⁶⁴.

Equipara-se à ausência de autorização o desvio de autorização, ainda que regularmente concedido, ou seja, quando alguém autorizado a importar determinada quantidade de certa substância para fins terapêuticos, faz a

⁶¹ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais**. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017. p. 368.

⁶³ BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁶⁴ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de Oliveira. **Lei de Drogas comentada**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 169.

importação de quantidade superior, ou, então, quando o agente autorizado a ter a posse da substância proibida para determinado fim, usa o entorpecente para outro⁶⁵.

Dessa forma, a falta de autorização ou o desacordo com determinação legal ou regulamentar constituem o que é chamado pela doutrina de elemento normativo jurídico do tipo. Logo, se o agente possui droga prescrita por um médico, a conduta é atípica⁶⁶.

O delito de tráfico de drogas não está catalogado entre os crimes hediondos, todavia, a Constituição Federal equiparou as condutas tipificadas como tráfico de drogas aos tipos hediondos⁶⁷, determinando o mesmo tratamento destinado aos crimes considerados hediondos, ou seja, a insuscetibilidade de graça ou anistia, a impossibilidade de saída mediante o pagamento de fiança, além de outras medidas previstas na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), como a necessidade do regime inicial de cumprimento de pena ser o fechado⁶⁸.

Todavia, em que pese a Lei de Crimes Hediondos em seu art. 2º, § 1º, estabeleça o regime fechado para início de cumprimento de pena para os crimes nela elencados, o Supremo Tribunal Federal ratificou o posicionamento no sentido da inconstitucionalidade do artigo supramencionado⁶⁹.

Ao julgar o HC 111.840/ES⁷⁰, em junho de 2012, o Plenário do STF declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, por violar o princípio constitucional da individualização da pena⁷¹. Com isso, mesmo nos crimes hediondos, o regime não tem de ser obrigatoriamente o

⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

⁶⁶ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais**. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 76.

⁶⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 236.

⁶⁸ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Op.cit.**, 2015. p. 143.

⁶⁹ ALMEIDA, Daniel Angeli de. A desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. **Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA**. 2015. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20179>>. Acesso em: 29 set. 2017, p.15.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 111.840. Impetrante: Defensoria Pública. Relator: Min. Dias Toffoli. Espírito Santo. DJ 17/12/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=111840&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 18 out. 2017.

⁷¹ ALMEIDA, Daniel Angeli de. A desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. **Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA**. 2015. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20179>>. Acesso em: 29 set. 2017, p. 15.

fechado, podendo ser semiaberto ou aberto, dependendo do *quantum* de pena fixado na sentença⁷².

2.3.2 FIGURAS ASSEMELHADAS AO TRÁFICO

Característica marcante do tipo de tráfico ilícito de drogas é a antecipação da intervenção penal, pois nos dezoito verbos em que é possível praticar o delito, diversos atos preparatórios, como a guarda e o depósito, são punidos da mesma forma que os atos de mercancia propriamente ditos, como fornecer e expor à venda⁷³.

No § 1º, do art. 33, da Lei de Drogas, a referida antecipação alcança até mesmo atos da cadeia de produção das drogas, de seus insumos e matérias primas, nas chamadas figuras assemelhadas ao tráfico⁷⁴.

Conforme ensinamentos de Luiz Flávio Gomes: nas mesmas penas do art. 33, *caput*, incorre quem,

Nas mesmas penas do *caput* (5 a 15 anos de reclusão, e multa), incorre qualquer pessoa (delito comum) que importa, exporta, remete, produz, fabrica, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, *matéria-prima* (substância principal que se utiliza, ainda que eventualmente, no fabrico da droga), *insumo* ou *produto químico* (substância resultante de uma elaboração química) destinado à preparação de drogas⁷⁵.

Outrossim, segundo o art. 33, § 1º, II, nas mesmas penas do *caput* incorre quem semeia (deita ou espalha sementes para que germinem), cultiva (dar condições para o nascimento ou desenvolvimento da planta) ou faz a colheita (apanhar, tirar, desprender do ramo ou da haste) de plantas que sejam matéria prima para a preparação de drogas⁷⁶.

Por fim, também se assemelha ao crime de tráfico e incorre nas mesmas penas do mesmo, segundo o art. 33, § 1º, III, o agente que utiliza local ou bem de qualquer natureza de quem tem a propriedade, posse, administração,

⁷² RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais**. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 144.

⁷³ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 72.

⁷⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁷⁵ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de Oliveira. **Lei de Drogas comentada**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 169.

⁷⁶ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 952.

guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para a mercancia ilícita de drogas⁷⁷.

2.4 DOS CRITÉRIOS PARA DIFERENCIAR O TRAFICANTE DO USUÁRIO

No crime de porte de drogas para uso próprio a destinação da substância é o consumo pessoal, já no tráfico, com suas figuras assemelhadas, a finalidade da conduta não é especificada em lei.

Existem dois sistemas legais utilizados para decidir se a droga se destina ao consumo pessoal ou não. O primeiro é o da quantificação legal, utilizado em Portugal e em algumas unidades federativas dos Estados Unidos, onde se fixa um *quantum* diário para o consumo pessoal e, sendo respeitado o limite fixado não há que se falar em tráfico⁷⁸.

O estado de Illinois, por exemplo, estabelece vários graus de reprovabilidade para a posse de *cannabis*, quantidade inferior a 2,5g (dois gramas e cinco decigramas) do entorpecente é tolerada, e quantidade superior a 2,5 (dois gramas e cinco centigramas) e igual ou inferior a 10g (dez gramas) é tratada como crime de menor potencial ofensivo⁷⁹.

O segundo sistema é o de reconhecimento judicial ou policial, cabendo ao juiz ou à autoridade policial analisar o caso concreto e decidir qual será o enquadramento típico, sendo a palavra final para decidir a tipificação da conduta sempre do judiciário⁸⁰.

O sistema adotado pelo Brasil foi o do reconhecimento judicial ou policial. A nova lei de drogas restringe ao juiz o dever de atentar aos critérios, enquanto a legislação anterior de forma mais genérica, à autoridade⁸¹.

⁷⁷ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais**. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 100.

⁷⁸ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de Oliveira. **Lei de Drogas comentada**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 146.

⁷⁹ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 62.

⁸⁰ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de Oliveira. **Lei de Drogas comentada**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 146.

⁸¹ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 56.

Segundo Daniel Nicory, a redação “autoridade”, de forma ampla, por se referir ao delegado no momento da investigação, ao Ministério Público, no momento da propositura da ação penal e ao judiciário, no momento da sentença, é mais adequada do que a adotada pela Lei 11.343/2006⁸².

Ademais, diversos foram os critérios estabelecidos pelo legislador, no art. 28, § 2º, da Lei 11.343/2006, para descobrir se a drogas se destinam ou não para o consumo pessoal, são eles: a natureza e quantidade da droga, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, assim como a conduta e os antecedentes do agente⁸³.

São relevantes, portanto, o objeto material do delito, qual seja a droga, a conduta, se consubstanciado no local e condições em que ela se desenvolveu, bem como o próprio agente do fato, pois são observadas suas circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes⁸⁴.

Embora se pareça que a técnica legislativa empregada possui completude e segurança, na verdade, tratam-se de critérios mais ou menos abertos, que tornam árdua a tarefa de classificação da conduta do agente, e conferem grande margem de discricionariedade à autoridade competente a realizar a tipificação, podendo gerar um maior enquadramento de usuários como traficantes⁸⁵.

A natureza e a quantidade da droga, por si só, não implicam, em posse para consumo próprio ou em tráfico, haja vista que existem quantidades que não permitem uma conclusão definitiva. Nada impede, portanto, que o traficante traga consigo pequena quantidade de drogas para vender, bem como pode ocorrer de o usuário, por temor de visitas frequentes em locais de riscos para aquisição de drogas, a adquira em grandes quantidades, mantendo-a para consumo pessoal durante longo período de tempo⁸⁶.

Uma questão pouco comentada na doutrina diz respeito à variedade das drogas encontradas. A posse de mais de uma substância cujo consumo associado é comum entre os usuários, a exemplo do “pitolho”, mistura de maconha e crack, pode induzir a conclusão de que se trata de porte para uso

⁸² *Ibidem, loc.cit.*

⁸³ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de Oliveira. *loc.cit.*, 2013. p. 147.

⁸⁴ *Ibidem, loc.cit.*

⁸⁵ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 56.

⁸⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234.

próprio. Lado outro, a posse de diversos tipos de droga que não podem ser consumidas conjuntamente, pode servir como indicativo de tráfico de drogas⁸⁷.

Destarte, há a necessidade de se valorar todos os critérios fixados na Lei de Drogas.

No que se refere aos critérios que tratam da conduta do agente, quais sejam, o local e as condições de sua ocorrência, tem-se que são pouco esclarecedores. Tendo em vista que os locais de venda de drogas são frequentados tanto por traficantes como por usuários, sendo assim, alguém encontrado nesse tipo de local portando substância ilícita pode ser enquadrado em qualquer categoria⁸⁸.

Nesse sentido, cumpre mencionar que é frequente a prisão de pessoas que não traziam consigo, seja no corpo ou nos pertences, nenhuma substância, mas que são conduzidas à Delegacia de Polícia, pois foram encontradas drogas no local ou nas proximidades de onde estavam quando ocorreu a abordagem⁸⁹.

Quanto aos critérios que dizem respeito ao agente, circunstâncias pessoais e sociais, bem como conduta e antecedentes, acabam por representar perigosas aberturas normativas ensejando o exercício da seletividade penal, tratando-se de critérios potencialmente discriminatórios⁹⁰.

Por esse motivo, a vagueza dos critérios utilizados pela Lei de Drogas para comprovação da finalidade do porte para uso próprio, bem como a desnecessidade de demonstrar a destinação comercial da droga para configuração do delito de tráfico, são alvos de fortes críticas doutrinárias por gerar uma amplitude excessiva do tipo penal do tráfico, provocando, muitas vezes, condenações injustas⁹¹.

Na mesma linha de inteligência, já se manifestou o Ministro Gilmar Mendes, segundo ele,

Esse quadro decorre, sobretudo da seguinte antinomia: a Lei 11.343/2006 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4º), mas não foi objetiva

⁸⁷ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 56.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 64.

⁸⁹ *Ibidem* p. 56.

⁹⁰ *Ibidem.loc.cit.*

⁹¹ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 56.

em relação à distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes⁹².

Nesse sentido, cumpre mencionar dados obtidos no trabalho “Tráfico e Constituição”, coordenado por Luciana Boiteux, em que foram analisados 730 sentenças condenatórias por crime delito de tráfico de drogas. Segundo a pesquisa, mais de 88% dos casos se tratam de pessoas que foram presas em flagrante, sendo a grande maioria dos condenados réus primários, mais de 66% dos casos. Importante mencionar que a maioria dos apreendidos, cerca de 75%, eram jovens entre 18 e 29 anos,⁹³

Outra crítica feita pela doutrina à Lei de Drogas, diz respeito à inversão do ônus da prova existente no tocante às condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo substância entorpecente sem autorização legal ou regulamentar, uma vez que, se o agente não conseguir demonstrar que a finalidade da droga é para consumo próprio, acabará, por vezes, indevidamente punido pelo crime de tráfico⁹⁴.

