

**FACER FACULDADES
UNIDADE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

GISELE GURGEL BARBOSA

**A PRISÃO PREVENTIVA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS
PRIVILEGIADO E OS CONFLITOS DE CONDENAÇÕES COM
APLICAÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS**

RUBIATABA/GO

2016

**FACER FACULDADES
UNIDADE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

GISELE GURGEL BARBOSA

**A PRISÃO PREVENTIVA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS
PRIVILEGIADO E OS CONFLITOS DE CONDENAÇÕES COM
APLICAÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS**

Monografia apresentada à FACER Faculdades, Unidade Rubiataba, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha.

RUBIATABA/GO

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

GISELE GURGEL BARBOSA

**A PRISÃO PREVENTIVA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS
PRIVILEGIADO E OS CONFLITOS DE CONDENAÇÕES COM
APLICAÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACER FACULDADES, UNIDADE RUBIATABA/GO.

RESULTADO: _____

Professora Orientadora Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha

Examinador 1

Examinador 2

Rubiataba/GO, 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos aqueles que comigo repartiram seus conhecimentos, depositando confiança plena, que a mim permitiu abrir novos horizontes rumo a satisfação de ideais. À minha orientadora Nalim Rodrigues, pela orientação, compreensão, respeito, e acima de tudo, carinho e amizade a cada momento da realização desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e aos meus professores, que me auxiliaram. Expresso também especial agradecimento aos meus familiares e a todos que amo pela valiosa colaboração para que o conhecimento nesse material se tornasse realidade.

“Tudo está fluindo.
O homem está em permanente reconstrução; por isto é livre:
Liberdade é o direito de transformar-se”.
(Laura de Oliveira Lima)

RESUMO: O presente estudo objetiva entender se existe conflito entre a imposição de prisão preventiva e a aplicação de futura pena alternativa no caso de o agente ter praticado crime de tráfico privilegiado. A prisão preventiva é medida cautelar utilizada pelo direito penal brasileiro para garantir, principalmente, a aplicação da lei penal e a ordem social no curso da investigação preliminar ou da ação penal. Os requisitos para sua efetivação estão dispostos no art. 312 e no art. 312 do Código de Processo Penal, dos quais sua inobservância acarreta na prisão ilegal do acusado que poderá socorrer-se outras medidas para recuperar sua liberdade. No crime de natureza hedionda como o de tráfico de drogas, em especial, a segregação cautelar do infrator é regra. Atualmente, há conflitos em relação à possibilidade da prisão preventiva no crime de tráfico de drogas privilegiado, uma vez que há outras medidas cautelares substitutivas, como será demonstrado no decorrer deste trabalho.

Palavras-chave: tráfico de drogas; privilegiado; prisão preventiva; conversão da pena; conflito.

ABSTRACT: This study aims to understand if there are conflicts between the imposition of pretrial detention and the application of future alternative penalty if the agent has practiced privileged trafficking crime. Preventive detention is a precautionary measure used by the Brazilian criminal law to ensure, particularly, the application of criminal law and social order in the course of preliminary investigation or prosecution. The requirements for its effectiveness are arranged in art. 312 and art. 312 of the Criminal Procedure Code, which entails failure to comply with the unlawful imprisonment of the accused that may be succor other measures to recover their freedom. In the crime of heinous nature such as drug trafficking, in particular the protective segregation of the offender's rule. Currently, there are conflicts about the possibility of probation in the privileged drug trafficking crime, since there are other substitutive precautionary measures, as will be shown in this paper.

Key-words: drug trafficking; privileged; probation; conversion of sentence; conflict.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

n. – Número

p. – página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

LISTA DE SÍMBOLOS/SIGLAS

§ – parágrafo

Caput – Conceito

In Verbis – Expressão em latim que significa “Nestes Termos”.

In Casu – Expressão em latim que significa “No caso”.

Vide – Veja

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DA NOVA LEI DE DROGAS (LEI N. 11.343/2006)	14
2.1 Do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD).....	14
2.2 Conceito	15
2.3 Da Proibição e do Porte de Drogas para Consumo Pessoal.....	19
2.4 Bem Jurídico Tutelado	24
2.5 Dos Principais Crimes	25
2.5.1 Tráfico de Drogas.....	25
2.5.2 Associação para Fins de Tráfico	27
3 DA PRISÃO COMO REGRA E A LIBERDADE COMO EXCEÇÃO AOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS	30
3.1 Das Garantias Constitucionais ao Preso.....	30
3.2 Da Prisão Penal	36
3.3 Da Prisão Cautelar	37
3.4 Da Prisão Preventiva no Crime de Tráfico de Drogas.....	40
4 DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO E A VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.	44
4.1 Da Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos	44
4.2 Dos Regimes de Cumprimento da Pena e das Espécies de Pena Privativa de Liberdade	52
4.3 Dos Conflitos Recorrentes da Aplicação de Penas Alternativas ao Crime de Tráfico de Drogas Privilegiado	54
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico trata do tema da prisão preventiva no crime de tráfico de drogas privilegiado e o conflito normativo entre a hipótese de imposição da prisão preventiva no decorrer da persecução penal e posterior conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos na sentença.

A justificativa centraliza-se no fato de haver grande desproporcionalidade na aplicação da pena imposta ao condenado nos crimes de tráfico de drogas privilegiado, após as mudanças trazidas pela Lei n. 11.343/2006.

Como metodologia para a elaboração do estudo em testilha temos o dedutivo, que parte de ideias gerais que são aceitas como satisfatórias e, a partir disso, são deduzidas uma série de suposições que logo se contrastam com os dados concretos da realidade.

Já para o desenvolvimento do trabalho será utilizado a pesquisa exploratória, que tem como finalidade familiarizar a problemática no desiderato de torna-la explícita ao leitor e, à vista disso, construir hipóteses sobre o tema. Para tanto, foram realizadas pesquisas em renomadas doutrinas brasileiras que representam a área criminal, como MASSON, LIMA e GOMES, além de incluir pesquisas em artigos científicos, jurisprudência e legislação específica.

