IPTAN - INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR "PRES. TANCREDO DE ALMEIDA NEVES"

DA APLICAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS AO TRÁFICO EVENTUAL DE ENTORPECENTES

SÃO JOÃO DEL-REI
2011

IPTAN - INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR "PRES. TANCREDO DE ALMEIDA NEVES"

WÉLLITON LUIZ MOREIRA

DA APLICAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS AO TRÁFICO EVENTUAL DE ENTORPECENTES

SÃO JOÃO DEL-REI
2011

WÉLLITON LUIZ MOREIRA

DA APLICAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS AO TRÁFICO EVENTUAL DE ENTORPECENTES.

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Instituto de Ensino Superior "Pres. Tancredo de Almeida Neves" -IPTAN- como requisito parcial à obtenção do Título de Graduado, sob a orientação do Prof. Msc. Gian Miller Brandão

SÃO JOÃO DEL-REI
2011

WÉLLITON LUIZ MOREIRA

DA APLICAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS AO TRÁFICO EVENTUAL DE ENTORPECENTES.

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Instituto de Ensino Superior "Pres. Tancredo de Almeida Neves" -IPTAN- como requisito parcial à obtenção do Título de Graduado.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____

Orientador Prof. Msc. Gian Miller Brandão

_____

Prof. Msc. Fúlvio Jacowson Gomes

_____

Prof.Esp. Marcos Cardoso Atalla

Dedico este trabalho a meus pais, pelo amor e dedicação incondicionais, pela interminável paciência e por terem me mostrado e ensinado, com enorme zelo, os primeiros passos na estrada da vida.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, sobretudo pela FAMÍLIA que tenho.

À minha MÃE, ao meu PAI, a minha IRMÃ e aos demais familiares, por terem permitido que eu chegasse até aqui, pois, souberam das minhas dificuldades, como me ajudar; deram-me todo amor, carinho e valores fundamentais na vida.

À minha NAMORADA e aos meus AMIGOS, jamais poderiam faltar, porque foram capazes de tornar fácil qualquer obstáculo; de sempre ajudar.

Ao meu ORIENTADOR, que me socorrera nos momentos em que a dúvida reinava; que com especial atenção, zelo e compromisso ajudou-me na elaboração deste trabalho.

Aos PROFESSORES, que durante a graduação compartilharam seus conhecimentos e experiências.

Aos EMINENTES INTEGRANTES da Banca Examinadora, pelas possíveis críticas e sugestões que, certamente, serão de grande valia.

A TODOS, que durante os estágios sempre me bem acolheram e muito me ensinaram.

Por fim, agradeço ÀQUELES, que contribuíram e concorreram de algum modo durante meus estudos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....8

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS 11
1.1 Princípios.....11
1.2 Princípio da Legalidade.....14
1.3 Princípio da Proporcionalidade 18
1.4 Princípio da Individualização da Pena 21

2. AS PENAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO 24
2.1 Breves considerações.....24
2.2 Das teorias relativas à finalidade da pena.....27
2.3 Das penas admissíveis no direito penal brasileiro.....28
2.4 Pena privativa de liberdade.....29
2.5 Penas restritivas de direitos 31
2.6 Pena de multa 34

3. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.....36
3.1 Algumas Considerações 36
3.2 Alguns conceitos e elementos típicos.....39
3.3 O tráfico eventual de entorpecentes e drogas afins 41

4. TRÁFICO EVENTUAL DE ENTORPECENTES E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS 51
4.1 Tráfico ilícito de entorpecentes – crime equiparado a hediondo.....52
4.2 Tráfico eventual, penas restritivas de direitos e os Princípios Constitucionais Penais.....57

CONSIDERAÇÕES FINAIS 64

REFERÊNCIAS 67

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 OU CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal Brasileiro
HC	*Habeas Corpus*
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais

RESUMO

No presente trabalho analisou-se a temática que envolve a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ao crime de tráfico ocasional ou eventual, tal como disposto §4º, art.33 e art. 44 da lei 11.343 de 2006, com a finalidade de demonstrar que o impedimento à conversão das penas é contrário à CF/88. Para tanto, discorreu-se, primeiramente, sobre a noção geral de princípios constitucionais, sobre sua normatividade, para, em seguida, tecer alguns apontamentos sobre o Princípio da Legalidade, o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Individualização da Pena como fundamentos de legitimidade da ordem constitucional. Em uma segunda oportunidade, as anotações foram dedicadas à descrição das penas admissíveis no direito penal brasileiro, fazendo-se, assim, um breve relato da evolução das penas, bem como de suas finalidades, e posteriormente tratou-se das espécies penais previstas na Magna Carta de 1988, enfatizando as penas restritivas de direitos. O tráfico ilícito de entorpecentes foi o tema abordado no terceiro capítulo no qual se fez algumas considerações sobre o tráfico, trazendo alguns de seus elementos típicos e conceitos, e a atual legislação que reprime sua prática (lei 11.343/06), em especial no que se refere ao pequeno traficante; examinou-se ainda o tráfico eventual, analisando cada um de seus elementos caracterizadores, de acordo com a doutrina e jurisprudência. Por fim, expôs-se o entendimento sobre o tráfico eventual, no que tange à aplicação das penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade. Para tanto, discutiu-se sobre a hediondez da conduta do tráfico ocasional e sobre a validade da vedação - ou seja, a possibilidade da aplicação das penas restritivas ao traficante eventual - face àqueles princípios constitucionais anteriormente mencionados.

Palavras-chave: tráfico eventual ou ocasional, pena privativa de liberdade, penas restritivas de direitos, princípios constitucionais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade estudar o tratamento dado ao crime de tráfico eventual de entorpecentes, no que concerne à aplicação das penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade.

A conduta tipificada como tráfico eventual ou ocasional de entorpecentes está prevista no § 4º, art. 33, da lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas). No entanto, o que tem causado grandes embates jurídicos é a disposição contida na referida lei que proíbe a aplicação das penas restritivas de direito em substituição à pena privativa de liberdade (art. 33, § 4º e art. 44). Com tal proibição, surge a discussão se o crime de tráfico ocasional de entorpecentes deve ser equiparado aos crimes hediondos, merecendo o rigor da punição imposta a estes crimes. Portanto, a análise que aqui se pretende realizar perpassará pela polêmica discussão em torno desse delito quanto à aplicabilidade de penas alternativas, bem como sobre sua hediondez.

Sendo assim, crime hediondo é aquele que causa repulsa, revolta e indignação ainda maior que aquela causada em crimes 'comuns' (como o roubo) à sociedade, de forma a merecer maior reprimenda pelo Direito Penal, como exemplo o crime de tráfico de drogas. Contudo, o crime de tráfico eventual de entorpecentes recebeu do legislador um tratamento diferenciado, pois previu uma causa de diminuição de pena àquele agente que não se dedique a atividades criminosas, não integre organização criminosa, exigindo-se, ainda, que o agente seja primário e de bons antecedentes, para a configuração do "benefício" ao crime em comento.

O embate em torno do tráfico ocasional gera muitas divergências entre os julgadores em todos os âmbitos do Poder Judiciário. Desse modo, não se tem consolidado unanimemente nenhum entendimento acerca dessa modalidade de tráfico de entorpecentes, quanto à aplicabilidade das penas restritivas de direito em substituição à pena privativa de liberdade. Diante disso, a importância desse trabalho advém da necessidade de demonstrar o tratamento dado ao tráfico ocasional, tendo em vista, especialmente, os objetivos da atual legislação no que se refere ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Hodiernamente, sabe-se como é deficiente o funcionamento do sistema carcerário brasileiro, aglomerando e misturando pessoas que, por direito, merecem tratamento diferenciado considerando o crime que cometeu. Nesse contexto, as penas restritivas de

direitos são uma das alternativas para a superlotação do sistema prisional, bem como para desnecessidade de encarceramento de cidadãos, que cometeram crimes considerados menos graves pelo legislador.

Ademais, o Direito Penal é regido por inúmeros princípios de direito que serão abordados no presente trabalho, os quais visam à proteção dos cidadãos, tais como o Princípio da Legalidade, o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Individualização da Pena.

Ao ter em vista a hierarquia das normas constitucionais, sobretudo quando elevadas à categoria de princípios, e a realidade fática do sistema penal brasileiro, o presente trabalho abordará a seguinte questão: a previsão legislativa de proibição da aplicação das penas restritivas de direitos ao crime de tráfico eventual, equiparando-o, assim, aos crimes hediondos, é contrária os Princípios Constitucionais Penais da Legalidade, da Proporcionalidade e da Individualização da Pena?

Nesse contexto, a abordagem aqui proposta tem por intuito demonstrar a possibilidade da aplicação das penas restritivas de direitos ao crime de tráfico eventual de entorpecentes, ao considerar que a proibição de substituir a pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos, quando praticado o crime de tráfico ocasional de entorpecentes, infringe os Princípios Constitucionais Penais da Legalidade, da Proporcionalidade e da Individualização da Pena. Desse modo, as penas restritivas de direitos mostram-se como alternativas viáveis, principalmente, para o enfretamento da questão da superlotação nos presídios, uma vez que tem como objetivo precípuo evitar o encarceramento de indivíduos, que praticam delitos cujo potencial ofensivo apresenta menor gravidade, bem como busca atender a finalidade de ressocialização do infrator.

Dessa forma, o estudo realizar-se-á mediante pesquisa bibliográfica, bem como pesquisas jurisprudenciais, de modo que o trabalho será exposto em quatro capítulos: 1. Princípios Constitucionais Penais; 2. As penas no Direito Penal Brasileiro; 3. O tráfico de Drogas; 4. Tráfico eventual de entorpecentes e as penas restritivas de direitos.

No primeiro capítulo serão feitas breves considerações sobre princípios constitucionais penais, a saber: Princípio da Legalidade, Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Individualização da Pena, elevados à categoria de cláusulas pétreas (art.60, IV,CF/88).

Considerando a existência de outros princípios constitucionais penais, a opção pelos princípios já expressos se dá tendo em vista a discussão jurídica acerca do tráfico eventual de entorpecentes. Tal controvérsia diz respeito à substituição da pena privativa de

liberdade pelas penas restritivas de direitos, em virtude da previsão do artigo 33, § 4º, e da vedação expressa nesse artigo, bem como no artigo 44, ambos da lei 11.343/06, conforme será apresentada posteriormente. Desse modo, são esses os princípios que subsidiam o referido embate jurídico, salvo melhor doutrina.

O capítulo seguinte tem como temática as penas admissíveis no Direito Penal brasileiro. Pretende-se realizar um breve apontamento histórico das penas e, em seguida, tratar das penas previstas na legislação brasileira vigente.

Assim, objetiva-se uma exposição doutrinária e, quando possível, jurisprudencial, a fim de uma possível orientação quanto ao que sejam as penas restritivas de direitos e sua finalidade no âmbito do direito penal brasileiro. Posteriormente, discuti-se sobre a possibilidade ou impossibilidade da aplicação dessas penas ao crime de tráfico eventual de entorpecentes.

O capítulo terceiro destina-se à análise do tráfico ilícito de entorpecentes, sobretudo o tráfico ocasional. Sendo assim primeiramente algumas considerações sobre o tráfico de drogas serão feitas.

Em seguida, pretende-se apontar alguns elementos constituintes do tráfico e, ainda, caracterizar o tráfico eventual de entorpecentes, discorrendo sobre seus elementos normativos, tais como: a primariedade, os antecedentes penais, atividade e organização criminosas, bem como a breve análise referente à quantidade de drogas para mercancia.

No quarto e último capítulo, será apontado, com base nos capítulos anteriormente descritos, bem como fundamentado na doutrina e jurisprudência, o posicionamento defendido no presente trabalho quanto à aplicação da pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade em se tratando do crime de tráfico eventual de entorpecentes.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

1.1 Princípios

Inicialmente, necessário se faz a busca da etimologia da palavra princípio. Essa busca remonta à língua latina, pois, conforme leciona Carraza (1999, p.36): "Etimologicamente, o termo princípio (do latim principium, principii) encerra a ideia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer".

Martins (2007) ao tratar do conceito de princípio faz menção a Miguel Reale para quem

> [...]princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivo de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis (*REALE, 1977, p. 299 *apud* MARTINS, 2007, p.58).

No mesmo sentido, Martins (2007), a fim de corroborar sua lição, traz uma conceituação de José Cretella Júnior, segundo a qual "princípios de uma ciência são proposições básicas fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência (CRETELLA *apud* MARTINS, 2007, p.58)".

Com base nesses conceitos, depreende-se, de forma muito simplória, que princípios são o fundamento, o sustentáculo, o ponto inicial de todo conjunto teórico e prático que pretende ser entendido como ciência, possuindo, ainda, características de generalidade e abstração. Dessa maneira, são os princípios que determinam os pressupostos a serem observados; estabelecem as diretrizes a serem trilhadas; que impõem as condições a serem seguidas; enfim, orientam o desenvolvimento de uma ciência, exigindo a sua observância, sob pena de formulações infundadas.

Assim como toda ciência, a ciência jurídica também se funda em princípios próprios. Como o direito se ramifica, é possível dividir, metodologicamente, tais princípios em gerais, aqueles que dizem respeito a todos os ramos da ciência jurídica, ou seja, indissociáveis dos ramos do direito, por exemplo, o princípio da legalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional; e

princípios específicos, aqueles concernentes a cada ramo jurídico, exemplo disso, é o princípio da individualização da pena no Direito Penal.

Independente da vertente (constitucional, penal, civil etc) e seus princípios, é inerente à ciência jurídica a evolução de seus paradigmas, de modo que também o são seus princípios. Importante ressaltar, que o que há é um progresso do pensar e não uma mudança radical de suas bases, preservando assim a essência do pensamento.

Ao tratar da evolução histórica dos princípios gerais da ciência jurídica, Paulo Bonavides (2006) o faz no que diz respeito à sua juridicidade, ou seja, à sua normatividade, destacando três fases distintas desse progresso, quais sejam: a fase jusnaturalista, a fase positivista e a fase pós-positivista.

Consoante Bonavides (2006, p.259), na fase jusnaturalista, "os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça." Nessa primeira fase, os princípios existiam apenas como uma entidade abstrata, fortemente influenciada pelo Direito Natural, segundo o qual, de acordo com o autor (BONAVIDES, 2006, p.261), "o ideal de justiça [...] impregna a essência dos princípios gerais de direito".

A segunda fase é a denominada juspositivista. Foi assim denominada devido ao fato de que nessa fase os princípios deixam de ser abstratos e a eles é emprestada certa normatividade, de forma que os princípios gerais entram nos códigos, porém como fonte normativa subsidiária (BONAVIDES, 2006, p. 262). Assim sendo, observa-se que a normatividade dos princípios ainda é limitada, precária, já que estão nos códigos apenas como normas subsidiárias; em contrapartida, percebe-se que sua força, mesmo que mitigada, provém de uma lei positivada.

Pós-positivista é a terceira fase da evolução histórica dos princípios gerais da ciência jurídica ou do Direito. É nesse período que, de acordo com Paulo Bonavides (2006, p.264), "as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais." Desse modo, os princípios passam a integrar o sistema jurídico no seu mais alto grau de normatividade, constituindo-se em princípios constitucionais, como norma jurídica.

O renomado constitucionalista brasileiro, ao discorrer sobre as contribuições de diversos juristas ao tema da juridicidade dos princípios, ressalta o trabalho do jurista italiano

Vezio Crisafulli, que foi aquele que mais contribuiu para a consolidação da doutrina da normatividade dos princípios (BONAVIDES, 2006, p.273), consoante o autor brasileiro.

Para Crisafulli (1952, p.15 *apud* BONAVIDES, 2006, p. 257),

> Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerado como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem potencialmente o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Com tal força normativa atribuída pela Constituição, os princípios gerais de direito passam a ser reconhecidos como princípios constitucionais, nos quais se inserem os valores fundamentais da ordem jurídica, bem como seus fundamentos de validade e legitimidade, independente de estarem explícitos ou implícitos no texto constitucional. E ainda na lição de Bonavides (2006, p. 286)

> A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e arestos da Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves do sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Hodiernamente, a CF/88 dispõe expressamente sobre inúmeros princípios, bem como prevê a possibilidade existência de outros implícitos em seu texto e demais legislações infraconstitucionais, sendo plausível a eficácia de tais princípios em nosso sistema jurídico. De modo contrário, o Estado Democrático de Direito propugnado pela Carta Maior estaria flagrantemente ameaçado.