Conforme informações trazidas por Daniel Nicory do Prado, à época mestre em direito e membro da Defensoria Pública do Estado da Bahia, de acordo com dados do Sistema de Informações Penitenciárias (INFOPEN),

As prisões por tráfico, nos seis primeiros anos após a vigência da Lei nº 11.343/2006, foram responsáveis por 57,87% do aumento da população carcerária, enquanto todos os outros crimes somados geraram 42,13% dos novos presos, e isso apesar da despenalização da conduta do usuário de drogas e de a jurisprudência dos tribunais superiores admitir a aplicação de penas alternativas à prisão aos condenados pelo comércio ilegal⁹⁵.

Portanto, diante das dificuldades de encontrar nos critérios estabelecidos na lei, uma resposta definitiva para diferenciar as condutas e porte para uso próprio e tráfico de substâncias entorpecentes, observa-se que os elementos apontados no art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, constituem meras tentativas

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 30 set 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+635659%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/auvvtu>>. Acesso em: 20 set 2018, p. 18.

⁹³BOITEUX, Luciana *et al.* **Tráfico de Drogas e Constituição**. Disponível em:<<http://www.bancodeinjusticias.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 12 set 2018, p. 157.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017. p. 370.

⁹⁵ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 60.

de objetivar o elemento subjetivo e, com isso, apenas podem ser utilizados como indicativos, e não como um fundamento cabal para as decisões⁹⁶.

⁹⁶ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 65.

3. DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

A Lei 11.343/2006 realizou modificações no delito de tráfico, aumentando a pena mínima de três para cinco anos de reclusão, bem como criou a figura do tráfico privilegiado, se tratando de uma importante inovação, prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, que passou a estabelecer uma diferenciação entre o traficante habitual e o traficante eventual⁹⁷, veja-se:

§ 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 criminosa⁹⁸.

A figura do tráfico privilegiado recebeu tratamento diverso daquele previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, haja vista a menor reprovabilidade da conduta do agente⁹⁹. Assim sendo, nota-se que a referida minorante surgiu com o intuito de garantir a proporcionalidade na aplicação da pena do delito de tráfico de drogas.

Nas lições de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, a nova lei, por ter aumentado a pena base do delito, poderia gerar iniquidades aplicar a todo traficante no mínimo a pena mínima de cinco anos de reclusão, em especial para o traficante eventual. Por isso, a fim de evitar uma padronização severa e com o intuito de diferenciar o grande do pequeno traficante, surgiu a nova minorante¹⁰⁰.

O tráfico privilegiado, em verdade, é uma causa especial de diminuição de pena, que pode ser aplicada ao delito de tráfico e às suas formas equiparadas, na terceira fase da dosimetria da pena¹⁰¹.

Nesse sentido, por se tratar de uma minorante, a denominação tráfico privilegiado, difundida na doutrina e na jurisprudência, está equivocada, pois

⁹⁷ ALMEIDA, Daniel Angeli de. A desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. **Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA**. 2015. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20179>>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 26 set. 2017.

⁹⁹ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 111.

¹⁰⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de; Carvalho, Paulo Roberto Galvão de. 3. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2012. p. 120.

¹⁰¹ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 81.

não há a cominação de novos patamares mínimo e máximo da pena¹⁰², com isso, para ser observado o rigor técnico, a denominação correta seria tráfico minorado¹⁰³.

Conforme ensinamento de Guilherme de Souza Nucci¹⁰⁴, cuida-se de norma inédita, visando a redução da punição do *traficante de primeira viagem*. Tem-se, portanto, um privilégio voltado para o traficante eventual, ou, como comumente referido pela doutrina, um debutante na prática delituosa¹⁰⁵.

No mesmo sentido, completa Roberto Delmanto:

Busca a lei, neste § 4º, distinguir o traficante eventual e não integrante de organização criminosa daquele profissional dedicado às atividades criminosas e integrante desse tipo de organização, punindo mais levemente o primeiro e buscando evitar seja ele, na prisão, cooptado definitivamente pelos agentes habituais do tráfico.¹⁰⁶

3.1 CONSEQUENCIAS DA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO

O reconhecimento dessa causa especial de diminuição de pena traz algumas consequências para o condenado. A primeira delas consiste na possibilidade da pena, ao final do sistema trifásico de dosimetria, restar fixada aquém do mínimo legal para o crime de tráfico de drogas, considerando-se a fração de redução entre 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços)¹⁰⁷.

Outra consequência da aplicação do benefício do tráfico privilegiado diz respeito à possibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

Em sua redação original, o dispositivo vedava a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, ainda que caso fosse aplicado o patamar máximo de redução, a pena restaria abaixo do patamar de 04 (quatro) anos,

¹⁰² ALMEIDA, Daniel Angeli de. A desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. **Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA**. 2015. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20179>>. Acesso em: 29 set. 2017, p. 35.

¹⁰³ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 81.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017. p. 394.

¹⁰⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 246.

¹⁰⁶ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 955.

¹⁰⁷ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 81.

sendo assim, segundo os termos do art. 44, do Código Penal, seria possível a substituição¹⁰⁸.

Após severas críticas doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS¹⁰⁹, reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, presente no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ao argumento de que a vedação *ex lege* violava o princípio da individualização da pena, não podendo o legislador substituir-se ao magistrado no desempenho de sua atividade jurisdicional¹¹⁰.

Uma terceira e importante consequência da aplicação do referido benefício, decorre de uma recente mudança de entendimento do STF, consagrada no *Habeas Corpus* 118.533/MS, no qual, por maioria de votos, foi decidido que o tráfico privilegiado não se harmoniza com a qualificação de hediondez estabelecida no art. 33, *caput*, e § 1º, da Lei nº. 11.343/2006. Sendo assim, a progressão de regime será a mesma aplicada para crimes comuns¹¹¹.

Segundo o ministro do STF Ricardo Lewandowski:

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça social (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema penal brasileiro), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.¹¹²

O ministro Edson Fachin, em seu voto, ainda completa:

É óbvio que não se cuida de atribuir ao tráfico minorado o caráter de infração de menor potencial ofensivo, ou de afirmar que o tempo de pena confere, ipso facto, direito subjetivo aos benefícios listados. Trata-se, tão somente, de, sob o prisma da quantidade mínima de pena, signo a traduzir, por excelência, a gravidade do crime e a extensão da necessidade de punição penal, extrair que o tratamento

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017. p. 394.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.256. Impetrante: Defensoria Pública. Relator: Min. Ayres Britto. Rio Grande do Sul. DJ 01/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=97256&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 24 out. 2017.

¹¹⁰ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 83.

¹¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. *Habeas Corpus* nº 118.533. DJe 19/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28118533%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/zeaavuq>>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹¹² *Ibidem*, loc.cit.

equiparado a hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade. Isso porque, sob todos os ângulos elencados, o ordenamento jurídico confere ao delito de tráfico minorado, segundo a perspectiva da quantidade de pena, tratamento que não se coaduna com a agressividade ínsita à hediondez por equiparação¹¹³.

Após a referida decisão, o Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento definido pelo STF, cancelou o enunciado da Súmula 512, que possuía a seguinte redação, “A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.”¹¹⁴.

Desta forma, o indivíduo que tenha reconhecida a seu favor a causa de diminuição de pena não recebera o mesmo tratamento daquele que fora condenado pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

3.2 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO

Ademais, essencial mencionar que, para fazer jus ao benefício do tráfico privilegiado, o agente deverá preencher, cumulativamente, quatro requisitos, quais sejam, ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa, a ausência de apenas um determina negar a benesse¹¹⁵.

Segundo alguns autores, a exemplo de Renato Marcão e Luiz Flávio Gomes, uma vez preenchidos os requisitos, o magistrado tem a obrigação de reduzir a pena do réu, tratando-se, portanto, de direito subjetivo do apenado. A discricionariedade do magistrado estaria limitada ao *quantum* de diminuição da pena, veja-se:

A simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, parece-nos que, preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada)

¹¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. Habeas Corpus nº 118.533. DJe 19/09/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>> Acesso em: 28 março 2018.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 512. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27512%27>> Acesso em: 24 out. 2017.

¹¹⁵ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006 lei de drogas**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 184.

limitada à fração minorante (esta orientada pela quantidade e/ou espécie da droga apreendida)¹¹⁶.

O primeiro requisito diz respeito à primariedade, que se resume à ausência de condenação anterior transitada em julgado. Segundo o art. 63, do Código Penal, “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”¹¹⁷. Ademais, conforme redação do art. 64, inciso I, da Lei retro,

“não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.”¹¹⁸

Conforme ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, é primário o réu que nunca foi condenado definitivamente, ou, ainda, readquire o status de primário o indivíduo que teve sua pena extinta há mais de cinco anos, ou seja, o condenado não reincidente¹¹⁹.

O segundo requisito para a aplicação do tráfico privilegiado se refere à necessidade de o réu possuir bons antecedentes. Esse requisito não possui definição tão pacífica quanto o anterior.

Segundo Rógerio Greco, os antecedentes “dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência”¹²⁰.

Lado outro, doutrinadores mais garantistas, a exemplo de Cezar Bitencourt, consideram antecedentes apenas as condenações criminais transitadas em julgado que não configurem reincidência¹²¹.

Ainda no que se refere aos maus antecedentes, mister destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na súmula nº

¹¹⁶ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de Oliveira. **Lei de Drogas comentada**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 178.

¹¹⁷ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 24 out. 2017.

¹¹⁸ *Ibidem, loc.cit.*

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Forense, 2017. p. 394.

¹²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. V.1. 17. Ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 644.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V.1. 23. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 759.

444, “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base”¹²².

O STJ, na supramencionado súmula, exaltou o princípio processual penal da presunção de inocência, segundo o qual, apenas a certeza da coisa julgada, ou seja, somente a imutabilidade das decisões judiciais pode acabar com a presunção de não culpabilidade dos indivíduos¹²³. Antes deste marco, os réus são presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório da demonstração de culpa¹²⁴.

Ademais, importante que, em recente decisão no Habeas Corpus 162305, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que, no julgamento do HC 126315, de sua relatoria, a Segunda Turma do STF já havia assentado o entendimento de que, decorridos mais de cinco anos desde a extinção da pena da condenação anterior, não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes, ou seja, os antecedentes também se submetem ao prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, do Código Penal¹²⁵.

O terceiro requisito exige que o agente não se dedique às atividades criminosas. Nesse quesito, reside toda a discussão a respeito da possibilidade ou não de utilização de ações penais em curso, como argumento para afirmar que o agente se dedica às atividades criminosas, não fazendo jus, portanto, à aplicação do benefício do tráfico privilegiado.