A problemática tem como foco entender se existe conflito entre a prisão preventiva e a aplicação de futura pena alternativa no caso de o agente ter praticado crime de tráfico privilegiado. Logo, indaga-se se é razoável ou proporcional restringir a liberdade do agente que terá futura condenação à pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos.

Nesse desiderato, os capítulos constantes neste trabalho têm como condão resolver a problemática, utilizando-se, para tanto, dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais recentes.

Assim, o estudo foi dividido em três capítulos, introdução e conclusão, apontando, ao final, as referências bibliográficas dos doutrinadores, leis e artigos utilizados no decorrer do trabalho.

No primeiro capítulo abordará a respeito da nova Lei de Drogas (n. 11.343/2006), bem assim da importância do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas (SISNAD) no instituto em estudo, haja vista sua finalidade de instituir

políticas públicas no intuito de recuperar os dependentes químicos e coibir a propagação das substâncias entorpecentes no país, além do conceito do que seriam “drogas”, da proibição e do porte de drogas para consumo pessoal, que vedou a pena privativa de liberdade ao dependente químico, do bem jurídico tutelado e dos principais crimes: tráfico de drogas e associação para fins de tráfico.

Por sua vez, no segundo capítulo irá discorrer sobre a prisão como regra e a liberdade como exceção aos crimes de tráfico de drogas, haja vista a omissão do magistrado em, no momento da homologação do flagrante, tendo em vista a natureza hedionda do delito em testilha, analisar cada caso concreto, sem olvidar mencionar as garantias constitucionais ao preso e os tipos de prisão, cautelar e penal, e, por fim, da prisão preventiva no crime de tráfico de drogas.

O terceiro e último capítulo tratará do crime de tráfico de drogas privilegiado e da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, dos regimes de cumprimento de pena e das espécies de pena privativa de liberdade e, finalmente, dos conflitos decorrentes da aplicação de penas alternativas ao crime de tráfico de drogas privilegiado, pontuando os entendimentos jurisprudenciais e majoritários concernentes ao tema em epígrafe.

Na sequência, são apresentadas as conclusões concernentes ao estudo em epígrafe e, por conseguinte, as referências bibliográficas utilizadas no decorrer do trabalho monográfico.

2 DA NOVA LEI DE DROGAS (LEI N. 11.343/2006)

Inicialmente elaborado pela subcomissão do grupo de trabalho contra o crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro do Senado Federal, a Lei n. 11.343 entrou em vigor na data de 23 de agosto de 2006, e teve como fundamento o PLS 115/2002, cuja finalidade é recuperar o usuário ou dependente químico e reprimir a difusão de drogas na sociedade.

À vista disso, este capítulo abordará brevemente o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), bem assim a proibição e o porte de drogas para consumo pessoal, conceito de drogas, o bem jurídico tutelado pela Lei n. 11.343/2006 e, por fim, sobre os principais crimes abrangidos pelo mencionado diploma legal, tudo no intuito de analisar as consideráveis mudanças advindas com a mencionada Lei, principalmente no tráfico privilegiado, que será abordado no terceiro capítulo.

2.1 Do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas (SISNAD)

A Nova Lei de Drogas institui em seu art. 1º o Sistema Nacional de Políticas sobre drogas (SISNAD), que tem como objetivo, conforme dispõe Lima (2015, p. 701):

Articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. Entre os arts. 3º e 17, a Lei de Drogas trata não apenas das finalidades do SISNAD, como também de seus princípios e objetivos, de sua composição e organização, regulamentada pelo Decreto n. 5.912/2006, e da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas.

Não obstante, o art. 2º do Decreto n. 5.912/2006 informa os órgãos que compõem o SISNAD. Vide:

Art. 2º Integram o SISNAD:

- I - o Conselho Nacional Antidrogas - CONAD, órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça;
- II - a Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, na qualidade de secretaria-executiva do colegiado;
- III - o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de que tratam os incisos I e II do art. 1º:
 - a) do Poder Executivo federal;

- b) dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, mediante ajustes específicos; e
- IV - as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.

Para o Ministério da Justiça brasileiro (2015, p. 19), o SISNAD:

Foi construído para colocar em prática as premissas da PNAD por meio da centralização das orientações políticas na Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e no Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD) e da execução descentralizada das atividades a ela relacionadas. Assim, a concepção e a execução das políticas públicas sobre drogas são de responsabilidade compartilhada entre o governo federal, estados e municípios, e é supervisionada por um conselho federal e conselhos estaduais e municipais, nos quais estão representados o governo e a sociedade civil.

Como se vê, a Lei n. 11.343/06 instituiu em diploma legal o SISNAD como meio de prevenir o uso indevido de drogas, bem como reinserir socialmente usuários e dependentes tóxicos e reprimir à produção e disseminação de substâncias entorpecentes não autorizadas.

2.2 Conceito

Diversamente da terminologia utilizada pela antiga Lei de Drogas (n. 6.368/1976), a Nova Lei de Drogas (n. 11.343/2006) utiliza a expressão “droga” no lugar do vocábulo “substância entorpecente”, mormente considerando que é a denominação utilizada pela Organização Mundial de Saúde.

No conceito legal, as drogas são, segundo Gomes (2014, p. 33), “substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e que estejam especificados ou relacionados em listas atualizadas, de forma periódica, pelo Poder Executivo da União. Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco”.

Por sua vez, Lima (2015, p. 702) conceitua drogas como:

As substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União [...] denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998. Como a compreensão do conceito de drogas e, conseqüentemente, do próprio preceito primário dos crimes previstos

na Lei n. 11.343/06, demanda uma complementação por meio de lei ou portaria, trata-se de espécie de norma penal em branco.