Na acepção de Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 59) os princípios jurídicos

> [...] constituem ideias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. [...]
> Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Servem eles, a um só tempo, de objeto de interpretação constitucional e diretriz para a atividade interpretativa.

Além da normatividade, validade, valoração e eficácia dos princípios constitucionais, infere-se, também, do conceito acima transcrito, que os princípios exercem

algumas funções dentro do sistema jurídico tais como: interpretativa e diretiva. Ademais, Bonavides (2006) acrescenta aos princípios as funções fundamentadora, supletiva, integrativa e limitativa.

Outrossim, Bastos (2001, p.59) leciona que "cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central, já que possuem uma força que permeia todo o campo dentro de seu alcance." É desse modo que temos assegurados na Constituição Federal princípios dos diversos ramos do direito, dentre os quais, devido à área que se enquadra o presente trabalho, destacar-se-á os princípios constitucionais penais, mais especificamente: Princípio da Legalidade, Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Individualização da Pena.

Como exposto, os princípios, elevados à categoria de constitucionais, são o fundamento de validade e legitimidade de todo o sistema jurídico e modo de assegurar a continuidade do Estado Democrático de Direito. A Carta Magna de 1988 elegeu princípios penais e os elevou ao ápice do sistema jurídico pátrio. Assim, o Direito Penal tem por escopo a proteção dos bens jurídicos eleitos como os mais fundamentais aos cidadãos componentes de um Estado Democrático de Direito, tendo, portanto, um caráter garantista. Por isso, o Direito Penal deve ser a última opção jurídica a que se deve recorrer. Em virtude desse garantismo atribuído ao Direito Penal, a observância dos princípios constitucionais penais merece ainda mais atenção, uma vez que, de forma diversa, assume-se o risco de violar, de modo irreversível, aqueles direitos tidos como fundamentais, estatuídos, principalmente, no artigo 5º da CF/88, sobretudo, aqueles "mais fundamentais" tais como a vida e a liberdade.

Dessa forma, passa-se a discorrer sobre os citados princípios, ressaltando que serão realizados apenas alguns apontamentos sobre eles, não tendo, de forma alguma, a pretensão de esgotar o assunto.

1.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, II, da CF/88 que dispõe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]

> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

O princípio constitucional em questão é uma garantia individual cuja aplicabilidade se encontra em todos os ramos do direito. Desse modo, necessário se faz compreender as bases do mencionado princípio.

Historicamente, é nos mostrado que na época da monarquia a lei consistia na vontade dos monarcas, sua vontade era suprema, pois era uma representação divina entre os demais homens. Posteriormente, com o advento do Estado Democrático de Direito a lei transforma-se no imperativo devendo todos se subordinar a ela, inclusive os detentores do poder. Nesse sentido, a lei é entendida como um instrumento limitador do poder estatal.

De acordo com Paulo Bonavides (2001, p.112)

> O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Dessa forma, a garantia constitucional desde seu nascimento é inarredável do sistema jurídico, constitui-se de uma força jurídica tão elevada que é uma daquelas normas fundamentais dos ordenamentos jurídicos modernos, sobretudo, a partir da Revolução Francesa de 1789.

Atualmente, o princípio da legalidade, como um limitador do poder estatal, alcança ainda duas dimensões, a saber: a legalidade formal e a legalidade material. Assim, entende-se por legalidade formal a obrigatoriedade de se observar os trâmites legais, relativos aos procedimentos necessários para elaboração de uma lei, impostos pela Carta Magna. Isto se deve ao fato de que toda lei deve respeitar as exigências constitucionais para sua elaboração, evitando-se, assim, possíveis abusos do Poder Legislativo, detentor da prerrogativa de editar as leis, ou do Poder Executivo, ao qual, excepcionalmente, foi conferida tal prerrogativa. De outro modo, a legalidade material refere-se ao conteúdo normativo das leis, isto é, à substância, matéria que a lei deve regulamentar, que devem ser igualmente respeitada.

Muitos são os princípios que derivam do princípio da legalidade, dentre eles o princípio da reserva legal ou reserva de lei. Para Alexandre de Moraes (2002, p.69)

> O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide sobre os campos materiais especificados pela constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva legal.

O princípio da reserva legal compreende, ainda, a reserva de lei absoluta, entendida como "ato normativo emanado do Congresso Nacional elaborado de acordo com o devido processo legislativo constitucional." (MORAES, 2002, p.70); e a reserva de lei relativa, prevista pela CF/88, concedendo à legislação infraconstitucional, em casos excepcionais, a possibilidade de, nos limites estabelecidos, complementar a legislação.

Esses apontamentos, devido à importância conferida ao princípio da legalidade, são gerais e observáveis em todos os ramos do direito.

No Direito Penal, o princípio da legalidade tem previsão expressa em todos os códigos penais desde o Código Criminal do Império de 1830. Tal princípio, também denominado de reserva legal, é de suma importância, uma vez que não haverá condenação por qualquer espécie de delito sem a previsão legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), na literalidade do art. 5º, XXXIX, da CF/88: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Dessa forma, o Direito Penal, de caráter garantista, só é aplicável em *ultima ratio* e desde que haja disposição legal, bem como sua cominação sancionatória previamente estabelecida. Tal aplicação, condicionada à previsão da lei, resulta da necessária segurança a que tem direito o cidadão, de modo a neutralizar qualquer arbitrariedade ou abuso estatal quando submetido à repressão, atuando o princípio da legalidade, evidentemente, como regra e instrumento de limitação ao poder de punir do Estado. Sendo assim, será lícito todo comportamento que o Direito Penal não proíbe, de forma que o cidadão saberá antecipadamente da ilicitude de determinada conduta e a punição a ela imposta.

Nesse sentido, para corroborar, transcrevemos a lição de Bitencourt (2006), que ao parafrasear Muñoz Conde e Arán, leciona

> A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter da *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõe necessariamente a busca de um princípio que controle ao poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo (MUÑOZ CONDE E ARÁN *apud* BITENCOURT, 2006, p.14).

Além disso, em virtude do princípio da legalidade penal exige-se que as leis emanadas, observados os aspectos formais e materiais, sejam diretas, claras e precisas, evitando a utilizações de expressões vagas, indeterminadas, imprecisas e ambíguas, ou que permitam juízos valorativos por parte do magistrado, casos que certamente agredirão a segurança jurídica.

Rogério Greco (2006, p. 96), ao dissertar sobre o princípio da legalidade penal, atribui ao referido princípio quatro funções entendidas como fundamentais, quais sejam:

1ª- proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*): essa função proibitiva restringe a aplicação da lei penal, cuja aplicabilidade se dá somente após a sua validade e vigência, salvo no caso que for para beneficiar o réu (exceção expressa no art. 5º, XL, CF/88: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"). Essa é a segurança e a certeza oferecida ao cidadão de que não será punido por uma conduta (omissiva ou comissiva) que não era penalizada pela lei penal, à época sua ocorrência;

2ª- proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*): de acordo com essa função, somente a lei é responsável pela proibição ou imposição de condutas tidas como crime, não sendo permitida a invocação dos costumes como forma de criminalizar ou descriminalizar determinadas condutas;

3ª- proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crime nulla poena sine lege scripta*): por essa função há o impedimento de recorrer à analogia, desde que em *malam partem*, para criar tipos penais, bem como para fundamentá-los ou agravá-los;

4ª- proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*): essa função em por escopo, principalmente, assegurar ao cidadão a certeza de que sua conduta não será punida, por isso proíbe o uso de expressões vagas e indeterminadas. Outras considerações sobre a referida função já foram feitas anteriormente.

Como se vê, enfim, o princípio da legalidade penal é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em um Estado Democrático de Direito todos devem

submeter-se à imposição da Lei Maior, inclusive aqueles responsáveis pela elaboração das leis. A necessidade de um princípio limitador do poder estatal é latente, ao contrário estaríamos rumo a um regime totalitarista. Na seara penal, a legalidade, como garantia constitucional, confere ainda mais segurança e confiança ao cidadão, pois ao definir condutas delituosas e suas cominações legais visa a impedir arbitrariedades e abusos contra os bens mais fundamentais que possui: a vida e a liberdade.

1.3 Princípio da Proporcionalidade

Na CF/88, existem princípios explícitos, como o da legalidade, e princípios implícitos aqueles dedutíveis de outros princípios constitucionais. Exemplo desta categoria de implícitos é o princípio da proporcionalidade. Este princípio se fundamenta, sobretudo, no Estado Democrático de Direito e na proteção da Dignidade Humana.

O Estado Democrático de Direito, tal como propugnado pela Magna Carta de 1988, pressupõe o respeito à lei na busca da almejada Justiça. No entanto, nem sempre a lei é o bastante para impedir as injustiças, por vezes, até mesmo praticando-as. É nesse sentido que o princípio da proporcionalidade tem base, pois será ele o responsável pela ponderação da realidade, sopesando as circunstâncias e apontando a aplicação legal mais adequada e necessária ao caso concreto. Ademais, tem o objetivo de impedir o ataque aos direitos fundamentais do cidadão proclamando o princípio da Dignidade Humana em detrimento às imperfeições das leis, ao balizar, principalmente sob critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, a efetividade do resultado entre o meio aplicado e o fim pretendido. Justifica-se, assim, a sua inserção, mesmo implícita, entre os preceitos legitimadores e fundamentais da Constituição Federal.

Sendo assim, na seara do Direito Constitucional, Bonavides (2006), ao analisar o princípio em comento, aduz que tal preceito foi importado do Direito Administrativo alemão, mas foi absorvido de tal forma que na contemporaneidade é impossível desvencilhá-lo daquele ramo do direito.

Consoante o nobre constitucionalista, o princípio da proporcionalidade

> [...] trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não

> captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, da regiões teórica, puramente formais e abstratas.
> [...]
> Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade (BONAVIDES, 2006, p. 435-436).

Em conformidade com Paulo Bonavides (2006, p.396/398), o princípio da proporcionalidade compreende três elementos ou subprincípios, a saber: 1) o princípio da adequação, pelo qual deve ser rigorosamente observado e analisado se o meio eleito é adequado e útil para a consecução do fim que se busca, ou seja, se a medida é exata. Nesse estágio, verifica-se a aptidão do meio empregado para alcançar a finalidade exigida; 2) o princípio da necessidade, através do qual se analisa a indispensabilidade da medida a ser aplicada, e, no caso de ser indispensável, impõe a aplicação da medida necessária, a menos nociva, que não extrapole os limites exigidos pela finalidade pretendida; 3) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por este elemento deve-se ponderar, fazer uma valoração a fim de ser indicado qual direito deverá ser restringido em favor de outro, qual interesse prevalecerá, bem como analisar a eficiência do meio aplicado.

No âmbito do Direito Penal, autores como Greco (2006) e Bitencourt (2006) reconhecem que o princípio da proporcionalidade consagra-se a partir do Iluminismo, tendo Beccaria como seu insigne defensor ao publicar em 1764 a obra *Dos Delitos e das Penas*.

Rogério Greco traz à baila os ensinamentos de Alberto Franco Silva que, por sua vez, leciona

> O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade) (SILVA FRANCO, 1997, p.67 *apud* GRECO, 2006, p. 77).

Atributo inerente ao Direito Penal é a proteção de bens juridicamente relevantes, selecionados pelo legislador e pela sociedade; é a *ultima ratio* do direito, ou seja, somente deve ser invocado caso não haja alternativa menos gravosa. A violação daqueles bens protegidos juntamente com a impossibilidade de recorrer à outra área do direito implica a imposição das disposições penais. Dessa forma, observa-se que para a incidência de uma conduta no campo penal exige-se, necessariamente, a lesão a um interesse, a um bem protegido, impondo-se a tal conduta as cominações legais já estabelecidas. Assim sendo, depreende-se que, em se tratando de Direito Penal, em uma relação jurídica haverá o conflito de bens jurídicos protegidos: de um lado o direito transgredido ou potencialmente colocado em perigo; de outro a possibilidade de privação do direito do transgressor. Dessa forma, surge a necessidade e a exigência da ponderação sobre qual direito deve prevalecer e qual a imposição penal adequada ao caso.

Desse modo, podemos perceber a dupla destinação a que se refere a conceituação acima transcrita. Em um primeiro momento, o princípio da proporcionalidade em uma acepção abstrata, pelo qual caberá ao poder legislativo, conforme a política criminal, estabelecer qual bem jurídico merecerá maior proteção e como e em que medida deverá ser punido o transgressor da norma penal que protegerá aquele bem. Aqui, o princípio da proporcionalidade proíbe o legislador de cominar sanções penais que não retratem a gravidade e a necessidade de punição. Em outro momento, de concretude do princípio da proporcionalidade, diante da gravidade da conduta delituosa, caberá ao juiz o exercício de ponderação e punir adequadamente o agente, dentro do limite imposto pela lei, observando-se ainda as circunstâncias, a necessidade e proporcionalidade da punição imposta ao transgressor.

De outro modo, a proporcionalidade será também responsável pela correção ao excesso de formalismo da lei que, muitas vezes, não atende os anseios da sociedade, ignorando ou não abrangendo as várias possibilidades que, na realidade fática, poderá ocorrer. Assim, o princípio da proporcionalidade mostra-se como norte interpretativo e ao mesmo tempo limitador da discricionariedade estatal, já que, diante de uma situação concreta em que a lei apresentar-se incoerente com o fim de justiça, permitirá ao operador do direito ponderar sobre a aptidão, indispensabilidade e eficiência da medida que visa à punição do transgressor sem, no entanto, agredir os direitos fundamentais a ele assegurados pela CF/88. Concede também ao operador do direito a possibilidade de agir de acordo com a realidade fática apresentada, como forma de não torná-lo apenas aplicador da lei, mas com ela poder interagir,

desde que respeitados os seus limites, ou seja, a relação existente entre a gravidade do fato e a gravidade da pena.

O princípio da proporcionalidade, em um Estado que prima pela justiça (embora a conceituação de justiça seja abstrata) e pela dignidade da pessoa humana, como é o Estado de Direito, desempenha uma função essencial, uma vez que visa à proteção dos direitos fundamentais em face da possível lesão, da arbitrariedade do poder estatal. Impondo, por isso, a necessidade de submissão e acatamento de seus preceitos.

1.4 Princípio da Individualização da Pena

Historicamente, o princípio da individualização da pena surge como meio-termo entre a arbitrariedade excessiva conferida ao juiz e a taxatividade extrema da lei. Os excessos, tanto do arbítrio do juiz quanto da taxatividade da lei penal, eram prejudiciais aos direitos do cidadão, pois, no primeiro caso, ficavam à mercê do juiz que aplicaria a pena conforme a sua conveniência ao transgressor da norma; no segundo, impediria o juiz de ponderar sobre a aplicação tornando um mero aplicador mecânico da determinação legal (BITENCOURT, 2006, p. 697-698), impossibilitando a análise das circunstâncias, motivação e consequência da conduta delitiva, bem como a características inerentes ao indivíduo.

No Brasil, as bases do atual princípio constitucional da individualização da pena foram previstas na Constituição Politica do Imperio do Brazil de 1824, a qual estatuía:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
> [...]
> XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para **separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes.** (grifei)

Nesse sentido, percebemos a preocupação do Império em resguardar a liberdade dos cidadãos e, conforme as circunstâncias e natureza da conduta delitiva praticada, ser assegurado ao réu o cumprimento da pena conforme a gravidade do crime. Nesse primeiro momento, parece-nos que, pela leitura do referido artigo, as características e circunstâncias

pessoais não eram tidas como relevantes, apenas as circunstâncias e natureza do crime deveria ser considerada.

