



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**

JÉSSICA MARTINS ARAUJO

**ANÁLISE CONCEITUAL DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E SUA RELEITURA À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

SOUSA – PB

2018

JÉSSICA MARTINS ARAUJO

ANÁLISE CONCEITUAL DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E SUA RELEITURA À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Trabalho monográfico apresentado à banca da Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA – PB

2018

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

A663a

Araújo, Jéssica Martins.

Análise conceitual do tráfico privilegiado e sua releitura à luz dos princípios constitucionais. / Jéssica Martins Araújo. - Sousa: [s.n], 2018.

69 fl.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2018.

Orientador: Prof. Pós Dr. Jardel de Freitas Soares.

1. Tráfico privilegiado. 2. Drogas. 3. Direito Penal. 4. Ilícito. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 343:347

JÉSSICA MARTINS ARAUJO

ANÁLISE CONCEITUAL DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E SUA RELEITURA À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Data: _____/_____/_____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro nº 1 da Banca Examinadora

Membro nº 2 da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado saúde e discernimento para concluir esta etapa, conciliando-a com tantas outras atividades de trabalho.

À minha mãe e ao meu irmão, por estarem ao meu lado em todas as minhas decisões, acreditarem nos meus projetos e me auxiliarem nas questões gramaticais e linguísticas do presente estudo.

A Falconi, por tamanho companheirismo, pela parceria acadêmica e por ter me incentivado a iniciar e concluir esta especialização, acreditando sempre no meu potencial e me recordando todos os dias, em nossas conversas, de que um dia todo o esforço será recompensado.

A Izabella Lucena Medeiros de Andrade, ao seu esposo Dinácio e a Alice, por cuidarem tão bem de mim e de Falconi, durante todos os fins de semana que estivemos em Sousa para as aulas.

Aos familiares e amigos queridos, por todos os momentos felizes que compartilhamos e que foram tão importantes para me manter forte e segura diante das adversidades que surgiram no caminho.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Jardel Soares de Freitas, pela confiança depositada, pelos ensinamentos e por ter nos conduzido durante o Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, grande oportunidade que nos incentiva na busca pela pesquisa e o ensino acadêmicos.

“A Lei sobreveio para dar plena consciência da falta; mas, onde foi grande o pecado, foi bem maior a graça, para que, assim como o pecado havia reinado através da morte, do mesmo modo a graça reine através da justiça para a vida eterna, por meio de nosso Senhor Jesus Cristo”. Rm 5, 20-21.

RESUMO

Este trabalho discute questões relacionadas ao tráfico ilícito de drogas, notadamente à causa de diminuição da pena que se convencionou denominar tráfico privilegiado. Nesse raciocínio, com o objetivo de compreender o alcance e os limites da mencionada causa de diminuição da pena contemplada na nova Lei de Drogas, promoveu-se sua releitura a partir de princípios constitucionais. O presente estudo foi realizado com base na técnica de pesquisa de documentação indireta, pois abrange, preponderantemente, pesquisa bibliográfica e documental. Além da base jurídica e formal correspondente à Constituição Federal de 1988, à Lei nº 11.343/2006 e ao Código Penal em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, foram utilizados casos concretos julgados pelos tribunais e concepções de doutrinadores e estudiosos. Evidenciou-se que para o correto reconhecimento do referido tráfico privilegiado devem estar presentes cumulativamente todas as condicionantes previstas em lei, quais sejam, ser o agente primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente pela possibilidade de que inquéritos policiais e ações penais em curso, além de atos infracionais praticados quando o agente era menor de idade, sirvam para afastar a causa de diminuição da pena em discussão, por entender que tais registros demonstram o envolvimento em atividades criminosas. Apesar disso, os Tribunais Superiores não estabeleceram critérios e parâmetros mínimos para que se possa analisar se, de fato, tais registros sobre os quais não se verifica sentença condenatória transitada em julgado são suficientes ao afastamento da causa de diminuição da pena. Para tanto, é necessário ponderar os aspectos que norteiam a mencionada discussão, tendo em vista os princípios da presunção de inocência, da individualização da pena, da proporcionalidade e da instrumentalidade do processo penal.

Palavras-chave: Pressupostos para reconhecimento do tráfico privilegiado. Abordagem e releitura constitucional. Ponderação de valores no caso concreto.

ABSTRACT

This paper discusses issues related to the illegal drug trafficking, notably to the cause of reduced penalty which is commonly known as privileged trafficking. In this line of reasoning, with the purpose to comprehend the reach and the limits of the aforementioned cause of reduced penalty contemplated in the new Drug Law, its rereading was promoted from principles and constitutional values. This study was carried out based on the research technique of indirect documentation because it predominantly covers bibliographical and documental research. Besides the legal and formal basis corresponding to the Federal Constitution of 1988, the Law no. 11.343/2006 and the Criminal Code in force in the Brazilian legal system, concrete cases judged by courts and conceptions of teachers and scholars were utilized. It was evidenced that for the correct recognition of the referred privileged trafficking, all the requirements stipulated by law should be present cumulatively, which are being the primary agent, having good antecedents, not being involved in criminal activities nor being part of a criminal organization. The Supreme Court of Justice has been repeatedly deciding for the possibility that police inquiries and legal actions in course, in addition to infringements practiced when the agent was underage, serve to drive away the cause of reducing the penalty that is being discussed, as they believe such records demonstrate the involvement in criminal activities. Nonetheless, the Supreme Courts did not establish criteria and minimum parameters so that it could be analyzed if, indeed, such registers on which it is not verified a damning judgment rendered final are sufficient to the departure of the cause of the reduced penalty. For this purpose, it is necessary to consider the aspects which orientate the mentioned discussion, bearing in mind the principles of presumption of innocence, of the individualization of penalty, of proportionality and of the instrumentality of criminal procedure.

Keywords: Assumptions for the recognition of privileged trafficking. Constitutional approach and rereading. Weighting of values in the concrete case.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 AS DROGAS NO CONTEXTO JURÍDICO, HISTÓRICO E SOCIAL.....	11
2.1 O consumo de drogas e aspectos da interação entre as pessoas e as substâncias psicoativas.....	13
2.2 Abordagem criminológica e disseminação das drogas.....	14
2.3 Tráfico ilícito de drogas e inovações da Lei nº 11.343/2006.....	21
3 ANÁLISE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA.....	23
3.1 Primariedade do agente.....	26
3.2 Bons antecedentes.....	29
3.3 Não dedicação a atividades criminosas.....	34
3.4 Não integração à organização criminosa.....	36
4 PARÂMETROS PARA O RECONHECIMENTO E PONDERAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.....	39
4.1 Princípios constitucionais e sua repercussão quanto ao reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.....	42
4.2 Análise do julgado em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.431.091/SP pelo Superior Tribunal de Justiça e uniformização de entendimento para aplicação da minorante.....	48
4.3 Registros de atos infracionais anteriores e a causa de diminuição da pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.....	50
4.4 Critérios e parâmetros propostos para a razoável aplicação e afastamento da causa de diminuição da pena na Lei de Drogas.....	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.343/2006 em vigor há mais de dez anos, e em substituição à Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/2002, elevou a pena mínima cominada para aquele que incorre no crime de tráfico ilícito de drogas. O legislador objetivara combater o fomento à prática da *mercancia* envolvendo, dentre outras, substâncias entorpecentes e psicotrópicas, e considerando, sobretudo, os efeitos nocivos que tais substâncias ilícitas acarretam no organismo dos usuários.

Em que pese a existência de movimentos sociais favoráveis à descriminalização do uso de determinadas substâncias psicoativas, a exemplo da maconha, a Lei de Drogas referenciada acima continua com plena aplicação, isto porque, a distribuição de drogas ao consumo de terceiros, seja gratuita ou onerosa, põe em risco a saúde pública.

Frise-se ainda que a própria lei possibilita a diferenciação entre o porte de drogas para consumo pessoal, conduta criminalizada, mas a qual não se comina pena privativa de liberdade, e a distribuição dos tóxicos a terceiros, conduta esta específica de quem desenvolve o tráfico ilícito de drogas.

A Lei de Drogas inovou ao contemplar a causa de diminuição da pena contida no art. 33, § 4º, de modo que se possibilita ao traficante inicial, que preencha os requisitos legais, ver sua pena reduzida em um patamar variável, mais especificamente de um sexto a dois terços. Ante o exposto, este trabalho justificar-se-á diante da necessidade de se permitir uma melhor compreensão acerca da mencionada causa de diminuição da pena, considerando sua incidência e aplicação em casos concretos que versem sobre a prática do tráfico ilícito de drogas conduzidos a Juízes de 1º Grau e Tribunais.

No tocante a sua viabilidade acadêmica, a incidência ou não da referida causa de diminuição de pena repercutirá na pena fixada em definitivo na dosimetria e deverá estar de acordo com o que preceitua o artigo 59 do Código Penal, isto é, ser a sanção necessária e proporcional à reprovação e prevenção do crime praticado.

Desse modo, o presente trabalho objetivará promover uma discussão relativa às hipóteses de incidência ou não aplicação da causa de diminuição de pena contemplada na conhecida Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º), com amparo nas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e nos ditames constitucionais, mormente o princípio da individualização da pena e presunção de inocência.

O presente trabalho estará amparado em doutrina nacional e estrangeira, além de legislação e julgados pátrios, desenvolvendo-se, preponderantemente, a partir do método histórico-evolutivo, evidenciado quando da análise do sentido interpretativo dos diplomas legais, e do método de abordagem dedutivo, tendo em vista que, a partir de explanações gerais acerca do tema, mormente por conceitos e divergências doutrinárias e jurisprudenciais, far-se-á recorrentemente a análise de casos concretos que conduziram ao ajuizamento de demandas. Esse trabalho está, ainda, amparado na técnica de pesquisa de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e documental.

Para que se configure aquilo que a doutrina denomina como tráfico privilegiado, hipótese em que embora reconhecida a prática do crime de tráfico ilícito de drogas incidirá a causa de diminuição da pena prevista na Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º, far-se-á necessária a observância dos requisitos trazidos no texto da própria minorante, dentre os quais, o agente não se dedicar a atividades criminosas.

Parcela da doutrina considerava tal requisito mero complemento da exigência da primariedade do agente, isto é, o fato de não possuir condenações definitivas em seu prejuízo. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça passou a sustentar de modo recorrente em seus julgados que a comprovação de que o agente se dedica a atividades criminosas pode advir de ações penais em curso e, inclusive, inquéritos policiais. Dado o exposto, será promovida a seguinte problematização: quais seriam os parâmetros que balizam a incidência da minorante concernente ao tráfico privilegiado nos casos concretos levados à análise do Judiciário?

Com efeito, serão sugeridos e elencados critérios mínimos para delimitar o sentido que a *mens legislatoris* pretendia conferir ao estabelecer que dentre os requisitos para o reconhecimento da minorante não poderia o agente se dedicar a atividades criminosas.

O trabalho estará estruturado em três partes. Inicialmente, analisar-se-ão os reflexos das drogas nos contextos jurídico, histórico e social, com ênfase no tipo penal concernente ao tráfico ilícito de drogas na atual Lei de Drogas. Ademais, será discutido o modelo proibicionista e realizada uma abordagem criminológica concernente aos padrões de consumo e tráfico de drogas.

Posteriormente, discutir-se-á o tráfico privilegiado exteriorizado na causa de diminuição da pena prevista na Lei nº 11.343/2006, art. 33, §4º e os requisitos para sua incidência no caso concreto, considerando aspectos doutrinários e

jurisprudenciais.

Por fim, serão propostas balizas que norteiem a aplicação da mencionada minorante em situações conduzidas aos Juízes de 1º grau e Tribunais, a partir do princípio da individualização da pena, da presunção de inocência, da instrumentalidade do processo penal e da proporcionalidade.

2 AS DROGAS NO CONTEXTO JURÍDICO, HISTÓRICO E SOCIAL

A pós-modernidade reformulou as estruturas e relações sociais que se tornaram sem dúvida mais complexas, diante do fenômeno da globalização e do acesso à informação e disseminação de novas tecnologias. Nesse contexto, os fenômenos sociais e os fatos que repercutem direta ou indiretamente na seara criminal precisam ser observados sob uma nova ótica, viabilizada pela análise dos aspectos criminológicos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o consumo de drogas sempre se verificou na história da humanidade, moldando-se muitas das vezes às conveniências sociais e culturais, tanto é que diferentes nações autorizam ou proíbem tipos específicos de substâncias psicoativas. Não se deve olvidar dos marcos históricos que progressivamente ocasionaram a massificação de consumo de tais substâncias. Acerca da temática, Ribeiro (2013, p. 22-23) aborda que:

A partir do século XVI, como decorrência do descobrimento do Novo Mundo e a possibilidade de contato com novas culturas e o estabelecimento de colônias ultramarinas, durante o período que ficou conhecido como das Grandes Navegações, os europeus foram apresentados a uma nova farmacopeia, grande número de ervas e especiarias, dentre elas as substâncias psicoativas, que foram convertidas em valiosas mercadorias e introduzidas, progressivamente, em suas sociedades com finalidades médicas ou recreativas. [...] O marco definitivo desse processo foram as Guerras do Ópio (1839-1941), a partir das quais os ingleses garantiram o monopólio internacional desse mercado, consolidaram o domínio britânico no Extremo Oriente e implementaram a prática comercial das substâncias psicoativas em larga escala. Podemos dizer que tivemos, nesse primeiro momento histórico, a 'guerra pela droga' que culminou com o domínio desse comércio pelas nações colonizadoras, notadamente, Inglaterra e França, e a expansão do uso dessas substâncias no continente europeu. (Destaque no original).

Em que pese o surgimento de alguns efeitos nocivos à saúde dos consumidores, ainda no século XIX, eram comercializados, de forma livre e para fins recreativos, diversos compostos que dispunham em sua base do ópio e da cocaína. Contudo, em meados do século XX, a conjugação de diversos elementos, mormente o ideário religioso e os prejuízos crônicos à saúde da população usuária, resultou em movimentos pela proibição de seu consumo.