Nas lições de Guilherme de Souza Nucci,

Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do § 4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas.¹²⁶

¹²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27444%27>>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹²³ ALMEIDA, Daniel Angeli de. A desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. **Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA**. 2015. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20179>>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹²⁴ TAVORÁ, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. rev.e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 69.

¹²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+162305%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ybf7onz9>>. Acesso em: 20 set 2018.

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Forense, 2017. p. 395.

No mesmo sentido, Luciana Boiteux afirma que o terceiro requisito “trata-se de categoria inadequada, que em muito se confunde com a circunstância judicial de antecedentes, com a diferença de que não goza de uma específica definição, o que prejudica sua análise”¹²⁷

Desta maneira, observa-se que a expressão “dedicar-se às atividades criminosas” é um requisito com maior abertura, que acaba por trazer um grande problema probatório, no sentido de o que poderia ser utilizado para configurar a dedicação à atividade criminosa que já não configure reincidência ou maus antecedentes, e não configure violação ao princípio da presunção de inocência.

Luciana Boiteux ainda afirma que a ausência de critérios objetivos que estabeleçam a configuração da dedicação à atividade criminosa torna tal critério tormentoso e subjetivo¹²⁸.

Segunda ela, da mesma forma que uma excessiva objetivação é prejudicial à sistemática do Direito Penal, por restringir o campo de atuação do magistrado na análise das peculiaridades do caso concreto, a excessiva subjetivação o alarga desarrazoadamente, de maneira a criar, no âmbito do sistema, espaços vazios preenchíveis por diversos tipos de conteúdo, o que acaba por gerar insegurança jurídica pela diversidade de parâmetros adotados por cada magistrado¹²⁹.

Tal dificuldade em definir o que poderia ser utilizado para configurar dedicação à atividade criminosa que já não configure reincidência ou maus antecedentes pode ser constatada na obra de Isaac Sabbá Guimarães. Segundo ele “Trata-se, a nosso ver, de requisito que repete o anterior, pois os antecedentes se referem exatamente à vida criminosa pregressa do réu.”¹³⁰

¹²⁷ BOITEUX, Luciana *et al.* **Tráfico de Drogas e Constituição**. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticias.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 12 set 2018, p. 157.

¹²⁸ BOITEUX, Luciana *et al.* **Tráfico de Drogas e Constituição**. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticias.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 12 set 2018, p. 157.

¹²⁹ BOITEUX, Luciana *et al.* **Tráfico de Drogas e Constituição**. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticias.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 12 set 2018, p. 156.

¹³⁰ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada**. 2. Ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007. p. 100.

Renato Brasileiro de Lima traz uma definição do que seria não se dedicar às atividades criminosas, veja-se:

O terceiro requisito para a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, é que o agente não se dedique às atividades criminosas, o que significar dizer que o acusado deve desenvolver algum tipo de atividade laboral lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida¹³¹.

No mesmo sentido se posicionam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, segundo eles “Assim, deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltadas para o crime”¹³².

Ocorre que, o fato de o sujeito exercer algum tipo de atividade laboral lícita e habitual, não impede que paralelamente ao desenvolvimento da atividade lícita ele atue ilicitamente vendendo substâncias entorpecentes, de modo que, isoladamente, o exercício de atividade laboral lícita não pode ser usado como definição de não dedicação à atividade criminosa.

Da detida leitura das diversas obras consultadas, observa-se que a grande maioria dos autores não analisa e nem conceitua de maneira aprofundada o requisito subjetivo da dedicação à atividade criminosa.

Assim sendo, ante o silêncio doutrinário e a falta de critérios legais seguros, coube à jurisprudência brasileira definir o que poderia ser utilizado para configurar dedicação à atividade criminosa.

Como último requisito para aplicação do benefício, a legislação ainda exige que o agente não seja integrante de organização criminosa.

Tal previsão ocorre, pois nada impede que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, mas já faça parte de alguma organização criminosa.

Com isso, caso o indivíduo tenha praticado o delito de tráfico de drogas em concurso de crimes com o delito previsto no art. 35, da Lei de Drogas,

¹³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 6. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2018. p. 1025

¹³² MENDONÇA, Andrey Borges de; Carvalho, Paulo Roberto Galvão de. 3. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2012. p. 122.

qual seja, associação para o tráfico, não será possível a incidência da minorante do tráfico privilegiado¹³³.

Por fim, no que se refere ao ônus probatório dos requisitos, cabe ao Ministério Público, no processo, provar que o agente se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa¹³⁴.

Segundo Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho,

“Impor ao réu o encargo de comprovar principalmente estes últimos requisitos negativos violaria o princípio da presunção de inocência, pois a prova negativa indeterminada é daquelas que se pode chamar de “prova diabólica”, tamanha a dificuldade em se desincumbir dela”¹³⁵.

3.3 CRITÉRIOS PARA REDUÇÃO DA PENA

O legislador não estipulou quais seriam os critérios para definir o *quantum* de diminuição de pena, apenas menciona o dever do magistrado de reduzir a pena de um sexto a dois terços¹³⁶.

Coube à doutrina definir os critérios para diminuição da pena. Entendeu-se que deve o magistrado pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com atenção especial à redação do art. 42¹³⁷, da Lei 11.343/2006, que estabelece que “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”¹³⁸.

Deverá o julgador, portanto, utilizar a natureza e a quantidade da droga para realizar a escolha da fração de redução. Todavia, deve-se ter cuidado

¹³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 6. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2018. p. 1025

¹³⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 247.

¹³⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de; Carvalho, Paulo Roberto Galvão de. 3. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2012. p. 125.

¹³⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 247.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Forense, 2017. p. 399.

¹³⁸ BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em 26 set. 2017.

para evitar eventual violação ao princípio do *ne bis in idem*, ou seja, valorar negativamente duas vezes a mesma circunstância¹³⁹.

Dessa forma, o magistrado deverá optar entre utilizar a natureza e quantidade da droga para fixação da pena base ou, para definição do *quantum* de diminuição referente à minorante do tráfico privilegiado, não podendo utilizar tal circunstâncias em duas etapas da dosimetria da pena.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 666.334, que teve sua repercussão geral reconhecida, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade da droga apreendida com o agente que pratica o crime de tráfico, em respeito ao princípio do *ne bis in idem*, devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases de dosimetria da pena¹⁴⁰.

Entretanto, em que pese o STF tenha entendimento desta maneira, essencial mencionar posicionamento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Segundo o Tribunal da Cidadania, inexistente impedimento em utilizar a quantidade de entorpecente para majorar a pena-base, e a natureza da substância apreendida para fixar o *quantum* de diminuição da minorante do tráfico privilegiado.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes:

REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E MITIGAÇÃO DA FRAÇÃO ADOTADA PARA A MINORANTE DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE E NATUREZA DO ESTUPEFACIENTE APREENDIDO APONTADAS EM MOMENTOS DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. COAÇÃO NÃO VERIFICADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em

¹³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Forense, 2017. p. 399.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 666334 – Proc. Nº 20110011416000100. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4179290&numeroProcesso=666334&classeProcesso=ARE&numeroTema=712#>>. Acesso em: 26 set 2018.

uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. No caso dos autos, a quantidade do entorpecente foi considerada no cálculo da pena-base, sendo que, na terceira fase da dosimetria, o Sodalício a quo ressaltou, exclusivamente, a natureza da droga como fundamento para mitigar a fração para o redutor especial previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, entendimento que está de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 408.933/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 04/05/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. Embora a Corte de origem, para justificar a escolha do redutor, haja feito breve menção à quantidade de drogas apreendidas, sopesou, de maneira preponderante, a natureza da substância entorpecente (cocaína, dotada de alto poder viciante), circunstância que, em nenhum momento, foi valorada para fins de exasperação da pena-base. Isso porque, na primeira fase da dosimetria, levou-se em consideração somente a elevada quantidade de drogas encontradas em poder da acusada, de maneira que não houve bis in idem na dosimetria da pena.

[...]

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1478779/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 02/05/2018)

Ainda no que tange à quantidade e natureza da droga, cumpre mencionar posicionamento de alguns doutrinadores, a exemplo de Renato Marcão e Andreucci, que sustentam a utilização da natureza e quantidade da substância entorpecente como indicativo à dedicação à atividade criminosa, de modo a obstar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado.

Segundo Renato Marcão,

A apreensão de expressiva quantidade de droga configura indicativo de que o agente é integrante de organização criminosa. A grande quantidade e variedade de droga, a propósito, atenta com maior intensidade contra o bem jurídico tutelado, porquanto inegável a relevância de seu acentuado potencial lesivo, e faz desaconselhar o reconhecimento do "tráfico privilegiado".

Na mesma linha de inteligência, posicionasse Ricardo Antônio Andreucci, sustentando que a grande quantidade de drogas também pode constituir impeditivo à aplicação da causa de diminuição¹⁴¹.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou favoravelmente a esse entendimento, veja-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉ QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. INCABÍVEL. REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. MANUTENÇÃO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. NÃO RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade e na diversidade das substâncias - 3 tijolos de crack (1.657g), 56 pedras e 1 papelote do mesmo entorpecente (110g e 21,3g, respectivamente) e 413,1g de cocaína - que a paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 428.091/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)

Lado outro, contrário a esse entendimento, encontra-se Guilherme de Souza Nucci. Segundo ele, a quantidade de drogas não constitui requisito legal para avaliar a concessão, ou não, do benefício de redução da pena, em verdade, trata-se de critério para dosar a diminuição¹⁴².

3.4 RETROATIVIDADE DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA

A inovação trazida pela Lei 11.343/2006 também gerou discussões de direito intertemporal. A minorante do tráfico privilegiado, por ser mais

¹⁴¹ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 247.

¹⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Forense, 2017. p. 399.

benéfica ao agente retroage para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência. Ocorre que, a Lei 6.368/76, antiga Lei de Drogas, previa para o delito de tráfico a pena mínima de 03 (três) anos de reclusão, enquanto a nova Lei cominou a pena mínima para o referido delito em 05 (cinco) anos de reclusão¹⁴³.

Gerou-se, então, grande controvérsia sobre a possibilidade de combinação da nova minorante com a antiga pena mínima cominada para o crime de tráfico de drogas.

São duas as correntes principais, a primeira defende que a aplicação da causa de diminuição de pena sobre uma pena base prevista na lei antiga seria inadmissível, vez que a “combinação de leis” configuraria criação de uma terceira lei, o que constitui atividade privativa do Poder Legislativo, motivo pelo qual não poderia ser exercida pelo Poder Judiciário¹⁴⁴.

Nesse sentido, posiciona-se Guilherme de Souza Nucci, sustentando que não existe uma lei com pena mínima de três anos para o delito de tráfico com previsão de diminuição de pena para o réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica as atividades criminosas nem integra organização criminosa. Segundo ele, deve ser aplicável ou a Lei 6.368/76 ou a Lei 11.343/2006, não sendo possível misturá-las¹⁴⁵.