Hodiernamente, o princípio da individualização da pena está previsto expressamente no inciso XLVI do art. 5º da CF/88, o qual dispõe:

> Art. 5º [...]
> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos;

Ao dissertar sobre a individualização da pena, Bitencourt (2006, p. 698) preconiza que a

> *individualização da pena* ocorre em três momentos distintos: *individualização legislativa* – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; *individualização judicial* – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, *individualização executória*, que ocorre no momento mais drástico da sanção criminal, que é o do seu cumprimento.

Diante disso, percebe-se que o constituinte, ao enumerar as modalidades das penas que poderão ser impostas aos cidadãos, faz sua escolha quanto aos tipos de penas admitidas e aplicáveis no Brasil outorgando à lei infraconstitucional regulamentar a individualização da pena.

Nesse sentido, tendo em vista as modalidades de penas admissíveis, o Código Penal brasileiro, além de estabelecer as condutas típicas e suas cominações legais, dispõe em seus artigos 59 e 68, respectivamente, sobre a aplicação e cálculo da pena, como parâmetro, cuja análise é obrigatória para a individualização da pena a ser feita obrigatoriamente pelo juiz.

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

> I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
> II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
> III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
> IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.
> [...]
> Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.
> Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Assim, o princípio da individualização da pena na atualidade considera tanto as circunstâncias do fato quanto as características pessoais do cidadão que infringiu a lei, traçando, portanto, elementos a serem sopesados quando da aplicação da pena, garantindo que penalidades não sejam impostas de forma homogênea, garantindo-se, com isso, a proteção à liberdade individual mediante as particularidades pessoais e do fato.

O princípio da individualização da pena, na acepção do Estado Democrático de Direito, objetiva a preservação dos direitos fundamentais, sobretudo, a liberdade individual, pois obstaculiza os excessos da arbitrariedade do juiz e impede a taxatividade e frieza da lei.

2. AS PENAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1 Breves considerações

O surgimento das penas não é um fato que tenha gerado consenso entre os diversos autores da literatura penal e demais áreas de estudo que se dediquem ao tema. Como exemplo, pode-se citar Bitencourt (2006), para quem a busca pela origem das penas é repleta de obstáculos e imprecisões, no entanto, esse autor reconhece ser tão antiga quanto a humanidade; Greco (2007) acredita que a primeira pena aplicada foi aquela imposta a Adão e Eva, no paraíso.

Na história da humanidade, sempre existiram condutas consideradas adequadas à convivência em clã, tribo ou qualquer outro tipo de grupamento social ou não socializável, ou seja, existiam "normas de convivência ou de sobrevivência" até mesmo antes das sociedades organizadas. Tais condutas, ainda que em sociedades primordialmente organizadas, não eram sistematizadas, por isso poderiam variar de grupo para grupo e de pessoa para pessoa, conforme a conveniência. Isso fazia desse período histórico uma verdadeira selvageria. Sendo assim, ao descumprimento de uma dessas normas era imposto um castigo ou punição que, na maioria das vezes, era a privação da vida do transgressor. É válido salientar que nesse período vigorava a lei do mais forte.

Conforme se pode observar, a pena, nesse tempo, tinha caráter de vingança e mesmo em época tão remota os castigos eram carregados de misticismos. As punições impostas eram açoites, violação do corpo do transgressor ou devedor, mutilações, trabalho escravo, entre tantos outros castigos que a cruel engenhosidade humana poderia criar. De acordo com Bitencourt (2006), baseado na doutrina mais aceita, tal vingança penal pode ser observada em três estágios, todos influenciados pelo sentimento religioso: I) a vingança divina: nesta fase, prevalecia o fim intimidatório e a crueldade da punição, aplicava-se o castigo como forma de repressão e satisfação da entidade divina desrespeitada. Desse modo, a penalidade era conforme a grandiosidade do deus ofendido e aplicada pelos sacerdotes; II) a vingança privada: neste estágio, a finalidade era a vingança de sangue, observa-se a aplicação da Lei de Talião (*Olho por olho, dente por dente*). Dessa forma, cabia ao indivíduo ou ao seu grupo aplicar o castigo seja a um indivíduo ou a outro grupo estranho, o que gerava inúmeras guerras e o desaparecimento do grupo vencido; e III) a vingança pública: neste período de evolução social, tinha-se por escopo a proteção do monarca ou soberano. No entanto, apesar

da evolução dos seres humanos, inclusive enquanto organização social, ainda era prevalente a aplicação de penas severas e cruéis de cunho intimidatório, que não eram suficientes para impedir a conduta transgressora e o controle da proliferação de delinquentes. Acrescente-se, também, a essas características (severidade e crueldade) a aplicação desarrazoada e desproporcional do castigo à conduta punida, transformando-se a punição em um castigo desumano (BITENCOURT, 2006, p. 539).

Posteriormente, várias foram as codificações, leis ou regramentos que traziam em seu conteúdo a previsão sobre as punições, a exemplo do Código de Hamurabi, Código de Manu, a Lei das Doze Tábuas, que são as mais representativas. Essas leis, embora muito primitivas no que concerne às penas e cruéis na sua forma de aplicação, constituem um dos primeiros passos para o evoluir das penas. De acordo com o insigne Cesare Beccaria (2001), em obra publicada em 1764,

> as leis são condições com que os homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viverem num contínuo de guerra e de gozarem uma liberdade tornada inútil por causa da incerteza de sua conservação. A soma de todas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de cada um constitui a soberania da nação, e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. [...]
> Foi, pois, a necessidade que obrigou os homens a cederem parte de sua liberdade; é certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima porção que baste para induzir os demais a defendê-lo. O conjunto dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo mais é abuso e não justiça; é fato e não direito (BECCARIA,2001, p.20).

Desse modo, percebe-se que, assim como a história da humanidade, a história das punições passa por um longo processo evolutivo, tendo de início perpetuado o caráter desumano das penas, mas, posteriormente, buscou-se atribuir-lhes um caráter humanizador. Tal evolução somente foi possível com o desenvolvimento da sociedade na qual se cedia uma parcela de direitos, em virtude da lei, e exigia-se mais respeito à outra parcela de direitos, sobretudo a partir do século XVIII. Nesse período, os Estados passavam por uma importante fase de consolidação, de afirmação de seus ideais e juntamente evoluía o pensamento em relação aos direitos, principalmente, sobre a liberdade e a propriedade privada.

Influenciados por uma nova concepção de direitos e descrentes na conjuntura política (monarquia e suas instituições) da época, o movimento iluminista formula vários pensamentos que exercem influência em inúmeros segmentos do saber. Beccaria, conforme assevera Bitencourt (2006), segue alguns dos pressupostos iluministas, empregando-os, a seu

tempo (de Beccaria), no estudo do binômio delito/pena. Desde então, aquele autor observa e enfatiza a desnecessidade da aplicação de penas desumanas; em contrapartida, proclama a necessidade da prevenção dos delitos e, com a falha desta, defende que se torna imperativo a proporcionalidade entre os elementos daquele binômio, ensinando que

> Um dos maiores freios dos crimes não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade e, por consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve acompanhar-se de uma legislação suave. A certeza de um castigo, ainda que moderado, produzirá sempre uma impressão mais forte do que o temor de um outro mais terrível, unidos à esperança da impunidade; porque os males, ainda que mínimos, quando são certos, intimidam sempre os ânimos humanos (BECCARIA, 2001, p.79).

Contemporaneamente, no Brasil, o sentido de pena não é mais aquele de vingança, mas traz em sua essência a noção de consequência, imposta pelo Estado, por um ato praticado contrário à lei ou cujo efeito seja defeso por lei, pretendendo uma finalidade humanizadora, adequando-se à concepção do Estado Democrático de Direito. Entenda-se essa finalidade humanizadora como a indispensabilidade ao respeito aos princípios constitucionais, em especial, o da Dignidade da Pessoa Humana, Legalidade, Proporcionalidade e Individualização da Pena.

Em consonância com essa acepção de pena, Greco (2007, p. 483) leciona que

> a pena é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica alguma infração penal. Quando o agente comete um fato típico ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o *ius puniendi*.

Prado (2005, p.552/553) ao dedicar-se ao conceito de pena, preleciona que

> Consequências jurídicas do delito são reações jurídicas aplicáveis à prática de um injusto punível. **O moderno Direito Penal acolhe, como consequências jurídico-penais do delito, as penas** e as medidas de segurança; como consequências extrapenais – alheias, portanto á culpabilidade e periculosidade do agente -, têm-se os efeitos da condenação, a responsabilidade civil (material ou moral) derivada da prática delitiva e a reparação do dano pelo agente.
> **A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito**. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente da infração penal (destaquei).

Para Batista (2005, p.44) “o elemento que transforma o ilícito em *crime* é a decisão política – o ato do legislativo – que o vincula a uma pena”, por isso, acrescenta o mencionado autor, “a pena não é simples “consequência jurídica” do crime, mas sim, antes disso, sua própria *condição de existência jurídica”*.

Embora a pena seja uma consequência da conduta criminosa, possibilitando a punição do agente, o julgador, como intérprete da lei e aplicador da pena, busca - e tem como papel - adequá-lá à conduta delitiva com vistas a assegurar ao apenado a menor violação possível de seus direitos.

Por meio desses apontamentos, depreende-se que, hodiernamente, a pena é uma consequência jurídica de um ilícito culpável, cuja regulação, aplicabilidade e execução cabem ao Estado, já que este é o detentor do direito de punir. Entretanto, o poder punitivo do Estado é limitado, devendo obediência à lei, pois aí se encontram especificadas as condutas puníveis, as espécies penais a serem aplicadas, o modo de aplicação e de execução, de forma que tal limitação visa à impossibilidade de imposição de penalidades desumanas e cruéis como outrora era possível e, ainda, condiciona sua aplicação somente em última instância, quando indispensável à proteção de determinados bens jurídicos. Assim, percebe-se que a evolução das penas direcionou-se – e ainda busca e almeja – cada vez mais um propósito humanizador, coerente com o princípio da dignidade humana, cujo alcance deverá percorrer e perpassar pelo respeito aos princípios constitucionais, em especial, os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da individualização da pena.

2.2 Das teorias relativas à finalidade da pena

De acordo com autores como Prado (2005), Bitencourt (2006) e Greco (2007), três são as espécies de teorias que postulam sobre o fundamento e finalidade da pena, a saber: as teorias absolutas, as teorias relativas e as teorias mistas.

As teorias absolutas, conforme ensina aqueles autores, defendem o posicionamento de que a finalidade da pena é compensação pelo mal praticado contra a sociedade, podendo se dar por meio da retribuição ou expiação. Prado (2005, p. 555) aduz que modernamente a retribuição jurídica, baseada na justiça retributiva, corresponde à proporcionalidade entre delito e pena, sendo que aquele deve ser o fundamento e limite da pena, enquanto esta deverá ser proporcional ao injusto e à culpabilidade.

Por outro lado, prevenção é a finalidade que as teorias relativas elegeram para a pena. Segundo essas teorias, a prevenção seria o meio para se evitar a prática delitos, compreendendo a prevenção geral, que consiste na intimidação de futuros delinquentes; e prevenção especial, pela qual aquele que já delinquiu merece especial atenção para que não torne a delinquir depois de penalizado, visando à ressocialização. Critica-se tal pensamento, pelo fato de usar o delinquente como modelo para os cidadãos, agredindo, assim, a dignidade daquele transgressor.

Por fim, têm-se as teorias ecléticas ou mistas que pretendem conciliar as finalidades retributivas e preventivas da pena. Conforme se observa do art. 59 do código penal – "O juiz [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" - o direito penal brasileiro aproxima-se mais dessa concepção de finalidade da pena.

2.3 Das penas admissíveis no direito penal brasileiro

A Carta Magna tem como um de seus fundamentos a promoção da dignidade humana. Dessa forma, o legislador constituinte, seguindo esse pressuposto, excluiu da CR/88 e, consequentemente, do direito penal brasileiro, as penas degradantes e desumanas, consagrando-se o princípio constitucional da Humanidade, estatuído no art.5º, XLVII e XLIX, dispondo

> Art. 5º, XLVII – não haverá penas:
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> b) de caráter perpétuo;
> c) de trabalhos forçados;
> d) de banimento;
> e) cruéis; [...]
> XLIX- é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Assim sendo, eleva os princípios da Legalidade, Proporcionalidade e Individualização da Pena, pilares do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, fez opção legislativa e elegeu as espécies de penas que são admissíveis no direito brasileiro, a saber:

> Art. 32: As penas são

I – privativa de liberdade;
II – restritivas de direitos;
III – multa.

Diante disso, identificadas as espécies penais do direito penal brasileiro, discorrer-se-á sobre elas, enfatizando, conforme já foi explicitado, o tratamento às penas restritivas de direitos.

2.4 Pena privativa de liberdade

A privação da liberdade como pena é uma modalidade que pode ser considerada "nova" comparada aos tipos de penas até então existentes. Durante longo período, segundo Prado (2005), as prisões que se apresentavam em péssimas e horrendas condições figuravam apenas como meio assecuratório de aplicação das verdadeiras penas (mutilação, morte, açoites), portanto, unicamente como custódia provisória. Sendo que, ensina esse autor, a privação da liberdade, enquanto pena, surge no Direito Canônico em que os religiosos que cometiam crimes eclesiásticos eram submetidos ao encarceramento, para estimular o arrependimento, sendo posteriormente adotada por outros sistemas, visando à ressocialização. Ulteriormente, observou-se que a pena privativa de liberdade, tal como era empregada, produzia, na maioria das vezes, efeitos negativos aos apenados e contrários à sociedade. Necessitando, portanto, ser reformulada. Contribuiu para a busca desse objetivo, entre outros, o Marquês de Beccaria.

No Direito Penal brasileiro, a pena privativa de liberdade foi prevista em todos os códigos penais. No Código Penal vigente, a pena privativa de liberdade é prevista sob duas modalidades, quais sejam: a reclusão e a detenção. A reclusão é imposta aos delitos mais graves, enquanto a detenção aplica-se a delitos menos graves. As principais diferenças entre tais modalidades de privação da liberdade dizem respeito, nas palavras de Greco (2007, p.495), ao "regime de cumprimento a ser fixado na sentença condenatória e a possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial".

Merece destaque o regime de cumprimento da pena que poderá ser, conforme disposto no artigo 33 do Código Penal, fechado, semiaberto e aberto, de modo que na detenção o regime de cumprimento mais gravoso a ser imposto será o semiaberto. Todavia, neste caso, há exceção contida no próprio art. 33, que permite a transferência para o regime

fechado, se necessário. Em contrapartida, foi contemplada pela legislação penal brasileira, desde que o agente atenda a todos os requisitos exigidos pela lei, a progressão desses regimes prisionais, bem como a conversão ou substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, e em alguns casos a suspensão condicional do processo.

Assim, dando efetividade a esse mandamento legal, a jurisprudência tem se posicionado

> EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. VOTO VENCIDO. - A incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos afasta a hediondez do delito de tráfico de entorpecentes, criando a figura do tráfico privilegiado, caso em que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que atendidos os requisitos do art. 44 do CP, bem como a fixação do regime inicial de cumprimento de pena diversamente do fechado (TJMG – EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE N° 1.0024.08.106087-3/002 – 4ª C.Crim. – Rel. Des. Doorgal Andrada – pub. 14/09/2010).

A pena privativa de liberdade compreende, ainda, vários elementos, tais como: a prisão domiciliar, superveniência de doença mental, a detração da pena, o trabalho prisional e outros, que, embora importantes para o estudo aprofundado daquele instituto, fogem ao foco do referido trabalho, motivo pelo qual as anotações sobre a pena privativa de liberdade foram superficiais.

Torna-se indispensável, no entanto, tecer breve apontamento sobre a atual visão formulada sobre a pena privativa de liberdade.