Com efeito, o progresso científico também possui significado, pois em laboratórios muitas substâncias encontradas na natureza ou já consumidas por outras

culturas passaram por processos químicos que foram capazes de potencializar seus efeitos nos usuários, revelando, assim, os primeiros registros de dependência química e consequente abstinência decorrente da interrupção abrupta do consumo. Ainda segundo Ribeiro (2013, p. 25):

Nos Estados Unidos, porém, essa tendência ganhou um corpo teórico e se transformou em um movimento político estruturado. O marco do nascimento do Proibicionismo, como sistema político, se deu no estado de Ohio, a partir de uma aliança entre as igrejas locais (católica e protestantes). [...] Na segunda metade do século XIX, a mentalidade proibicionista se difundiu em vários campos da sociedade civil norte-americana. Em 1869, foi fundado o Partido Proibicionista. Surgiram diversas sociedades e ligas, como a Sociedade Nova-Iorque para Supressão do Vício (1868), a Liga das Senhoras Cristãs pela Sobriedade (1873) e as Ligas Antissaloon (1893). Nas universidades, entidades como a Federação Científica pela Sobriedade (1879) foram criadas para estudar o problema e propor soluções com bases acadêmico-científicas.

Vê-se, assim, que os Estados Unidos contribuíram decisivamente para que o modelo proibicionista fosse estabelecido de forma hegemônica para a repressão às substâncias classificadas como ilícitas e usadas para fins recreativos, tais como *cannabis* e cocaína. Evidenciam-se dois princípios decorrentes do proibicionismo-punitivo, segundo Ribeiro (2013, p. 26-27):

[...] um de ordem moral-religiosa, que prega a abstinência como única possibilidade relacional dos indivíduos com essas substâncias, e outro de ordem higienista, que preconiza o ideal de um mundo livre de drogas, que, conjugados, determinam a proibição de qualquer modalidade de uso, comércio ou produção dos psicotrópicos etiquetados como ilícitos, condutas que passaram a ser tipificadas como crime e sancionados com penas privativas de liberdade e mesmo, em alguns países, penas corporais.

Desse modo, é perceptível que valores religiosos, morais e aspectos sanitários repercutiam diretamente no tratamento conferido ao usuário e ao comerciante das substâncias ilícitas. Especificamente no Brasil, conforme discutido por Ribeiro (2013), apesar de alguns registros incipientes verificados nas Ordenações Filipinas, quando a possibilidade de depósito para venda de ópio e outras drogas restringia-se ao boticário, que tinha licença para ter sua botica, além do Código Penal da República de 1890, que vedava a comercialização das substâncias ditas venenosas; foi a partir do Decreto nº 11.481/1915, cujo teor assegurava o cumprimento da Convenção celebrada durante a Conferência Internacional do Ópio, ocorrida em Haia (1912), que

se registrou marco legal fundado em acordos internacionais em que o Brasil foi signatário.

2.1 O consumo de drogas e aspectos da interação entre as pessoas e as substâncias psicoativas

Inicialmente, é necessário ponderar que a relação do ser humano com as substâncias psicoativas perpassa pela sua própria relação com as plantas dispostas na natureza e esteve atrelada a questões culturais, medicinais, alcançando, inclusive, a busca pelo entretenimento. Ocorre que o uso reiterado de algumas substâncias pode ocasionar grave prejuízo à saúde e às relações sociais/familiares do indivíduo, fenômeno típico da dependência química, que, por sua vez, precisa ser analisada sob diversas óticas, mormente a medicinal, social e jurídica. Para Mota (2009, p. 32):

O uso patológico de drogas também é descrito como *toxicomania, abuso de drogas, drogadição, adicção, dependência de drogas, farmacodependência, dependência química, uso indevido de drogas* e outros. [...] No âmago dos processos de adicção, em síntese, reside a incapacidade do indivíduo de controlar sua vida em consequência de sua relação com esses processos repetitivos. Trata-se da noção de *perda do controle*, do fenômeno do vício e da compulsão. (Destques no original).

Acerca do tema, Mota (2009) aborda uma das nuances da dependência química, fenômeno que classifica como polissêmico, por interferir em tantos aspectos do indivíduo e se evidenciar na ausência de controle sobre a sua própria vida e incapacidade de consumir determinadas substâncias psicoativas, sob padrões toleráveis.

Por outro lado, a competitividade e o elevado nível de cobrança e organização na realização de atividades no âmbito da sociedade contemporânea fundada no capitalismo sugere o incremento no consumo de substâncias psicoativas. Ainda segundo Mota (2009, p. 46):

Cada sociedade tende a produzir suas próprias 'patologias'. No caso das sociedades modernas, a combinação entre o desenvolvimento dos processos de destilação do álcool, a manufatura de drogas sintéticas cada vez mais potentes e um meio social altamente competitivo e incentivador de desejos ilimitados produz um cenário ideal para a proliferação das dependências químicas. (Destaque no original).

Sugere-se que o fenômeno observado supra concernente ao abuso de drogas e dependência química esteja atrelado a vários comportamentos sociais e, especialmente, à dificuldade encontrada pelos seres humanos em lidarem com suas limitações, obstáculos e crises em diversos aspectos de suas vidas. Exemplo disso é que o meio social onde estão inseridas as pessoas na atualidade revela a necessidade de serem estabelecidos elevados padrões de consumo de bens e serviços. Esta discussão se revelou importante no presente estudo, porque a compreensão da atividade do tráfico ilícito de drogas também deve ser possibilitada sob a ótica do comportamento dos usuários de substâncias psicoativas.

2.2 Abordagem criminológica e disseminação das drogas

O ordenamento jurídico pátrio para fins de criminalizar condutas a partir da Lei nº 11.343/2006 efetua a distinção entre as drogas lícitas e ilícitas. Estas últimas, assim catalogadas mediante a vedação da Portaria nº 344/1998, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que enumera dentre outras as substâncias de uso proscrito no Brasil.

O modelo adotado no Brasil baseado na proteção social e combate permanente ao consumo e comércio de drogas ilícitas foi inspirado pelo padrão adotado nos Estados Unidos da América. Trata-se do binômio proibir-punir, que considera os efeitos nocivos ocasionados pelo consumo irrestrito e desenfreado das substâncias ilícitas, aptas a gerarem dependência. Para Nunes (2008, p. 7):

A única contribuição destacável dessa política criminal proibicionista punitiva contra as drogas é a 'comprovação empírica de que não há como se inibir o uso e a venda de drogas mediante o controle penal, quando a sociedade não quer e não aceita esse controle; além de ter ensinado que um modelo uniforme de controle não tem condições de prosperar, diante da diversidade de características culturais, econômicas e sociais dos diversos países'. (Destques no original).

Com efeito, critica-se o tratamento conferido ao combate às drogas veiculado tão somente por meio do texto legal que proíbe o consumo de determinadas substâncias psicoativas sem que se verifique o correto enfrentamento da questão. Conforme Szasz (1992 *apud* MOTA, 2009, p. 64):

[...] o processo pelo qual uma droga entra no circuito proibicionista

ocorre da seguinte forma: em primeiro lugar, uma determinada substância psicoativa é encontrada em seu meio natural, estando livremente disponível. Mas, na medida em que os legisladores descobrem que esta substância não é indispensável à sobrevivência humana e que as pessoas estão dispostas a pagar por sua posse, o governo impõe uma taxa sobre o referido produto, sujeitando-o à regulação econômica. Depois, esta substância passa a ser definida como uma *droga*, fazendo com que seu uso seja restrito ao uso médico: o governo, com apoio da classe médica, subordina tal droga ao controle da medicina. (Destaque no original).

Nesse sentido, o sistema jurídico-penal de forma a tutelar o bem jurídico saúde pública criminaliza tanto a conduta daquele que consome tais substâncias, quanto a daquele que destina substâncias psicoativas ilícitas à venda, isto porque a atividade do tráfico de drogas aparece estritamente relacionada ao aumento da criminalidade e da violência na medida em que traficantes, que auferem elevados lucros com tal atividade ilícita, fomentam diversas outras práticas criminosas, a exemplo de roubos e homicídios.

Sob outro ângulo, apresenta-se a figura do usuário que adquire tais substâncias psicoativas por meios escusos, sem autorização legal. Sabe-se ainda que muitos crimes de natureza violenta são cometidos por indivíduos que se encontram sob efeitos de substâncias psicoativas (lícitas ou ilícitas).

Difícil é a incumbência de alegar do ponto de vista sociológico e criminológico as razões que justificam a busca por consumo de substâncias psicoativas, principalmente se considerada a elevada quantidade de jovens afetados pela dependência. Ainda segundo Nunes (2008, p. 6): “[...] a luta feroz implementada pelo neoliberalismo, embora atinja a todos, só faz gozar a poucos, deixando a maioria desiludida e criando um lugar perigoso, um lugar de risco, perfeito para a difusão das drogas”.

O debate acerca do consumo de drogas, especificamente as ilícitas, é de suma importância, não apenas do ponto de vista jurídico-legal, mas também sob os aspectos sociais, morais e de saúde pública. Em verdade, as meras mudanças legislativas e no campo político-criminal, atreladas à criminologia etiológica, não se mostraram suficientes ao enfrentamento dessa problemática.

Embora a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) apresente conteúdo criminalizador tanto para o traficante quanto para o usuário de drogas, o que pode ser inferido da sua redação, faz-se imprescindível um estudo detalhado e um esforço político e social de alcance estrutural para elucidar as muitas causas que levam

indivíduos ao consumo e ao tráfico ilícito de drogas. Conforme Ribeiro (2013, p. 36):

[...] a nova Lei de Drogas, que embora tenha mantido a criminalização da conduta do mero uso de substâncias psicoativas, optando por promover uma descarcerização da sanção penal cominada, não se pode negar que tenha introduzido avanços, notadamente no que diz respeito ao exposto reconhecimento das estratégias de redução de danos, aproximando a política nacional de drogas ao modelo europeu, que se caracteriza pela adoção de uma política proibicionista moderada.

Frise-se que, apesar de insuficiente no combate ao tráfico e consumo de drogas ilícitas, a tipificação penal existente para ambos os casos possui uma finalidade social, resguardando a saúde daqueles que podem vir a se tornar dependentes dessas substâncias psicoativas.

Em verdade, são notórios os efeitos que a exposição a determinadas substâncias ocasiona não apenas aos usuários, mas aos seus familiares e pessoas com quem convivem. Trata-se de um abalo não apenas psicológico e emocional, mas ainda econômico e social, tendo em vista que muitas vezes estes usuários tornam-se marginalizados, são privados de oportunidades de inserção no mercado de trabalho e recebem um estereótipo que compromete inclusive a formação de novos vínculos sociais. Segundo Zaluar (2004 *apud* MOTA, 2009, p. 72):

O tráfico de drogas, organizado internacionalmente, mas localizado nas suas pontas nos bairros pobres das cidades, além de criar centros de conflito sangrentos nessas vizinhanças pobres, além de corromper as instituições encarregadas de reprimi-lo, também reforçou a tendência a demonizar o usuário de drogas. Isso, por sua vez, facilitou o isolamento social do usuário, aumentou a sua dificuldade de conseguir tratamento médico para deixar a dependência da droga ou tratar os efeitos do seu uso indevido e o deixou nas mãos do traficante e do policial corrupto.

É evidente que a atividade do tráfico de drogas, quando desenvolvida nas comunidades menos favorecidas economicamente, propicia a implantação de um ciclo degenerativo, ao imprimir no usuário de drogas a marca de transgressor das normas jurídicas, além de tornar aquele ambiente inapropriado para o desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes. Ademais, tal prática coloca em risco a segurança da população local que se vê atormentada diariamente pelo crescimento da violência, tendo em vista o controle e repressão promovidos pelos grandes traficantes naquelas comunidades.

Por contemplarem norma penal em branco, os tipos penais constantes na Lei

nº 11.343/2006 precisarão de complementação na Portaria de nº 344/98 (ANVISA) para fixar a real compreensão do termo droga, de uso proscrito no Brasil. É possível que a alternativa mais viável não seja a abolição do tipo penal incriminador, mas uma reanálise da adequação das substâncias enumeradas na referida portaria. Nessa seara, é importante ressaltar a função desempenhada pela nova criminologia ou criminologia crítica que, conforme Santos (2006 *apud* NUNES, 2008, p. 12), analisa:

[...] o processo de criminalização de sujeitos e de fatos, como realidades construídas pelo sistema de controle social, capaz de mostrar o crime como qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, que constitui a criminalidade por processos seletivos fundados em estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas etc.

Rompendo com modelos anteriormente considerados, a criminologia crítica passa a investigar as razões que conduzem os indivíduos a incorrerem em condutas desviantes, aqui se inserindo o consumo e o tráfico de drogas, desapegando-se de interpretações superficiais e ideias previamente concebidas pelos detentores de poder e desenvolvedores das teorias patológicas que inicialmente serviriam para justificar determinadas condutas criminosas por integrantes das classes sociais menos favorecidas.

A criminologia crítica desfez-se de paradigmas antes insculpidos pela criminologia tradicional, que tratava de teorias patológicas e considerava o criminoso em si mesmo, tendente ao crime por fatores biopsicológicos e ambientais. A criminologia crítica, por seu turno, questiona oportunamente o próprio sistema jurídico-penal e as justificativas para que determinadas condutas venham a ser estigmatizadas como crimes e determinados indivíduos como criminosos.

Nesse contexto, buscará auxílio em outras ciências e técnicas empíricas, considerando as situações impregnadas do controle social exercido pelo Estado e por seus agentes, além das relações de poder que ditam o que merece ou não repressão penal. Conforme Lopes (2002, p. 6):

A criminologia crítica trata o conflito como luta de classes, desenhado diante dos modos de produção e da infraestrutura socioeconômica da sociedade capitalista. É nesse momento que se dá a ruptura do pensamento crítico com aquele liberal, que não contesta os processos discriminatórios de seleção de condutas desviadas, além de ter por funcionais e necessários os conflitos sociais que mantêm a sociedade

coesa. [...] Para os estudos críticos, no conflito social, está a afirmação pelo poder político-econômico, absoluto e inatingível por parcelas marginalizadas da sociedade. O crime é o produto histórico e patológico dessa confrontação de classes antagônicas, em que uma se sobrepõe e explora as outras, determinando os interesses da seleção dos fatos socialmente desviados.