Nessa linha de intelecção, completam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho,

Este dispositivo, como dito acima, foi criado para mitigar, de certa forma, o rigor da nova Lei de Drogas, que aumentou sensivelmente a pena mínima dos delitos previstos no art. 33, caput e § 1º. Assim, há uma correlação lógica e necessária entre o aumento da pena mínima destes delitos e a criação da minorante. Justamente por isto, o intérprete não pode desconsiderar este elo, aplicando, retroativamente, apenas a nova causa de diminuição, sob pena de estar criando uma disposição não prevista pelo legislador¹⁴⁶.

Lado outro, a segunda corrente sustenta que a “combinação de leis” trata-se, em verdade, do cumprimento adequado do princípio, que estabelece que a lei mais gravosa não retroage, somente a mais benéfica pode retroagir e, assim sendo, a parte mais gravosa de uma lei não pode retroagir, nem mesmo para,

¹⁴³ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 85.

¹⁴⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. V.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Forense, 2017. p. 402.

¹⁴⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de; Carvalho, Paulo Roberto Galvão de. 3. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2012. p. 129.

combinada com a parte benéfica, produzir um resultado mais vantajoso ao réu do que o conjunto da lei anterior¹⁴⁷.

Conforme entendimento de José Frederico Marques sobre a possibilidade de combinação de leis,

“Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima.”¹⁴⁸

Ademais, segundo Rangel e Bacila, o principal motivo para defender a possibilidade de combinação das leis nos aspectos favoráveis consiste no fato de que, enquanto o critério de irretroatividade da lei mais grave leva em conta não modificar regras jurídicas tendo em vista o fator surpresa que seria gerado no destinatário da norma, tendo como base o princípio da legalidade, o critério da retroatividade da lei mais benéfica, por outro lado, tem como fundamento um critério de justiça, vez que o legislador passa a adotar regra que entende ser mais justa em comparação com a sanção mais grave anteriormente adotada¹⁴⁹.

Com isso, concluem os supramencionados autores,

“trata-se de critérios distintos para a irretroatividade da lei mais grave e para a retroatividade da lei mais benéfica, podendo ocorrer a conjugação das duas leis como critério de interpretação. Assim, o magistrado não está criando uma terceira lei ou *Lex Tertia*, mas fazendo interpretação de leis que se sucedem e adotando os critérios racionais mais substanciais de cada lei”¹⁵⁰.

O tema ainda não possui entendimento pacificado na jurisprudência brasileira. No caso específico da Lei de Drogas, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem entendimentos opostos¹⁵¹.

O Tribunal da Cidadania, por meio da Súmula 501, estabeleceu que “É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.”¹⁵².

¹⁴⁷ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 85.

¹⁴⁸ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1964. p. 210.

¹⁴⁹ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 113.

¹⁵⁰ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁵¹ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 86.

¹⁵² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 501. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.#TIT2TEMA0>>. Acesso em: 29 set. 2017.

Lado outro, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 596.152, decidiu, por maioria de votos, ser possível a combinação da pena mínima prevista para o delito de tráfico na Lei nº 6.368/76, com a causa especial de diminuição de pena prevista na nova Lei de Drogas.

O então Ministro Carlos Britto, relator do referido recurso excepcional, sustentou o seguinte:

Deste ponto se infere que a prefalada discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos. E a se tomar como válido o juízo técnico de vedação da mescla, então a pergunta que nos cabe fazer é simplesmente esta: quando se tem uma indevida combinação de modelos prescritivos em matéria penal? Resposta: o que a nossa Constituição rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo.¹⁵³

Com isso, Carlos Britto entendeu que o limite da divisibilidade, no que tange à retroatividade benéfica, é o “instituto jurídico”, e que o tipo básico do tráfico de drogas, cuja pena mínima foi majorada no art. 33, da nova Lei de Drogas, e a minorante prevista no parágrafo quarto do retro mencionado artigo, são institutos jurídicos diversos que, por isso, podem ser combinados¹⁵⁴.

Desta maneira, nota-se que remanesce a divergência entre os entendimentos do STJ e STF, na medida em que o Tribunal da Cidadania entende não ser possível realizar a combinação de leis, e o Supremo afirma ser possível tal combinação.

3.5.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência não é uma ideia nova. Em seu livro *Tratado dos Delitos e das Penas*, o jurista italiano Cesare Beccaria já

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 596.152. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE596152AB.pdf>>. Acesso em: 23 set 2018.

¹⁵⁴ PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 85.

sustentava ser necessário assegurar a presunção de inocência no processo penal, afirmando que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio das quais ela lhe foi outorgada”¹⁵⁵.

O referido princípio foi consagrado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1798, como um dos principais pressupostos do liberalismo burguês, funcionando como uma garantia individual contra o autoritarismo estatal¹⁵⁶.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada e promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1948, também previu o princípio da presunção de inocência, estabelecendo, em seu art. 11, que:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumidamente inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa¹⁵⁷.

Assim, esse preceito previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem se tornou fonte vinculativa dos direitos internos dos países que subscritores, devendo ser incorporado e obedecido por essas nações como direito fundamental¹⁵⁸.

No sistema jurídico brasileiro a presunção de inocência está prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Republicana, estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁵⁹, ou seja, todos serão presumidos inocentes até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

3.5.1.1 A NATUREZA DE PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

¹⁵⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 69.

¹⁵⁶ ALLENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. et al.

¹⁵⁷ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 ago 2018.

¹⁵⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 179.

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 ago 2018.

A norma jurídica da presunção de inocência é norma princípio na medida em que, nas lições de Robert Alexy, garante que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes¹⁶⁰.

Desta forma, diferencia-se de uma regra, que são as normas que contém determinações no âmbito daquilo que é fática ou juridicamente possível, ou seja, deve-se fazer exatamente aquilo que é exigido pela norma¹⁶¹.

A regra é aplicada como esta prevista, ou não é aplicada, segue a lógica do “all or nothing” (tudo ou nada) de aplicação, diferentemente dos princípios, que podem ser cumpridos em diferentes graus de efetivação, são mandados de otimização que tendem a ser realizados na maior medida possível¹⁶².

Maurício Zanoide de Moraes utiliza três critérios para chegar à conclusão de que determinada norma jurídica é um princípio e não uma regra, são eles o conteúdo normativo-axiológico, a estrutura normativa e sua a forma de aplicação. Segundo o referido autor por qualquer desses critérios de que a norma na qual se insere a presunção de inocência apresenta-se como norma princípio, veja-se:

Quanto à perspectiva do conteúdo (normativo-axiológico), porquanto sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é, como as normas-regras, prescritiva de condutas.

Já quanto à estrutura normativa, a presunção de inocência se caracteriza também como princípio, por prescrever ‘fins e estados ideais a serem alcançados’, um ‘dever-ser’, e que caberá ao intérprete decidir e cumprir. Atividade que será mais sofisticada e complexa na medida em que além das condições fático-jurídicas surgem inevitáveis contradições normativas (colisões com uma regra ou com outro princípio) a serem resolvidas.

[...] quanto à forma de aplicação, a presunção de inocência também se identifica como uma ‘norma-princípio’. Observado o texto normativa da presunção de inocência e, ainda, cotejando-o com o sistema constitucional, mesmo observado apenas o âmbito dos direitos fundamentais, percebe-se coexistirem limitações sistêmicas da presunção de inocência, p.ex., pela prisão em flagrante ou por prisão provisória determinada judicialmente. [...] Ela poderá ser restringida diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

A presunção de inocência é, portanto, um direito garantido a seu titular nos moldes ‘prima facie’ ou como ‘mandamento de otimização’, o que significa dizer que os agentes não tenham o dever de respeitar e promover aquele direito, mas apenas que isso deve acontecer na

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. p. 90

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 91

¹⁶² MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 271.

'maior medida possível'.¹⁶³ Possibilidade que se extrai das condições fático-jurídicas do caso concreto.

3.5.1.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

A Constituição Federal de 1988 pôs fim ao mais longo período de privação das liberdades e das garantias essenciais do cidadão, que fora iniciado com o golpe militar de 1964.

A atual Constituição Republicana, afirmou a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana e essa forma de estado democrático, diretrizes estruturais e axiológicas que determinaram a inscrição de vários direitos fundamentais na Constituição Republicana¹⁶⁴.

Paulo Gustavo Gonet Branco ressalta a grande importância dada pelo poder constituinte aos direitos fundamentais inscritos na constituição:

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali proclama que a Assembléia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança. Esse objetivo há de se erigir-se como pilar ético jurídico-político da própria compreensão da Constituição. O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional.

Os direitos e garantias individuais possuem a função de limitar a atuação do poder estatal, protegendo os cidadãos contra o arbítrio do estatal. Protegendo, dessa maneira, o cidadão contra a ingerência do poder do Estado, sendo em sua grande maioria direitos da primeira geração dos direitos fundamentais, os chamados direitos de defesa.

Nesse avanço democrático nacional o constituinte brasileiro de 1988 consagrou a presunção de inocência como um dos vários direitos fundamentais inscritos na atual Constituição, previsto no art. 5, inciso LVII, da Carta Magna¹⁶⁵.

¹⁶³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 271.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 193.

¹⁶⁵ AGUIAR, Julio Cesar de; MOREIRA, Leandro Lara. **Presunção de Inocência: panorama internacional e jurisprudência brasileira**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 26, n.102, abr./jun. 2018. p. 283.

Em que pese a Constituição não faça, expressamente, menção ao termo presunção de inocência, há ampla aceitação sobre esta nomenclatura para o princípio, que também pode ser chamado de não culpabilidade, o qual emana da norma prevista no art. 5, LVII, da Constituição Federal¹⁶⁶.

A presunção de inocência, como a maioria dos direitos previstos no Título II, art. 5º, da Carta Magna, que trata dos direitos e das garantias fundamentais, trata-se de um direito fundamental de primeira geração, os chamados direitos defesa, garantindo ao indivíduo uma posição de vantagem ou ativa em relação ao Estado, protegendo o cidadão contra a ingerência do poder Estatal¹⁶⁷.

Nas lições de Maurício Zanoide de Moraes, o princípio fundamental da presunção de inocência deve servir de base para compreender, administrar e construir um sistema processual penal para o qual o indivíduo, já no início da persecução, é inocente e assim deve ser considerado e tratado até que o Judiciário tenha a certeza e declare de modo definitivo a sua culpabilidade, com base em conjunto probatório incriminador mínimo e lícito¹⁶⁸.

O supramencionado autor ainda acrescenta que a presunção de inocência, fruto da intersecção formada pelos princípios da igualdade, do respeito à dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, representa a síntese da área criminal (penal e processual penal) informando e orientando a formação e aplicação de todos os atos da persecução penal, uma vez que um cidadão sempre estará submetido à constrição estatal desde o primeiro ato persecutório até à sua conclusão definitiva e, ainda, em âmbito revisional¹⁶⁹.