Em que pese a evolução da pena privativa de liberdade e suas finalidade pretendidas – retribuição ao mal praticado, prevenção e ressocialização - várias são as críticas que a ela são formuladas, sobretudo, no que se refere aos estabelecimentos prisionais e a inoperância de suas finalidades. Prado (2005, p. 571) afirma que “a crise manifesta das penas privativas de liberdade [...] estimula o ceticismo quanto ao seu aspecto ressocializador, já que este vem se revelando ineficaz”, acrescentando que tal fracasso se deve ao desconhecimento de outras formas passíveis de substituir integralmente a pena privativa de liberdade (PRADO, 2005). Ao corroborar o entendimento de falência das penas privativas de liberdade, principalmente as de curta duração, Bitencourt (2006) acredita que a falha está ligada à

impossibilidade de recuperar o apenado, por meio de medidas educativas, bem como pelo fato de se afastar de seu caráter ressocializador, entretanto, aponta para a direção da necessidade de reforma da política penal que busque inovações, tal como a ocorrida em 1984 que inovou adotando penas alternativas à pena privativa de liberdade, como as penas restritivas de direitos, sursis e pena de multa.

2.5 Penas restritivas de direitos

As penas restritivas de direitos são penas alternativas que impõe ao infrator restrição de direitos, penalidade de natureza pecuniária ou, até mesmo, limitação ao seu direito de liberdade, tendo por finalidade evitar a prisão de agentes, cuja conduta seja de menor ofensividade e lesividade ao bem juridicamente tutelado, desde que seja punida com pena de curta duração.

Preliminarmente, é pontual o esclarecimento de Bitencourt (2006, p. 588)

> a denominação penas 'restritivas de direitos' não foi muito feliz, pois, de todas as modalidades de sanções sob a referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à 'restrição de direitos'. As outras – prestação pecuniária, e perda de bens e valores – são de natureza pecuniária; prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana referem-se mais especificamente à restrição de liberdade do apenado.

Ultrapassada essa observação, é latente a ineficácia do Estado em cumprir as finalidades a que a pena se propõe. À exceção de algumas políticas adotadas, o atual sistema carcerário é incapaz de recuperar e ressocializar um condenado. Em alguns casos não é nem mesmo apto a promover e respeitar a dignidade humana dos aprisionados, uma vez que a grande maioria dos estabelecimentos prisionais, nos quais se recolhem os condenados à pena privativa de liberdade e outros presos "provisórios", não apresentam, sequer, a mínima estrutura física para o acautelamento dessas pessoas. Desse modo, é impossível não voltar-se para políticas que visem, sobretudo, à descarcerização, em especial, aquela de curta duração.

De acordo com Greco (2006, p.527) naquilo que tange às penas

> deve-se buscar aquela que seja suficientemente forte para a proteção dos bens jurídicos essenciais, mas que, por outro lado, não atinja de forma brutal a dignidade da pessoa humana. As raízes iluministas do princípio da proporcionalidade fazem com que hoje, passados três séculos, colhamos

> frutos de um direito penal que visa ser menos cruel e procura observar os direitos fundamentais do homem.

É nesse sentido que as penas restritivas de direitos adquirem relevante papel no direito penal brasileiro, uma vez que tais penas são uma alternativa para diminuição da superlotação dos presídios e, o que merece ser sobressaltado, proporciona uma segunda chance àquele cidadão errante e não o retira do convívio social, nem o submete ao submundo do cárcere, deixando para outra oportunidade, se for o caso, o encarceramento daquele indivíduo infrator.

A reforma penal promovida em 1984 atribuiu novo caráter às penas restritivas de direito, que, anteriormente, eram consideradas penas acessórias. Com a sanção da lei 9.714, em 25 de novembro de 1998, acrescentou-se novas modalidades de restrições e outras previsões que dotaram de maior abrangência e aplicabilidade as penas restritivas de direitos. Esta lei teve alguns de seus dispositivos vetados, quando de sua sanção. No entanto, como poderá ser observado, por meio de trecho da mensagem de veto, abaixo transcrita, as penas restritivas de direitos tornaram-se uma das principais alternativas ao não encarceramento. Assim foi redigida a mensagem:

> constatada, cientificamente, as inadequação das penas privativas de liberdade para atender aos fins a que se destinam, o Direito Penal evoluiu no sentido de que novos métodos de repressão ao crime deveriam ser instituídos, mediante a previsão de natureza alternativa, que ao juiz seriam facultadas impor ao condenado, em caráter substitutivo às penas de detenção e reclusão, desde que atendidos alguns requisitos relacionados com a pessoa do delinquente e com o crime por ele perpetrado (<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1998/Mv1447-98.htm.>acesso em 25 mai. 2011.)

Dessa forma, admite-se a crise que enfrenta a pena privativa de liberdade e a necessidade de medidas alternativas que a substituam, perfilhando-se a elementos subjetivos do agente e objetivos ao crime cometido, sem, todavia, passar a ideia de impunidade.

A respeito das penas restritiva de direitos, a jurisprudência tem reconhecido a essencialidade de sua aplicação, sua natureza alternativa e substitutiva ao aprisionamento. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento do HC 97.256, que versa sobre a substituição da pena privativa de liberdade pela aplicação de penas restritivas de direito ao crime insculpido no §4º, art. 33, da lei 11.343/06, assim se manifestou

> as penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa, ao efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização (STF – HABEAS CORPUS Nº 97.256/RS - Pleno- Rel. Min. Ayres Brito – pub. 01/09/2010).

Cumpre, ainda, destacar que a Lei Antidrogas, em seu artigo 28, consoante ensina Greco (2007), insere outras possibilidades de penas restritivas de direitos (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo), aplicáveis ao usuário, dependente químico, as quais se apresentam como penas de aplicação direta, independente da aplicação de pena privativa de liberdade. Desse modo, percebe-se que as penas restritivas de direitos pretendem, cada vez mais, evitar o encarceramento e seus malefícios, almejando a reabilitação do agente.

Com a modificação implementada pela Lei 9.714/98, as penas restritivas de direitos tornaram-se autônomas e substitutivas em relação às penas privativa de liberdade (art. 43 CP), bem como foram traçados requisitos subjetivos e objetivos (art. 44 CP) no que tange à aplicabilidade das penas restritivas de direitos, de maneira que restringiu sua aplicação a delitos, cujo potencial ofensivo fosse menos elevado e condicionou a aplicação da substituição da pena ao agente em que a medida mostra-se suficiente. Sendo assim, o legislador consagrou a efetividade do princípio da proporcionalidade, ao considerar a gravidade do delito e a projeção de seu apenamento; e o princípio da individualização da pena, possibilitando ao julgador a análise do caso concreto, ao ter em vista elementos subjetivos do agente para a substituição, de modo a aplicá-la desde que seja socialmente recomendável.

No que concerne a tais pressupostos e consequente emprego pelos julgadores, Greco (2007, p. 485) considera que são necessários e indispensáveis, além de serem cumulativos, o que faz com as penas restritivas de direitos não sejam utilizadas indistintamente. Para esse autor, são requisitos objetivos os incisos I (aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo) e II (o réu não for reincidente em crime doloso); e entende como subjetivo o inciso III (a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as

circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente), todos do artigo 44 do CP. Prado (2005, p. 576) e Bitencourt (2006, p. 553) concordam sob o aspecto de cumulatividade e simultaneidade desses pressupostos, entretanto, consideram objetivo o inciso I e subjetivo os incisos II e III. O Diploma Penal estabelece também situações em que haverá a possibilidade de conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade

Evidenciada as finalidades das penas restritivas de direitos, bem como as benesses de sua aplicação, respeitados os pressupostos legais para seu emprego, considerando, ainda, a falência das penas privativas de liberdade, a aplicabilidade das penas alternativas mostra-se como essencial para o enfrentamento do caos do sistema prisional brasileiro. No entanto, como discutir-se-á, oportunamente, existe grande embate jurídico acerca da aplicação das penas restritivas ao delito tipificado no §4º, art. 33 da lei 11.343/06.

2.5 Pena de multa

Derradeiramente, outra modalidade de pena prevista no direito penal brasileiro é a multa que, segundo dispõe o artigo 49 do Código Penal, "consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa". Da análise do artigo 44, § 2º, depreende-se que a pena de multa poderá ser aplicada aos delitos cuja condenação máxima seja igual ou inferior a um ano.

Dessa forma, consoante Greco (2007, p. 548), "nos dias de hoje, a pena de multa atende às necessidades atuais de descarcerização punindo o autor da infração com o pagamento de importância determinada pelo juiz".

A pena de multa tem seus limites, mínimo e máximo, definidos em lei, podendo variar entre 10 e 360 dias-multa, imposição feita pelo julgador, responsável também pela quantificação do valor do dia multa que deverá ser de um trinta avos a cinco vezes o salário mínimo, à época do fato. Exceção a esse limite surge com a lei 11.343/06, que em seu artigo 33, comina a pena de reclusão de 05 a 15 anos e a pena de multa, que poderá ser estabelecida entre 500 a 1500 dias-multa. Sendo que o dia-multa, conforme a condição econômica do agente, não poderá ser inferior a um trinta avos e nem superior a cinco vezes o salário mínimo, podendo, ainda, no caso de concurso de crimes, ser aumentada em até dez vezes (art.43, Lei 11.343/06).

Em legislações passadas era permitida, no caso de não pagamento, a conversão da multa em pena privativa de liberdade. No código vigente, tal permissão foi revogada, estabelecendo em seu artigo 50, o prazo de 10 dias, após a notificação da condenação transitada em julgado, conforme preceituam os artigos 168 e 169 da LEP, para o pagamento da multa, que poderá ser de forma integral, parcelado ou mediante desconto em folha, desde que não incida sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

Por fim, transitada em julgado a sentença condenatória, a multa, conforme prevê o art. 51 do Diploma Penal, será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

3. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

3.1 Algumas Considerações

A problemática relacionada ao tráfico de entorpecentes tem gerado discussões em âmbito mundial quanto ao combate à oferta de drogas, ao fortalecimento de uma política internacional de repressão ao narcotráfico, bem como o desenvolvimento de políticas públicas de prevenção e diminuição dos efeitos das drogas, exigindo cada vez mais um tratamento multidisciplinar do tema e a integração e cooperação de vários Estados.

Sabe-se que a empresa ilícita do tráfico de drogas não reconhece divisas, movimenta uma elevada soma em dinheiro que gira na casa dos milhões (de reais, dólares, euros) e que seus efeitos são perturbadores à sociedade em geral, uma vez que os seus produtos estão em todas as camadas sociais, não distinguindo raça, cor, sexo, religião ou poder aquisitivo. Além disso, os grandes financiadores e responsáveis por essa mazela social encontram-se blindados pelos mais altos escalões do poder, seja econômico ou político. Não bastasse isso, em virtude do grande montante de dinheiro que movimentam, estão, na maioria das vezes, à frente das ações de repressão, possuindo informações privilegiadas ou, até mesmo, detendo maior e melhor aparato tecnológico e bélico que o próprio Estado.

Há algum tempo as autoridades de vários países, com auxílio de estudos científicos, têm percebido que a repressão extrema não tem se apresentado como o melhor método de combate ao tráfico, visto o fortalecimento da atividade nas últimas décadas. Diante dessa realidade, direcionaram sua dedicação ao estudo de políticas que, além da repressão, visam principalmente à prevenção e diminuição do consumo, bem como ao tratamento e reintegração social dos indivíduos. Nesse sentido, várias foram as convenções internacionais, inclusive da ONU, propostas a quase totalidade dos países, tais como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas das Nações Unidas.

No Brasil, o tráfico de drogas ganhou maiores proporções, sobretudo, a partir da década de 1980, em decorrência da organização alcançada por grupos que disputavam os pontos de venda de drogas, dentre eles, destacou-se o Comando Vermelho. A organização

desses grupos foi possível devido ao convívio de seus chefes, dentro dos presídios durante a ditadura militar, com guerrilheiros que ensinava àqueles táticas de guerrilha (CAMPOS e SANTOS, s.d, p.11).

Outro fato importante que envolve o tráfico no Brasil é a grande área fronteiriça com diversos países, dentre os quais se encontram os maiores produtores de cocaína e maconha do mundo, tais como a Colômbia e Peru. A grande extensão territorial e pouca fiscalização das fronteiras tornaram-se um atrativo para os traficantes que fizeram do Brasil um país de trânsito para o escoamento da droga. Contudo, o aumento do consumo de entorpecentes e envolvidos com o tráfico em todo o território brasileiro tem despertado, há algum tempo, a atenção das autoridades responsáveis e de toda sociedade para essa problemática.

O que se tem constatado é que, aliado à grande oferta da droga em trânsito, o que pode ter contribuído para o aumento do número de envolvidos com tráfico é a falta de zelo, por parte de governantes, aos direitos essenciais e garantias fundamentais assegurados na CF/88, tais como educação, emprego, salário digno, entre outros.

Visto desse modo e ainda considerando outros fatores sociais, vê-se que o tráfico de drogas ultrapassa os limites do campo jurídico-penal. Assim sendo, não é suficiente apenas a repressão, através de punições excessivas, exigindo-se, da legislação sobre o assunto, programas de tratamento, prevenção e reintegração em que todos os envolvidos com o tráfico sofram os rigores da lei, devendo a medida adotada ou a penalidade ser proporcional à conduta e à ofensividade representada ao bem jurídico.

Várias são as legislações, no Direito brasileiro, concernentes ao combate ao tráfico, destacando a Lei 6368/73, posteriormente revogada, pela atual Lei Antidrogas de nº 11.343/06. Além dessas, faz-se necessário trazer à baila o mandamento constitucional que equipara o tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos (art. 5ª, XLIII).

A atual Lei de Drogas, nº. 11.343/06, seguindo as orientações de diversas convenções das quais o Brasil tornou-se signatário, bem como as exigências da Magna Carta, de respeito aos direitos fundamentais, instituiu o Sisnad (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), propondo uma abordagem moderna à prevenção, reintegração de dependentes de drogas e repressão ao tráfico. Desse modo, estabelece como alguns de seus princípios:

> Art. 4º São princípios do Sisnad:

> I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; [...]
> IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

Complementando, ainda, a política sobre drogas prevê como um de seus objetivos

> Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:
> I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

Conforme é possível depreender desses artigos supracitados, a política brasileira sobre drogas busca, preferencialmente, quando cabível ao caso, a recuperação e reintegração do indivíduo ao meio social, zelando, sobretudo, por seus direitos fundamentais.

Outro grande passo dado pela legislação brasileira diz respeito aos usuários e dependentes de drogas, para os quais a lei previu medidas educativas, em detrimento das penas corporais. Ademais, tão importante quanto essa previsão, foi a diferenciação realizada pela lei quanto ao grande traficante e pequeno traficante, estabelecendo, para cada um, penas diferentes, proporcionais à lesividade de sua conduta.

Por outro lado, o sistema prisional brasileiro, infelizmente, não evoluiu como a lei de drogas e o tratamento dispensado aos fenômenos da traficância e drogadição. Sabe-se que a grande maioria dos presos por envolvimento com drogas não são os verdadeiros financiadores do tráfico, responsáveis pela grande circulação da droga e do dinheiro dele advindo. Dentre esses presos existem muitos que se envolveram eventualmente, devido a diversas circunstâncias sociais, não estando, portanto, envolvidos diretamente com o grande tráfico (FRANCO, 2009). Consequentemente, merecem do Estado resposta punitiva proporcional à sua conduta, respeitando todos os princípios e objetivos traçados pela Lei de Tóxicos, que está em harmonia com a Carta Federal, bem como se compatibiliza as demais convenções sobre o tema de que o Brasil faz parte.

Realizadas essas considerações, serão abordados, em seguida, comentários sobre alguns conceito e elementos típicos do tráfico ilícito de entorpecentes, bem como sobre o tráfico eventual.

3.2 Alguns conceitos e elementos típicos

Tanto a atual lei antidrogas (art. 33) quanto a anterior, Lei 6368/76, apenas descrevem as condutas que poderão ser tipificadas como tráfico de drogas, sem trazer, contudo, seu conceito.

Tráfico, consoante afirma Rodrigues (2001, p.104), "implica a prática de atos de comércio ilícito ou negócios fraudulentos; é comércio, mercancia, trato mercantil, ato de comerciar ou mercadejar. O fim especulativo está ínsito".

No que concerne às drogas, o art.1º, parágrafo único, da lei 11.343/06, estatui que

> Art. 1º [...]
> Parágrafo único.Para fins desta Lei, 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.