Nessa temática, discute-se a compreensão do consumo e tráfico de substâncias psicoativas ilícitas na atualidade, destacando-se a necessidade de desenvolver políticas públicas alternativas que superem os meros estigmas e imposição de reprimenda, que decorrem da aplicação das normas vigentes na República Federativa do Brasil. Baratta (2004, p. 209) ensina que:

[...] la nueva criminología, de la criminología crítica, se há dirigido sobre todo al proceso de criminalización, individualizando en él uno de los mayores nudos teóricos y prácticos de las relaciones sociales de desigualdad propias de la sociedad capitalista, y persiguiendo, como uno de sus objetivos principales, extender de un modo riguroso la crítica del derecho desigual al campo del derecho penal. Elaborar una teoría materialista (económico-política) de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización, y trazar las líneas de una política criminal alternativa, de una política de las clases subalternas en el sector de la desviación: he aquí las principales tareas que incumben a los representantes de la criminología crítica que parten de un enfoque materialista y que están animadas por la convicción de que sólo un análisis radical de los mecanismos y de las funciones reales del sistema penal en la sociedad capitalista tardía puede permitir una estrategia autónoma y alternativa en el sector del control social de la desviación, esto es, una política criminal de las clases actualmente subalternas.

Destaque-se que um grande entrave no tocante à situação do agente que pratica o tráfico de drogas ilícitas é a extrema dificuldade em se promover sua reintegração social, evitando que volte a reincidir nessa prática delitiva, isto porque, em geral, o traficante enxerga essa atividade ilícita como meio de vida e prática extremamente rentável, que justifica o risco de ter sua liberdade cerceada.

Nesse contexto, a adoção do cárcere para garantia da ordem pública tem se mostrado de pouca eficácia, e isso se deve ao fato de que muitas vezes são mantidos no sistema prisional os “pequenos traficantes”, enquanto que os grandes fornecedores, que financiam essa atividade e exercem controle sobre essa cadeia criminosa não são identificados/presos/punidos. Como afirma Batista (2011, p.32):

[...] ao contrário da criminologia tradicional, a Criminologia Crítica não aceita, qual a priori inquestionável, o código penal, mas investiga como, por quê e para quem (em ambas as direções: contra quem, e

em favor de quem) se elaborou este código e não outro.

Com efeito, o estudo sobre os fatos que permeiam as relações sociais deve ocorrer a partir da consideração dos diversos fatores que influenciam a *mens legislatoris* e a tipificação de determinadas condutas por questões de política-criminal. Em que pese a atuação do Estado, por meio de seus agentes e fundada no modelo positivista, isto é, no cumprimento ao que preceitua a lei, ser perceptível e principalmente manifestada pelo encarceramento de traficantes de drogas, sugere-se, por outro lado, a efetiva implementação de políticas sociais sólidas e efetivas (re)integrando usuários marginalizados pelo uso de drogas. Entretanto, segundo Raupp e Milnitsky-Sapiro (2009, p. 446-447):

Dentre os fatores responsáveis pelo agravamento dessa questão, destacam-se os interesses econômicos envolvidos em sua produção e venda, os embates de cunho moral e ideológico em torno do uso de substâncias psicoativas, somados à baixa prioridade política conferida ao assunto, que se manifesta na insuficiência de recursos financeiros necessários para garantir uma política de educação, prevenção e tratamento, com profissionais capacitados de forma adequada e contínua (Crives & Dimenstein, 2003). [...] Na adolescência, o recurso às drogas deve ser compreendido como essencialmente ligado às várias operações psíquicas atuantes nesta fase. Isso pode implicar que o uso de substâncias psicoativas se torne um comportamento relativamente comum nessa etapa - especialmente entre grupos expostos a importantes fatores de risco, tais como alta disponibilidade de drogas, ambiente comunitário desprovido de acesso a bens culturais, esportivos etc., abandono da escola, problemas familiares, entre outros. [...] Além disso, durante a adolescência o ego se apresenta altamente instável e vulnerável às influências externas (Levisky, 1997); nesse sentido, embora a maioria dos jovens seja contra o uso de drogas, muitos se deixam levar pela chamada pressão do grupo (X.S. Silveira & E.D. Silveira, 1999), especialmente em uma sociedade na qual o consumo de objetos é o principal meio para a aquisição de status e poder, e a busca por satisfação imediata é um dos valores mais cultivados. Nesse contexto, a exposição e a convivência com as drogas constituem um duplo desafio. Para o adolescente, o desafio é representado pelo fácil acesso à transgressão e à fuga dos conflitos inerentes a esta fase; para a sociedade, é representado pela convocação à criação de dispositivos políticos e legais capazes de oferecer novas formas de visibilidade, identificação e inserção social a esses jovens, assim como serviços e profissionais capacitados a atender às suas demandas.

Em suma, pretende-se demonstrar que os fenômenos criminológicos devem ser estudados e analisados em conjunto e sob a perspectiva de observação das estruturas sociais. Nesse contexto, vê-se que a seletividade penal atua em favor das

classes sociais detentoras de poder político e mais favorecidas economicamente, sugerindo a partir da tipificação penal, exteriorizada por meio de lei, quais as condutas que merecem repressão e punição e, principalmente, quais os agentes que poderão sofrer as sanções impostas pela violação dos tipos penais vigentes. Mota (2009, p. 73):

Paradoxalmente, poucas pessoas sabem que a instauração, em nível mundial, da proibição de determinadas substâncias está atrelada a interesses econômicos específicos da política-externa norte-americana que propiciaram a ratificação das normas estabelecidas na Convenção Única de Viena (ONU), de 1961, sendo ampliadas mediante convenções subsequentes (1971, 1988), atingindo cerca de 150 países. Estes tratados, por fim, conseguiram sedimentar as atuais normas internacionais sobre a proibição de drogas. O proibicionismo hoje é uma categoria *naturalizada* no imaginário social. Ninguém pergunta como ou porque ele existe. Algumas drogas devem ser lícitas, outras não, e esse axioma é então visto como uma espécie de 'ordem natural' das coisas. (Destaques no original).

Conquanto *a priori* a norma seja aplicável a todos que incorram na prática de crimes, é certo que as condições econômicas e outros elementos macro e microsociológicos contribuirão para que as classes sociais menos privilegiadas e que tragam consigo um legado de marginalização, que pode ser observado numa perspectiva histórica, sejam aquelas a quem são imputadas as maiores penas, tanto pela influência da conduta social desviante como pela reincidência.

Prova disso é o contexto de classificação das drogas lícitas e ilícitas. Veja-se que no Brasil o consumo de álcool e tabaco não é vedado por lei, isto é, não existe punição/sanção penal para aquele que, a título de exemplificação, faça uso de bebida com teor alcoólico mesmo que diariamente. Por outro lado, a exposição ao álcool a longo prazo ocasiona dependência e gera efeitos maléficos à saúde do usuário. Nesse sentido, Guimarães et al. (2010, p. 315) discutem que:

O consumo abusivo de álcool é reconhecido como um importante problema de saúde pública em todo o mundo. O abuso/ dependência de álcool estão associados a múltiplas consequências adversas para a saúde, como doenças cardíacas e cerebrovasculares, eventos fatais e transtornos psiquiátricos, traumas, violência doméstica, quedas, várias neoplasias, doenças sexualmente transmissíveis, cirrose hepática, dentre outros. No Brasil, estudo conduzido em 1999, no Estado de São Paulo, apontou 6,6% da população entre 12 e 65 anos de idade com dependência de álcool. Dois anos depois, a mesma população foi pesquisada e foi constatado aumento estatisticamente significativo para 9,4% de dependentes. Uma avaliação das principais causas de morte nos Estados Unidos da América no ano 2000 concluiu

que 18,1% do total de óbitos naquele país eram atribuídos ao uso de tabaco, 16,6% a dieta inadequada e inatividade física, e 3,5% ao consumo de álcool.

Contudo, ainda assim, vê-se que os meios de comunicação de forma geral, rotineiramente, veiculam anúncios publicitários fomentando o consumo de álcool, inclusive, como algo que seja recomendável socialmente. Tal fato se justifica diante da necessidade de garantir os interesses de grandes empresas que possuem lucros elevadíssimos com essa atividade e que, por conseguinte, financiam as atividades dos detentores de poder político e econômico.

2.3 Tráfico ilícito de drogas e inovações da Lei nº 11.343/2006

O presente estudo enfatiza as condutas tipificadas na Lei n.º 11.343/2006, artigo 33, *caput*, e § 1º¹, e envolve, como se infere de sua leitura, uma pluralidade de condutas, isto é, diversos núcleos do tipo que se consideram ilícitos. Ademais, para sua caracterização não é imprescindível que reste demonstrado que o agente efetivamente comercializou a substância ilícita. Logo, sua consumação requer tão somente o dolo genérico compreendido como a consciência e vontade direcionadas à prática do delito.

Situação peculiar se evidencia na hipótese em que embora esteja demonstrado que o agente praticou o tráfico ilícito de drogas, não há prova cabal de que esteja associado e inexistente em seu desfavor condenação criminal transitada em julgado por outro processo.

¹ “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”.

Sabe-se que a minorante, isto é, a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 preceitua que as penas cominadas no *caput* poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente atenda às seguintes condições: i) seja primário; ii) possua bons antecedentes; iii) não se dedique às atividades criminosas; iv) não integre organização criminosa.

Para Nucci (2013b, p. 327-328): “Cuida-se de norma inédita, visando à redução de punição do traficante de primeira viagem”. Trata-se do que a doutrina denomina como tráfico privilegiado e, nessa esteira, Nucci (2013b) defende que o fato de o agente não ostentar maus antecedentes ou reincidência, por si só, já afasta a possibilidade de que possa se dedicar a atividades ilícitas.

Por seu turno, com fulcro no princípio constitucional da individualização da pena, faz-se necessário estabelecer parâmetros que norteiem a aplicação da mencionada causa de diminuição da pena em situações conduzidas à análise de juízes de 1º grau e tribunais.

Consoante preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLVI, a pena aplicada deverá ser individualizada e, conforme Estefam (2013, p. 328): “individualizar significa dar tratamento único, especial - tratar o agente como um indivíduo, como uma pessoa única, que cometeu um fato cujas peculiaridades devem ser analisadas”.

Desse modo, não parece razoável e proporcional estabelecer fórmula genérica para verificar a possibilidade ou não de incidência da mencionada minorante. Por outro lado, é necessário buscar parâmetros mínimos para analisar a sua aplicação em cada caso concreto, evitando-se injustiças e violação aos princípios constitucionais.

3 ANÁLISE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA

A Lei nº 11.343/2006, em seu art. 33, § 4º, dispõe sobre o tráfico privilegiado, assim nominado pela doutrina, e também conhecido por outras denominações, tais como traficância menor ou traficância eventual. Tal dispositivo possui como natureza jurídica ser causa de diminuição da pena e, por ser assim, deve ser analisada pela autoridade judiciária, desde que reconhecidos os seus requisitos autorizadores, na terceira fase de aplicação de pena, conforme ensina o Código Penal, art. 68.

Até 2016 persistia a celeuma acerca da possibilidade de que a equiparação à natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de drogas alcançasse a prática de tal conduta por parte do traficante eventual, isto é, aquela pessoa que não se dedicasse a atividades criminosas, não integrasse organização criminosa e tivesse em seu favor bons antecedentes, além da primariedade.

Então, diante de um caso concreto, a Defensoria Pública da União impetrou Habeas Corpus nº 118.533/MS, com pedido liminar, tendo como objeto o Recurso Especial nº 1.297.936, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze.

No caso em análise, a Impetrante (DPU) defendeu que a Lei nº 8.072/1990 e suas implicações jurídicas não deveriam alcançar o condenado pelo crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sob pena de afronta à Constituição Federal de 1988 e de conferir medida desarrazoada àquele que, em verdade, merecia tratamento menos rigoroso. Disso decorreu o seguinte entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016), sob a Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, após julgamento em 23 de junho de 2016:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.
2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida.

Este fato representou um novo marco na compreensão até então existente, e inclusive sumulada, referente ao tráfico privilegiado. Assim, a jurisprudência pacificou-se no sentido de não mais equiparar a hediondo o tráfico privilegiado, isto é, a conduta prevista na Lei de Drogas (§ 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006).

Embora tal decisão de lavra do Supremo Tribunal Federal não ostente efeito vinculante, o Superior Tribunal de Justiça também passou a adotar o mesmo entendimento, a fim de resguardar com segurança jurídica e igualdade os diferentes casos concretos levados diuturnamente a sua apreciação.

Frise-se que o novo entendimento, por afastar o alcance da Lei nº 8.072/90, repercute diretamente nas condições de cumprimento de pena de pessoas que incorreram na prática do tráfico ilícito de drogas, sobre o qual incidiu a causa de diminuição de pena específica e prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Dentre as benesses decorrentes deste novo entendimento mencionem-se as seguintes: i) para a concessão do livramento condicional, o apenado deverá cumprir um terço ou metade da pena, a depender do fato de ser ou não reincidente em crime doloso, nos termos do Código Penal, art. 83, incisos I e II; ii) para a progressão de regime, o condenado deverá cumprir um sexto da pena, nos termos da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), art. 112.

Antes desta compreensão, para a concessão do livramento convencional: i) o condenado não podia ser reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados e teria que cumprir mais de dois terços da pena (Lei nº 11.343/2006, art. 44, parágrafo único); ii) e para a progressão de regime, o condenado deveria cumprir dois quintos da pena, se fosse primário, e três quintos, se fosse reincidente (Lei nº 8.072/90, art. 2º, §2º).

Por conseguinte, a antiga Súmula nº 512 do Superior Tribunal de Justiça – segundo a qual, “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas” - foi superada e cancelada. A fim de corroborar o exposto, mencione-se julgado referente à Petição nº 11.796/DF, de lavra do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº

11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria ‘contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.’ (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em *Habeas Corpus*, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS – Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o conseqüente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. (Destques no original).