3.5.1.3 Viés tripartido da presunção de inocência

Maurício Zanoide de Moraes, afirma que pela ampla extensão e incidência da presunção de inocência, este princípio relaciona-se com cada ponto do sistema, porém é com “norma de tratamento”, “norma probatória” e “norma de juízo” que tem maior aplicação na prática forense¹⁷⁰.

¹⁶⁶ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁶⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 299.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 271.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 358.

¹⁷⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 359.

O referido autor destaca, ainda,

A concepção da presunção de inocência, sob a perspectiva constitucional de um âmbito de proteção amplo, compreende um significado de “norma de tratamento”, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados (“norma de juízo” e “norma probatória”, mais ligados à matéria probatória.

Sob a perspectiva ora implementada, no âmbito de proteção da norma fundamental da presunção articulam-se esses três significados, que ela orienta e inspira como norma constitucional maior. São formas de manifestações autônomas que interagem e não esgotam a presunção de inocência¹⁷¹.

Como “regra de tratamento”, o princípio da presunção de inocência impõe ao Estado a obrigação de tratar o réu como se inocente fosse, com todas as garantias daí decorrentes. Dessa forma, tem relevância por garantir, até o término do devido processo, a esfera de direitos dos indivíduos não sofrerá com eventuais atos estatais violadores¹⁷².

O ordenamento jurídico brasileiro possui algumas regras e entendimento jurisprudências que, ao se observar a presunção de inocência como “norma de tratamento”, percebe-se que possuem conexão ou de maneira indireta são garantidas por esse princípio, a exemplo do direito do acusado à não autoincriminação e ao silêncio em qualquer fase da persecução penal, bem como há garantia fundamental de reserva de jurisdição quando da necessidade da liberdade por prisões provisórias, entre outros direitos¹⁷³.

Lado outro, a presunção de inocência como “norma probatória” abrange campo específico dessa norma constitucional e volta-se à determinação de quem deve provar, por meio de que tipo de prova e o que deve ser provado¹⁷⁴.

O primeiro aspecto, quem deve provar, refere-se ao ônus probatório no processo penal, estabelecendo que cabe ao acusador ônus de provar no processo penal, haja vista que, o órgão acusador parte do pressuposto do “estado de inocência” do cidadão, cabendo a ele demonstrar a tese de materialidade e autoria do fato¹⁷⁵.

O segundo ponto da presunção de inocência como “norma probatória”, por meio de que tipo de prova, estabelece que a prova a ser produzida

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 424.

¹⁷² *Ibidem*, p. 426.

¹⁷³ AGUIAR, Julio Cesar de; MOREIRA, Leandro Lara. **Presunção de Inocência: panorama internacional e jurisprudência brasileira**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 26, n.102, abr./jun. 2018. p. 285.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 286.

¹⁷⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 462.

nos autos pelo órgão acusador deve ser uma prova lícita, ou seja, deve ser uma prova buscada, produzida, analisada e considerada pelo magistrado dentro dos padrões definidos pela Constituição e pelas leis processuais. Ocorrendo, nesse ponto, uma complementariedade entre os direitos fundamentais da presunção de inocência e da vedação às provas ilícitas¹⁷⁶.

O terceiro viés desta norma constitucional refere-se à presunção de inocência como “norma de juízo”, incidindo em todas as decisões proferidas pelo juízo, sejam elas de mérito ou interlocutórias, no instante de se analisar o material probatório já produzido para a formação da convicção judicial¹⁷⁷.

A presunção de inocência como “norma de juízo” difere do seu aspecto como “norma probatória”, pois apenas poderá incidir sobre o material probatório já produzido e colacionado aos autos, sendo a necessário analisar primeiramente a presunção de inocência no viés probatório para depois se ingressar no exame como “norma de juízo”. Outrossim, esses dois aspectos ainda diferem pelo fato do aspecto de “norma juízo” possuir um viés subjetivo, tendo como essência a determinação da “suficiência da atividade probatória, para reverter o “estado de inocência” constitucional¹⁷⁸.

Nesse aspecto da presunção de inocência como “norma juízo” agasalha-se a exigência de atividade probatória suficiente, sob pena de incidência do princípio da *in dubio pro reo*, que traz a ideia de que em caso de dúvida ela deve ser resolvida favoravelmente ao réu¹⁷⁹.

3.5.2 Da individualização da pena

O princípio da individualização da pena se encontra presente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVI. De acordo com tal dispositivo, “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b)

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 463.

¹⁷⁷ AGUIAR, Julio Cesar de; MOREIRA, Leandro Lara. **Presunção de Inocência: panorama internacional e jurisprudência brasileira**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 26, n.102, abr./jun. 2018. p. 287.

¹⁷⁸ *Op.cit*, p. 468-469.

¹⁷⁹ *Op.cit*, p. 287.

perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”¹⁸⁰.

O termo “individualizar” significa tornar individual uma situação, algo ou alguém. Sendo assim, tal palavra significa particularizar o que antes era genérico, tendo o prisma, portanto, de especializar o geral. Possui, nesse contexto, “o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto”¹⁸¹.

Portanto, tomando como base o significado da palavra individualizar, é possível afirmar que a individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, tomando como base o perfil do sentenciado, tornado único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus¹⁸².

Nesse contexto, grande finalidade e importância do princípio da individualização da pena é o fato desta fugir da padronização da pena. Ou seja, da “mecanizada ou computadorizada aplicação da sanção penal, que serviriam para todos os casos semelhantes”¹⁸³.

Dessa maneira, a existência do princípio constitucional da individualização da pena serve justamente para afastar a existência de sentenças padronizadas. Sentenças que servem para resolver todos os casos, sem levar em conta as peculiaridades do fato e as singularidades dos agentes infratores.

A figura do juiz é de fundamental importância para evitar essa padronização, haja vista ser ele o ser pensante na aplicação da pena. Sendo imprescindível o seu papel no processo de individualização da pena para analisar as peculiaridades de cada caso, bem como as singularidades dos indivíduos que praticaram a infração penal.

O princípio da individualização da pena se torna indispensável para o processo penal, pois ele permite que seja eleita e aplicada a justa sanção penal para determinado indivíduo, quer seja em sua espécie, em seu *quantum*, bem como na sua forma de execução.

¹⁸⁰ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

¹⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁸² *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁸³ *Ibidem*, *loc.cit.*

O princípio da individualização da pena decorre do princípio da isonomia. Pois, traduz a ideia de que os desiguais devem ser tratados distintamente, na medida de suas diferenças¹⁸⁴.

O princípio em questão se revela, acima de tudo, uma verdadeira garantia humana fundamental, uma vez que, qualquer que seja o condenado, este merece e tem o direito de obter uma pena justa, proporcional ao fato praticado por ele e em sintonia com a sua condição pessoal individualizada¹⁸⁵.

Por conta disso, de acordo com o autor Ricardo Augusto Schmitt, a pena justa, além de correta, é a pena necessária¹⁸⁶.

A individualização da pena decorre de três etapas, quais sejam, a etapa legislativa, etapa judicial e etapa executória.

Primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínimas e máximas, suficientes e necessárias para a repressão e prevenção do crime¹⁸⁷. É a individualização legislativa, que se configura como a primeira fase que norteia o princípio da individualização da pena.

Na etapa legislativa, o legislador tipifica uma conduta como criminosa e, portanto, ilícita e a partir da relevância jurídica do bem protegido pela norma penal incriminadora, é estipulado limites - mínimo e máximo – para a pena em abstrato, que servirão de referência para o magistrado aplicar a pena em concreto¹⁸⁸.

Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus primas e efeitos. É a individualização judiciária.

Nessa etapa judiciária, que é a segunda etapa da individualização da pena, é incumbido ao magistrado valorar todas as circunstâncias e causas que envolvem o evento criminoso e que norteiam a pessoa do acusado, “tornando-o um ser único no decorrer do processo de aplicação da sanção penal¹⁸⁹”.

¹⁸⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

¹⁸⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁸⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁸⁸ . *Op.cit*, *loc.cit.*

¹⁸⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

Finalmente, tem-se a terceira e última fase de individualização da pena, que é a fase em que o responsável por individualizar a pena é o magistrado da execução penal.

Cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus, coautores de uma infração penal recebam a mesma pena, o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada.

Enquanto um deles pode obter a progressão de regime fechado ao semiaberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício. Assim, também ocorre com a aplicação de outros instrumentos, como, exemplificando, o livramento condicional ou o indulto coletivo ou individual. É a individualização executória¹⁹⁰.

Segundo o autor Ricardo Augusto Schmitt, na etapa executória de individualização da pena deverá ser observado, mais do que nunca:

o comportamento individualizado do condenado, com vistas à aferição de sua efetiva reabilitação individual, com o consequente dimensionamento do tempo necessário ao seu retorno à sociedade. Tal ocorre porque a (re)aproximação do condenado à comunidade deverá ser feita (como regra) de forma gradativa, de acordo com o mérito demonstrado na execução da pena que lhe foi imposta (sistema de progressividade).

Com base nesse raciocínio, é que reafirmamos estar presente nesta etapa a natureza individualizadora da pena, pois cada ser humano irá reagir de uma forma à execução da sanção penal que lhe foi imposta e, por isso, deverá ser valorado individualmente o seu mérito progressivo que visa permitir o retorno ao convívio comunitário¹⁹¹.

Por conta desse raciocínio descrito acima é que a garantia da individualização da pena não se esgota com a sentença penal condenatória que impõe a alguém o cumprimento da pena em confinamento carcerário da sanção penal.

Pelo contrário, ela vai muito além disso, pois a garantia da individualização da pena se desdobra pelo cumprimento da sanção penal, ou seja, pela execução, frente a sua paralela função de reabilitação social, devendo “primar pela análise individualizadora das condições pessoais de cada apenado, com vistas à sua preparação para o retorno ao seio comunitário”¹⁹².

¹⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁹¹ *Op.cit, loc.cit.*

¹⁹² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

Em que pese a importância do princípio da individualização da pena, o Brasil caminhou com lentidão na direção da garantia da individualização da pena (na fase judicial), pois, muito embora alinhado às ideias liberais, foi somente no ano de 1830 que editou o Código Criminal do Império para substituir as Ordenações Filipinas e fazer cessar o direito penal do horror. Dessa forma, em comparação com os outros países, como, por exemplo, Inglaterra, França e Estados Unidos, o Brasil foi atrasado ao garantir o princípio em tela ¹⁹³.

Por conta de tudo falado, fica evidente que o princípio da individualização da pena guarda conexão com diversos outros princípios constitucionais, quais sejam, princípio da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da responsabilidade pessoal e da humanidade.¹⁹⁴

¹⁹³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7 ed., rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

4. POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O REQUISITO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS

A solução encontrada por parte da jurisprudência com relação à abertura conceitual da expressão “dedicação às atividades criminosas” foi utilizar ações penais em curso como fundamento para fundamentar a dedicação do indivíduo à prática delitiva.