Assim, é considerada droga

> qualquer substância natural ou sintética que, ao entrar em contato com um organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções; é uma substância química que tem ação biológica sobre as estruturas celulares do organismo, com fins terapêuticos ou não (Freitas, p.5, 1990 *apud* JESUS, 2001, p.26).

A parte final do mencionado parágrafo outorga ao Poder Executivo da União a especificação das substâncias que serão tidas como drogas para efeitos de incidência da lei. Desse modo, percebe-se a existência de norma penal em branco, a qual necessita de uma complementação ou regulamentação exterior ao mundo do direito penal. No caso das drogas, é a Portaria nº344, de 12 de maio de 1998, expedida pelo Ministério da Saúde. Assim, poderá ser configurado o tráfico a prática de ato de comércio ou outra conduta descrita no art. 33 de qualquer substância prevista na referida portaria, desde que sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Como se verá no *caput* do art. 33, são enumeradas dezoito ações que podem configurar o tráfico de drogas, podendo se dizer que o tráfico é crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. A esse respeito, diz Luiz Flávio Gomes

> Os vários núcleos verbais fazem do tráfico crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Assim, mesmo que o agente pratique, no mesmo contexto fático e sucessivamente mais de uma ação típica (p. ex., depois de importar e preparar certa quantidade de droga, o agente traz consigo porções separadas para venda a terceiros), por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz na fixação da pena (art. 59 do CP). Todavia, faltando proximidade comportamental entre as várias condutas haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado). Explica Vicente Greco: 'Seria absurdo, por exemplo, considerar delito único as condutas de quem importasse cocaína e, ao mesmo tempo, tivesse em depósito maconha' (GOMES, 2007, p.181)

São objetos jurídicos do tráfico de drogas a saúde pública (imediato) e a vida, incolumidade física e a saúde individual dos cidadãos (mediato). Tem como sujeito ativo qualquer pessoa, por se tratar de crime comum, ressalvada a ação descrita como "prescrever", que se refere a crime próprio podendo ser praticado, sobretudo, por médico. Por outro lado, é sujeito passivo a coletividade.

Essas são, preambularmente, considerações gerais necessárias para se entender o crime de tráfico de drogas. Contudo, a análise desse tipo penal merece maior aprofundamento, em virtude de sua amplitude e incidência no meio social. Não se pretende aqui fazer um estudo detalhado do delito em comento, cabe apenas a abordagem de algumas questões relevantes, lembrando-se da existência de outras, não esgotando, portanto, o assunto a seu respeito.

O tráfico de drogas é um fenômeno social antigo. Hodiernamente, é um dos problemas sociais que mais cresce, o que tem merecido uma abordagem bastante diferenciada, não só político-criminal, mas também sociológica.

Diversas foram as tentativas de soluções e propostas apresentadas, em âmbito nacional e internacional, a fim de conter o avanço desse fenômeno. Contudo, as políticas públicas, até então desenvolvidas, mostraram pouca aplicabilidade, frente à realidade dos fatos, ou foram totalmente ineficazes.

A atual lei de tóxicos trouxe inovações importantes para o cenário de combate ao tráfico introduzindo novas políticas para o enfretamento do problema; diferenciando, categoricamente, o grande e médio traficante do usuário; instituindo a figura do tráfico

eventual ou ocasional, ou, ainda, do pequeno traficante; prevendo para cada um desses casos solução diferenciada e compatível com a situação de cada um. Por outro lado, em que pese as inovações, observa-se, em certos pontos, um retrocesso dessa lei, em comparação à lei anterior. Foi o que fez a nova lei, ao vedar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos art. 33, §4º, e art. 44, indo de encontro a alguns princípios constitucionais, como se verá posteriormente.

Diante da realidade social em que está inserido o tráfico de drogas, bem como a incidência da nova lei, fato é que a discussão a acerca do tráfico eventual e do tratamento a ele conferido por doutrinadores e julgadores, têm se destacado no cenário jurídico. Desse modo, pretende-se, no item posterior, tecer alguns apontamentos que dizem respeito a essa inovação trazida pela Lei 11.343/06, em seu art. 33, §4º.

3.3 O tráfico eventual de entorpecentes e drogas afins

A atual lei antidrogas (Lei nº 11.343/06) inovou ao prever a figura típica do tráfico eventual de entorpecentes, cujo agente representaria o "meio-termo", sendo diferenciado do grande e médio traficante e do simples usuário. Tal agente, na gíria do tráfico, recebe inúmeras denominações, a saber: 'avião', 'mula', 'passador', 'pequeno traficante', 'traficante eventual', entre outras.

Dessa forma, o legislador, seguindo os objetivos da nova lei antidrogas e observando a realidade brasileira - na qual existe grande número de encarcerados devido ao envolvimento com o tráfico, sobretudo aqueles que se envolvem eventualmente, uma vez que apresentam maior facilidade de serem capturados pela autoridade policial - traz a possibilidade de aplicação de uma pena mais condizente a esses indivíduos que são utilizados pelo tráfico e facilmente substituíveis por outros. Assim, o legislador assegurou a imposição de penas diferentes a condutas diferentes. Se assim não o fizesse, equiparia a penalidade de condutas diversas, cuja lesividade ao bem jurídico não se assemelham, o que seria desarrazoado. Desse modo, pune-se com maior rigor o traficante profissional, que faz dessa atividade ilícita seu meio de vida, que aufere os altos lucros; de outro modo, pune-se o traficante eventual com penalidade mais branda, proporcional à lesividade de sua conduta.

Embora tenha trazido essa possibilidade de abrandamento da pena, o legislador cria, também, um paradoxo. Isso porque permite que a pena seja, quantitativamente, menor, se

atendidos os requisitos exigidos, contudo veda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante se depreende do § 4º, do art. 33 e art. 44 da Lei nº 11.343/06. Como já se viu, as penas restritivas de direitos têm por finalidade evitar o encarceramento, visando proporcionar ao infrator uma ressocialização e reinserção social menos gravosa e marcante, o que se justifica frente a menor ofensividade de sua conduta, em um comparativo com os grandes traficantes. Com essas medidas tenta-se evitar, ainda, que esses envolvidos eventualmente com tráfico se aperfeiçoem no crime dentro dos presídios. Ademais, as penas restritivas de direitos são medidas que se harmonizam com os princípios e objetivos traçados pela Lei 11.343/06, bem como com os princípios constitucionais, já que seu principal objetivo é punir sem retirar o indivíduo do meio social, possibilitando uma reintegração menos traumatizante, o que assegura os seus direitos fundamentais.

A discussão quanto à mencionada vedação merece ser mais bem desenvolvida, o que acontecerá posteriormente. Passa-se, então, à análise dos requisitos legais estabelecidos no art. 33, §4º, para a configuração do tráfico eventual de entorpecentes.

Para fins de estabelecer a diferenciação entre o traficante profissional e o traficante eventual, a lei especifica alguns requisitos essenciais. Dessa forma, dispôs

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
> I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;
> II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
> III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.
> [...]
> § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Ressalta-se, primeiramente, que não existe na doutrina ou jurisprudência unanimidade de denominação ao delito previsto no §4º, do art. 33 da Lei de Tóxicos. Encontram-se diversas denominações referentes ao mesmo tipo penal, dentre as quais se destacam: tráfico eventual, tráfico ocasional, tráfico atenuado, tráfico de menor gravidade, tráfico de menor monta e, até mesmo, tráfico privilegiado, esta mais comumente utilizada no âmbito do TJMG, embora suscite algumas discussões de ordem conceitual. Assim como não há precisão terminológica, também não existe uma conceituação legal ou doutrinária.

Desse modo, com o objetivo de apontarmos uma noção geral do que possa ser o conceito do tráfico eventual ou ocasional - no entanto sem a pretensão de ser exaustivo – esboçamos uma simples exposição conceitual, acerca do §4º, art. 33 da lei 11.343/06: o tráfico eventual de entorpecentes é uma modalidade de tráfico ilícito de drogas, sobre a qual incide uma causa de diminuição de pena, a ser aplicada diante do preenchimento cumulativo de requisitos objetivos, estabelecidos em lei, os quais, se preenchidos, têm o condão de transformar a causa de diminuição de pena em direito subjetivo do agente devendo ser aferida no caso concreto, dentro dos limites legais. Assim, a figura do tráfico ocasional destina-se ao pequeno traficante, possibilitando a diminuição da pena cominada ao delito de tráfico de drogas (art 33, *caput* e §1º), na proporção de um sexto a dois terços, nos casos em que o agente seja primário, possuidor de bons antecedentes, devendo, ainda, não se dedicar às atividades criminosas, bem como não deve integrar organização criminosa. Observa-se que tal modalidade de tráfico, tendo em vista características pessoais do agente, institui uma benesse, uma penalidade menos grave, àquele que não está envolvido diretamente com o grande tráfico, ou seja, para o pequeno traficante, que concorre para essa atividade ilícita eventual ou ocasionalmente. De modo geral, o traficante eventual, o agente que não pratica o tráfico de entorpecentes profissionalmente, observados os requisitos legais, bem como o menor potencial ofensivo atrelado à sua conduta, faz jus à diminuição da pena, prevista no §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

No que tange à redução de pena prevista, variável de um sexto a dois terços da pena aplicada, cumpre novamente frisar que é causa de diminuição de pena que, conforme o art. 68 do CP, deve ser analisada na terceira fase da aplicação da pena. Na lição de Nucci, causas de aumento ou diminuição de pena "são causas obrigatórias ou facultativas de aumento ou diminuição da pena em quantidades fixadas pelo próprio legislador, porém sem estabelecer um mínimo e máximo para a pena (NUCCI, 2010, p.451)". Podem ser classificadas em

genéricas, se previstas na Parte Geral do Código Penal; ou específicas, se previstas na Parte Especial do Diploma Penal ou em legislação especial. No caso da Lei Antidrogas, a causa de diminuição de pena caracteriza-se como específica, uma vez que prevista em legislação especial. Além disso, a causa de diminuição de pena nessa lei é obrigatória, já que constitui direito subjetivo do agente, que preencha todos os requisitos legais exigidos, não cabendo, portanto, o julgamento discricionário do juiz quanto à aplicação da minorante, ao qual caberá, baseado em circunstâncias fáticas, fixar o *quantum* a ser reduzido. Saliente-se que, conforme assevera aquele renomado autor (NUCCI, 2010, p.451), em decorrência de a diminuição ser quantificada numericamente, é permitido que a pena final esteja abaixo do mínimo ou acima do máximo fixado em lei. Exemplo disso ocorre com o tráfico eventual que, se presentes e reconhecidas todas as condições legais, a pena mínima de 05 (cinco) anos (art. 33, *caput*) poderá ser fixada em até 1 (um) ano e 8 (oito) meses.

Passando-se à análise dos requisitos exigidos pela lei, tem-se primeiro, para a incidência da minorante, a exigência da primariedade do agente, que pode ser entendida como elemento subjetivo. A primariedade tem por função certificar que o agente não tenha sido condenado criminalmente por outra conduta, por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado, no território brasileiro ou de outro país antes da prática do novo crime. E, também, atestar no caso de o infrator anteriormente, ter sido condenado criminalmente por conduta criminosa, que entre o cometimento do novo delito e a extinção da reprimenda ou o cumprimento da condenação irrecorrível tenha transcorrido 05 (cinco) anos ou mais, não caracterizando, portanto, a reincidência.

Para Nucci, a primariedade trata-se de

> um conceito negativo, ou seja, significa não ser reincidente. Portanto, quem não é reincidente é primário. A reincidência ocorre quando o réu comete novo crime, após ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior. Lembremos, no entanto, que a condenação anterior somente surte efeito para provocar a reincidência desde que não tenha ocorrido o lapso temporal de cinco anos da data do cumprimento ou da extinção da pena e o cometimento de nova infração penal (NUCCI, 2010, p.742).

Em seguida, estatui a lei a exigência de bons antecedentes penais. No que se refere a esse requisito muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais existiam no sentido de que, para fins de apenamento, deveria ser levada em conta apenas a condenação transitada em julgado, que não gere reincidência, ou deveria ser considerada a existência de inquéritos ou processos criminais sem condenação transitada em julgado.

Doutrinariamente, a esse respeito, é válido destacar magistério de Greco, segundo o qual

> os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos na lei penal (GRECO, 2007, p. 562).

No mesmo sentido, a jurisprudência foi cada vez mais se consolidando e, consequentemente, tornando o entendimento majoritário, inclusive nos tribunais superiores, de modo que desta forma já entendeu o STF:

> HABEAS CORPUS – INJUSTIFICADA EXACERBAÇÃO DA PENA COM BASE NA MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU DE PROCESSOS PENAIS AINDA EM CURSO – AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL IRRECORÍVEL – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) – PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE.
> O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes. (STF – HC 79966/SP, 2º Turma, Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, DJU de 29/08/2003).

O STJ, diante das inúmeras discussões referentes a esse tema e com a finalidade de orientar e demonstrar seu entendimento majoritário, editou a Súmula 444, contendo a seguinte redação "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)".

Conforme se depreende, a doutrina e a jurisprudência têm como fundamento o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, XVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória") para considerar contrário aos antecedentes penais do agente somente as condenações penais que tenham transitado em

julgado, sendo, portanto, irrecorríveis; e devendo ainda observar se não geram a reincidência, haja vista a vedação do *bis in idem* no Direito Nacional. Tal entendimento mostra-se perfeitamente apropriado à pretensão difundida pelo Estado Democrático de Direito, o qual prega, sobretudo na seara do Direito Penal, a obrigatoriedade de se observar o devido processo legal, considerado uma garantia fundamental, portanto, indispensável e indisponível. Dessa forma, somente findo o processo penal, oportunizando-se a ampla defesa e o contraditório ao acusado e havendo a impossibilidade de interposição de recurso, pode-se declarar sua culpa decorrendo-se a partir daí, todas as implicações legais previstas.

No que concerne à última parte do §4º, do art. 33, que traz como condição, para o fim de caracterizar o tráfico eventual, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa, percebe-se que a conceituação de tais atividades não se encontra estabelecida e sedimentada na doutrina ou jurisprudência. Todavia, transcreve-se trecho de julgamento realizado pela Ministra Carmen Lúcia, do STF, bastante elucidativo a esse respeito

> Dedicar-se tem o sentido de "aplicar-se, destinar-se, ocupar-se, empregar-se, entregar-se, consagrar-se, dar-se" (Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa); atividade é denominada como "qualquer ação ou trabalho específico" (Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa); e criminosa significa subsumida a um tipo legalmente definido como delito. Ao apresentar sua justificativa sobre esse dispositivo na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (PLS n. 115/2002), o Deputado Paulo Pimenta afirmou que "[n]ão nos olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso, mantivemos uma causa especial de diminuição da pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta se caracterize por ausência de habitualidade e caráter não profissional". Reconheceu, assim, o legislador que, para fazer jus à causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos, o agente não poderia a) ser reincidente, b) ostentar condenações anteriores e c) agir de forma rotineira ou sistemática.
>
> Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, o traficante passível de ser beneficiado com a causa de diminuição seria aquele que agiria "de modo individual e ocasional" (Nova lei de drogas comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 165).
>
> Como ensina Jayme Welmer de Freitas, "[o] dedicar-se a atividades criminosas (tal como o dolo pode se evidenciar pela sede das lesões) pode se inferir pelas circunstâncias objetivas que permeiam o crime (...) e subjetivas quanto à pessoa do agente (...), elucidando a incursão do traficante no seio da criminalidade. Este trânsito pelo crime é relativo na dedicação a atividades criminosas, mas teoricamente absoluto nos casos de reincidência, maus antecedentes e participação em organização criminosa" (Juris Plenum – Ano IV – Número 19 - A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para

> aferição da sua aplicabilidade. Caxias do Sul: Editora Plenum Ltda., 2008. p.52).
> Sem pretender esgotar as situações caracterizadoras de atividades criminosas, Jayme Welmer de Freitas pronuncia-se no sentido de que a) a conduta social do agente, b) o concurso eventual de pessoas, c) a receptação, d) os petrechos relacionados ao tráfico, e) a quantidade de droga e f) as situações residuais dos maus antecedentes serviriam de exemplos para a não concessão do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (STF – HC94.806 – 1ª Turma – Rel. Min. Carmén Lúcia – pub. 16/04/2010).