À vista da lei de drogas ser considerada norma penal em branco, cumpre também pontuar o conceito da referida espécie. Assim, norma penal em branco é aquela cuja compreensão do preceito primário demanda de complementação. Logo, conforme pontua Lima (2015, p. 702), é o que ocorre nos crimes de drogas:

O termo drogas constante dos diversos dispositivos previstos na Lei n. 11.343/06 não funciona como elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do magistrado. Na verdade, há um verdadeiro branco que precisa ser complementado por norma específica. Ou seja, somente após a leitura da Portaria n. 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é que poderemos saber se esta ou aquela substância é considerada droga para fins de aplicação dos tipos penais constantes da Lei n. 11.343/06. Destarte, ainda que determinada substância seja capaz de causar dependência física ou psíquica, se ela não constar da Portaria SVS/MS 344/98, não haverá tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das condutas previstas na Lei n. 11.343/06.

Há que se ressaltar, ainda, que os crimes de drogas abrangem a norma penal em branco heterogênea, cujo seu complemento é oriundo de fonte diversa daquele que a editou, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da legalidade, porquanto “o núcleo essencial da conduta seja descrito no tipo penal”, destaca Lima (2015, p. 703). Por oportuno, mister trazer à baila a lista das substâncias entorpecentes proibidas pela ANVISA através da Portaria SVS/MS 344/1998. Vide:

LISTA - A1 - LISTA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (Sujeitas a Notificação de Receita "A") 1. ACETILMETADOL 2. ALFACETILMETADOL 3. ALFAMEPRODINA 4. ALFAMETADOL 5. ALFAPRODINA 6. ALFENTANILA 7. ALILPRODINA 8. ANILERIDINA 9. BEZITRAMIDA 10. BENZETIDINA 11. BENZILMORFINA 12. BENZOILMORFINA 13. BETACETILMETADOL 14. BETAMEPRODINA 15. BETAMETADOL 16. BETAPRODINA 17. BUPRENORFINA 18. BUTORFANOL 19. CLONITAZENO 20. CODOXIMA 21. CONCENTRADO DE PALHA DE DORMIDEIRA 22. DEXTROMORAMIDA 23. DIAMPROMIDA 24. DIETILTAMBUTENO 25. DIFENOXILATO 26. DIFENOXINA 27. DIIDROMORFINA 28. DIMEFEPTANOL (METADOL) 29. DIMENOXADOL 30. DIMETILTAMBUTENO 31. DIOXAFETILA 32. DIPIANONA 33. DROTEBANOL 34. ETILMETILTAMBUTENO 35. ETONITAZENO 36. ETOXERIDINA 37. FENADOXONA 38. FENAMPROMIDA 39. FENAZOCINA 40. FENOMORFANO 41. FENOPERIDINA 42. FENTANILA 43. FURETIDINA 44. HIDROCODONA 45. HIDROMORFINOL 46. HIDROMORFONA 47. HIDROXIPETIDINA 48. INTERMEDIÁRIO DA METADONA (4-CIANO-2-DIMETILAMINA-4,4-DIFENILBUTANO) 49. INTERMEDIÁRIO DA MORAMIDA (ÁCIDO 2-

METIL-3-MORFOLINA-1,1-DIFENILPROPANO CARBOXÍLICO) 50. INTERMEDIÁRIO "A" DA PETIDINA (4 CIANO-1-METIL-4-FENILPIPERIDINA) 51. INTERMEDIÁRIO "B" DA PETIDINA (ÉSTER ETÍLICO DO ÁCIDO 4-FENILPIPERIDINA-4-CARBOXILÍCO) 52. INTERMEDIÁRIO "C" DA PETIDINA (ÁCIDO-1-METIL-4-FENILPIPERIDINA-4-CARBOXÍLICO) 53. ISOMETADONA 54. LEVOFENACILMORFANO 55. LEVOMETORFANO 56. LEVOMORAMIDA 57. LEVORFANOL 58. METADONA 59. METAZOCINA 60. METILDESORFINA 61. METILDIIDROMORFINA 62. METOPONA 63. MIROFINA 64. MORFERIDINA 65. MORFINA 66. MORINAMIDA 67. NICOMORFINA 68. NORACIMETADOL 69. NORLEVORFANOL 70. NORMETADONA 71. NORMORFINA 72. NORPIPANONA 73. N-OXICODEÍNA 74. N-OXIMORFINA 75. ÓPIO 76. ORIPAVINA 77. OXICODONA 78. OXIMORFONA 79. PETIDINA 80. PIMINODINA 81. PIRITRAMIDA 82. PROEPTAZINA 83. PROPERIDINA 84. RACEMETORFANO 85. RACEMORAMIDA 86. RACEMORFANO 87. REMIFENTANILA 88. SUFENTANILA 89. TAPENTADOL 90. TEBACONA 91. TEBAIÁNA 92. TILIDINA 93. TRIMEPERIDINA

Corroborando o entendimento de que a lei de droga é considerada norma penal em branco e de que as substâncias entorpecentes supracitadas são proibidas pela Lei n. 11.343/06, citam-se as seguintes ementas:

[...] RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. Inépcia da representação. MÉRITO. Ofensa ao princípio da legalidade, vez que a Lei nº 11.343/06, trata de norma penal em branco. Improcedência da representação, ao argumento de fragilidade probatória. Abrandamento da medida socioeducativa. 1. Se a representação preenche os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, descrevendo a conduta em tese tipificada em lei como criminosa, bem com suas circunstâncias, tendo sido, ainda, elaborada, com base nos elementos que os autos ofereciam à ocasião, não se exigindo que no momento da deflagração da ação penal, todas as circunstâncias fossem conhecidas, mas apenas que, permitissem o oferecimento da acusação e o exercício da ampla defesa, como in casu ocorreu, não há como considerá-la inepta. Ademais, nenhum ato será declarado nulo, se dele não resultar prejuízo para a acusação ou para defesa, a teor do artigo 563, do Código de Processo Penal. Preliminar rejeitada. 2. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade, por se tratar a Lei 11.343/06, de norma penal em branco. Esta Lei contém preceitos primário e secundário originários do Poder Legislativo da União, dispondo expressamente sobre as condutas criminosas por ela reguladas, conferindo apenas a descrição sobre o que se considerada substância entorpecente ou produto capaz de causar dependência, a outro Órgão, no caso, o Poder Executivo. 3. Impossível a improcedência da representação, se a segura prova oral produzida, além da quantidade de drogas apreendidas, sua forma de acondicionamento, prontas para a venda, somado às demais circunstâncias da prisão, e à confissão do adolescente Douglas Medeiros Moraes, em sede policial, e ao depoimento de um policial militar, voltado a que foi apreendido cerca de R\$125,00, em dinheiro,