A nova causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, conhecida como tráfico privilegiado, portanto, passou a não ser aplicada caso o agente possua inquéritos policiais ou ações penais em curso, por caracterizar dedicação às atividades criminosas. Não foram estabelecidos, entretanto, critérios objetivos, considerando o tipo penal em análise, à respeito de quais processos pendentes de definitividade poderão ser utilizados, bem como a quantidade de ações não transitadas em julgado.

Tendo em vista uma eventual violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, tal prática não foi completamente aceita pelos tribunais pátrios, o que gerou uma discussão jurisprudencial a respeito da possibilidade de utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como óbice ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Surgiu, assim, no âmbito da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a divergência consistente na possibilidade ou não de utilização de inquéritos policiais e ações penais em tramitação para avaliar a possível dedicação do réu a atividades criminosas.

Enquanto a Quinta Turma do Tribunal da Cidadania entendia ser plenamente possível a utilização de inquéritos e ações penais em andamento para afastar a causa de diminuição de pena, a Sexta Turma possuía entendimento diametralmente oposto¹⁹⁵.

Em 14 de dezembro de 2016, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.431.091 - SP, de relatoria do Ministro Félix Fischer, a Terceira Seção firmou orientação no sentido de ser possível a utilização

¹⁹⁵BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.483.930-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0596.pdf>. Acesso em: 23 ago 2018, p. 7

de inquéritos policiais e ações penais em curso para afastar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Com o julgamento desse recurso, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Terceira Seção, em razão de ser a corte responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal no país, estabeleceu que tal entendimento deve ser aplicado a casos semelhantes, dando origem ao Informativo 596 do STJ. Veja-se,

É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06¹⁹⁶.

Tecidas tais considerações, neste momento serão analisados os argumentos da 5ª Turma do STJ, que defende a possibilidade de utilização de ações pendentes de definitividade como óbice à aplicação do benefício do tráfico privilegiado. Bem assim, analisar-se-ão os fundamentos utilizados pela 6ª Turma do Tribunal da Cidadania que entendia não ser possível utilizar feitos sem transito em julgado como obstáculo à aplicação da minorante.

4.1 POSICIONAMENTO DA 5ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo a Quinta Turma do STJ, a existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para exasperar a pena base, motivo pelo qual não podem ser utilizados para configurar maus antecedentes, conforme entendimento pacificado na Súmula 444 da referida corte, podem afastar a incidência da minorante do tráfico privilegiado, pois permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva.

Defendem os ministros integrantes da referida turma que não se estaria utilizando inquéritos ou ações penais em curso para agravar situação do agente condenado pelo delito de tráfico de drogas, mas sim para afastar um benefício legal.

Nesse sentido, veja-se posicionamento do Ministro Félix Fischer:

A orientação firmada no âmbito dos Tribunais para dosagem de pena preconiza que a pena-base deve sempre partir do mínimo, sendo

¹⁹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.483.930-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0596.pdf>. Acesso em: 23 ago 2018, p. 7.

elevada quando existirem fundamentos. Desse modo, consolidou-se a impossibilidade de utilização de inquéritos e ações penais em andamento para agravar as condições do Réu na circunstância judicial de maus antecedentes prevista no artigo 59 do Código Penal. Situação diversa consiste em concessão de benefício, que não agrava a situação do Réu, por isso, sua interpretação deve ser mais restritiva, de modo que uma benesse legal somente seja aplicável a quem efetivamente mereça, interpretando-se de forma teleológica o dispositivo, observada, inclusive, as exposições dos motivos do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, supramencionado¹⁹⁷.

Na mesma linha de inteligência, decisão do Ministro Ribeiro

Dantas:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM CURSO. SÚMULA 444/STJ. READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

6. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas, como, no caso em apreço, em que o paciente registra outros quatro processos em curso pelos crimes de homicídio tentados e consumado. Precedentes.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a valoração negativa de processos em curso, na primeira fase da dosimetria, nos termos da Súmula n. 444/STJ, tornando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 10 meses de reclusão.

(HC 279.737/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)¹⁹⁸.

Da leitura dos acórdãos da Quinta Turma, é possível concluir que os ministros que a integram realizam uma interpretação restritiva da súmula supramencionada para não aplica-la e utilizar inquéritos e ações penais em curso para obstar a aplicação do benefício do tráfico privilegiado.

4.2 ENTENDIMENTO DA 6ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O entendimento da Sexta Turma do STJ era diametralmente oposto ao da Quinta Turma, na medida em que entendiam os ministros integrantes

¹⁹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 279.737/PE. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ 23 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=279737&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 30 out. 2018.

desta turma, em especial a Min. Maria Thereza de Assis Moura e o Min. Sebastião Reis Júnior, ser inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base na pendência de feitos criminais em curso.

Segundo Maria Thereza de Assis Moura, inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não poderiam ser utilizados para fundamentar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e personalidade do agente, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência¹⁹⁹.

Veja-se, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXCLUSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. VERIFICAÇÃO. ATIVIDADE CRIMINOSA. PROCESSO CRIMINAL EM CURSO. AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. DESCABIMENTO ALTERAÇÃO REGIME INICIAL. APLICAÇÃO SÚMULA 440/STJ.

1. Inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para afirmar que o agravado se dedica a atividades criminosas. Ademais, para configurar tal vinculação, a ausência de ocupação lícita deve vir corroborada por outros elementos concretos, não apresentados na situação sob análise.

2. Estando a pena-base fixada no mínimo legal, pela ausência de circunstâncias judiciais negativas, e sendo primário o recorrente, a fixação do regime aberto está coerente com a orientação da Súmula 440/STJ.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1431091/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NEGADA. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA. PENA DE MULTA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO. [...]

3. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

¹⁹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 501. Disponível em: < javascript:AbreDocumento('/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66122452&num_registro=201601576129&data=20161108&tipo=91')>. Acesso em: 16 set. 2018.

(HC 297.375/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)²⁰⁰

Nota-se, desta forma, que a Ministra do STJ aplica, por analogia, a Súmula 444 do Tribunal de Cidadania, segundo a qual “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”, realizando uma interpretação extensiva da referida súmula, contrária à interpretação realizada pela Quinta Turma.

4.3 DECISÃO DA TERCEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO ERESP 1.431.091-SP

Realizar-se-á neste momento uma breve introdução sobre o processo que deu origem ao recurso de Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.431.091 – SP que, conforme mencionado alhures, foi responsável pela uniformização da jurisprudência do STJ.

Em seguida, serão analisados os argumentos utilizados pela Terceira Seção para se chegar ao entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afirmar que o réu se dedica a atividades criminosas e, por via de consequência, não se aplicar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, conhecido como tráfico privilegiado.

O caso levado ao STJ como representativo da divergência teve início na Comarca de São Paulo, onde o acusado foi condenado pelo juízo de piso a uma pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, tendo sido aplicada a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado²⁰¹.

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs Recurso de Apelação contra a sentença, requerendo a exclusão da causa de diminuição de pena aplicada pelo magistrado de piso, tendo o Tribunal de Justiça paulista dado provimento ao apelo ministerial afastando a minorante, ao argumento de que o réu

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 297.375/RS. Relatora: Min. Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, DJ 17 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=297375&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>>. Acesso em: 12 ago 2018.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1431091/SP. Rel. Ministro Félix Fischer. Brasília, DJ 14 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400155760&dt_publicacao=01/02/2017>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 7

se dedicava às atividades criminosas por não possuir ocupação lícita e já ter sido condenado em primeiro grau pela prática do mesmo delito²⁰².

Em face do acórdão proferido pelo TJ/SP a defesa interpôs Recurso Especial, a fim de que fosse reconhecida a minorante. O recurso excepcional fora admitido, tendo o Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, monocraticamente, dado provimento ao recurso, aplicando a causa de diminuição de pena.

Irresignado, o *parquet* interpôs Agravo Regimental contra a decisão monocrática, tendo a Sexta Turma do STJ, à unanimidade, negado provimento ao recurso de agravo, afastado a possibilidade de inquéritos policiais e ações penais em curso serem usados como fundamento para configuração de dedicação à atividades criminosas, com base na presunção constitucional de inocência, conforme se observa de trecho da ementa do acórdão:

Inquéritos policiais ou ações penais em andamento sem trânsito em julgado não podem ser considerados para afirmar que o agravado se dedica a atividades criminosas. Ademais, para configurar tal vinculação, a ausência de ocupação lícita deve vir corroborada por outros elementos concretos, não apresentados na situação concreta²⁰³.

Ainda inconformado, o órgão ministerial interpôs Embargos de Divergência contra o acórdão proferido pela Sexta Turma, trazendo como paradigma acórdão proferido pela Quinta Turma, no sentido de demonstrar a divergência existente no Tribunal da Cidadania.

Dessa forma, a Terceira Seção do STJ passou a enfrentar a questão e, por maioria de votos, chegou ao entendimento de que não se trata de avaliação de inquéritos policiais ou ações penais em curso para agravar a situação do réu condenado pelo delito de tráfico de drogas, mas, sim, como forma de afastar um benefício legal, tendo a Ministra Maria Thereza de Assis sido o voto vencido no julgamento do recurso.

Os ministros integrantes da Terceira Seção entenderam que não seria aplicável, nesse caso, a Súmula 444 do STJ. Afirmaram que a concessão

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1431091/SP. Rel. Ministro Félix Fischer. Brasília, DJ 14 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400155760&dt_publicacao=01/02/2017>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 7

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1431091/SP. Rel. Ministro Félix Fischer. Brasília, DJ 14 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400155760&dt_publicacao=01/02/2017>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 11.

de benefício trata-se de situação diversa dos fundamentos que levaram à criação da supramencionada súmula, que possui como objetivo vedar a utilização de inquéritos ou ações em curso como maus antecedentes²⁰⁴.

Defenderam, para tanto, que na concessão ou não de benefício não há agravamento da situação do réu, motivo pelo qual, nessa situação, a interpretação do enunciado sumular deve ser mais restritiva, de modo que o benefício só seja aplicado a quem efetivamente mereça, interpretando-se de forma teleológica o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e os motivos que levaram a criação do referido parágrafo²⁰⁵.

No que se refere aos princípios constitucionais aplicados ao caso concreto, o relator, Ministro Félix Fischer, sustentou que os princípios devem ser interpretados de forma harmônica, assim sendo, o princípio da presunção de inocência não deve ser interpretado de forma absoluta, de modo a impedir que a existência de inquéritos ou ações penais em curso obste a interpretação em cada caso para mensurar a dedicação do réu à atividade criminosa²⁰⁶.

Sustentou o Ministro que,

Assim não o fazendo, conceder o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 para o Réu que responde a inúmeras outras ações penais ou seja investigado, é equipará-lo com aquele que numa única ocasião na vida se envolveu com drogas, situação que ofende o princípio também previsto na Constituição Federal de individualização da pena.