Com efeito, não era razoável estender-lhe o tratamento equiparado aos crimes de natureza hedionda e conseqüências mais severas se a própria lei assim não o delimitava expressamente, conforme se pode concluir por meio da redação da Lei nº 11.343/2006, art. 44, parágrafo único.

Nesse sentido, a culpabilidade, ou seja, o juízo de reprovação que recai sobre a conduta do agente que incorre na prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não se evidencia acentuada.

Desse modo, seria desproporcional e injusto considerar que o traficante eventual fosse punido com maior severidade, impondo-lhe tratamento jurídico mais prejudicial que o verificado no caso daquele que se associa a outros para o cometimento do tráfico ilícito de drogas, conduta criminosa que se encontra prevista na Lei nº 11.343/2006, art. 35.

Sobre o estudo da discutida minorante, Bacila e Rangel (2015, p.111) esclarecem que:

A figura do tráfico privilegiado recebeu tratamento diferenciado daquele previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, haja vista a menor reprovabilidade da conduta do agente, culminado no abrandamento considerável da sanção imposta e no afastamento da hediondez do delito, sob pena de tratarmos igualmente os desiguais. [...] Por idêntica razão, desaparece, tardiamente, do cenário jurídico a vedação quanto à conversão em penas restritivas de direitos do tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006). De mais a mais, afastando a figura do tráfico privilegiado do rol taxativo dos crimes equiparados a hediondo, desaparece a imposição legal quanto ao regime inicial de cumprimento de pena que, aliás, está a merecer uma interpretação que se harmonize com o texto constitucional, sob pena de inconstitucionalidade.

Embora a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLIII) tenha equiparado o delito de tráfico ilícito de drogas aos crimes hediondos, pois insuscetível de graça ou anistia, além de inafiançável, a verdade é que não se deve generalizar toda conduta que envolva o repasse de drogas a terceiros de forma ilícita como submetida às implicações jurídicas da Lei nº 8.072/90. A título de exemplo, pode se suscitar a conduta de quem oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem, conduta esta tipificada no art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/2006.

Contudo, não basta a compreensão de que o tráfico privilegiado tem repercussões distintas quando comparado ao tráfico de drogas praticado na forma do *caput* e no §1º, é preciso elucidar as condições previstas na Lei de Drogas que, cumulativamente, possibilitam a aplicação da referida causa de diminuição de pena em favor do agente.

3.1 Primariedade do agente

O fato de ser o agente primário implica a inexistência de condenação criminal por sentença transitada em julgado anterior à prática do crime de tráfico ilícito de drogas. Em suma, dentre outras condicionantes, não ser o agente reincidente é fundamental para que possa fazer jus à analisada causa de diminuição da pena.

A reincidência é disciplinada no Código Penal, art. 63, com a seguinte previsão: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar

em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Trata-se de circunstância agravante genérica, a ser ponderada na segunda fase da dosimetria da pena por parte da autoridade judiciária processante, nos termos do Código Penal, art. 61, I.

A escorreita compreensão sobre a reincidência é obtida, conjugando-se, ainda, o disposto no Código Penal, art. 64, incisos I e II com o que preceitua o art. 7º da Lei de Contravenções Penais, pois se o indivíduo é condenado definitivamente pela prática de contravenção penal no Brasil e, depois da mencionada condenação, incorre na prática de crime, não se pode falar em reincidência, por ausência de previsão legal expressa neste sentido, embora possa pesar como maus antecedentes.

Com relação à reincidência, deve ser considerado o período depurador de cinco anos, de modo que, nos termos do CP, art. 64, I:

Art. 64. *Omissis*. I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Pelo exposto, fica evidente que vigora o sistema da temporariedade, pois os efeitos prejudiciais da reincidência não podem durar indefinidamente, sob pena de obstaculizar a reintegração ao meio social do agente que possua condenação anterior. A título de exemplo, não seria razoável e justo imaginar a hipótese de um indivíduo cuja pena efetivamente cumprida se extinguiu em 2002 e até a presente data estivesse a sofrer a pecha decorrente do registro de uma condenação anterior em seus antecedentes criminais, pois já transcorreram mais de cinco anos, desde o dia em que terminou de cumprir a pena a ele imposta.

Ademais, para fins de efeitos de reincidência não se consideram os crimes militares próprios e os políticos. Outra questão que revela o significativo impacto ante o reconhecimento da mencionada circunstância agravante encontra previsão no art. 67 do Código Penal, segundo o qual:

Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas *circunstâncias preponderantes*, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da *reincidência*. (Grifo nosso).

A reincidência também é observada para nortear a fixação do regime inicial de cumprimento de pena ao indivíduo que recebe condenação (art. 33, §2º, “b” e “c” do Código Penal), assim como para subsidiar, em qualquer fase do processo e na fase pré-processual, decreto de prisão preventiva (art. 313, II, do Código de Processo Penal), a depender das peculiaridades do caso concreto. Conforme Bacila e Rangel (2015, p. 114-115): “Quanto à prova da primariedade, também é o Estado o responsável exclusivo, pois o controle sobre condenações criminais é de total responsabilidade da instituição pública”.

O mencionado acima evidencia que é ônus do Estado comprovar que o Réu não possui em seu favor a primariedade, isto é, ostenta em seus antecedentes criminais condenação definitiva anterior à nova conduta criminosa praticada. Tal comprovação pode ser feita tanto por certidão de antecedentes criminais que apresente este registro, quanto por qualquer meio idôneo, que efetivamente demonstre ter o Réu condenação transitada em julgado anterior e em relação à qual não tenha transcorrido mais de cinco anos desde a data do cumprimento ou extinção da pena. Nesse sentido, há julgado de 03 de dezembro de 2013, em sede de HC nº 116.301, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, publicado em 11/02/2014.

Outrossim, há julgado do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não há óbice, assim como não caracteriza *bis in idem*, o reconhecimento da reincidência tanto para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, quanto para afastar a discutida causa de diminuição concernente ao tráfico privilegiado. Nesses termos, é a ementa do RHC 121.598/SP, Relator Min. Dias Toffoli (BRASIL, 2014):

Recurso em habeas corpus. Penal e Processual Penal. Tráfico transnacional de drogas. Artigo 33, caput, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006. Pena. Dosimetria. Apelação exclusiva do Ministério Público. Devolução, ao tribunal ad quem, do conhecimento de toda a matéria, nos limites do recurso. Inexistência de reformatio in pejus. Reincidência. Reconhecimento como agravante e para o afastamento da incidência da diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Admissibilidade. Bis in idem. Não ocorrência. Recurso não provido.

1. Dentro dos limites da matéria impugnada na apelação do Ministério Público, o conhecimento do tribunal ad quem é o maior possível, razão por que o redimensionamento da pena não importa em reformatio in pejus.

2. A reincidência constitui circunstância agravante (art. 61, I, CP) a ser obrigatoriamente considerada na segunda fase da dosimetria da pena (art. 68, CP), ao passo que a primariedade constitui inafastável requisito de natureza subjetiva para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Não havendo dupla valoração negativa da reincidência, mas, sim, estrita observância das regras legalmente aplicáveis à espécie, não há que se falar em *bis in idem*.

4. Recurso não provido.

No presente caso, não se pode falar em *bis in idem*, pois comprovada a reincidência impõe-se como obrigatório o reconhecimento da circunstância agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, assim como o afastamento da causa de diminuição de pena da Lei nº 11.343/2006, art. 33, §4º, pois nas duas situações há expressa previsão legal.

3.2 Bons antecedentes

A compreensão do que significa a expressão “bons antecedentes” perpassa pela efetiva ausência de antecedentes criminais em desfavor do agente. A doutrina e a jurisprudência pátrias, por diversas vezes, reafirmaram as hipóteses em que, de fato, será possível apontar registros que impliquem a caracterização de antecedentes criminais.

Por outro lado, os denominados maus antecedentes funcionarão como circunstância judicial, a ser considerada na primeira fase da fixação da pena, nos termos do Código Penal. Outrossim, de forma expressa e independente, isto é, sem que se possa falar em *bis in idem*, a Lei nº 11.343/2006, art. 33, §4º, também autorizou que a presença de antecedentes criminais afaste o reconhecimento da minorante em comento.

Para tanto, é mister elencar as situações que consubstanciam os maus antecedentes criminais, isto porque, consoante entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, cristalizado na Súmula nº 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Cuida-se da observância ao princípio da presunção de inocência, com previsão constitucional (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988), disposto no sentido de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A abordagem ao referido princípio constitucional é imprescindível para a melhor elucidação do tema proposto no presente trabalho.

Ademais, fatos posteriores ao delito que venha a ser apurado, inclusive quando se tratar do crime de tráfico ilícito de drogas, não podem ser valorados a fim de justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Em resumo, a conduta

criminosa posterior ao crime objeto de ação penal, que esteja sendo processada e julgada, não é válida para fins de caracterização de maus antecedentes criminais ou de qualquer outra circunstância judicial.

Nesse sentido, é o teor do julgado em sede de Habeas Corpus nº189.385-RS, de lavra do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014), julgado em 20 de fevereiro de 2014:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I E IV, DO CP. CONDENAÇÕES POR FATOS POSTERIORES AO CRIME EM JULGAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. PENA-BASE AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Precedentes.

2. Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do *mandamus* diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

3. Não podem as instâncias ordinárias valorar negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social tendo como fundamento condenações por fatos posteriores ao crime em julgamento e, com isso, agravar a pena-base do paciente. Precedentes.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar do cálculo da pena-base a culpabilidade, a personalidade e a conduta social, redimensionando-se a pena para 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mantido, no mais, o acórdão impugnado.

Por outro lado, em se tratando de fato anterior ao delito que está sendo processado e julgado, mas com trânsito em julgado posterior à data da nova conduta criminosa, o STJ reconhece como hipótese que enseja a caracterização de maus antecedentes. Mencione-se, a título de esclarecimento, o seguinte julgado de 08 de março de 2016, em sede de HC nº 246.122/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro (BRASIL, 2016), Sexta Turma, publicado em 15/03/2016:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS NÃO GERADORAS DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE

LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO E FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. **O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal**, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.

3. O patamar da reprimenda imposta (5 anos) não permite, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, a concessão da substituição da pena e, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, a fixação do regime aberto.

4. Habeas Corpus não conhecido. (Destaque nosso).

Merece relevo celeuma ainda não dirimida, exposta a seguir, no âmbito dos Tribunais Superiores, inclusive sobre a qual se reconheceu no Supremo Tribunal Federal a existência de repercussão geral da questão constitucional que foi suscitada no Recurso Extraordinário nº 593.818/SC, sob a Relatoria do Ministro Roberto Barroso.

A priori, destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente decide pela possibilidade de que condenações em relação às quais já tenha transcorrido o período depurador de cinco anos, embora não possam ser sopesadas a título de reincidência, constituem motivação para exasperar a pena-base, por caracterizar maus antecedentes (HC nº 392.279/RJ, Relator: Min. Ribeiro Dantas, julgado em 13 de junho de 2017, publicado em 22 de junho de 2017). Cuida-se da aplicação do sistema da perpetuidade, no sentido de possibilitar que mesmo aquelas condenações definitivas em que já tenha decorrido mais de cinco anos desde a data do cumprimento ou extinção da pena sejam valoradas para fins de maus antecedentes.

Por outro lado, no Supremo Tribunal Federal, as Turmas com competência criminal possuem entendimentos dissonantes, embora recentemente, em julgado de 30 de maio de 2017, em sede de Habeas Corpus nº 142.371/SC, no âmbito da Segunda Turma, decidiu-se pelo afastamento da exasperação de pena na primeira fase decorrente de condenação anterior que já havia extrapolado o período depurador de cinco anos. Tal posicionamento já era sustentado naquela Segunda Turma, em casos anteriores levados a sua apreciação.

A fim de elucidar alguns dos fundamentos que justificam tal entendimento, sobretudo quando da análise do disposto no art. 64, I, do Código Penal, merece ênfase a transcrição de trechos do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.315/SP, no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015):

Extrai-se da leitura do dispositivo transcrito que o período depurador de cinco anos tem aptidão de nulificar a reincidência, de forma que não possa mais influenciar no *quantum* de pena do réu e em nenhum de seus desdobramentos. Com efeito, é assente que a *ratio legis* consiste em apagar da vida do indivíduo os erros do passado, considerando que já houve o devido cumprimento da punição, sendo inadmissível que se atribua à condenação o *status* de perpetuidade, sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais, sobretudo o da ressocialização da pena. A Constituição Federal veda expressamente, na alínea b do inciso XLVII do artigo 5º, as penas de caráter perpétuo. Tal dispositivo suscita questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita. Ora, a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal *ad aeternum*, em verdade, é pena de caráter perpétuo mal revestida de legalidade. [...] Nessa perspectiva, por meio de cotejo das regras basilares de hermenêutica, constata-se que, se houve o objetivo primordial de afastar a pena perpétua, reintegrando o apenado no seio da sociedade, com maior razão deve-se aplicar tal raciocínio aos maus antecedentes. Advirto, outrossim, que o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia *in malam partem*, método de integração vedado no ordenamento jurídico. É que, em verdade, assiste ao indivíduo o 'direito ao esquecimento', ou 'direito de ser deixado em paz', alcunhado, no direito norte-americano de *'the right to be let alone'*. O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.[...] Dessa forma, entendo que, decorridos mais de cinco anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Emerge daí que a pena-base deve adstringir-se ao piso legal, porquanto não há nenhuma circunstância judicial passível de justificar a majoração, cabível, em consequência, a aplicação da causa de diminuição consubstanciada no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, nos moldes do acórdão proferido pelo TJSP. (Destques no original).

Evidencia-se, desse modo, o entendimento segundo o qual, assim como na valoração da reincidência, para a caracterização de maus antecedentes deve-se observar o sistema da temporariedade, pois não seria razoável conferir àquelas condenações em que já transcorreu o período depurador de cinco anos, nos termos

do art. 64, I, do Código Penal, efeitos perpétuos a macularem os antecedentes criminais do acusado da prática de novo crime. É necessário esclarecer que a própria Constituição Federal de 1988 veda o estabelecimento de penas de caráter perpétuo, já que a pena aplicada ao agente deve possibilitar, ao final, sua ressocialização.