na residência do ora apelante, que lhe disse ser proveniente da venda de drogas, indicam destinava-se o material entorpecente, ao tráfico ilícito. Incidência da Súmula 70 desse Tribunal. Note-se que, não se mostra necessária a existência de provas de atos de mercancia, até porque, os verbos do tipo imputados ao ora apelante, foram os de entregar para consumo e ter em depósito, o que se demonstrou à sociedade. 4. Incabível o abrandamento da medida imposta, à vista de que, grande parcela dos crimes praticados com violência ou grave ameaça decorrem da atividade criminosa do tráfico ilícito de drogas. Além disso, o artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretado de modo a levar-se em conta a necessidade de proteção do menor infrator, estando amparado no artigo 227, da Constituição Federal que impõe ao Estado, à sociedade e à família o dever para tanto. Ademais, no caso in concreto, o ora Recorrente é usuário de maconha e não se encontra estudando, tendo sido reprovado pela quantidade de faltas, além de ter descumprido medida socioeducativa de semiliberdade anteriormente imposta, tudo a evidenciar a periculosidade e a necessidade de maior proteção sua e da sociedade. Inaplicabilidade da Súmula 492, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RJ - APL: 00104029120128190010 RJ 0010402-91.2012.8.19.0010, Relator: DES. KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA, Data de Julgamento: 30/09/2014, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 06/10/2014 18:43)

No mesmo rumo:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ARTIGOS 33, § 4º, C/C 40, INCISO III, AMBOS DA LEI N.º 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA Nº 344/1998. NÃO ACOLHIMENTO. NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA. PEDIDO DE REDUÇÃO PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O ARTIGO 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.343/2006 AUTORIZA O PODER EXECUTIVO DA UNIÃO A ESPECIFICAR QUAIS SUBSTÂNCIAS SERÃO CONSIDERADAS DROGAS, TRATANDO-SE DE NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA. ADEMAIS, O ARTIGO 66 DO MESMO DIPLOMA LEGAL DISPÕE QUE AS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES CONSIDERADAS DROGAS ESTARÃO PREVISTAS NA PORTARIA Nº 344/1998 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. NESSE CONTEXTO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DA REFERIDA PORTARIA, UMA VEZ QUE AS SUBSTÂNCIAS ALI CONSTANTES FORAM AVALIADAS E SELECIONADAS POR ÓRGÃO TÉCNICO-CIENTÍFICO COMPETENTE. 2. A INCIDÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE NÃO AUTORIZA A REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, CONSOANTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO PARA MANTER A CONDENAÇÃO DA APELANTE NAS SANÇÕES DOS

ARTIGOS 33, § 4º, C/C 40, INCISO III, AMBOS DA LEI Nº. 11.343/2006, ÀS PENAS DE 01 (UM) ANO, 11 (ONZE) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL ABERTO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, E 190 (CENTO E NOVENTA) DIAS-MULTA, NO MÍNIMO VALOR LEGAL. (TJ-DF - APR: 20130111755505 DF 0044590-39.2013.8.07.0001, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 15/05/2014, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 21/05/2014 . Pág.: 197)

PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1. SUBSTÂNCIAS PREVISTAS NA PORTARIA N.º 344 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. DROGAS. INCIDÊNCIA. ARTIGO 66 DA LEI N.º 11.343/06. NORMA PENAL EM BRANCO. 2. PACOTE POSTADO NOS CORREIOS PARA PORTUGAL. DIFUSÃO PARA O EXTERIOR INFRUTÍFERA. INTERNACIONALIDADE. APLICABILIDADE. 3. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. As substâncias elencadas na Portaria SVS/MS n.º 344, de 12 de maio de 1998, do Ministério da Saúde são tidas como drogas, por força do artigo 66 da Lei n.º 11.343/06. No caso, foram apreendidas cápsulas de fluoxetina e fempropex. 2. Para a configuração da internacionalização do delito de tráfico não se exige que a substância ultrapasse os limites territoriais do país, bastando que se vise a sua difusão para o exterior. Na espécie, o acusado tentou encaminhar os produtos para Portugal, por intermédio do serviço postal dos correios (artigo 109, V, da Constituição Federal). 3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Dourados - SJ/MS, ora suscitado. (STJ - CC: 112306 MS 2010/0093945-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 24/11/2010, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 10/12/2010)

Destarte, vislumbra-se que a Nova Lei de Drogas trouxe nova terminologia, utilizando a expressão “droga” como substitutivo de “substâncias entorpecentes”. Aliás, trata-se de norma penal em branco heterogênea, ou seja, pode ser complementada com fonte diversa daquela que a originou, como no caso da Portaria n. 344/98 da ANVISA.