Dessa forma, nota-se que o argumento utilizado pelo STJ para justificar o posicionamento adotado fora a colisão entre os princípios da presunção de inocência e da individualização da pena, sendo a solução adotada a prevalência do princípio da individualização da pena.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, o Ministro relator afirmou não se tratar de um princípio de vinculação absoluta, colacionando ao

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1431091/SP. Rel. Ministro Félix Fischer. Brasília, DJ 14 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400155760&dt_publicacao=01/02/2017>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 11

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1431091/SP. Rel. Ministro Félix Fischer. Brasília, DJ 14 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400155760&dt_publicacao=01/02/2017>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 11

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1431091/SP. Rel. Ministro Félix Fischer. Brasília, DJ 14 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400155760&dt_publicacao=01/02/2017>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 14

seu voto precedentes da Quinta Turma em que foram utilizados inquéritos policiais e ações penais em andamento como respaldo para decretação de prisão preventiva.

No julgamento dos Embargos de Divergência recordou-se, ainda, o entendimento firmado no HC 126.292/SP do Excelso Supremo Tribunal Federal que autorizou o início de cumprimento de pena, com pendência de recursos excepcionais, considerando não haver comprometimento do núcleo essencial do pressuposto da presunção de inocência.

4.4 DA EXCESSIVA ABERTURA DO CONCEITO DE “DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA”

Antes de se adentrar a análise do conflito entre os princípios penais aplicáveis ao caso, cumpre mencionar que a grande abertura do requisito da dedicação à atividade criminosa, trouxe um grande problema probatório, qual seja, a determinação do que poderia ser utilizado para configurar a dedicação à atividade criminosa e que já não sirva para a configuração da reincidência ou maus antecedentes, bem como não resulte numa violação ao princípio da presunção de inocência.

Luciana Boiteux afirma que “o estabelecimento desse requisito, nos moldes em que realizado, contribuiu para a não satisfação do escopo da instituição da minorante, qual seja, proporcionar a redução de pena aos traficantes individuais e eventuais”²⁰⁷.

A referida autora, em 2009, realizou uma grande pesquisa na jurisprudência, selecionando setecentos e trinta sentenças condenatórias baseadas na Lei 11.343/2006, tendo como uma de suas conclusões a afirmação de que a minorante do tráfico privilegiado não logrou êxito em alcançar os objetivos a que se propôs, qual seja, garantir a proporcionalidade na aplicação da pena do delito de tráfico de drogas²⁰⁸.

Ela verificou que, em nenhum caso analisado, os magistrados discorreram de maneira minuciosa sobre os parâmetros de conceituação do

²⁰⁷ BOITEUX, Luciana *et al.* **Tráfico de Drogas e Constituição**. <http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>. p. 165.

²⁰⁸ BOITEUX, Luciana *et al.* **Tráfico de Drogas e Constituição**. <http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>. p. 157.

requisito, sendo utilizada de maneira frequente a expressão “fazer do crime o meio de vida”, sem que efetivamente se verificasse o grau de veracidade dessa afirmação²⁰⁹.

Nesse ponto, essencial mencionar que, em verdade, em que pese a jurisprudência brasileira venha utilizando algum critério para fundamentar a dedicação à atividade criminosa, qual seja, processos em andamento, o que se observa na prática é que muitos magistrados tem utilizado a existência de apenas uma ação penal em curso, isoladamente, como fundamento para afirmar que o réu se dedica à atividade criminosa.

A título de exemplo do que fora afirmado acima, colacionam-se alguns trechos de acórdãos em que o próprio Tribunal da Cidadania confirmou que o réu se dedicava às atividades criminosas por estar respondendo a apenas uma ação penal, sem qualquer outro elemento de prova que reforçasse essa conclusão,

Dessa forma, em que pese o acusado não ostentar condenação apta a caracterizar a reincidência, **a constatação de que ele está respondendo a outro processo criminal já é fundamento idôneo e suficiente para obstar a concessão do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**²¹⁰. Grifei.

Nesse compasso, verifica-se que **foi afastada a redutora de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que o paciente responde a outra ação penal** pela prática de crime da mesma espécie, fundamentação consonante ao entendimento firmado no âmbito deste Tribunal²¹¹. Grifei.

Ademais, nota-se que não há nenhum critério quanto à identificação de qual ação penal, em razão do tipo delituoso analisado, poderá ser utilizada para fundamentar a dedicação à atividade criminosa, motivo pelo qual, por vezes, se utilizam processos em andamento relativo a crimes que em nada se relacionam com a questão de ser ou não o indivíduo um traficante eventual ou habitual.

Nesse sentido, trecho de acórdão do STJ,

No caso, observa-se que a Corte de origem negou, motivadamente, a incidência do redutor ao paciente, considerando a existência de outras

²⁰⁹ BOITEUX, Luciana et al. Tráfico de Drogas e Constituição. <http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>. p. 157.

²¹⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1136353/BA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78207438&num_registro=201701862776&data=20171204&tipo=51&formato=PDF>. p. 5.

²¹¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC 466.769/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88349043&num_registro=201802225230&data=20181008&tipo=91&formato=PDF> . p. 3

ações penais em curso pelos delitos de porte de armas e de lesão corporal, o que revelaria sua dedicação a atividades criminosas²¹².

Consoante explanado acima, não merece reparos a decisão agravada. Observando a disposição legal a respeito da aplicabilidade do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, o Tribunal negou a concessão da benesse, ao verificar a existência de outro processo, no qual a agravante é acusada da prática dos crimes tipificados nos arts. 157, §2º, I e II, do CP (por três vezes), e 244-B do ECA, de maneira a demonstrar a inexistência do requisito de não dedicação à atividade criminosa²¹³.

Tem-se, ainda, que até mesmo atos infracionais, que não são considerados crimes, vem sendo utilizados pela jurisprudência para justificar a não aplicação do benefício²¹⁴.

Com isso, apesar de os tribunais terem escolhido um critério para configurar a dedicação à atividade criminosa – existência de inquéritos ou ações penais em curso – ao que parece, apesar de ocorrer de forma menos acentuada do que na realidade observada em 2009 por Boiteux, ainda se observa a ausência de verificação, por parte do julgador, do grau de veracidade da afirmação de que o réu se dedica à atividade criminosa. Não se observa, pois, a constatação

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 397.292/PB. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ 01 ago. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74006459&num_registro=201700929310&data=20170801&tipo=91&formato=PDF> . Acesso em: 30 out. 2018.

²¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 331.651/SC. Relator: Min. Nefi Cordeiro. DJ 23 mar. 2017.

²¹⁴ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS. FUNDAMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO. PLEITO SUBSIDIÁRIO. ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONSTATADA PRIMARIEDADE DO AGRAVANTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. PENA DEFINITIVA ESTIPULADA EM 5 ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP.

[...]

2. Na hipótese dos autos, verifica-se que o Magistrado sentenciante destacou que o paciente, embora não possua condenação definitiva, não possui bons antecedentes, pois, quando menor de idade, respondeu a diversos atos infracionais, todos por tráfico de drogas, o que demonstra que possui vida pregressa de dedicação à atividade criminosa. Dessa forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.11.343/2006, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, vedada em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa [...] (HC n. 431.001/RS, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 23/3/2018).

5. Agravo regimental parcialmente provido para reconsiderar, em parte, a decisão agravada e dar parcial provimento ao recurso especial para fixar, tão somente, o regime inicial semiaberto.

(AgRg no REsp 1708022/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=atos+infracionais+dedica%E7%E3o+atividad+e+criminosa&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 30 out. 2018.

de critérios sobre quais ações penais em curso são hábeis a justificar o reconhecimento de dedicação à atividade criminosa do sujeito.

4.5 ENTRE A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Ultrapassada a exposição dos argumentos utilizados pela Terceira Seção do STJ para fundamentar o entendimento firmado pela corte, passar-se-á à sua análise crítica, tecendo considerações que se julga serem relevantes para o posicionamento defendido no presente trabalho.

Inicialmente, no que se refere à mitigação do princípio da presunção de inocência ao argumento de que, ao tratar da mesma forma tanto o indivíduo que não está respondendo a nenhum processo criminal, quanto alguém que ostenta ações penais pendentes de definitividade, estar-se-ia violando o princípio da individualização da pena, tem-se que merece ser observada com cautela. Diz-se isto a fim de evitar que seja aplicada uma punição muito severa, a ponto de ser considerada desproporcional no caso concreto.

A hipótese em questão trata de dois princípios aplicáveis a uma mesma situação que terão consequências distintas a depender de qual seja considerado no caso concreto, configurando a chamada colisão entre princípios.

Nas lições de Maurício Zanoide de Moraes, como os princípios tem natureza de “mandamentos de otimização”, devem ser realizáveis na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas, possuindo, desta forma, uma tendência expansiva de realização total, motivo pelo qual certas áreas da vida tendem a ser objeto de intersecção de dois ou mais princípios simultaneamente²¹⁵.

Nesse tipo de situação, quando mais de um princípio incide para regular a mesma situação concreta, consequências jurídicas distintas serão produzidas, conforme um ou outro prevaleça, surgindo, portanto, uma colisão entre princípios²¹⁶.

Robert Alexy afirma que essa tensão entre os mandamentos de otimização não pode ser resolvida com base em uma preponderância absoluta de

²¹⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 300-301

²¹⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.301

um sobre o outro. Haja vista não existir hierarquia, ao menos no campo abstrato, de um princípio em detrimento do outro, deve o conflito ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, que tem por objetivo definir qual dos interesses tem maior peso no caso concreto²¹⁷.

Luís Roberto Barroso, completa informando que “os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto²¹⁸”.

Esse sopesamento entre interesses conflitantes também é chamado de técnica de ponderação, possuindo como fio condutor, ou seja, tendo como base o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade²¹⁹.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça de mitigar o princípio da presunção de inocência, quando da ponderação com o princípio da individualização da pena, para afirmar que ações penais em curso podem ser utilizadas como fundamento do entendimento de que o acusado se dedica às atividades criminosas tem como consequência a não aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado, de modo a condenar o acusado pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Dessa forma, o réu será condenado por um delito considerado hediondo, haja vista que apenas a figura do tráfico privilegiado não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes, conforme foi exposto no item 3.1 deste trabalho. A não aplicação da minorante também obstará uma possível substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que a pena, ainda que fixada no mínimo legal, será superior a quatro anos, não cumprindo o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal²²⁰.

Ademais, essencial mencionar que o posicionamento firmado pelo STJ, que teve como base o princípio da individualização da pena, tem criado uma série de condenações padronizadas, conforme foi mencionado do tópico

²¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**; tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 95.

²¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional**. In *Interpretação Constitucional – Reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Juspodvim, 2010. p. 195. (Organizado por Bernardo Gonçalves Fernandes).

²¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional**. In *Interpretação Constitucional – Reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Juspodvim, 2010. p. 195. (Organizado por Bernardo Gonçalves Fernandes).