Dentre essas situações acima expostas que são aptas a configurar a atividade criminosa, uma merece ser enfatizada em decorrência de sua problemática. Questão tormentosa que se relaciona com o delito em comento, diz respeito à falta de previsão e imprecisão conceitual quanto à expressão "quantidade de drogas", para que se possa diferenciar o pequeno do grande traficante. Embora não esteja presente na letra da lei, é essencial para a análise do tipo penal do tráfico eventual. Sendo assim, muitas são as interpretações dadas ao termo "pequena quantidade", em todas as instâncias do judiciário e na doutrina.

Diante disso, a valoração do sentido da quantidade de drogas tem sido realizada levando-se em consideração as circunstâncias pessoais e judiciais, bem como os elementos, tipo de droga e demais indícios do caso concreto, para fins de análise da incidência do privilégio exposto no §4º, do art. 33. De modo que, caso as circunstâncias pessoais e judiciais se apresentem favoráveis ao agente, é imperioso o reconhecimento da minorante. Nesse sentido, encontra-se na jurisprudência:

> PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI Nº 11.343/06. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCIDÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA.
> I - A **expressiva** quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência da minorante do art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (**Precedentes**), ora pode ser considerada como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.
> [...]
> III - Assim, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 consideradas totalmente favoráveis e, por fim, pequena a quantidade de droga apreendida, faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), por preencher os requisitos legais. **Habeas corpus** concedido (STJ – HC 156.573/SP – Quinta Turma – Rel. Min. Félix Fischer – pub. 14/6/2010).

Sendo assim, para a caracterização da dedicação a atividades criminosas é indispensável a concorrência daqueles outros elementos, além da quantidade de drogas, que deverão ser aferidos juntamente com os indícios fáticos presentes. Dessa forma, a porção de drogas, única e exclusivamente, não deve ter o condão de arredar a aplicação do privilégio à conduta do traficante eventual, com a finalidade de exasperar sua reprimenda, devendo, no entanto, ser levada em conta como fator para a graduação da pena.

Nesse sentido, já expressou a jurisprudência do STF, segundo a qual

> Note-se, contudo, que a única razão apontada pelo Tribunal **a quo** para negar ao réu a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 calcou-se "*em vista da enorme quantidade de droga, ou seja, 1.550 gramas de cocaína*", o que a despeito de ser um dos critérios para determinação do grau de redução a ser considerado pelo julgador, não constitui óbice ao reconhecimento do privilégio.
> A Segunda Turma, durante a análise do HC nº 101.317/MS, de relatoria da Ministra **Ellen Gracie**, teve a oportunidade de sufragar entendimento no sentido de que a quantidade de droga apreendida é circunstância que deve ser sopesada na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art.42 da Lei nº 11.343/2006, sendo impróprio invocá-la por ocasião de escolha do fator de redução previsto no §4º do art. 33 da nova Lei de Drogas. [...]
> Não se verifica, contudo, qualquer dado concreto a indicar que o paciente, sem registro de outras ocorrências relativas ao tráfico, não passe de uma simples *mula*, cuja conduta pode ser enquadrada como *traficância menor* ou *eventual*, o que permite a incidência do disposto no § 4º art. 33 da Lei nº 11.343/06 (STF – HC 130.556/SP – Primeira Turma – Rel. Min. Dias Toffoli – pub. 25/5/2011).

De modo igual, o TJMG em julgamento de apelação criminal reconheceu, no caso do referido recurso, que, embora tenha sido flagrado e apreendido com 5,0 KG (cinco quilogramas) de cocaína, o agente fazia jus à concessão prevista no §4º, do art.33 da Lei de Tóxicos, não se considerando exclusivamente a quantidade de drogas para configurar a atividade criminosa, de modo a afastar o privilégio, mas apenas como forma de dosar a fração de diminuição cabível ao agente, no caso concreto, já que, segundo a relatora,

> o apelante é primário, com bons antecedentes, e que não há prova que se dedique às atividades criminosas, nem integre à organização criminosa, mostra-se viável a redução pelo privilégio, porém, tenho que o deva ser no patamar de 1/4, pois diante da quantidade e da qualidade da droga apreendida, a meu ver, não merece redução maior. (TJMG – Apelação Criminal nº 1.0183.07.127848-9/001(1) - 5ª Cam.Crim. – Rel. Des.(a) Maria Celeste Porto – pub. 13/03/2009)

Discorre-se, derradeiramente, sobre a noção de organização criminosa. As organizações criminosas hodiernamente movimentam enorme montante de dinheiro. Seus membros estão presentes nos mais altos estratos da sociedade e engajados em inúmeras atividades (financeiras, empresarias, políticas), até mesmo lícitas, no entanto, com a finalidade de lavagem de dinheiro, corrupção, entre outras. A atuação dessas organizações transpassa e elimina as fronteiras entre os países, merecendo, portanto, um maior comprometimento, integração e cooperação entre os Estados.

No caso do tráfico de drogas não poderia ser diferente. Existe uma grande estrutura organizada, que possui elevado aporte financeiro, atuando, em alguns casos, em âmbito mundial.

Contudo, na legislação nacional, existe imprecisão terminológica para o termo organização criminosa. Em decorrência dos inúmeros delitos e ramos do crime que essas organizações estão envolvidas, há enorme dificuldade de se estabelecer critérios para se descrevê-las e configurá-las. No Brasil a Lei 9.034, de 1995, modificada pela Lei 10.217, de 2001, dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, no entanto, não traz um conceito legal dessas organizações. O Projeto de lei 7.223/2002, dentre outros, teve por finalidade traçar o conceito de organização criminosa, todavia, ainda não fora a provado pelo Congresso Nacional.

Em que pese a tentativa de definir o termo organização criminosa, consoante asseveram Prado e Castro (p.954, 2009)

> O PL 7.223/02 prevê ao lado de uma caracterização defeituosa de organizações criminosas, o acréscimo de uma causa de aumento de pena específica para o crime de quadrilha ou bando e remete à caracterização no mínimo questionável de organizações criminosa, que pretende instituir mediante a inserção do parágrafo único no art. 1º da Lei 90.34/1995. Pela leitura desse projeto, uma vez mais se nota que há uma indistinção do conceito de quadrilha ou bando e o de organização criminosa, e a matéria ainda é colocada de forma contraditória, pois, em um primeiro momento, estão reunidas em um dispositivo todas as características alternativas de organizações criminosas e, em seguida, essa forma de agrupamento ilícito é tratada como uma adjetivação (qualificação) da quadrilha ou bando.
> O presente estágio do tratamento jurídico-penal da criminalidade organizada do Direito brasileiro torna extremamente difícil a tipificação *coerente* do crime organizado.

No Brasil, de acordo com Prado e Castro (2009), o Dec. 5.015 de 2004, promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional, que fixou elementos para caracterizar o crime organizado como

> Artigo 2. Terminologia. Para efeitos dessa Convenção, entende-se por: a) 'Grupo criminoso organizado' – grupo estrutura de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com intenção de obter direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (PRADO e CASTRO, 2009, p.936/937, nota 42).

Tal convenção aborda alguns elementos característicos do conceito de organização criminosa no âmbito de internacional, não se aplicando, embora promulgado mediante decreto, em nível interno. Conforme ensina Gomes (2011), tratado internacional não pode versar sobre direito penal interno, sob pena de usurpar do legislador pátrio sua função precípua. Desse modo, no ordenamento jurídico brasileiro, continua inexistindo conceituação legal para organizações. Ademais, continua afirmando esse autor, a inexistência de definição com respaldo em lei cria uma enorme insegurança jurídica, pois fica a cargo de cada aplicador do direito interpretar e fazer incidir seu pensamento sobre cada caso concreto, de modo que cria (legisla) e aplica seu próprio conceito, o que é inadmissível, sobretudo na seara penal.

A lei 11.343/06 comete equívoco ao exigir, para a incidência da causa de diminuição de pena, a não participação do agente em organização criminosa, pois como se ressaltou, é inexistente a conceituação legal de tal instituto. Diante desse quadro tormentoso, não pode o interprete da lei valer-se da vaga e imprecisa noção de organização criminosa para negar a incidência a minorante, no caso concreto. Isto é, em se tratando de tráfico eventual, não é admissível que se permita ao julgador fundamentar apenas na participação em organização criminosa - naquilo que acredita ser tal instituto, se os outros requisitos objetivos não o indique essa possibilidade - para deixar de reconhecer o direito à redução da pena. Se assim agir o julgador, estará infringindo o princípio da legalidade penal, corolário do Direito Penal, bem como estará ultrapassando seu limite de atuação, sendo, portanto, ilegítima sua ação.

Ressalte-se, por fim, tendo em vista todos esses elementos legais, que o pequeno traficante funciona, no mundo do tráfico, como uma armadura protetora do grande traficante, porém, frágil. Pois, caso sofra alguma ranhura ou amassado, é facilmente trocada, o que permite que o traficante profissional permaneça ileso (FRANCO, 2009). Desse modo,

embora o ‘avião’ seja peça pretendida pelo chefe do tráfico, para fins de caracterização do tráfico eventual de entorpecentes, é essencial que o agente não seja parte desse conjunto, que não faça da empresa do tráfico seu meio de sobrevivência, ou seja, que esteja, eventualmente, traficando, aliado às outras condições estatuídas pela lei.

4. TRÁFICO EVENTUAL DE ENTORPECENTES E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Os diversos Tribunais de Justiça Estaduais e Distrital assim como o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal têm recebido um volume considerável de processos e recursos versando sobre o tráfico eventual de entorpecentes, sobretudo, no que tange à aplicação das penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade ao agente que pratica tal modalidade de tráfico.

Observa-se que em nenhuma instância do Poder Judiciário brasileiro há unanimidade ou mesmo perspectiva de pacificação quanto ao tema. O pleno do STF se manifestou sobre o tema, em sede de controle difuso de constitucionalidade. Portanto, incidentalmente e com efeito inter partes, pela possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos, mediante a análise dos requisitos objetivos e subjetivos do demandante (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, DJE de 16-12-2010). Como a declaração se deu *incidenter tantum* não teve força vinculante, tornando-se um precedente para a questão. Diante disso, continua em aberto a discussão, dotando os julgadores de plena liberdade para tratar a questão conforme seu entendimento.

Neste tópico, pretendemos descrever nosso entendimento quanto ao assunto, expondo e aprofundando mais detalhadamente o posicionamento adotado nesse trabalho no que tange à aplicação das penas restritivas de direitos ao tráfico eventual de entorpecentes em consonância com o Princípio da Legalidade, o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Individualização da Pena.

O enfrentamento da questão que versa sobre a possibilidade de aplicação de penas alternativas ao tráfico eventual perpassará pela recorrente discussão sobre a equiparação de tal delito a crime hediondo. Dessa forma, diante da recorrência do argumento que, em tese, caracteriza o tráfico ocasional com a pecha da hediondez, julgou-se importante primeiramente, observando seu grau de censurabilidade, tecer alguns comentários quanto a essa característica. É o que se faz a seguir

4.1 Tráfico ilícito de entorpecentes – crime equiparado a hediondo

Com o tratamento dado a determinados crimes, reconhecendo legalmente sua hediondez ou os equiparando a essa categoria de crimes, cuja punição e repressão são mais elevadas em comparação com outras espécies penais de nosso sistema jurídico, indispensável se faz, para compreender tal reprimenda, uma breve retomada histórica do cenário político-ideológico que antecedera a CR/88.

De acordo com João José Leal (1993, p. 81),

> O período de autoritarismo político, que se instalou no país a partir de 1964, baseado na ideologia da Segurança Nacional e marcado por perseguições políticas, prisões arbitrárias, torturas e assassinatos; a intensificação do tráfico e uso indevido de drogas as mais diversas, aí incluindo as de alto potencial entorpecente; os altos índices de violência urbana, que atingiram níveis intoleráveis, gerando pânico generalizado nos grandes aglomerados urbanos: eis o contexto histórico e político-ideológico antecedente que motivou o constituinte de 88 a introduzir no capítulo referente aos direitos e garantias individuais e seu art. 5º, o inciso XLIII, estatuindo que "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". Verifica-se que o Constituinte de 88 tomou a iniciativa de considerar a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo como uma espécie maior, imperativa e categórica de crime profundamente repugnante e, portanto, merecedora de uma reação punitiva especificamente mais severa (inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia).

Posteriormente, diante de um anseio social muito grande, em decorrência da grande violência urbana crescente, promulgou-se a lei 8.072, em 1990, a qual trouxe disposições sobre os crimes hediondos, impondo também outras restrições, tais como: o regime de cumprimento inicialmente fechado, progressão de regime, prazo para a prisão temporária, entre outros. Saliente-se que o art. 2º da referida lei passou por grande reforma e avanço com a edição da Lei 11.464/07, uma vez que fora declarada a inconstitucionalidade de grande parte desse artigo. Outrossim, a lei de crimes hediondos recebera várias críticas, inclusive quanto a sua real necessidade, e até mesmo por ser um retrocesso para o Direito Penal brasileiro, pois, conforme leciona Leal (1993, p.85) o legislador "parte de uma premissa cientificamente falsa, ao presumir que as condutas assim rotuladas legalmente carregam em suas entranhas o caráter da hediondez indiscutível".

A Magna Carta de 1988 inseriu em seu rol o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins considerando-o crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, equiparando-o, ainda, aos crimes hediondos. Na lei anterior, a Lei 6.368/76, a pena cominada para o tráfico era de 03 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (art.12, *caput*). Na atual lei antidrogas em vigor, Lei 11.343/06, a pena cominada para a traficância de drogas é de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (art. 33, *caput*). Como se pode observar a repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, com a nova lei, ficou ainda mais severa. Por outro lado, percebe-se que as condutas, consideradas como tráfico ilícito de entorpecentes, permanecem as mesmas em ambas as leis de combate ao tráfico.

No entanto, a nova lei de tóxicos inova ao trazer para o mundo jurídico a figura do tráfico de entorpecentes eventual, figura típica que como vimos tem despertado vários embates na seara jurídica, inclusive quanto a sua hediondez e os efeitos decorrentes tal categorização.

Novamente, a fim de conceituar o crime hediondo, recorre-se aos ensinamentos de Leal (1993, p.85), segundo o qual,

> ontologicamente, o conceito de crime hediondo repousa na ideia de que existem condutas que se revelam como a antítese extrema dos padrões de comportamento moral, ou de que seus autores são portadores de um extremo grau de perversidade, de periculosidade e que, por isso, merecem sempre, o grau máximo de reprovação ética por parte do grupo social.

Sendo assim, é admissível que o tráfico ilícito de entorpecentes seja equiparado aos crimes hediondos, pois se sabe de várias de suas consequências e demais implicações sociais que dele advém. Dessa forma, a aplicação dos rigores da lei, que o equipara aos crimes hediondos, ao grande traficante é solução que melhor se adequa como resposta do poder punitivo estatal e da sociedade à prática desse crime. Todavia, a imperfeição da lei atual lei de tóxicos não traz parâmetros precisos para diferenciar o grande do pequeno traficante, bem como os demais elementos hábeis a tipificar este agente (pequeno traficante), que certamente é merecedor de pena mais rígida que a penalidade aplicada ao simples usuário de drogas; porém, é merecedor de pena mais branda que a aplicada ao grande traficante. Desse modo, preserva-se o caráter proporcional da pena.