2.3 Da Proibição e do Porte de Drogas Para Consumo Pessoal

Antes de se adentrar ao mérito deste subcapítulo, cumpre pontuar que o art. 2º da Lei 11.343/06 proibiu o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais podem ser extraídas drogas em todo o país, salvo nos casos das plantas utilizadas exclusivamente em rituais religiosos, e nas hipóteses em que a lei permitir o uso medicinal ou científico. Veja-se:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas,

ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Como se vê, a Nova Lei de Drogas abrange duas tendências: a proibicionista e a prevencionista, as quais não coadunam com a produção de drogas desautorizadas e o tráfico ilícito de entorpecentes, ao passo que utilizam medidas despenalizadoras ao usuário e dependente, respectivamente. No mesmo rumo, o Ministério da Justiça brasileiro (2015, p. 19) explica que:

A Lei de Drogas também estabeleceu que, mesmo surpreendido na posse de drogas para seu consumo, o autor não poderá em hipótese alguma ser preso em flagrante. Neste caso, deverá ser lavrado aquilo que se denomina tecnicamente de termo circunstanciado, com posterior envio ao Juizado Especial Criminal (Jecrim), quando um acordo entre o interessado e o Ministério Público poderá ser firmado (transação penal), sem que se tenha propriamente a existência de um processo criminal.

Essa mudança ideológica, trazida pela Lei n. 11.343/06 com o advento do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas em 2011, determinou, conforme descreve o art. 4º, inciso X, do mencionado diploma legal, “a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social”.

Com efeito, ao usuário de entorpecentes e ao dependente químico ou toxicológico não é mais permitido a segregação cautelar, mas tão somente medidas alternativas à prisão, conforme se vê no art. 28 da Lei n. 11.343/2006:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Nota-se, portanto, que em que pese o dependente ou usuário não poder ser preso preventivamente em razão de seu vício, a droga encontrada em sua posse deverá ser apreendida pela autoridade policial que, na sequência, deverá incinerá-la quando não tiver mais utilidade na ação penal promovida no Juizado Especial contra o infrator.

Tal medida é adotada, pois, como já relatado, a Nova Lei de Drogas proíbe substâncias ilícitas entorpecentes em todo o território nacional, sejam elas apreendidas com usuário ou com traficante. A respeito da criminalização do usuário de entorpecentes, cumpre destacar os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 5 ANOS, 7 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, E MULTA, PELA PRÁTICA DOS DELITOS DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, AMBOS DA LEI 11.343/06). PENA-BASE FIXADA EM 6 ANOS DE RECLUSÃO (COMINAÇÃO MÍNIMA DE 5 ANOS). POSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO, EM RAZÃO DE SER O PACIENTE USUÁRIO DE DROGAS (CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL). DESPENALIZAÇÃO QUE VISA, SOMENTE, AO USUÁRIO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CONSEQUÊNCIAS NEFASTAS PARA O MEIO SOCIAL ONDE INSERIDO O PACIENTE, POR FORÇA DO CONLUÍO COM O TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. [...] Nada obstante seja correta a afirmação de que o sistema atual de política de prevenção ao uso indevido substâncias entorpecentes afaste a criminalização do usuário, não se poderia dar esse tratamento ao

paciente, diante dos delitos cometidos de tráfico e associação para o tráfico de drogas. 4. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 5. Ordem denegada. (STJ - HC: 114528 MS 2008/0191750-3, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 03/02/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20090309</br> --> DJe 09/03/2009)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO RELATIVO AO DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO. INTERESSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, CP. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. NÃO OCORRÊNCIA. INAPLICÁVEL O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. LESÃO À FÉ PÚBLICA. PENA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS E PENA PECUNIÁRIA. ART. 304 C/C ART. 297, DO CP. USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. CONHECIMENTO DA FALSIDADE. DOLO NÃO COMPROVADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ART. 28, DA LEI 11.343/06. CRIME DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PESSOAL. 'ABOLITIO CRIMINIS'. NÃO OCORRÊNCIA. PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. [...] Todavia, esta não descriminalizou a conduta de "quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas". Portanto, na sucessão de leis, houve a transferência da regra criminalizadora e não a "abolitio criminis". Na hipótese, ocorreu à modificação da pena, qual seja, a cominação de pena diversa da privativa de liberdade para o usuário de drogas. XIII. Assim, permanece como lançada na douta sentença "a quo" a pena cominada ao co-réu Luciano, qual seja, o dever de prestação de serviços à comunidade pelo período de três meses, eis que bem dosada. XIV. No que tange à execução da medida imposta, cabe ao Juízo das Execuções Penais o ajuste da melhor forma de cumprimento, para que não resulte em maiores prejuízos ao trabalho e a vida social do agente. XV. Apelação do co-réu LUCIANO SILVA DE ALMEIDA desprovida. XVI. Apelação do co-réu CÉSAR LEITE PEREIRA parcialmente provida. (TRF-3 - ACR: 9069 SP 2006.61.81.009069-0, Relator: JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, Data de Julgamento: 27/07/2009, QUINTA TURMA)

Contudo, cumpre pontuar que a medida repressiva foi adotada somente em relação ao usuário de entorpecentes, em nada atingindo o traficante ou seus auxiliares. Nesse sentido, explica Gomes (2014, p. 35):

A política repressiva foi abandonada somente no que tange ao usuário, tendo sido mantida e incrementada nos casos que envolvem a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas. A política proibicionista em relação ao usuário de drogas é marcada por sua incapacidade de resolver o problema que se dispôs a enfrentar. Ela também destaca pelos inúmeros aspectos negativos advindos de sua utilização, dentre eles o ingresso do sujeito envolvido com drogas no

mundo da clandestinidade, o que, tratando-se de dependente, dificulta e muitas vezes inviabiliza o acesso a programas assistenciais.