²²⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

anterior, o que vai de encontro à própria ideia da individualização da pena, qual seja, a de evitar decisões mecanizadas, que não observam de maneira apropriada às especificidades do caso concreto.

Dessa forma, a existência de apenas uma ação penal, que pode se referir a um crime que não guarda qualquer relação com a mercancia de entorpecente, fará com que o acusado seja tratado como um traficante habitual, com consequências muito mais graves do que caso ele fosse tratado como um traficante eventual.

Assim sendo, a causa de diminuição inserida pela nova Lei de Drogas, que busca dar um tratamento mais brando ao pequeno traficante que ainda não está profundamente envolvido no mundo do crime, a fim de lhe garantir uma oportunidade de ressocialização, acaba deixando de ser aplicada, sendo o indivíduo condenado pelo crime de tráfico.

Outrossim, a possibilidade de ressocialização pela aplicação de uma sanção mais branda não é alcançada, pois, ao ser condenado ao cumprimento de pena em regime inicial fechado ou semiaberto, aumenta-se a probabilidade de reincidência em razão do domínio exercido por organizações criminosas nos presídios²²¹.

Ademais, a interpretação restritiva da súmula 444 do STJ realizada pela Terceira Seção, revela uma atuação punitiva do Tribunal da Cidadania, pois o precedente criado viola o princípio da presunção de inocência ao tratar pessoas que respondem a ações penais como sujeitos que se dedicam à prática delitiva, em que pese ainda não haja trânsito em julgado da decisão sobre a qualidade de criminoso do sujeito.

Ora, embora não se trate de uma situação que agrave a pena-base do réu, não deixa de ser uma utilização de processos que não transitaram em julgado para tratar o réu de uma maneira mais rigorosa. Neste caso, o indivíduo, já tendo preenchido os outros três requisitos, não verá aplicado o direito subjetivo de gozar do benefício.

²²¹ OLIVEIRA, Kaick Cruz. **A aplicação da pena nos crimes da lei de drogas**. 2018. Tese (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. Orientador: Profa. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26464/1/Kaick%20Cruz%20Oliveira.pdf>> . Acesso em 29 out. 2018.

Outrossim, a afirmação de que a não aplicação do benefício não agrava a situação do réu é falha. Nesta toada, a não aplicação de uma causa de diminuição de pena que pode reduzir a reprimenda até o patamar de 2/3 (dois terços) é mais gravosa ao réu do que a utilização de ações em curso para configurar maus antecedentes, pois a consequência desta apenas seria o aumento da pena-base em até 1/6 (um sexto).

Dessa forma não sendo possível utilizar ações penais em curso para agravar a pena-base, nos termos da Súmula 444 do Tribunal da Cidadania, em homenagem ao princípio constitucional da presunção de inocência, tampouco se mostra viável afrontar o referido princípio para afastar a causa especial de diminuição de pena do delito de tráfico²²².

Ademais, tem-se que apesar de o enunciado da referida súmula ser sucinto, afirmando que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso, em tese, apenas para agravar a pena-base, observa-se que os precedentes que deram origem ao enunciado sumular são mais amplos.

Da leitura do HC 68465-3, que fora utilizado como precedente originário da Súmula 444, verifica-se a seguinte afirmação o Relator, Ministro de Celso de Mello,

Após a Constituição da República de 1988, antecedentes devem resultar de decisão condenatória transitada em julgado, sendo que **processos em andamento, ou inquéritos não podem servir para agravar a pena do réu, nem mesmo para se considerar que ele possui má conduta social, ou personalidade deformada, porquanto poderá, no final dos processos, ser absolvido. A condenação só produz qualquer efeito, em relação ao apenado, após o seu trânsito em julgado, sendo abundante a jurisprudência neste sentido, tanto do Supremo Tribunal Federal, como deste Sodalício**²²³.

Dessa maneira, em que pese o atual momento da jurisprudência brasileira que vem relativizando o princípio norteador do processo penal da presunção de inocência, como mencionando nos Embargos de Divergência ora analisado, deve-se lembrar do entendimento que deu origem ao supramencionado enunciado sumular. Deste modo, impõe-se a sua não aplicação de maneira restritiva, mas, sim, de forma ampliativa, para reafirmar que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da punição,

²²² MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Parecer nº 2531/2017**. [Mensagem Pessoal]. Mensagem recebida por <joapochiacchio@gmail.com>. Em 11 mai. 2018.

²²³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 68465/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 16 abr. 1991. Disponível em:

pois, com ela, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade do réu, que passará a ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as consequências que dela decorrem.

5. CONCLUSÃO

Da detida análise da Lei de Drogas, nota-se que o legislador, ao elaborá-la, utilizou uma série de conceitos abertos, que conferem uma grande margem de discricionariedade ao julgador no momento de aplicação das sanções, a exemplo dos critérios para diferenciar o traficante do usuário, que em razão de sua abertura, podem resultar num grande enquadramento de usuários como traficantes.

Algumas modificações no delito de tráfico de entorpecentes foram trazidas com a Lei 11.343/06, o referido crime passou a ter pena mínima cominada maior do que a prevista na legislação anterior, sendo aumentada a reprimenda mínima de três para cinco anos de reclusão.

Com esse tratamento mais rigoroso dado à pena mínima também fora introduzida uma causa de diminuição de pena, que veio com o intuito de beneficiar o chamado traficante eventual, o debutante na prática delitiva, podendo reduzir a pena aplicada ao indivíduo condenado por tráfico de um sexto a dois terços.

Todavia, para que esse benefício seja aplicado, quatro requisitos devem ser preenchidos cumulativamente e, acaso sejam cumpridos, terá o réu direito subjetivo à aplicação da minorante, não sendo a aplicação do benefício submetida à discricionariedade do juiz.

Os quatro requisitos são, ser o réu primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar à atividade criminosa e não integrar organização criminosa. Dentre essas quatro condições para aplicação da causa de diminuição de pena, a dedicação à atividade criminosa é a que possui o conceito mais aberto, não tendo sido analisada de maneira minuciosa por nenhuma das diversas obras consultadas para elaboração desse trabalho.

Para alguns, se trata de requisito que repete a condição anterior referente aos antecedentes, motivo pelo qual não teria motivo de existir. Em face dessa ausência critérios concretos e da grande abertura do requisito da dedicação à atividade criminosa, a jurisprudência brasileira passou a utilizar inquéritos policiais e ações penais em curso como fundamento da afirmação de dedicação às atividades criminosas.

Tal prática foi considerada constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo a referida corte pacificado esse entendimento por meio da Terceira

Seção que, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.431.091 – SP, afirmando que não há que se falar em violação ao princípio da presunção de inocência.

Pelo contrário, para o STJ, tratar da mesma forma alguém que nunca respondeu a uma ação penal e alguém que responde a vários processos pendentes de definitividade ofenderia o princípio da individualização da pena.

Todavia, tal entendimento não parece ser o mais acertado, pois ao ponderar os dois princípios, nota-se que a não preponderância da presunção de inocência irá ter como consequência um tratamento muito mais grave ao réu, haja vista que não será aplicada uma causa de diminuição de pena que pode chegar ao patamar de dois terços, respondendo o réu por um delito considerado hediondo, sem possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vez que a pena mínima será maior do que quatro anos.

Ademais, como mencionado anteriormente nesse trabalho, ao determinar a possibilidade de se utilizar ações penais em curso para configurar dedicação às atividades criminosas, não se observou a constatação de critérios sobre quais ações penais em curso são hábeis a justificar o reconhecimento de dedicação à atividade criminosa do sujeito.

Dessa forma, na prática a mera existência uma única ação penal, ainda que não guarde relação com o delito tráfico, é utilizada para afastar o benefício, criando sentenças padronizadas, indo de encontro ao próprio princípio da individualização da pena que foi utilizado pelo STJ para fundamentar o entendimento.

Outrossim, a interpretação restritiva da súmula 444 do STJ realizada pela Terceira Seção, viola o princípio da presunção de inocência ao tratar pessoas que respondem a ações penais como sujeitos que se dedicam à prática delitiva, em que pese ainda não haja trânsito em julgado da decisão sobre a qualidade de criminoso do sujeito.

Com isso, a decisão do STJ no julgamento dos embargos de declaração analisado, não levou em conta os precedentes que deram origem à Súmula 444, os quais afirmavam que processos em andamento não podem servir nem mesmo para se considerar que o acusado possui má conduta social, ou personalidade deformada, porquanto poderá o réu, no final dos processos, ser absolvido.

Assim sendo, apesar de o ordenamento brasileiro estar passando por uma tendência de mitigação do princípio da presunção de inocência, o referido princípio que permeia todo o processo penal, não pode ser deixado de lado pois somente o trânsito em julgado tem o condão de acabar com a presunção relativa de inocência conferida ao acusado.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Daniel Angeli de. A desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. **Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA**. 2015. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20179>>. Acesso em: 29 set. 2017.
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de Oliveira. **Lei de Drogas comentada**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27444%27>>. Acesso em: 29 set. 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. *Habeas Corpus* nº 118.533. DJe 19/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28118533%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/zeaavuuq>>. Acesso em: 29 set. 2017.
- BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 26 set. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 3.914**, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 27 out 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 512. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27512%27>> Acesso em: 24 out. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.256. Impetrante: Defensoria Pública. Relator: Min. Ayres Britto. Rio Grande do Sul. DJ 01/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=97256&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 24 out. 2017.
- CARVALHO, Saulo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4. Ed. ampl., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. V.1. 17. Ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006 lei de drogas**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol.1. 10. Ed. rev., atual. e ampl., Forense, 2017.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais**. 3. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

TAVORÁ, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. rev.e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 7 ed., rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 11 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

AGUIAR, Julio Cesar de; MOREIRA, Leandro Lara. Presunção de Inocência: panorama internacional e jurisprudência brasileira. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 26, n.102, abr./jun. 2018

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. Dos delitos e das penas. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1964.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 6. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2018.

BOITEUX, Luciana et al. Tráfico de Drogas e Constituição. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Nova Lei Antidrogas Comentada. 2. Ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

OLIVEIRA, Kaick Cruz. A aplicação da pena nos crimes da lei de drogas. 2018. Tese (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. Orientador: Profa. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26464/1/Kaick%20Cruz%20Oliveira.pdf>>

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais; tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In Interpretação Constitucional – Reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: Juspodvim, 2010.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1136353/BA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78207438&num_registro=201701862776&data=20171204&tipo=51&formato=PDF>.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC 466.769/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88349043&num_registro=201802225230&data=20181008&tipo=91&formato=PDF>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1431091/SP. Rel. Ministro Félix Fischer. Brasília, DJ 14 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400155760&dt_publicacao=01/02/2017>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 596. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0596.pdf>. Acesso em 27 out. 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de; Carvalho, Paulo Roberto Galvão de. 3. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2012.

MEMORIAL VOTO GILMAR MENDES BOLETIM

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. V.1. 23. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 408.933/MS. Rel: Min. JORGE MUSSI. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=408933&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 set. 2018.