Como observado anteriormente, o tráfico ocasional está previsto no art.33, §4º, da Lei 11.343/06, estatuindo a possibilidade de diminuição de pena de um sexto a dois terços, quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Dessa maneira, a tipificação do tráfico eventual de entorpecentes e consequente redução da pena dentro dos limites legais exigem, obrigatoriamente, o preenchimento de requisitos essenciais que dizem respeito ao agente da conduta, quais sejam: sua primariedade, bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Observa-se que aquele que incorre no tráfico eventual de entorpecentes certamente não é o grande traficante, que aufere grandes lucros com a traficância; pelo contrário, é o agente que está, eventualmente, no submundo do tráfico fazendo o papel de bode expiatório, enquanto o chefe do tráfico desfruta dos lucros de sua atividade ilícita. Ademais, na maioria das vezes, a conduta do pequeno traficante é motivada pelas circunstâncias sociais em que vive: muitas vezes lhe faltam oportunidades mínimas para não ingressar no mundo das drogas e a "pseudo-facilidade", oferecida pelo tráfico, frente à dificuldade de conseguir um trabalho, sem a devida qualificação, parece ser mais atrativa. Nesse contexto, a reprovabilidade de sua conduta deve ser minorada, uma vez que o seu desvalor há de ser sopesado no caso concreto, tendo em vista os requisitos exigidos pela lei para considerar o tráfico eventual, de forma que diante da minorante concedida pela lei, o caráter da hediondez não deverá prevalecer.

A jurisprudência e a doutrina, em diversas oportunidades, têm se manifestado contra a hediondez do tráfico eventual.

Neste sentido, já se posicionou a 2ª Câmara Criminal do TJMG, colacionando, para exemplificar, a ementa e trecho de um de seus julgados:

> EMENTA: PENAL - TRÁFICO DE DROGA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - TESTEMUNHO DE POLICIAIS - VALIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - INCIDÊNCIA DO § 4º, DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - CRIME NÃO-HEDIONDO OU EQUIPARADO - REGRA GERAL DO CP - APLICAÇÃO - REGIME ABERTO - ADEQUAÇÃO - 'SURSIS' - CABIMENTO - RECURSO PROVIDO EM PARTE (EMENTA). Entendo que o crime de tráfico de droga, quando praticado na forma do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não possui natureza de crime hediondo ou equiparado, admitindo-se, portanto, em casos tais, a fixação de regime prisional nos termos dos art. 33 e ss., do Código Penal, vale dizer, segundo a regra geral. E o fundamento é bastante simples: o tráfico privilegiado não foi contemplado no rol do art. 1º, da Lei nº 8.072/90, inexistindo, portanto, autorização legal para qualificar-se-o como crime hediondo ou equiparado. [...]. O rol do art. 1º, da Lei 8.072/90, é taxativo, em enumeração e clareza (trecho da

> fundamentação em voto do relator). (TJMG - APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0003.09.030228-6/001 – 2ª C.Crim. – Rel. DES. HÉLCIO VALENTIM – pub.16/08/2010).

Coadunando-se com esse mesmo entendimento, ensina Costa que

> esta figura [tráfico privilegiado] não caracteriza um crime hediondo ou a equiparado. Basta utilizar o raciocínio fixado pela jurisprudência quanto ao crime de homicídio qualificado-privilegiado. Embora o homicídio qualificado seja crime hediondo, a presença da figura do privilégio não foi prevista no art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90 (COSTA, 2007, p.2).

Argumenta-se, contrariamente, quanto à comparação feita entre o homicídio qualificado-privilegiado e tráfico ocasional, pois no primeiro tipo penal o benefício recai sobre a motivação do crime; no segundo, a redução de pena prevista se dá em relação às qualidades pessoais do agente. No entanto, a benesse concedida por força das características pessoais demonstra a menor reprovabilidade do delito, em especial a menor censurabilidade da conduta do agente, incluindo-se a isso a falta de equiparação legal que este delito aos crimes hediondos.

Dentre outras controvérsias em torno do tráfico ocasional, destaca-se também a discussão acerca da vedação contida no art. 44 da lei antidrogas. Questiona-se, assim, se tal vedação seria aplicável a essa modalidade de tráfico. Como o caráter de hediondo deve ser afastado de tal figura, em virtude de sua menor reprovabilidade e censurabilidade, apresenta-se mais coerente o afastamento também da vedação trazida nesse art. 44. Mais uma vez corrobora esse entendimento a lição de Costa, pois

> ora, se o art. 44 tivesse incidência sobre o art.33, §4º, **haveria de existir menção expressa neste sentido**. Contraria a lógica de que a lei não possui palavras inúteis considerar que a vedação da conversão em pena restritiva de direitos foi "repetida" duas vezes para o art. 33, §4º.
> Assim, raciocinando sistematicamente e com base na jurisprudência do crime de homicídio qualificado-privilegiado, esta figura **não pode receber o mesmo tratamento do tráfico de drogas, nem pode ser considerada crime hediondo**(COSTA, 2007, p.2).

Acrescente-se que a referida vedação vai de encontro com o princípio da individualização da pena, garantido constitucionalmente. Quanto à vedação à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, expressa no próprio §4º, do art. 33, foi, juntamente com o art. 44, declarada incidentalmente inconstitucional (HC 97.256).

Considerando o exposto neste tópico, o entendimento de que apenas o tráfico ilícito de drogas, a exemplo do homicídio qualificado (crime hediondo), há de ser considerado equiparado a crime hediondo, em virtude de previsão legal contida na CF/88, apresenta-se como o mais plausível e adequado, respeitando o nosso Diploma Constitucional. De outro modo, a mácula da hediondez deve ser afastada do tráfico eventual de entorpecentes, atribuindo uma punição menos gravosa ao pequeno traficante, nos limites da lei, permitindo, ainda, a aplicação de penas alternativas quando forem compatíveis e suficientes à reprovabilidade da conduta. Ressalte-se, ainda, que mesmo em se tratando de crimes hediondos, preenchidos os requisitos legais, tem se admitido a aplicação das penas alternativas.

O tráfico de drogas, não só no Brasil como mundialmente, exige um tratamento especial, ao ter em vista as inúmeras políticas e investimentos públicos que foram ineficazes ao seu combate. Assim, comparar o pequeno traficante com o grande traficante, considerando idênticas, para fins de repressão, as condutas desses agentes e impondo-lhes a mesma pena, além de ser desproporcional, implica em outro problema do sistema penal brasileiro: o problema do sistema carcerário. Hodiernamente, os estabelecimentos prisionais propiciam, na maioria das vezes, o maior contato com criminalidade, quando deveria propiciar meios de reinserção social ao apenado. Como se disse, o pequeno traficante, às vezes, é traficante eventualmente. Ainda não tem contato com o crime organizado, é apenas um "peão" no tabuleiro. Desse modo, o seu encarceramento imediato pode resultar na entrega de mais uma peça para o crime organizado, visto que no sistema penal brasileiro a reabilitação não é tratada em primeiro plano, nesse sistema predomina o caráter punitivo e repressivo.

Nesse contexto, é essencial não atribuir à conduta de tipificada no §4º do art. 33 da lei 11.343/06 os rigores do crime hediondo. De modo contrário, necessário se faz aplicar-lhe outro tratamento. E, com esse intuito, aparecem as penas alternativas como uma das medidas para o não aprisionamento desses indivíduos que são, até então, primários, de bons antecedentes, não se dedicam às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4.2 Tráfico eventual, penas restritivas de direitos e os Princípios Constitucionais Penais

No subtópico anterior, buscou-se demonstrar que a pecha da hediondez não deve prevalecer sobre o tráfico ocasional diante de sua menor reprovabilidade em comparação ao tráfico ilícito de entorpecentes. Este último equiparado pela CF/88 a crime hediondo; em contrapartida, no que concerne ao tráfico eventual norma alguma é estabelecida que o equipare aos crimes hediondos.

Nesse subtópico, serão realizados apontamentos, fundamentando-se em princípios constitucionais, sobre a possibilidade da aplicação das penas restritivas de direitos ao tráfico eventual de entorpecentes.

Inicialmente, traz-se para a discussão o Princípio da Legalidade (art. 5º, II, CR/88), princípio que perpassa todos os ramos da ciência jurídica, constituindo como um limite ao poder do Estado, sobretudo, um limite ao poder punitivo que lhe fora concedido, porém, não de maneira absoluta. Devendo-se observar, por isso, que o Direito Penal constitui-se em *ultima ratio*, exigindo, portanto, que se obedeça aos mandamentos legais, sob pena de desrespeito aos direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade é assegurada e elevada ao patamar de um dos direitos fundamentais mais importantes.

O princípio da legalidade faculta ao cidadão fazer tudo aquilo que não é defeso em lei; por outro lado, especialmente em se tratando de Direito Penal, somente se permite à autoridade legislativa, bem como à autoridade judicial agir em conformidade com o que está previsto em lei, ou seja, submete a atuação dessas autoridades ao que está estabelecido em lei e especialmente ao império dos princípios constitucionais.

Ao se considerar essa regra, devido à ausência de ordem legal, a equiparação do tráfico eventual a outros crimes hediondos, bem como os argumentos, que levam em consideração tal atributo, a fim de ilidir a incidência das penas restritivas de direitos ao pequeno traficante, estão em flagrante afronta ao princípio da legalidade. Isso porque, na norma constitucional que equipara o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos e a própria lei 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos e o tratamento a eles dispensados, inexiste ressalva quanto à figura o traficante eventual, sendo inadmissível que se interprete extensivamente uma norma que importa em evidente prejuízo ao pequeno traficante.

Desse modo, considerando a inexistência de mandamento legal, foi consignado entendimento no qual

> Verifica-se da simples leitura do texto legal que não houve referência à figura típica derivada prevista no § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, sendo certo que se a norma do artigo 44 abarcasse o denominado tráfico privilegiado não haveria a necessidade de o legislador expressar a vedação da substituição de pena no próprio § 4º, como é de singela constatação.
> Dessarte, infere-se tanto do texto acima mencionado, quanto da redação do § 4º, que a intenção foi a de dar um tratamento especial a uma hipótese que difere completamente da incriminação contida no caput e no § 1º do artigo 33.
> Pode-se concluir, portanto, que o tráfico ilícito de drogas, como crime equiparado a hediondo, na forma preconizada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e pelo artigo 2º, caput, da Lei 8.072/90, abrange, tão-somente, as figuras típicas previstas no caput e § 1º do artigo 33 da Lei 11.343/06, pois o artigo 44 da Lei Antidrogas, que regulamenta o dispositivo constitucional suso indicado, apenas se refere a tais hipóteses de tráfico, excluindo as demais, como, por exemplo, as previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. Do mesmo modo, a vedação para a concessão do sursis abrange tais figuras, ou seja, não alcança o delito previsto no art. 33, § 4º, da referida lei. A figura privilegiada de tráfico, prevista na moldura do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, não retrata crime similar a hediondo, mas sim tipo penal incriminador não etiquetado como tal, extraindo-se essa conclusão pelo princípio da legalidade (TJMG- EMBARGOS INFRINGENTES N° 1.0338.09.090113-7/002 - 5ª C. Crim. – Rel. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO– pub. 29/08/2011).

A hediondez do tráfico eventual, conforme demonstrado acima, não é prevista em lei, o que contraria o princípio da legalidade, se assim o for considerado. Além disso, o rol trazido pela lei de crimes hediondos é taxativo, não se admitindo a inserção de outros penais senão aqueles que se encontram legalmente fixados. Portanto, o atributo da hediondez é cabível somente ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no art. 33, *caput* e §1º.

Ademais, os princípios constitucionais possuem funções dentro do sistema normativo. Dentre elas, observamos a função diretiva, que reforça a ideia de superioridade da Constituição, ao inviabilizar que normas infraconstitucionais sejam contrárias à Lei Maior. Desse modo, o legislador ao prever a impossibilidade da conversão de penas corporais por penas restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos legais exigidos, caso do art.33, § 4º, afronta o princípio da legalidade em sua vertente material, pois equipara a crime hediondo, delito que em sua natureza constitutiva não o é, pois inexiste disposição legal que o equipare. Outra função inerente aos princípios constitucionais é a limitativa, função por meio da qual o princípio da legalidade limita e impede que a figura típica do §4º, seja equiparada, no momento de sua aplicação, às demais infrações consideradas hediondas, por falta de previsão legal.

O princípio da legalidade, conforme nos ensina Greco (2006, p.96), possui funções específicas, vale dizer, funções proibitivas. Merece destaque aquela função que proíbe o uso de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas. Diante disso, cumulativamente, com a inexistência de previsão legal quanto a hediondez atribuída ao §4º, art.33 da lei 11.343/06, deduz-se, mais uma vez, a impossibilidade de considerar tal delito similar a hediondo, bem como a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos ao traficante eventual.

Tendo em vista essas considerações, no que concerne ao princípio da legalidade, entendemos que a equiparação da figura do §4º, do art. 33 da lei 11.343/06 a crimes hediondos e consequente proibição da aplicação de penas restritivas de direitos, quando recomendáveis ao caso em concreto, ofende diretamente o princípio da legalidade. Negar a possibilidade de substituição da pena corporal por pena alternativa, privando, assim, o cidadão de seu direito à liberdade, sob o argumento de que o tráfico eventual é equiparado a hediondo, é ignorar a existência de um direito fundamental que é a liberdade. Além disso, esse princípio é corolário de todo sistema jurídico. Sua ofensa representa a negação do Estado Democrático de Direito, no qual deve haver prevalência da Constituição, sobre qualquer regramento que pretenda ter aplicabilidade no sistema jurídico do qual faz parte.

O Estado Democrático de Direito, além de estar vinculado ao princípio da legalidade, deve obediência também ao princípio da proporcionalidade, que, embora implícito em nosso Texto Constitucional, tem plena vigência, eficácia e aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico. A observância desse princípio é indispensável, pois, como já se verificou, nem sempre a lei é o suficiente para obstaculizar injustiças, por vezes, até mesmo cometendo-as. Desse modo, tal princípio visa a impedir o ataque aos direitos fundamentais do cidadão, uma vez que, por meio dele, pondera-se a efetividade do resultado entre o meio aplicado e o fim pretendido, propagando-se assim o respeito à dignidade humana intrínseca ao cidadão em face à imperfeição das leis.

A pena privativa de liberdade é medida extrema que se impõe como última alternativa. Viu-se, também, que a conduta do pequeno traficante não merece a reprovabilidade extrema, visto que, de acordo com suas características pessoais, bem como outros requisitos exigidos para a concessão da aplicação da pena alternativa, a penalidade alternativa mostra-se suficiente à sua reprovação.

Diante do sentido de princípio da proporcionalidade em confronto com a estipulação da lei que veda a aplicação de penas restritivas ao crime de tráfico eventual,

percebemos que não existe proporcionalidade entre a vedação imposta ao delito e seu grau de censurabilidade, ofendendo, dessa maneira, aos preceitos da Magna Carta.

A proibição estampada no §4º, art. 33, da Lei de Tóxicos, de outro modo, viola o princípio da proporcionalidade. A uma, porque é contrária a vertente do princípio que diz respeito à adequação, pela qual se verifica a aptidão do meio empregado para se alcançar a finalidade exigida. A realidade carcerária do Brasil tem se mostrado como inabilitada para o fim da ressocialização, demonstrando a falência da pena privativa de liberdade. De modo diverso, as penas alternativas visam o não encarceramento como forma de punição, principalmente, quando se tratar de penas de curta duração, caso aplicável ao pequeno traficante. Desse modo, sendo uma das finalidades da pena a ressocialização, adequa-se melhor a esse fim as penas restritivas de direitos, dadas suas funções. A duas, pois na seara da necessidade, outro subprincípio, em que se verifica a indispensabilidade da medida punitiva, observa-se que existe outra menos gravosa que se impõe: a pena alternativa. A três, já que infringe diretamente o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual se pondera entre os direitos em conflito, qual deverá ser restringido em face do outro. A esse propósito, ressalte-se que o princípio da proporcionalidade se infere do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade, que devem prevalecer, em se tratando do pequeno traficante, sobre o *jus puniendi* estatal. Sobre o princípio da proporcionalidade a jurisprudência já se posicionou no sentido de que

> A solução que apresento tem raiz no princípio da proporcionalidade que, por sua vez, está pautado no princípio da igualdade, consagrado no art. 5º da Constituição da República de 1988 - "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)". A equiparação hedionda citada acima ofende a concepção atual de igualdade, a valorativa, sintetizada no tratamento igualitário para os iguais e tratamento desigual para os que se desigualam, de modo justificado e razoável.
> A aplicação da vedação prevista em lei infraconstitucional é um resultado possível a partir de uma visão positivista clássica da função jurisdicional. O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito desafia uma releitura do papel do julgador que passa de mero aplicador da lei, numa cega sujeição, a guardião dos direitos fundamentais, entre eles a igualdade e a proporcionalidade...
> Considerando que o comando da proporcionalidade remete o intérprete a "um juízo lógico ou de ponderação que compara, valorativamente, a gravidade do fato antijurídico e a gravidade da pena" (Gomes, Luiz Flávio (Coord). Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 555), e, ainda, considerando que seus destinatários são o legislador (cominação legal proporcional - sentido abstrato) e o julgador (imposição de pena proporcional - sentido concreto), reconheço a possibilidade de, no tráfico privilegiado, haver o

> afastamento da pena privativa de liberdade, substituída por pena restritiva de direitos (TJMG- EMBARGOS INFRINGENTES N° 1.0476.10.000295-7/002- 5ª C. Crim. – Rel. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO– pub. 29/08/2011).