Logo, ao usuário e dependente químico são aplicadas as medidas previstas no *caput* do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, quais sejam: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. Vide:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 28 DA LEI 11.343/06. READEQUAMENTO DA PENA IMPOSTA. ADVERTÊNCIA. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. DECISÃO UNÂNIME. 1. O consumo de drogas pode receber, isolada ou cumulativamente, as penas de advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviço à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. A opção do julgador, por uma delas, ou por medidas cumuladas, deve-se basear na culpabilidade, grau de reprovação social merecido, e por consequência, nos demais critérios do art. 59 do CP. 2. In casu, a cumulação de todas as penas previstas, inclusive no seu grau máximo, mostrou-se desarrazoada tendo em vista que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao recorrente. 3. Decisão unânime. Recurso provido parcialmente, tão somente, para reformar a pena do recorrente, o qual deverá cumprir a sanção de advertência, bem como a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, a qual deverá ser fixada em audiência admonitória, pelo período de 02 (dois) meses. (TJ-PE - APL: 3230908 PE, Relator: Mauro Alencar De Barros, Data de Julgamento: 07/05/2014, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/05/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL - USO DE ENTORPECENTES - ABSOLVIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 - INEXISTÊNCIA - ATIPICIDADE DA CONDUTA - INOCORRÊNCIA - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - SUBSTITUIÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE POR ADVERTÊNCIA OU REDUÇÃO DO PRAZO - DESCABIMENTO - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - CABIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A criminalização das condutas descritas no art. 28 da lei nº 11.343/06 visa a coibir a difusão da droga, resguardar a saúde pública e interesse social, motivo pelo qual não afronta a garantia constitucional da liberdade individual, não podendo se falar em inconstitucionalidade do aludido dispositivo. 2. A Lei 11.343/06 apenas desapenou a conduta, não descriminalizando o porte de entorpecentes para uso próprio. 3. Comprovada a autoria e materialidade a condenação deve ser mantida. 3 - Uma vez aplicada a prestação de serviços à comunidade de forma proporcional e razoável ao caso dos autos, inviável a sua modificação pela advertência ou a redução do prazo estipulado. 4. Embora encontra-se o apelante assistido por defensor constituído, logrou comprovar ser pobre no sentido legal, impondo-se, pois, a concessão da isenção do pagamento das custas processuais. (TJ-MG - APR: 10024110152352001 MG, Relator: Paulo Calmon Nogueira da Gama,

Data de Julgamento: 08/05/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 16/05/2014)

A propósito, Lima (2015, p. 713) observa que se o indivíduo é flagrado usando substância entorpecente, “deverá responder pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, não por conta do uso da droga que é uma conduta atípica, mas sim porque é muito provável que, antes do uso, já tenha praticado uma das condutas incriminadas pelo art. 28, como por exemplo, o adquirir ou trazer consigo”.

Destarte, depreende-se que a adoção da prevenção nos casos dos dependentes químicos ocorreu em virtude de que sua prisão não gera qualquer benefício à sociedade ou a ele próprio. Tem-se que ter em mente, como bem ensina Lima (2015, p. 706), “que a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fator de profissionalização de criminosos”.

2.4 Bem Jurídico Tutelado

Na Lei n. 11.343/2006 o bem jurídico tutelado é a saúde pública, prevista genericamente no art. 196 da Constituição Federal que dispõe ser direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Portanto, trata-se de crime de perigo abstrato e de mera conduta, cuja probabilidade de dano independe da consumação do delito para que surjam os efeitos penais. Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. *In verbis*:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 12 DA LEI N.º 10.826/2003. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELA EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (18 PEDRAS DE CRACK, 65 PAPELOTES DE COCAÍNA, 01 BUCHA DE MACONHA E 04 GRANDES PEDRAS DE CRACK). ART. 42, DA LEI N.º 11.343/06. RECLUSÃO E DETENÇÃO: PENAS QUE NÃO SE SOMAM PARA FINS DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. REPRIMENDA DO CRIME DE TRÁFICO MENOR QUE 4 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o crime previsto no art. 12 da Lei n.º 10.826/2003 é de perigo abstrato e de mera conduta, sendo desnecessária lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. [...]

(STJ - HC: 214180 ES 2011/0172672-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 22/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/11/2013)

Efetivamente, tendo em vista que o bem jurídico protegido pela norma é a saúde pública, não é possível a aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela a qualquer tipo previsto na Lei n. 11.343/2006, seja no caso de posse de substância entorpecente para consumo ou no caso de tráfico de drogas.

2.5 Dos Principais Crimes

Este item abordará os principais crimes abrangidos pela Lei n. 11.343/2006, quais sejam: tráfico de drogas (art. 33) e associação para o tráfico (art. 35), dos quais serão narradas as condutas, tipos, entendimentos jurisprudenciais e natureza que, adiante, servirão para base para entender as vedações impostas aos mencionados delitos.

2.5.1 Tráfico de Drogas

Previsto nos artigos 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006, foram contemplados pela citada lei dezoito verbos distintos como condutas típicas, quais sejam: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo e, por fim, fornecer. Vide:

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.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Penas - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Aliás, apregoa Lima (2015, p. 745) que “todas as condutas acima mencionadas têm o complemento ainda que gratuitamente, ou seja, sem cobrança de qualquer preço ou valor. Portanto, é de todo irrelevante haver ou não lucro, ou mesmo intuito de lucro”.

Registre-se, ainda, que tendo em vista as várias figuras constantes no caput do art. 33 da Nova Lei de Drogas, pode-se afirmar que se trata de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Deste modo, mesmo que o sujeito pratique inúmeras ações típicas num mesmo contexto fático, ele responderá por crime único, não obstante o juiz considerar, na dosimetria de pena, a pluralidade de verbos efetivamente praticados pelo infrator. Corroborando a assertiva, é o entendimento jurisprudencial. Confira-se:

TRÁFICO DE DROGAS. CONCURSO MATERIAL. INADMISSIBILIDADE. CRIME ÚNICO. VENDA DE DROGAS EM DIAS DISTINTOS. MERO DESDOBRAMENTO. REGIME PRISIONAL. ABRANDAMENTO. 1- Sendo o tráfico de entorpecentes um delito permanente, a venda de drogas a diversos usuários em datas e horários distintos, não constitui pluralidade de delitos, mas crime único progressivo. 2- Tendo o STF no julgamento do HC111840/ES, declarado a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado, impõe-se o seu abrandamento, pois o regime prisional deve ser fixado com estrita obediência aos artigos. 33 e 59, ambos do Código Penal. 3- Recurso ministerial não provido, mas, em habeas corpus de ofício, afasta-se a figura da continuidade delitiva e abrandam-se o regime prisional. (TJ-MG - APR: 10396120056785001 MG, Relator: Antônio Armando dos Anjos, Data de Julgamento: 22/10/2013, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 31/10/2013)