Ademais, o raciocínio no sentido de atribuir aos efeitos de condenação criminal definitiva perpetuidade, consubstanciada na ausência de limite temporal que pudesse balizar sua valoração por parte do julgador, viola a dignidade da pessoa humana e cria verdadeira analogia em prejuízo do réu, isto porque, não há previsão legal e/ou constitucional, que autorize a ponderação dos maus antecedentes como circunstância judicial excedido o período depurador de cinco anos.

No caso mencionado concernente ao julgamento do Habeas Corpus nº 126.315/SP, cujos trechos encontram-se acima, a temporariedade fixada também para a análise dos antecedentes criminais repercutiu na possibilidade de reconhecimento de causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006. Desse modo, por não ser hipótese que se amolde à definição jurídica de reincidência e de maus antecedentes, pois já excedido o período depurador, desde que preencha as demais condições (não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa), o agente poderá se ver beneficiado pelo *quantum* redutor de pena.

Por fim, em relação à existência de registros nos antecedentes criminais do Réu, é preciso evidenciar que uma mesma condenação transitada em julgado não poder ser valorada simultaneamente para fins de reincidência e como circunstância judicial referente aos maus antecedentes. Nucci (2013a, p. 465-466) esclarece que:

[...] o juiz, ao aplicar a agravante da reincidência, necessita verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração para tanto, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59 (maus antecedentes). Nessa ótica: Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: 'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial'. Note-se, entretanto, que o réu possuidor de mais de um antecedente criminal pode ter reconhecidas contra si tanto a reincidência quanto a circunstância judicial de mau antecedente. (Destaques no original).

A partir do exposto, evidencia-se que não há óbice ao reconhecimento de condenações definitivas distintas para valoração, na primeira fase de fixação da pena, dos maus antecedentes, e na segunda fase, o reconhecimento da reincidência. Com

efeito, a multiplicidade de condenações possibilita tais agravamentos da pena sem que esteja configurado *bis in idem*.

3.3 Não dedicação a atividades criminosas

Não há uniformidade de entendimento quanto ao alcance da não dedicação a atividades criminosas contida na Lei de Drogas para possibilitar, desde que cumulada aos demais requisitos, o reconhecimento da causa de diminuição de pena em estudo. Conforme já discutido alhures, Nucci (2013b) entende que o fato de o agente não ser reincidente e não possuir registros desabonadores a título de maus antecedentes, já obsta a possibilidade de que se dedique a atividades criminosas.

Por outro lado, não parece ter sido essa a intenção da *mens legislatoris*, considerando que a lei expressamente descreve quatro condicionantes para que o acusado possa fazer jus à minorante. Para Marcão (2017, p. 147-148):

Inegável que aquele que se inicia no crime está por merecer reprimenda menos grave, o que era impossível antes da vigência do novo § 4º, e 'a minorante em questão tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, e não aquele que faz do tráfico seu meio de vida.' [...] 'A ausência de provas do envolvimento em atividades criminosas ou da participação em organização criminosa deve ser interpretada em benefício do acusado e, por conseguinte, não é suficiente para afastar a aplicação da causa de diminuição da pena. Incidência do princípio da presunção da inocência e da regra do *in dubio pro reo*' (STF, HC 103.225/RN, 2ªT., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11-10-2011). [...] Para fazer jus ao benefício, o réu deve satisfazer a todos os requisitos, cumulativamente. A ausência de apenas um determina negar a benesse. (Destques no original).

Outrossim, há dissonância nos julgados dos Tribunais Superiores, relativamente aos casos concretos em que se verifica apreensão de grande quantidade de drogas e se tal fato possibilitaria afastar a causa de diminuição de pena por ser indicativa de que o agente dedica-se a atividades criminosas.

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de que a quantidade e variedade de drogas apreendidas pode servir para valorar a fração da benesse sobre a pena obtida até a terceira fase da dosimetria. Frise-se que, contudo, sob pena de configurar *bis in idem*, as considerações acerca da quantidade e variedade da droga apreendida, caso já ponderadas na primeira fase de aplicação da pena, em observância ao art. 42, da Lei nº 11.343/2006, não poderão ser novamente resgatadas

na terceira fase para justificar o *quantum* redutor de pena em patamar mínimo. Merece ênfase a transcrição de trechos do voto do Relator Ministro Luiz Fux, no julgamento do Habeas Corpus nº 120.604/PR, em 25 de fevereiro de 2014, no STF (BRASIL, 2014):

Todavia, o caso em exame apresenta patente ilegalidade do *quantum* da reprimenda fixada, em razão da consideração da natureza e da quantidade de droga apreendida em poder do paciente para aumentar a pena-base e também para servir como critério para fixar a fração da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, o que justifica a concessão da ordem para sanar a flagrante ilegalidade. A questão discutida nos autos foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal em recente julgado realizado pelo Plenário, ocorrido em 19/12/2013, na análise dos HC 112.776/MS e HC 109.193/MS, ambos de relatoria do Min. Teori Zavascki. Naquela oportunidade, a Corte firmou o entendimento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes apenas podem ser utilizadas, na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa. Ressaltou-se, que a utilização em duas fases do cálculo da pena caracteriza, o *bis in idem*. Desse modo, cabe ao juiz sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, definir em qual momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga será utilizada, desde que não seja de maneira cumulativa para evitar-se a ocorrência de *bis in idem*. Contudo, no caso *sub examine*, a dosimetria da pena imposta ao paciente encontra-se em dissonância com o entendimento adotado por esta Corte, justificando a correção e reparo por este Supremo Tribunal Federal, em razão do constrangimento ilegal verificado. *In casu*, o magistrado de primeiro grau, na sentença condenatória, realizou a dosimetria da pena, considerando a quantidade da droga apreendida em poder do paciente (22 Kg de maconha), para fixar a pena-base acima do mínimo legal e utilizou desses mesmos fundamentos para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/2 (metade) [...]. (Destques no original).

Nesse diapasão, restou evidenciado que viola o princípio *ne bis in idem* a valoração da natureza e quantidade da droga apreendida, de forma simultânea, tanto para fixar a pena-base como circunstância judicial desfavorável, assim admitida pela redação do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, quanto para nortear a fração de redução da pena a ser estabelecida na terceira fase da dosimetria. Por outro lado, o julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, poderá optar pelo momento em que irá ponderar a natureza, quantidade e variedade da droga apreendida.

Acrescente-se, ainda, que, quanto à possibilidade de que a natureza e quantidade da droga apreendida seja motivação idônea para, não somente nortear o

quantum redutor, mas para afastar a aplicação da minorante, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, [...], denotam o intenso envolvimento do paciente com o tráfico, a justificar a recusa da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006” (STF, Habeas Corpus nº 122.594/SP, Primeira Turma, Relatoria Ministra Rosa Weber, julgado em 23/09/2014, publicado em 07/10/2014). No julgado aqui referenciado, assim como discute Marcão (2017), a expressiva quantidade de substância ilícita apreendida pode indicar que o agente dedica-se a atividades criminosas ou integra organização criminosa, mormente quando a substância ilícita encontra-se acondicionada em embrulhos próprios para rápida disseminação, apta a alcançar um significativo número de usuários.

3.4 Não integração à organização criminosa

Não há dúvida de que o indivíduo que integra organização criminosa de qualquer natureza ou que, de qualquer modo, associa-se a outros a fim de desenvolver a atividade do tráfico ilícito de drogas, não faz jus à causa de diminuição de pena prevista na Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º.

Sabe-se, ademais, que a causa de diminuição da pena somente tem alcance em relação aos crimes tipificados no *caput* e no §1º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Por conseguinte, não alcança o crime previsto no art. 35 da referida legislação, tendo em vista a incompatibilidade jurídica evidente. A fim de corroborar o exposto, mencione-se o seguinte julgado em sede de Habeas Corpus nº 232.948/TO, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, publicado em 14 de abril de 2014, STJ (BRASIL, 2014):

A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 da mesma lei, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

Para melhor compreensão da temática, faz-se necessário elucidar as elementares do tipo que permitem discernir a efetiva associação ao tráfico de drogas, prevista na Lei de Drogas, art. 35, do mero concurso de pessoas. Frise-se que,

segundo ensinam a doutrina e jurisprudência majoritárias, para demonstração de efetiva associação ao tráfico é preciso vínculo de estabilidade e permanência entre dois ou mais agentes. A fim de esclarecer o tema, Rassi e Greco Filho (2008, p. 128 *apud* BACILA; RANGEL, 2015, p. 120) afirmam que:

[...] não será toda vez que ocorrer concurso que ficará caracterizado o crime em tela. Haverá necessidade de um 'animus' associativo de fato, uma verdadeira '*societas sceleris*', em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a co-autoria. (Destques no original).

Conforme se infere do supracitado, o elemento subjetivo é o dolo, isto é, o *animus* em associar-se a uma ou mais pessoas com a finalidade de praticar quaisquer das condutas criminosas previstas na Lei nº 11.343/2006, artigo 33, caput e § 1º, e artigo 34. Outra questão que merece relevo refere-se à possibilidade de cumulação entre o reconhecimento da associação para o tráfico e a organização criminosa. Segundo Bacila e Rangel (2015, p. 119):

[...] ocorrendo pluralidade de tipos penais (quadrilha, associação para o tráfico e organização criminosa) deverão ser adotados os critérios de especialidade (associação para o tráfico em relação à quadrilha) [...]. Não se pode aplicar pena de associação para o tráfico e organização criminosa cumulada se a conduta da organização concorreu para a mesma prática do tráfico. Entretanto, se A, B, C, D e E associam-se para a prática de tráfico de drogas (associação para o tráfico) e também outros delitos (corrupção ativa ou passiva, peculato, concussão, extorsão, homicídio etc.), caracteriza-se o concurso material de crimes, somando-se as penas, porquanto há diversidade de fatos.

Desse modo, fica evidente que será a análise de cada caso concreto responsável por indicar a possibilidade de reconhecer a incidência simultânea dos crimes de associação para o tráfico e caracterização de organização criminosa, cuja previsão encontra-se na Lei nº 12.850/2013.

Frise-se que, para a configuração de organização criminosa é necessário observar as seguintes condições, nos termos do §1º do art. 1º da referida lei: i) associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente; ii) finalidade em obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter

transnacional. Vê-se, assim, que o número mínimo de integrantes e a divisão de tarefas são requisitos imprescindíveis a sua configuração.

4 PARÂMETROS PARA O RECONHECIMENTO E PONDERAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Conforme se observa no capítulo anterior, a causa de diminuição da pena com previsão na Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º, requer, para sua aplicação, o preenchimento cumulativo de requisitos previstos no próprio texto da lei. Apesar de já elucidadas tais condicionantes, ainda permeiam dúvidas relativas ao real alcance daquilo que pode ser considerado por Juízes de 1º grau e Tribunais como atividades criminosas, considerando o teor das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca desta matéria.

Em primeiro lugar, faz-se necessário esclarecer que o escopo da minorante é proporcionar tratamento jurídico-penal diferenciado ao pequeno traficante, isto é, aquele que não tem em seu desfavor histórico criminal e que não seja investigado ou Réu, respectivamente, em outras investigações e ações penais, relacionando-o ao tráfico ilícito de drogas ou a outra conduta prevista na Lei de Drogas, que implique a recorrente conduta de disseminação de substâncias psicoativas.

Com efeito, apenas a análise das peculiaridades do caso concreto possibilitará precisar se o acusado ou investigado poderá ter reconhecida em seu favor a causa de diminuição da pena em estudo. Para tanto, caberá ao próprio Estado, por meio do Ministério Público, na qualidade de *dominus litis*, e havendo provas de que o acusado não preenche quaisquer dos requisitos legais, demonstrar a necessidade de ser afastada a minorante.

Do contrário, se esgotadas as diligências investigativas e concluída a instrução processual, juntadas as certidões cartorárias, não houver elementos de que seja reincidente, tenha maus antecedentes, dedique-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa, deverá ser reconhecida a causa de diminuição da pena.

Ademais, não é razoável e constitucional que os Juízes e Tribunais realizem interpretação extensiva em relação aos requisitos da presente minorante em prejuízo do Réu, conferindo ao texto da lei abrangência que viola sua própria finalidade.

Há entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser valorados como maus antecedentes criminais a fim de justificar o incremento da pena-base acima do mínimo legal (Súmula nº 444). Embora se trate de um entendimento consolidado, de fato, não obsta a análise e valoração de feitos em curso no contexto da causa de diminuição de

pena do art. 33, § 4º, Lei nº 11.343/2006, pois além da primariedade e de bons antecedentes, não pode o agente se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

Ocorre que a presente minorante representa benesse legal cujos efeitos repercutem na fixação do regime inicial de cumprimento de pena e, ainda, na progressão do regime, livramento condicional e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por tais razões, faz-se imprescindível discutir se a irrestrita ponderação de inquéritos policiais e ações penais, em relação aos quais não haja decisão condenatória definitiva, não afronta os princípios constitucionais, mormente o da presunção de inocência.

Se por um lado deve-se combater a fixação da pena-padrão a casos distintos, há, em contrapartida, a necessidade de eleger critérios necessários e razoáveis a fim de evitar injustiças e equívocos na dosimetria. Segundo Estefam (2013, p. 329):

O Código Penal fornece ao juiz criminal inúmeros instrumentos para analisar o caso concreto e impor ao réu uma pena que leve em conta todos os aspectos do fato cometido (...). O princípio proíbe, portanto, a aplicação sistemática da mesma pena a casos distintos, ou seja, a inflicção de uma 'pena-padrão'. (Destaque no original).

Nesse sentido, fica explícito que conquanto não constem condenações definitivas em desfavor do Réu, o registro de outras ações penais em curso na sua folha de antecedentes criminais poderá fundamentar que se afaste a incidência da minorante na terceira fase da dosimetria da pena. Acerca da mencionada temática, o Superior Tribunal de Justiça, sob a Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, em sede de julgamento de Habeas Corpus nº 378.574/RS (BRASIL, 2017), já decidiu no seguinte sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE NÃO ELEVADA DE DROGA. MODO SEMIABERTO. ADEQUADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso

legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.