Extrai-se do excerto supracitado que o princípio da proporcionalidade deve ser observado em duas instâncias: primeiro no campo legislativo, cuja atenção do legislador volta-se para escolha e cominação do tipo de pena e sua quantidade, pautando-se na política criminal; em segunda dimensão, é destinado ao julgador que, tendo em vista os limites da estipulação legislativa, concretiza a aplicação da lei. Assim, o princípio da proporcionalidade, de um lado, proíbe o legislador de cominar penas que não retratem a gravidade e necessidade da punição, aspecto que não fora observado quando da proibição contida no §4º, art. 33 e art. 44 da lei 11.343/06; de outro, impõe ao juiz, na aplicação da lei, o dever de ponderação e punição adequada observando-se a censurabilidade da conduta e a gravidade da pena a ser imposta, face ao excesso de formalismo da lei.

Desse modo, o julgador encontra, em tese, seus limites na previsão - saliente-se, política - feita pelo legislador. Todavia, essa "limitação" do juiz encontra óbice nos princípios constitucionais, de modo que, se previsão infraconstitucional os contraria, tem por dever aplicar a regra editada em consonância com a disposição constitucional. Nesse sentido, leciona-nos Comparato (s.d., p.15)

> O juiz não pode, sob o falso argumento de que não é um órgão político, recusar-se a apreciar eticamente as lides submetidas ao seu julgamento. A finalidade última do ato de julgar consiste em fazer justiça, não em aplicar cegamente as normas do direito positivo. Ora, a justiça, como advertiu a sabedoria clássica, consiste em dar a cada um o que é seu. O que pertence essencialmente a cada indivíduo, pela sua própria natureza, é a dignidade de pessoa humana, supremo valor ético. Uma decisão judicial que negue, no caso concreto, a dignidade humana é imoral e, portanto, juridicamente insustentável.

Aderindo esse sentido de justiça, 'dar a cada um o que é seu', nada mais traduz tal sentimento do que propiciar ao pequeno traficante uma punição condizente com seu ato. Nos casos concretos, percebe-se que o traficante eventual o é, na maioria das vezes, devido às restrições sociais que sofrem ou nas quais vivem. É certo que essa não é a realidade de todos, mas não podemos sacrificar a grande maioria dos envolvidos com essa espécie de tráfico, tendo por base a minoria. Além do mais, encarcerar o pequeno traficante nas atuais condições carcerárias que vivenciamos é como se o colocássemos em uma escola para a criminalidade,

que, infelizmente, tem formado inúmeros delinquentes. Ao considerar tal realidade, as penas alternativas apresentam-se como uma possível solução, adequando-se ao princípio da proporcionalidade que busca a efetivação da garantia da dignidade humana e da igualdade, sendo, por isso, um dos preceitos legitimadores e fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Outra garantia constitucional elevada à categoria de princípio é a individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), segundo a qual, fica assegurado ao juiz, no caso concreto, agir com discricionariedade, desde que nos limites legais, para aplicar e adequar a punição ao infrator de uma norma penal. Diante disso, a vedação imposta ao juiz, no §4º, art. 33 da Lei Antidrogas, se seguida na literalidade do texto da lei, retira a possibilidade de o julgador proceder à análise frente às circunstâncias fáticas. Assim, estabelece um parâmetro único de aplicação da lei, fazendo do juiz mero aplicador, impossibilitado de interpretar lei.

A esse respeito, que a referida proibição é contrária ao princípio da individualização da pena, colaciona-se a parte de ementa de julgamento, lavrada pelo Excelentíssimo Ministro Ayres Britto, em sessão plenária do STF

> EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/06: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
> 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.
> 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da atividade sancionatória (STF - HC 97.256 – Plenário - Rel. Min. Ayres Britto, pub. 16/12/2010).

Consoante se demonstrou anteriormente (vide capítulo 2º), a legislação infraconstitucional, diga-se, o Código Penal, prevê em seus art. 59 e 68, parâmetros para a individualização pena, dentre eles encontra-se aquele que concede ao juiz a possibilidade de a substituição da pena privativa de liberdade por outra, incluindo-se as pena restritiva de direitos, parâmetros cuja observância é obrigatória sob pena de violação do princípio constitucional, bem como de outros.

A supressão de parte essencial do momento judicial de individualização, fixando indistintamente a modalidade de pena aplicável, pelo legislativo é política criminal que agride o fundamento da própria lei 11.343/06, que inova ao traçar a diferença no tratamento entre pequeno e grande traficante, impondo, para tanto, penas diferentes. Sendo, por isso, um paradoxo impedir a substituição de pena corporal por pena alternativa, já que assim dificulta, ou até mesmo impede, a reintegração social ao impor penalidade mais grave e traumatizante, independente das características pessoais e fáticas concretas.

Diante dessas breves observações realizadas sobre a relação entre o tráfico eventual, penas restritivas de direitos e princípios constitucionais e a fim de concluirmos, recorremos, novamente, à excelente lição que nos oferece Comparato (s.d., p.15) quanto à violação de princípios por normas hierarquicamente inferiores, ensinando-nos que

> Ao verificar que a aplicação de determinada regra legal ao caso submetido a julgamento acarreta clara violação de um princípio fundamental de direitos humanos, muito embora a regra não seja inconstitucional em tese, o juiz deve afastar a aplicação da lei na hipótese, tendo em vista a supremacia dos princípios sobre as regras, o que acarreta a necessidade lógica de se interpretarem estas em função da norma de princípio.

Assim sendo, evidenciada a supremacia normativa dos princípios constitucionais, inconcebível é admitir, em nosso ordenamento jurídico, norma infraconstitucional que não esteja em conformidade com os pilares fundados na/pela Carta Constitucional. Desse modo, a proibição da substituição da reprimenda corporal pela restritiva de direito se mostra contrária, portanto, violadora dos princípios constitucionais trazidos à análise, e, em consequência disso, ofensiva aos direitos fundamentais, cláusulas pétreas da Constituição que são o fundamento de validade e legitimidade de todo o sistema jurídico e modo de assegurar a continuidade e defesa de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico é composto de normas e regras que devem ser, obrigatoriamente, harmônicas entre si. Nesse conjunto harmônico existem alguns preceitos elevados à categoria de princípios de direito que são mandamentos considerados o sustentáculo e fonte legitimadora desse sistema. Em decorrência disso, são dotados de supremacia normativa sobre as demais normas. No Direito Penal, tais princípios adquirem uma força normativa ainda maior sendo imprescindível sua observância e aplicação, uma vez que esse ramo do direito pode interferir e violar mais drasticamente os direitos e garantias individuais do ser humano.

Nesse trabalho, trouxemos à discussão os princípios constitucionais penais da legalidade, proporcionalidade e individualização da pena, em face da proibição, por norma infraconstitucional, à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos no tráfico eventual, procurando demonstrar que tal vedação é contrária àquelas normas, cuja força normativa é superior dentro de nosso ordenamento jurídico. Dessa forma, observamos que o impedimento imposto pela lei à conversão das penas é ofensivo aos direitos fundamentais assegurados na CF/88, pilares do Estado Democrático de Direito.

Ademais, em uma breve análise da evolução histórica das penas demonstramos que, cada vez mais, a noção de penalidade afasta-se de uma concepção pura e simples de punição; de outro modo, busca consolidar-se num sentido mais humanizador, segundo o qual apenas a retribuição pelo mal cometido não é suficiente, nem é compatível com o atual paradigma do direito, defensor das liberdades e garantias individuais e coletivas. Em contrapartida, pretendemos evidenciar a falência da pena privativa de liberdade, de modo que nada mais apto para confirmar tal assertiva que o próprio sistema prisional brasileiro, já que, à exceção de poucos estabelecimentos e políticas sociais, é calamitoso e degradante.

Diante dessa realidade, vimos que as penas restritivas de direitos apresentam-se como alternativa para o enfrentamento do problema, sobretudo em se tratando de penas de curta duração, a exemplo do tráfico eventual, visto que uma de suas finalidades é evitar o aprisionamento. Lembramos que essas penas não são aplicáveis indistintamente, pois, como foi apresentado, a lei traz uma série de requisitos a serem observados e cumpridos para sua aplicação.

As formas de enfrentamento ao tráfico ilícito de entorpecentes tendem a ser mais diversificadas buscando não apenas o combate a esse fenômeno social, mas também sua prevenção e diminuição. A atual lei 11.343/06, atenta a essa situação e em consonância com a CF/88, implementou a figura do pequeno traficante, prevendo a possibilidade de aplicação de um reprimenda menos gravosa ao infrator, tendo em vista a menor ofensividade de sua conduta, em um comparativo com os grandes traficantes. Contudo, vedou a conversão da pena corporal por pena alternativa. Assim, discorremos, ainda, sobre o tráfico ocasional, descrevendo cada um dos elementos configuradores dessa modalidade de tráfico, tal como estatuído no §4º, art.33 da Lei Antidrogas, com intuito de evidenciar que tal vedação de vai de encontro aos próprios objetivos e princípios da mencionada lei quando cumpridos os requisitos legais para configurar o tráfico ocasional. Além disso, saliente-se que a proibição da conversão das penas é atentatória aos mandamentos da Lei Maior.

Tendo em vista, em suma, essas considerações, restringimo-nos à análise da aplicabilidade das penas restritivas de direitos ao tráfico eventual. Dessa maneira, manifestamos nosso entendimento sobre a celeuma, evidenciando, primeiramente, que a pecha da hediondez não é cabível à figura típica do §4º, art.33, da lei 11.343/06, pois o grau de censurabilidade e de reprovabilidade da conduta, apta a configurar o tráfico eventual, aliado às condições subjetivas do infrator, não são condizentes com o conceito de hediondez, o qual exige elevado grau de rejeição pela sociedade.

A fim de corroborar nosso entendimento pela possibilidade e necessidade de aplicação ao pequeno traficante das penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade, derradeiramente, recorremos aos princípios constitucionais penais, a saber: o Princípio da Legalidade, o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Individualização da Pena. A análise e interpretação da questão, por meio desses princípios, revelaram-nos, mais claramente, a possibilidade de se aplicar ao traficante eventual as penas restritivas em detrimento da pena privativa de liberdade. A vedação da conversão por lei infraconstitucional não encontra guarida e validade em nosso ordenamento jurídico por estar em flagrante conflito e por infringir o conteúdo normativo dos referidos princípios constitucionais, de modo que imprescindível se torna afastar a incidência da vedação à conversão das penas e, consequentemente, admitir a aplicabilidade de penas alternativas ao pequeno traficante.

Salientamos, por fim, que, em virtude da abrangência da temática do tráfico ilícito de drogas, bem como a enorme repercussão que tem tido o tráfico eventual em todas as

instâncias do Poder Judiciário brasileiro, as anotações aqui realizadas, de modo algum, tem por escopo exaurir a discussão proposta. Nesse trabalho, optamos por apenas um viés limitado para empreender as discussões, sendo certo que existem outros modos e outras discussões possíveis acerca do tema proposto, pretendendo, nesses apontamentos, somente alguma contribuição a essa problemática.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. I.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> acesso em: 05 mar. 2011.

_____. Constituição Política do Império do Brazil de 1824, de 22 de abril de 1824. Rio de Janeiro, RJ, 22 abr. 1824. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> acesso em: 07 mar. de 2011.

_____. Decreto-lei nº2848 de 1940, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República do Brasil. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> acesso em: 07 mar. 2011.

_____. Lei nº6368 de 1976, de 21 de outubro de 1976. Diário Oficial da República do Brasil. Brasília, DF, 22 de out. 1976. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm> acesso em: 03 de mar. 2011.

_____, Lei nº8.072 de 1990, de 25 de julho de 1990. Diário Oficial da República do Brasil. Brasília, DF, 25 de jul. 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm> acesso em: 03 de mar. 2011.

_____, Lei nº11.343 de 2006, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da República do Brasil. Brasília, DF, 23 de ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> acesso em: 03 de mar. 2011.

CAMPOS, Lidiany Mendes e SANTOS, Nivaldo dos. *O Crime Organizado e as prisões no Brasil*. s.d. Disponível em: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil(1).pdf> acesso em: 20 jul. 2011.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário.* 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos*. s.d. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18673/O_Papel_do_Juiz_na_Efetiva%E7%E3o.pdf?sequence=2> acesso em: 05 set. de 2011.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. *Considerações sobre algumas inovações típicas da Lei nº11.343/06*. s.d. Disponível em: < http://www.anpr.org.br/portal/files/boletim-75.pdf> acesso em: 15 jun. 2011.

FRANCO, José Henrique Kaster. *Tráfico privilegiado: a hediondez das mulas***.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2031, 22 jan. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12234> acesso em: 25 jul. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de drogas comentada*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O conceito de organização criminosa é um fantasma.* Consultor Jurídico, São Paulo, 03 mar. 2011. Disponível em : <http://www.conjur.com.br/2011-mar-03/coluna-lfg-brasil-conceito-organizacao-criminosa-fantasma>. Acesso em 27 out 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, vol. I.

JESUS, Damásio E. de. *Lei Antitóxicos Anotada*. 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEAL, João José. Conceito de crime hediondo e equívoco da lei 8.072/90. In: FRANCO, Alberto, NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). *Doutrinas essências*: Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral: arts 1 a 120. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.1

PRADO, Luiz Regis, CASTRO, Bruna Azevedo de. Crime organizado e sistema jurídico brasileiro: a questão da conformação típica. In: FRANCO, Alberto, NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). *Doutrinas essências*: Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, João Gaspar. *Tóxicos*: Abordagem crítica da Lei 6.368/79. 1.ed. Campinas: Bookseller, 2001.

STF - HABEAS CORPUS 97.256 – Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879> acesso em: 15 mai. 2011.

_____ – HABEAS CORPUS Nº 130.556 – 1ª TURMA. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623328> acesso em: 20 ago. 2011.

_____– HABEAS CORPUS Nº 79.966 – 2ª TURMA. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78192> acesso em: 30 de jun. 2011.

_____– HABEAS CORPUS Nº 94.806 – 1ª TURMA. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610044> acesso em: 30 de jun. 2011.

STJ – HABEAS CORPUS Nº156.573/SP – 5ª TURMA . Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9772384&sReg=200902028625&sData=20100517&sTipo=5&formato=PDF> acesso em: 30 jun. 2011.

TJMG - APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0183.07.127848-9/001 – 5ª C.Crim. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=183&ano=7&txt_processo=127848&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical= > acesso em: 15 mai. 2011.

_____- APELAÇÃO CRIMINAL N° 1..0003.09.030228-6/001 – 2ª C.Crim. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=3&ano=9&txt_processo=30228&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=> acesso em: 20 jul. 2011.

_____ - EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE N° 1.0024.08.106087-3/002 – 4ª C.Crim. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=8&txt_processo=106087&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical= > acesso em: 18 mai. 2011.

_____- EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE N°1.0338.09.090113-7/002 – 5ª C.Crim. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=338&ano=9&txt_processo=90113&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=> acesso em: 05 set. 2011.

_____- EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE N°1.0476.10.000295-7/002 – 5ª C.Crim. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=476&ano=10&txt_processo=295&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=> acesso em: 05 set. 2011.