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. CONSEQUÊNCIA. READEQUAÇÃO. NATUREZA DA DROGA. ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/2006. CAUSA DE REDUÇÃO ESPECÍFICA. ARTIGO 33, § 4º, LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INCABÍVEL. Justifica-se a exasperação da pena-base,

com respaldo na valoração negativa da culpabilidade, quando o réu incide em mais de uma conduta nuclear do tipo misto alternativo do tráfico de drogas, de maneira que a pluralidade de condutas deve ser valorada negativamente na primeira fase, inobstante se tratar de um único delito. Quando o fundamento utilizado para a análise negativa da consequência do crime for a natureza da droga apreendida, deve ele ser readequado para a circunstância específica do artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, por constituir critério autônomo e preponderante para a majoração da pena-base. Somente se aplica a causa de redução de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, se o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Inaplicável a minorante, não há que falar em bis in idem em face da valoração negativa da pena base, com amparo no artigo 42, da Lei de Drogas. Demonstrados os requisitos ensejadores da segregação cautelar, deve ser negado o direito de o réu recorrer em liberdade. (TJ-DF - APR: 20140111567489, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 13/08/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 31/08/2015 . Pág.: 116)

Em suma, pouco importa que o autor tenha importado determinada substância entorpecente, transportando-a para determinado lugar onde foi mantida em depósito para depois ser vendida. Terá praticado um crime único (LIMA, 2015, p. 745).

2.5.2 Associação para Fins de Tráfico

Disposto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, o crime de associação para o tráfico necessita de no mínimo 02 (duas) pessoas para que seja considerado típico, ao contrário do que reza o delito de organização criminosa, que impõe a associação de pelo menos 04 (quatro) pessoas para sua tipificação. Veja-se:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Vislumbra-se verdadeira *societas criminis* (sociedade criminosa), cujo crime independe da capacidade dos agentes que integram a associação criminosa para o tráfico para ser considerado típico. Logo, sendo o integrando inimputável ou não, se há duas ou mais pessoas presentes no grupo, resta caracterizado o ilícito de associação para o tráfico.

Não obstante, o fato da autoridade policial não lograr identificar todos os componentes da associação criminosa para o tráfico, não gera qualquer prejuízo para que,

um só agente identificado, seja denunciado pelo delito. No mesmo sentido assevera Lima (2015, p. 773/774):

Por mais que as autoridades policiais não tenham logrado êxito na identificação de todos os integrantes da associação, é perfeitamente possível que apenas um agente seja processado pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas, desde que se tenha a certeza da existência de outro membro.

Deve a associação criminosa para o tráfico, ainda, se estabelecer de forma estável e permanente com a finalidade de comercializar e difundir substâncias entorpecentes na sociedade. Trata-se, pois, o delito descrito no art. 35 da Nova Lei de Drogas de crime contra a paz pública, de modo que “apenas a associação estável e permanecer é capaz de expor a risco o bem jurídico tutelado” (LIMA, 2015, p. 774).

No mesmo diapasão são precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NULIDADE QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/2006. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. COMPROVADA ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE PARA A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. [...] Hipótese em que não há nulidade a ser reconhecida. O Colegiado estadual logrou fundamentar de forma concreta a ocorrência do delito de associação para o tráfico, destacando que foi plenamente demonstrada nos autos a presença de associação estável e de caráter permanente entre o paciente e os demais corréus, salientando que restou "evidenciado, à saciedade, o vínculo associativo" entre estes para a prática da narcotraficância. [...] Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 279652 PR 2013/0345775-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 21/11/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. COMPROVADA A ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE PARA A PRÁTICA DO tráfico de drogas. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A OITO ANOS. NÃO CONHECIMENTO. [...] Não há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de associação para o tráfico, haja vista que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos, que foi comprovada existência de associação estável e permanente para a prática do tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de habeas corpus. [...] Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 291142 RJ 2014/0065276-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 06/11/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2014)

Em linhas derradeiras, mister vincar que o crime de associação para o tráfico é delito formal, de modo que sua consumação independe da prática dos ilícitos para os quais a organização foi criada. Assim, quando houver a prática de crime de tráfico e associação para o tráfico, os agentes deverão responder em concurso material de crimes, disposto no art. 69 do Código Penal.

Finalmente, não obstante no crime de tráfico de drogas ser imprescindível a apreensão de substâncias entorpecentes para configurar a materialidade do delito, no crime de associação para o tráfico de drogas, devido sua natureza formal, não se faz necessária a apreensão de qualquer substância para comprovar sua materialidade, que pode ser comprovada por outros meios, como, à guisa de exemplo, interceptações telefônicas.

O próximo capítulo tratará da prisão como regra e a liberdade como exceção aos crimes de tráfico de drogas, oportunidade que serão brevemente abordadas as garantias constitucionais ao preso, seja provisório ou condenado, dos tipos de prisão (cautelares e penais) e, principalmente, da prisão preventiva nos crimes de tráfico de drogas.

3 DA PRISÃO COMO REGRA E A LIBERDADE COMO EXCEÇÃO AOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Em razão da natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, a prisão é admitida como regra, cuja liberdade do indivíduo é privada sem qualquer pudor. A análise de cada caso concreto individualmente, de modo a sobrepesar as garantias constitucionais inerentes ao preso, é frequentemente olvidada pelos magistrados que, diante desse crime contra a saúde pública, tem determinado a prisão preventiva ou não tem concedido ao sentenciado direito de recorrer em liberdade, como se condenado já fosse.