4. Hipótese em que a instância antecedente negou, motivadamente, a aplicação do redutor, diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada no fato de que responde a outras ações penais por crimes de roubo e extorsão.

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo crime de tráfico de drogas, às do art. 42 da Lei de Drogas.

6. Embora a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes sejam argumentos idôneos para se estabelecer o regime mais grave, *in casu*, o inicial fechado, como imposto pelo Tribunal de origem, se mostra desarrazoado, considerando-se as demais circunstâncias favoráveis ao paciente e não ser elevada a quantidade de droga apreendida (38 g de cocaína).

7. Fixada a pena em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do paciente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para prevenção e reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal (Precedentes).

8. Estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

9. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Recentemente, o mesmo entendimento foi sintetizado nos seguintes termos (EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, por maioria, julgado em 14/12/2016, DJe 1/2/2017): “É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06”.

Diante de seu relevo e da necessidade de estabelecer critérios mínimos para fixar o real alcance das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, o tema merece ser complementado evidenciando-se a instrumentalidade do processo penal e o princípio da necessidade na fixação da pena, pois, conforme ensina Lopes Jr.

(2013, p. 76):

[...] ainda que os tipos penais tenham uma função de prevenção geral e também de proteção (não só de bens jurídicos, mas também do particular em relação aos atos abusivos do Estado), sua verdadeira essência está na pena e a pena não pode prescindir do processo penal. Existe um monopólio da aplicação da pena por parte dos órgãos jurisdicionais e isso representa um enorme avanço da humanidade. Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto culpável, mas também que exista previamente o devido processo penal.

Contudo, parece razoável que somente diante das peculiaridades dos casos concretos se possa decidir pela aplicação ou pelo afastamento da causa de diminuição de pena em análise. Nesse contexto, Lima (2014, p. 744) menciona que:

[...] para que se possa negar a aplicação da referida minorante em razão do exercício do tráfico como atividade criminosa, deve o juiz basear-se em dados concretos que indiquem tal situação, sob pena de toda e qualquer ação descrita no núcleo do tipo ser considerada incompatível com a aplicação da causa especial de diminuição de pena.

De fato, inquéritos policiais em curso e ações penais sem decisão definitiva não podem servir para sopesar maus antecedentes, a título de circunstância judicial, em observância ao princípio da presunção de inocência, amparado constitucionalmente (CF/88, art. 5º, LVII) e sedimentado por meio da Súmula nº 444 do STJ. Entretanto, não há óbice em considerar os referidos procedimentos investigativos e ações penais para analisar se o agente adota a prática de crime como meio de vida e, assim, justificar o afastamento da mencionada causa de diminuição de pena.

4.1 Princípios constitucionais e sua repercussão quanto ao reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006

O estudo atinente à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 não pode ocorrer de forma dissociada de princípios constitucionais que se aplicam, sobretudo, à seara criminal, tais como o princípio da presunção de inocência e o princípio da individualização da pena.

Outrossim, não se deve olvidar que o Direito Penal e Processual Penal encontram na Constituição de 1988 fundamentos para sua correta atuação, de modo que o exercício do direito de punir conferido ao Estado não viole direitos e garantias

fundamentais inerentes a todos os cidadãos e, inclusive, àqueles que tenham incorrido na prática de crimes. Nesse sentido, Vale (2009, p. 21) ensina que:

O processo, como instrumento para realização do direito penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, ampla defesa etc.

Em suma, a existência e, por conseguinte, a observância de um rol de direitos e garantias fundamentais funcionam como cerne de um Estado Democrático de Direito. Tal discussão tem relevância quando se trata, no atual cenário do ordenamento jurídico brasileiro, de técnicas e métodos de interpretação em casos nos quais aparentemente vigoram princípios e regras que aparentemente se contrapõem.

Em tais hipóteses, a atividade do hermeneuta será essencial para impedir violações a ditames basilares do próprio Estado Democrático de Direito e, nessa ótica, será fundamental a ponderação dos princípios constitucionais. Segundo Carvalho (2014, p. 36-37):

Princípios são as ideias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico; são os valores básicos da sociedade que podem, ou não, se constituir em normas jurídicas. [...] os princípios têm a função de assegurar a continuidade e a estabilidade da ordem jurídica e de homogeneizar o sistema jurídico, exprimindo 'uma espécie de vontade da sociedade de se ligar a si mesma através de sua própria história, da sua herança, do seu patrimônio jurídico e constitucional'. (Destaques no original)

A abordagem principiológica também é realizada por Vale (2009) que acentua nos princípios seu maior grau de abstração, elemento norteador para a compreensão das normas constitucionais e como elementos de interpretação e integração de outras normas. Mencione-se que, ainda segundo Vale (2009, p. 35-36):

No tocante à colisão de princípios, a moderna solução passa obrigatoriamente pela ponderação constitucional. Desde o século XIX, a sociedade vem se tornando cada vez mais complexa e aprofundando as relações sociais e jurídicas. [...] A ponderação é um novo método hermenêutico, destinado para os casos em que o princípios constitucionais encontram-se em colisão. Tem tomado lugar de destaque na interpretação de princípios constitucionais, deixando de ser mera coadjuvante. Ensina Ana Paula de Barcellos que a

estrutura da ponderação envolve um processo de três etapas. Em uma primeira fase, se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em cada conflito. Na segunda fase, cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e sua repercussão sobre os elementos normativos. Na terceira fase, que é a da decisão, se estará examinando os diferentes grupos de normas e sua repercussão sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa.

Com efeito, vê-se que o estudo dos princípios constitucionais, agregado à ponderação, como método de hermenêutica constitucional, possui considerável relevância para solução de controvérsias e provimento jurisdicional justo, tendo em vista os diversos casos concretos levados à apreciação do Judiciário.

Enquanto alguns princípios constitucionais encontram-se implícitos no texto constitucional, outros evidenciam-se expressamente. Exemplificam princípios constitucionais explícitos, que possuem notável importância no presente trabalho: o princípio da dignidade da pessoa humana, que possui estreita relação com o princípio da individualização da pena, e o princípio da presunção de inocência.

O princípio da individualização da pena tem por escopo afastar do ordenamento jurídico a pena padronizada ao indivíduo condenado pela prática de crime. Nesse sentido, cabe ao julgador observar todas as circunstâncias que norteiam o caso concreto, além dos aspectos subjetivos do acusado, para, por fim, estabelecer a pena que seja necessária e suficiente à prevenção e reprovação do crime. No tocante às discussões que norteiam a aplicação da pena e, especificamente, o princípio da individualização da pena, Bacila e Rangel (2015, p. 112) afirmam que:

[...] qualquer imposição, apriorística e inflexível, de um modelo padronizado de cumprimento de pena macula o princípio da individualização da pena, pois retira do julgador a possibilidade de valorar as circunstâncias que envolvem o caso penal. O legislador não pode tratar de maneira idêntica condutas cuja reprovabilidade é diferente, pois o excesso punitivo esbarra no princípio da razoabilidade (proporcionalidade). Essa é a principal razão para não darmos tratamento idêntico ao tráfico de drogas e ao tráfico privilegiado. É cediço que é defeso ao magistrado estabelecer regime mais severo de cumprimento de pena em razão da gravidade abstrata do delito.

Sabe-se que a dosimetria da pena se divide em três momentos distintos, que se referem à análise de circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal; em seguida, circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61, 62 e 65 do Código Penal; e, por fim, aplicação de causas de diminuição e aumento de pena genéricas e especiais.

Vale (2009), por sua vez, apresenta três momentos da individualização da pena: o primeiro é concernente à pena cominada pelo legislador, de modo que é necessário estabelecer os limites mínimo e máximo, que demonstra margem para individualização; o segundo refere-se à individualização da pena que é efetuada pelo próprio juiz de condenação; o último momento se evidenciará pela atuação do juiz da execução penal.

Nesse sentido, destaca-se a atuação do juiz que decidirá pela procedência ou improcedência da causa levada a sua apreciação e complementar a atividade do legislador que, por meio do texto legal, definiu os limites da sanção penal que poderá ser imposta ao condenado pela prática de crime. Frise-se que tais limites devem ser observados até o segundo momento da dosimetria, seguindo-se aqui o critério trifásico, considerando o entendimento sumulado do STJ de que circunstância atenuante não poderá resultar em pena aquém do mínimo legal (Súmula nº 231 do STJ).

Em suma, Vale (2009) elucida que a fixação do *quantum* de pena é direito subjetivo do acusado, assim como o estabelecimento de regime inicial de cumprimento e substituição da pena, pois a sanção imposta deve seguir o parâmetros de sua culpabilidade. Trata-se, na visão do mencionado autor, da discricionariedade juridicamente vinculada, fundada no princípio da necessidade da pena e também em sua escorreita motivação, com fulcro no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

Mencione-se que, ao tempo em que a individualização da pena não poder servir ao estabelecimento de sanções que se revelem aquém do necessário para a reprovação e prevenção do crime, sob pena de macular o princípio da vedação da proteção deficiente, não pode implicar a imposição de reprimenda desarrazoada e sem a devida fundamentação em prejuízo do Réu.

Nesse contexto, deve ser destacado que é a partir da análise das circunstâncias e registros que norteiam o caso concreto que se poderá discernir entre as condutas que impliquem o tráfico de drogas e o tráfico privilegiado, esta última referindo-se à conduta sobre a qual incide a causa de diminuição de pena aqui discutida. Logo, é evidente que a atuação do magistrado na correta ponderação dos fatos apurados, tendo em vista a observância de princípios constitucionais, será fundamental para coibir injustiças, sobretudo diante da possibilidade de ser reconhecida a minorante do tráfico privilegiado em favor do agente.

Ainda sob a perspectiva principiológica, merece ênfase o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, cujo marco inicial retoma a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1948.

O referido princípio repercute diretamente sobre a liberdade e o direito de ir e vir do acusado da prática de crime, de modo que, somente em casos excepcionais e como *ultima ratio* admitir-se-á o cerceamento da liberdade do réu que não tem em seu desfavor sentença condenatória transitada em julgado.

Vale (2009, p. 184) ensina que o princípio da presunção de inocência, na verdade, refere-se ao princípio do estado de inocência, pois os homens nasceriam livres e em estado de inocência que deve perdurar até o julgamento definitivo. No contexto analisado, o estado de inocência somente se esvazia com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ainda segundo Vale (2009, p. 180):

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.

Vê-se, pelo exposto, que o princípio da presunção de inocência reflete diretamente no tratamento jurídico conferido ao investigado e acusado da prática de crime. Por conseguinte, a maior ou menor relevância dada pelo julgador na observância do mencionado princípio influenciará em todas as fases do processo. Especificamente, em relação aos crimes da Lei de Drogas, servirá tanto para a decretação ou revogação da segregação cautelar, quanto para fixar a pena em sentença, aplicar os possíveis efeitos decorrentes da condenação e, sobretudo, reconhecer ou afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

Nesse contexto, também deve ser enfatizado o princípio da proporcionalidade, o qual também é identificado doutrinariamente por razoabilidade ou racionalidade.

Busca-se, assim, que a pena imposta ao acusado deva ser proporcional à finalidade pretendida pela lei penal e processual penal. Carvalho (2014, p. 64) explica que:

[...] o marco da aplicação do princípio da proporcionalidade no direito processual penal alemão foi o processo instaurado contra o famoso político Dr. Hoflle, em 1926, que, preso preventivamente, acabou falecendo na prisão. Isso foi o bastante para que se instalasse naquele país uma grande discussão a respeito da proporcionalidade das medidas constritivas de direitos fundamentais.

Diante disso, restou demonstrado que as decisões prolatadas no âmbito processual, mormente aquelas que resultam na possível privação de liberdade e restrição de direitos do indivíduo, devem ser verificadas e proferidas com amparo da razoabilidade e proporcionalidade, sempre em atenção aos fins legais pretendidos, sob pena de haver verdadeira violação às garantias fundamentais e abuso de direito. Ainda segundo Carvalho (2014, p. 66):

[...] para obviar as críticas de que o princípio era por demais vago, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram-lhe nítidos contornos, identificando-lhe os pressupostos e os requisitos. Os pressupostos da intervenção estatal sob o pálio do princípio da proporcionalidade são a legalidade e a justificação teleológica. Os requisitos são extrínsecos – a judicialidade (requisito subjetivo) e a motivação (requisito formal) – e requisitos intrínsecos – constituídos por subprincípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Pelo pressupostos da legalidade decorre que não pode existir restrição processual sem que esteja prevista em lei (*nulla coactio sine lege*). O pressuposto da justificação teleológica limita a aplicação de qualquer restrição aos fins objetivados pela lei que a instituiu, ou seja, a restrição deve estar vinculada à proteção de outro interesse jurídico [...]. Do requisito extrínseco da judicialidade, infere-se que somente um órgão investido na função jurisdicional pode determinar restrições processuais aos direitos fundamentais, e que, somente em hipóteses taxativamente previstas em lei, essas medidas podem ser implementadas antes da cognição judicial, mas dependendo dela para sua existência. (Destques no original).

A escorreita compreensão de como deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, conforme explicitado supra, também será essencial para elucidar a técnica hermenêutica de ponderação dos valores e princípios que norteiam o caso concreto.

A legalidade implica que restrições processuais ficam condicionadas a situações taxativamente trazidas em lei. Por sua vez, a justificação teleológica está pautada nas finalidades almejadas pela lei para a imposição de restrições às

liberdades. Nesse cenário, a atividade jurisdicional se revestirá de grande relevância, assim como o próprio processo penal. Para Scheid (2008, p. 32-33):

Sob a ótica jurídico-processual, o processo serve 'para a aplicação da lei penal aos casos concretos, tendo, por isso, um valor instrumental bem preciso: que nenhum responsável passe sem punição (*impunitum non relinquit facinus*) nem nenhum inocente seja condenado (*innocentum non condemnari*)'. [...] Nessa senda, tem de se apontar que, no curso da instrumentalização do Direito penal, em virtude do interesse público que domina o processo penal, não se admite atuação desenvolvida à ilharga do princípio da legalidade processual, o qual é o garante do direito de punir, assim como dos direitos fundamentais da cidadania. Igualmente, 'a visão instrumental do processo, obviamente, não poderá estar desconectada dos princípios reitores do processo penal estabelecidos constitucionalmente. (Destques no original).

Trata-se, pois, da instrumentalidade do processo penal, meio pelo qual será possível aplicação de sanção/pena. Ademais, a instrução processual funcionará como momento oportuno para a ponderação de valores e aplicação de princípios e garantias constitucionais.

Diuturnamente, a referida ponderação, sobre a qual também impera o princípio da proporcionalidade, é realizada sobre interesses ou bens jurídicos que em casos reais levados ao Judiciário, apresentam-se em campos opostos.

Tal constatação fará com que os Juízes e Tribunais fundamentem suas decisões na melhor observância da isonomia, segurança jurídica e dos fins precípuos que decorrem das leis e do próprio texto constitucional, sem que haja, outrossim, qualquer prejuízo ao réu.

4.2 Análise do julgado em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.431.091/SP pelo Superior Tribunal de Justiça e uniformização de entendimento para aplicação da minorante

A priori, é recomendável entender as balizas que pautam o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.431.091/SP. Na ocasião, pretendia-se sedimentar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, evitando-se, assim, decisões opostas e conflitantes entres suas respectivas Turmas. Sob o aspecto constitucional,

foi suscitado o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, que apresenta a seguinte redação:

Art. 5º. Omissis. XLIII - 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.

Na ocasião, mencionou-se se tratar de mandamento constitucional de criminalização, que detinha estreita ligação com o princípio da vedação da proteção deficiente. Entendeu-se que a redação do texto constitucional conferia, como de fato o faz, tratamento diferenciado ao tráfico de drogas e outras práticas criminosas, tendo em vista revestirem-se de notável gravidade.

Para tanto, no corpo do voto, o Ministro Relator fundamentou na interpretação teleológica seu posicionamento. O caso versava sobre Réu condenado por ter consigo “40 supositórios contendo cocaína na forma pó branco, 19 papelotes contendo maconha na forma de erva esverdeada e 04 supositórios contendo cocaína consubstanciada em pedras de ‘crack’ (fl. 149)”. Foi objeto da discordância a possibilidade de que inquéritos policiais e ações penais em andamento possam justificar o afastamento da causa de diminuição de pena em questão, por consubstanciar afronta ao princípio da presunção de inocência.

A Quinta Turma do STJ entende possível que registros de tais inquéritos policiais e ações penais, embora pendentes, sirvam para demonstrar que o acusado da prática de crime tipificado na Lei de Drogas dedica-se a atividades criminosas, pois somente para os requisitos da primariedade e dos bons antecedentes seria exigida a existência de sentença condenatória transitada em julgado.

Em suma, em seu voto, o relator Ministro Felix Fischer (BRASIL, 2016, p.11) entendeu que:

Contudo, na espécie, não se trata de avaliação de inquéritos ou ações penais para agravar a situação do Réu condenado por tráfico de drogas, mas como forma de afastar um benefício legal, desde que existentes elementos concretos para concluir que ele se dedique à atividades criminosas, sendo inquestionável que em determinadas situações, a existência de investigações e/ou ações penais em andamento possam ser elementos aptos para formação da convicção do magistrado. Atividade criminosa, conforme orientação doutrinária do Professor Renato Brasileiro de Lima, acima citada, deve ser interpretada como meio de vida obtido através da criminalidade, ou

seja, aquele que provê seu sustento através de atividade lícita, considerando aplicável a diminuição de causa se 'o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida.'

Ademais, o princípio da presunção da inocência, assim como em outros casos² levados ao judiciário, não pode ser aplicado de forma absoluta, mormente diante da necessidade de ser ponderado o princípio da vedação da proteção deficiente. Por fim, considerou-se que atribuir o mesmo tratamento jurídico tanto ao réu que possui diversas investigações ou ações penais contra si, quanto àquele que não possui feito em seu desfavor, viola o princípio da presunção da inocência.

A questão que merece relevo e que, inclusive, foi aventada na apreciação daquele caso, embora sem outros esclarecimentos, é a de que o registro de inquéritos policiais e ações penais, em andamento, se torne, em todos os casos levados à apreciação do Judiciário, fundamento suficiente para afastar a minorante.

O Ministro Relator Felix Fischer (BRASIL, 2016, p. 17) esclareceu que:

[...] mister salientar que não se pretende tornar regra que a existência de inquérito ou ação penal obste o benefício em todas as situações, mas sua avaliação para concluir se o Réu é dedicado a atividades criminosas também não pode ser vedada de forma irrestrita, de modo a permitir a avaliação pelo magistrado em cada caso concreto.

Diante desse contexto e da necessidade de estabelecer não um paradigma ou forma genérica, mas balizas que permitam nortear a atividade do julgador, poderiam ser elencadas algumas condicionantes que, amparadas pela razoabilidade, determinem a aplicação ou o afastamento da causa de diminuição de pena que é objeto deste trabalho.

4.3 Registros de atos infracionais anteriores e a causa de diminuição da pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006

Além das discussões já suscitadas, relativas à existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento servirem para fundamentar o afastamento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, por relevarem que o investigado/acusado se dedica a atividades criminosas, o Superior Tribunal de Justiça,

² A título de exemplo, mencione-se a possibilidade de fundamentar decreto de prisão preventiva com base em ações penais em andamento, sob alegação de risco de reiteração delitiva (HC n. 329.221/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 15/10/2015).

ao qual compete a interpretação da legislação infraconstitucional, também enfrentou a situação do agente que possui como registro anterior atos infracionais. A título de exemplo, mencione-se o julgado do Recurso Especial nº 1.716.980/SC, de 09 de março de 2018, sob a Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas (BRASIL, 2018, p. 4-5), que versa sobre o tema, conforme se explicita no seguinte trecho:

A teor do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

O entendimento desta Corte é de que a mencionada norma legal tem como objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Tem-se decidido também que a quantidade de droga e as demais circunstâncias do delito do CP devem servir de parâmetro para a definição do *quantum* de redução – de um sexto até dois terços – e para se constatar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes ou de sua participação em organização criminosa, a fim de obstar a incidência do referido benefício legal (AgRg no REsp 1.644.417/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 29/03/2017; AgRg no AREsp 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

Na hipótese dos autos, embora a Corte de origem tenha assentado que não há prova da dedicação do recorrido à atividade criminosa, os fatos delineados no acórdão impugnado não deixam dúvida da sua habitualidade delitiva, tendo em vista seu envolvimento anterior, quando menor inimputável, nos delitos de receptação, furto, roubo e, também, de tráfico de entorpecentes (e-STJ, fl. 33).

Esta Corte já se manifestou no sentido de que os atos infracionais anteriores praticados pelo réu, embora não configurem maus antecedentes para elevar a pena-base, tampouco induzem a reincidência, podem indicar sua inclinação a práticas delitivas, sendo inclusive, fundamento idôneo para manutenção da segregação cautelar.

Assim, considerando que um dos requisitos para concessão da benesse é a não dedicação a atividades criminosas, é certo que o envolvimento do recorrido quando menor em atos infracionais, inclusive relacionados ao crime de tráfico, podem ser valorados para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que está clara a propensão do agente às práticas criminosas.

O caso apresentado ilustra situação que reiteradamente é levada à apreciação do Superior Tribunal de Justiça e que culminou no entendimento de que atos infracionais praticados por inimputável podem justificar a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista na Lei nº 11.343/2006, 33, §4º, quando após alcançada a imputabilidade penal o indivíduo incorre na prática do tráfico de drogas. No mesmo

sentido foi o julgado em sede de AgRg no Recurso Especial nº 1.708.022 – MG, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 26 de junho de 2018, publicado em 02 de agosto de 2018.

Os atos infracionais são aqueles praticados por inimputáveis e, por sua natureza, divergem da definição de crime. O conceito analítico de crime, oriundo da teoria tripartite, define a prática delitiva como fato típico, ilícito e culpável. Tal conceito não alcança os atos infracionais, em relação aos quais encontra-se ausente a culpabilidade, situação que decorre do fato de ser o agente que os pratica inimputável. Consoante Toledo (*apud* GRECO, 2008, p. 141):

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

O fato típico será considerado a partir da conjugação de diversos elementos, segundo a visão finalista, exposta por Greco (2008, p. 142-143), quais sejam: conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado; nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; tipicidade (formal e conglobante). Por sua vez, ainda segundo Greco (2008), a antijuridicidade ou ilicitude revela a situação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico; enquanto a culpabilidade refere-se ao juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente e é integrada pela imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa.

Para fins do presente estudo, interessa esmiuçar a imputabilidade e inimputabilidade penal, que devem repercutir, ainda que indiretamente, na aplicação da causa de diminuição da pena em estudo. Segundo leciona Brodt (*apud* GRECO, 2008, p. 396):

A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas.

Nesse sentido, a imputabilidade implica a possibilidade de responsabilizar penalmente o indivíduo que praticou fato típico e ilícito. O contrário fica esclarecido no próprio Código Penal, artigos 26 e 27, amparado no critério biopsicológico e que elenca taxativamente as hipóteses legais em que se poderá falar de inimputabilidade, que se referem às seguintes situações: a) agente que possui doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e, por tal razão, era ao tempo do cometimento do crime absolutamente incapaz de compreender a natureza ilícita do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão; b) pessoas menores de dezoito anos.

Neste último, o legislador considerou que os indivíduos menores de dezoito anos mereciam tratamento jurídico diferenciado, por questões de política-criminal, ao entender que tais pessoas não gozam da maturidade e compreensão plena acerca de seus atos, o que obsta que sejam responsabilizados criminalmente, ainda que incorram na prática de fato típico e ilícito. Desse modo, os menores de dezoito anos, portanto, inimputáveis, sujeitam-se ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e diante da ocorrência de ato infracional será aplicada correspondente medida socioeducativa, nos termos do art. 112 da Lei nº 8.069/90.

A discussão aqui trazida em relação à inimputabilidade penal e suas consequências interessa para o estudo da atual interpretação fixada pelo STJ no tocante à causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado. Conforme mencionado alhures, recentemente, o registro de atos infracionais na certidão de antecedentes do acusado vem servindo para justificar a não aplicação da minorante da Lei de Drogas, por supostamente revelar que não é criminoso episódico, mas encontra nas práticas criminosas seu meio de vida.

A redação do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 estabelece expressamente a possibilidade de incidência do *quantum* redutor de pena desde que, entre outras condições, o agente não se dedique às *atividades criminosas*. Vê-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça alargou o sentido do texto da lei, para que os atos infracionais, que não são sinônimos de crimes, possam servir para justificar o afastamento da causa de diminuição de pena, em verdadeira interpretação desfavorável ao acusado da prática do tráfico ilícito de drogas.

De modo ainda mais alarmante, basta a simples leitura dos votos e julgados para ficar evidente a ausência de fixação de critérios específicos para que os referidos atos infracionais possam servir ao não reconhecimento da minorante. Em suma, tal

constatação corrobora a insegurança jurídica e revela situação que expõe investigados e acusados a decisões que deixam de observar princípios e normas constitucionais.

4.4 Critérios e parâmetros propostos para a razoável aplicação e afastamento da causa de diminuição da pena na Lei de Drogas

Não é incomum a situação do indivíduo usuário de drogas que tem em seu desfavor diversos inquéritos policiais e ações penais por crime de furto e, simultaneamente, já fora preso e denunciado, em situação pontual, como incurso no crime tipificado na Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput. Tendo em vista que não é impossível a situação do usuário habitual que também passa a comercializar, ainda que pequena, quantidade de droga para custear os valores decorrentes de seu vício em substâncias psicoativas.

Nesse caso, ainda que existentes diversas ações penais e inquéritos policiais por crimes de furto, desde que não guardem relação direta com a atividade do tráfico, não parece razoável o afastamento da minorante, o que, por conseguinte, estaria a igualar o Acusado ao traficante que tem nessa prática ilícita seu meio de vida. Para Bergeron (2012, p.85):

Inúmeros estudos definem que certos toxicômanos ou usuários praticam atividades do tráfico com a finalidade de manter o consumo pessoal. Nos bairros pobres das grandes metrópoles, a entrada no mundo do tráfico possibilita o financiamento do uso e a obtenção dos meios para a própria subsistência ou dos produtos de consumo. Além disso, ela também é um meio de integração no interior de um universo organizado e hierarquizado, regulado por valores e códigos específicos, que oferece a possibilidade de conseguir status e chegar a posições sociais cobiçadas.

Não há dúvida de que o combate ao tráfico ilícito de drogas envolve diversas questões de ordem jurídica, moral e sociológica. Ademais, a dificuldade em *a priori* diferenciar o mero usuário e o traficante de drogas é evidente na análise de diversos casos levados ao crivo do Judiciário.

Por outro lado, ainda que identificado que determinado indivíduo praticava quaisquer dos núcleos do tipo penal do art. 33, *caput* e §1º, com a finalidade de fomentar a disseminação de substâncias psicoativas a terceiros, restará pendente outro questionamento, notadamente se o agente pode ser beneficiado com o

reconhecimento e aplicação da causa de diminuição de pena prevista na Lei nº 11.343/2006, art. 33, §4º.

Embora os Tribunais Superiores já tenham proferido entendimentos no sentido de admitir que inquéritos policiais e ações penais em curso podem servir como justificativa para afastar a minorante, não estabeleceram critérios seguros que orientem demais Juízes e Tribunais. Fato que, em termos práticos, corrobora para insegurança jurídica e põe em risco as garantias fundamentais daquele que é réu em ação penal pela prática de tráfico ilícito de drogas. Acerca do tema, cite-se fragmento de ementa do julgado de lavra do STJ em sede de AgRg no AREsp 938.492/MG, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20 de setembro de 2016 (BRASIL, 2016):

[...] *Omissis*.

3. O registro de feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa.

4. Importante a observação de que não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

5. É possível que o julgador que, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, possa livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo - inclusive os depoimentos de testemunhas ou mesmo a confissão do acusado - para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas.

6. A conclusão pela inviabilidade de reconhecimento da referida minorante não demanda, na espécie, o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada às anotações constantes na folha de antecedentes penais do acusado..

A fim de delimitar possíveis critérios a serem observados para fins de fixar o real alcance do que são atividades criminosas e em quais situações podem justificar o afastamento da causa de diminuição de pena é que serão feitas as próximas

considerações.

Em primeiro lugar é preciso considerar que deve existir uma relação de causalidade entre o crime de tráfico ilícito de drogas e a conduta apta a indicar, no caso concreto, que o indivíduo já se dedicava a atividades criminosas. Em geral, esta relação intrínseca é observada com a disseminação, porte e posse de armas de fogo, além do crescimento exacerbado de homicídios.

Cerqueira, Mello e Soares (2012) abordam de que forma a busca pelo estabelecimento e proliferação de mercados ilícitos de droga e armas de fogo estão associados ao crescimento dos índices de homicídios ao longo das décadas, embora tenha atingido de forma distinta os diversos Estados da Federação. Nesse sentido, a renda auferida a partir desta atividade ilícita parece influenciar a disputa por novos mercados em diversos Municípios e para a conseqüente proliferação de drogas que culmina em mais consumidores/usuários de substâncias ilícitas.

Com efeito, não se olvida que os crimes previstos na Lei de Drogas, mormente o tráfico ilícito de drogas e a associação para o tráfico são responsáveis por catalisar diversas outras práticas que configuram infrações penais, mormente para a sustentação da comercialização de substâncias ilícitas.

Outrossim, na mesma perspectiva, as atividades criminosas que justificariam o afastamento da causa de diminuição de pena devem ostentar nocividade e periculosidade do agente que extrapole a gravidade abstrato do delito, pois, retomando o primeiro exemplo apresentado, viola o princípio da proporcionalidade impedir que o agente seja favorecido pela benesse se possuir em seus registros anteriores apenas crimes de menor potencial ofensivo ou que não guardem nenhuma relação com as atividades de fomento ao tráfico de drogas. Conforme lecionam João Leal e Rodrigo Leal (2010, p. 104):

Parece-nos que uma das razões da minorante em exame é a de permitir ao juiz um instrumento mais racional e justo, em termos de aplicação e da individualização da pena [...]. Por isso, podemos dizer que a minorante foi criada para beneficiar o traficante primário e de bons antecedentes que, isoladamente, na ponta da cadeia criminosa, faz seu trabalho à margem (ou, ao menos, sem contato direto) dos principais integrantes da quadrilha ou organização e que são os maiores responsáveis pelo sinistro negócio do tráfico de drogas.

Mais uma vez merece ser frisado, conforme se infere do exposto, que a aplicação da causa de diminuição da pena em análise deve ocorrer em compasso com aspectos principiológicos, notadamente os princípios da individualização da

pena, da presunção de inocência e da proporcionalidade.

Em continuidade à seleção de critérios, acrescenta-se ainda que entre a data em que se consumou a prática delitiva concernente ao tráfico ilícito de drogas e as condutas possivelmente indicativas do envolvimento do agente com atividades criminosas deve ter transcorrido curto lapso temporal. Por fim, um único evento delitivo no passado não pode servir ao argumento de que o agente se dedica a atividades criminosas.

Em suma, em relação aos dois últimos parâmetros, não se mostra razoável que condutas ocorridas há vários anos antes do crime de tráfico de drogas, que esteja sendo processado, e ainda fatos isolados na vida do acusado se mostrem suficientes ao afastamento da causa de diminuição de pena, diante das consequências penais e processuais penais que serão infligidas ao indivíduo.

A fixação do *quantum* de pena necessária e razoável à reprovação e prevenção do delito deve ser o objetivo precípua do julgador. Conforme ensina Beccaria (2011, p. 54): “Uma pena, para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime”. Com efeito, remetendo-se às considerações do presente estudo, conclui-se que diante da ocorrência da hipótese de tráfico privilegiado, no caso concreto, deve o órgão julgante ponderar, com amparo nos ditames constitucionais, a presença de todos os requisitos previstos em lei para a correta aplicação ou afastamento da minorante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve por escopo a discussão acerca do alcance de incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, Lei nº 11.343/2006. Com efeito, o tema é de notável relevo, isto porque, o tráfico ilícito de drogas, além de favorecer a disseminação de outros crimes e estruturar organizações criminosas, se arraiga por diferentes regiões do país.

Nesses termos, entender o âmbito de incidência da mencionada causa de diminuição possibilitou diferenciar o *quantum* de responsabilidade criminal será atribuída ao traficante eventual - que se enquadra nos requisitos da minorante - e àquele que desenvolve o tráfico como meio de enriquecimento rápido e ilícito, em detrimento de um número indeterminado de pessoas assoladas pelos efeitos de dependência deixados pelas substâncias de uso proscrito.

A própria Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 5º, XLIII, reforçou a gravidade da conduta de quem realiza o tráfico ilícito de drogas, evidenciando, assim, mandamento constitucional de criminalização em atenção ao princípio da vedação da proteção deficiente, pois no ordenamento jurídico brasileiro as consequências penais para quem incorre na prática do tráfico de drogas são notoriamente mais severas.

Apesar disso, tal interpretação com amparo constitucional não deve ser alargada para alcançar o pequeno traficante, isto é, aquele que nos termos da Lei de Drogas, não é reincidente, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa.

A hipótese do tráfico privilegiado possibilita tratamento diferenciado ao indivíduo que não desenvolve o tráfico como meio de vida. Frise-se que é ônus do Estado demonstrar por meios idôneos que o agente, primário e de bons antecedentes, dedica-se a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Caso o órgão de acusação não consiga evidenciar por elementos probatórios suficientes o envolvimento do acusado com atividades criminosas anteriores, será injustificável o afastamento da minorante. Ademais, ao final do presente estudo foram fixados critérios para a justa compreensão do que a lei efetivamente pretendia abranger por meio da expressão “atividades criminosas”.

Para que inquéritos policiais e ações penais em andamento possam servir como registros de que o investigado ou réu se dedica a atividades criminosas, devem os Juízes de 1º grau e Tribunais observarem critérios, sob o amparo da razoabilidade

aplicada ao processo penal, além dos princípios da presunção da inocência e da individualização da pena.

Em suma, sugeriu-se que registros da prática de crimes anteriores à prisão ou acusação do agente por tráfico ilícito de drogas somente sejam considerados para fins de afastar a causa de diminuição da pena em estudo nas seguintes situações: i) quando as condutas anteriores tenham tamanha gravidade que revelem periculosidade acentuada do agente e risco de reiteração delitiva; ii) se houver relação de causalidade ou liame entre as condutas anteriores, que poderão se referir ao próprio tráfico de drogas, comercialização de armas para estabelecer ponto de tráfico ou homicídios, e a prática de quaisquer dos núcleos do artigo 33 da Lei de Drogas pelo qual o indivíduo foi novamente processado; iii) se entre as datas das condutas anteriores e o fato que incidiu no art. 33 da Lei de Drogas tiver decorrido curto lapso temporal e; iv) desde que não haja somente um fato anterior como a única conduta desabonadora nos antecedentes criminais do agente.

Relativamente a registros de atos infracionais praticados quando o agente era inimputável, o Superior Tribunal de Justiça proferiu entendimento no sentido de que podem implicar o envolvimento do acusado em atividades criminosas, afastando a minorante. Todavia, o referido entendimento consubstancia verdadeira afronta aos direitos e garantias fundamentais do agente, pois a natureza do ato infracional diverge do conceito analítico do crime. Com efeito, na definição de ato infracional está ausente a imputabilidade, o que, por conseguinte, exclui a culpabilidade.

Outrossim, não é cabível que o Judiciário alargue a interpretação do texto da norma para violar o princípio da legalidade e trazer prejuízo ao acusado, que ocupa o polo mais vulnerável da relação processual penal.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

BACILA, Carlos Roberto. RANGEL, Paulo. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal**. 11. ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BERGERON, Henri. **Sociologia da droga**. Aparecida, SP: Idéias e Letras, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de

drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.708.022-MG.** Agravante: Igor Washington Souza da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 26 de junho de 2018. Data de Publicação: DJ 2 ago. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729663&num_registro=201702841743&data=20180802&formato=PDF>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 938.492-MG**. Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Alessandro Gomes Portugal. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 20 de setembro de 2016. Data de Publicação: DJ 6 out. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65454415&num_registro=201601640274&data=20161006&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.431.091-SP**. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Aurélio Guarniere. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 14 de dezembro de 2016. Data de Publicação: DJ 01 fev. 2017. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201400155760&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 189.385-RS**. Impetrante: Francisco Ferreira Delfino. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Francisco Ferreira Delfino. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Brasília, 20 de fevereiro de 2014. Data de Publicação: DJ 6 mar. 2014. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33726976&num_registro=201001349480&data=20140306&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 232.948-TO** Impetrante: Riths Moreira Aguiar. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Paciente: Michael Sousa de Bezerra. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 27 de março de 2014. Data de Publicação: DJ 14 abr. 2014. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34633108&num_registro=201200256364&data=20140414&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 246.122-SP**. Impetrante: Mateus Oliveira Moro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Diógenes Aparecido Ferreira. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 8 de março de 2016. Data de Publicação: DJ 15 mar. 2016. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57219833&num_registro=201201253199&data=20160315&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 329.221-SC**. Impetrante: Marlo Almeida Salvador. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: Everson Oliveira de Lima. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 22 de setembro de 2015. Data de Publicação: DJ 15 out. 2015. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52161180&num_registro=201501605906&data=20151015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 378.574-RS**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Paulo Moises Reis Brandão. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 02 de fevereiro de 2017. Data de Publicação: DJ 10 fev. 2017. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602979225&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 392.279-RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Flávio Rodrigues dos Santos. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 13 de junho de 2017. Data de Publicação: DJ 22 jun. 2017. Disponível em:< <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700571290&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Petição nº 11.796-DF**. Requerente: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Requerido: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 23 de novembro de 2016. Data de Publicação: 29 nov. 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67567185&num_registro=201602880562&data=20161129&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.716.980-SC**.

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Matheus dos Santos Ferreira. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 9 de março de 2018. Data de Publicação: DJ 14 mar. 2018. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=81260178&num_registro=201703335261&data=20180314&formato=PDF>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 231**. Órgão Julgador: Terceira Seção. Brasília, 22 de setembro de 1999. DJE 15 out. 1999. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 444**. Órgão Julgador: Terceira Seção. Brasília, 28 de abril de 2010. DJE 13 mai. 2010. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 512 (cancelada)**. A Terceira Seção, na sessão de 23 de novembro de 2016, ao julgar a QO na Pet 11.796-DF, determinou o CANCELAMENTO da Súmula n. 512-STJ. Brasília, 11 de junho de 2014. DJE 16 jun. 2014. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27512%27\).sub.>](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27512%27).sub.>). Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 116.301-MG**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Renato Teixeira Vieira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 3 de dezembro de 2013. Data de

Publicação: 11 fev. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=200177001&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 118.533-MS**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 23 de junho de 2016. Data de Publicação: 19 set. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310314103&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 120.604-PR**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Daniel Teixeira da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 25 de fevereiro de 2014. Data de Publicação: 18 mar. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4507941>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 122.594-SP**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Renato Mourato de Carvalho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 23 de setembro de 2014. Data de Publicação: DJ 7 out. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=265888089&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.315-SP**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Luis Antonio Tadeu Moreira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 15 de setembro de 2015. Data de Publicação: 7 dez. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697914>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 142.371-SC**. Impetrante: Defensor Público-Geral Federal. Paciente: Jerri Kennedy Rodrigues. Coator:

Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 30 de maio de 2017. Data de Publicação: 12 jun 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5162903>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 593.818-SC**. O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Odair José Pinto. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 27 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642160>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 121.598-SP**. Recorrente: Maxwell Ifeny Onuegbu. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 21 de outubro de 2014. Data de Publicação: 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=282102535&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do Processo Penal. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CERQUEIRA, Daniel; MELLO, João Manoel Pinho de; SOARES, Rodrigo R. Homicídios no Brasil: uma tragédia em três atos. In: 8º ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 2012, Rio de Janeiro. **Anais**. Rio de Janeiro: ABCP, 2012. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/index.php/system/files/documentos/eventos/2017/02/homicidios-brasil-tragedia-tres-atos-316.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2018.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GUIMARÃES, Vanessa Valente et al. Consumo abusivo e dependência de álcool em população adulta no Estado de São Paulo. **Rev Bras Epidemiol**, 2010, p. 314-325. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepid/v13n2/13.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2017.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle Penal das Drogas: estudo dos crimes descritos na Lei nº 11.343/2006**. Curitiba: Juruá, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2.ed. Salvador: Juspodium, 2014.

LOPES, Luciano Santos. A criminologia crítica: uma tentativa de intervenção (re)legitimadora no sistema penal. **Biblioteca Virtual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, dez. 2002. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/332/criminologia%20critica_Lopes.pdf?sequ>. Acesso em: 11 out. 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de drogas) anotada e interpretada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOTA, Leonardo. **Dependência química e representações sociais: pecado, crime ou doença?** Curitiba: Juruá, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v.1.

NUNES, Leandro Gornicki. Drogas e discursos falaciosos: uma visão humanista. **Revista da Universidade da Região de Joinville**, Joinville, v. 13, p. 30-37, dez. 2008.

RAUPP, Luciane; MILNITSKY-SAPIRO, Clary. Adolescência, drogadição e políticas públicas: recortes no contemporâneo. **Estudos de Psicologia**, Campinas, 26, p. 445-454, out. – dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-166X2009000400005&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 05 out. 2017.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHEID, Carlos Eduardo. A nova lei de tóxicos: a validade da motivação inclusa nas decisões de recebimento da denúncia. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Org.). **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 31-62.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2009.