Este capítulo tem o condão de pontuar as regras, garantias e princípios constitucionais ao qual o preso tem direito e, na sequência, narrar a respeito da prisão penal e cautelar, abordando, por conseguinte, a respeito da prisão preventiva nos crimes de tráfico de drogas.

3.1 Das Garantias Constitucionais ao Preso

As regras, garantias e princípios constitucionais são os parâmetros de legitimidade das leis penais e delimitam o âmbito de sua aplicação, isso porque, segundo apregoa Masson (2014, p. 07), o direito penal “deve se harmonizar com as liberdades, as garantias e os direitos estatuídos pela Constituição Federal, pois nela encontram o seu fundamento de validade”.

Logo, qualquer lei, seja penal ou outra, que for elaborada e aplicada olvidando em observar os preceitos vertidos na Carta Magna vigente não goza de validade. Desse modo, afirma Masson (2014, p. 07) que “a definição de condutas criminosas é válida apenas quando alberga valores constitucionalmente consagrados”.

Nessa esteira, o preso, seja provisório ou permanente, dispõe de diversos direitos e garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que, não obstante, também assegura princípios que devem ser observados no devido processo penal legal, como o contraditório e a ampla defesa. Vide:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; [...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Ao prever essas garantias constitucionais ao preso, o legislador teve como principal intenção proteger a dignidade da pessoa humana, principalmente tratando-se do sujeito encarcerado, razão pela qual há constantes alterações no Estatuto Repressivo no afã de amoldar os dispositivos legais aos direitos fundamentais do indivíduo detido ou condenado, haja vista ser o Código Penal brasileiro anterior à Constituição vigente.

Essas garantias constitucionais também têm como objetivo resguardar o devido processo legal e a segurança jurídica do preso, motivo pelo qual protege sua

liberdade através da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV), do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), do sistema acusatório, do juiz natural (art. 5º, inciso XXXVII), da publicidade (art. 5º, inciso LX), da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, inciso LXXIV), dentre inúmeros outros, conforme ensina Capez (2014, p. 54):

Inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional): A lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CF, art. 5º, XXXV; LINDB, art. 4º). É o Judiciário que profere, sobre o litígio, a última palavra. Juiz natural: Um dos princípios fundamentais da função jurisdicional, eis que intimamente relacionado com a imparcialidade do juízo, a garantia do *juiz natural* foi trazida para o direito brasileiro, desde o início, em seu duplice aspecto: a) proibição de juízo ou tribunal de exceção (tribunal *ad hoc*), isto é, criado *ex post facto* para o julgamento de um determinado caso concreto ou pessoa (CF, art. 5º, XXXVII); b) garantia do juiz competente (CF, art. 5º, LIII), segundo a qual ninguém será subtraído ao seu juiz constitucionalmente competente.

O processo penal brasileiro deve observar a aplicação e garantia desses princípios constitucionais ao preso, mormente no que concerne à dignidade da pessoa humana ou princípio da humanidade, consagrado no art. 1º, inciso III, da CF/88, que assim dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania
III - a dignidade da pessoa humana;
[...]

Como bem salientado por Masson (2014, p. 22), os princípios “têm a função de orientar o legislador ordinário, e também o aplicador do Direito Penal, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos”.

Logo, para que o princípio da humanidade tenha algum efeito, o Estado veda a aplicação de penas cruéis e infamantes ao preso e utiliza meios e métodos para reinseri-lo na sociedade. No mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DO ÓRGÃO MINISTERIAL QUE REQUER A REFORMA DA DECISÃO JUDICIAL

QUE CONCEDEU AO APENADO A VISITA PERIÓDICA À FAMÍLIA SEM PERNOITE EM DECISÃO ÚNICA, A QUAL VIOLARIA O ARTIGO 124, § 3º DA LEI DE EXECUCOES PENAIS. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL JÁ DECIDIDA PELO S.T.F. APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INSERTAS NOS ARTS. 1º, INCISO III E 5º, INCISOS I, LIV, LV, LXXV, LXXVIII E PARÁGRAFO 2º. DECISÃO CONFORME A C.R.F.B. DESPROVIMENTO DO RECURSO. [...] Em consonância com as regras de Hermenêutica e festejando-se o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, por outros Tribunais pátrios, e por órgãos fracionários deste Tribunal, fundamentado nos princípios ressocializador da pena, e da dignidade da pessoa humana, entende-se que o art. 124 da Lei de Execuções Penais deve ter interpretação teleológica. [...] (TJ-RJ - EP: 00441905820148190000 RJ 0044190-58.2014.8.19.0000, Relator: DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR, Data de Julgamento: 11/09/2014, OITAVA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 15/09/2014 16:39)

Nesse sentido:

[...] RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO DE PENA. REGIME SEMIABERTO. CONCESSÃO INICIAL DE CUMPRIMENTO DO REGIME COM MONITORAÇÃO ELETRÔNICA. INSURGÊNCIA.ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DO DECRETO ESTADUAL Nº 12.015/2014.INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. COMPETE A UNIÃO, ESTADOS E DISTRITO FEDERAL LEGISLAR SOBRE EXECUÇÃO PENAL. ILEGALIDADE. DESCABIMENTO. MEDIDA VIÁVEL À SOLUÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA.INSURGÊNCIA RECURSAL QUE NÃO MERECE ACOLHIMENTO.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO POR MAIORIA. 1. "Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto" (NUCCI, Guilherme de Souza, in Manual de Processo Penal e Execução Penal, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, p.942) (TJPR - 5ª C.Criminal - RA - 1351299-3 - Ponta Grossa - Rel.: José Laurindo de Souza Netto - Por maioria - - J. 16.07.2015) (TJ-PR - EP: 13512993 PR 1351299-3 (Acórdão), Relator: José Laurindo de Souza Netto, Data de Julgamento: 16/07/2015, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1636 26/08/2015)

Como é possível observar, a jurisprudência pátria é uníssona em garantir a não violação dos princípios da dignidade e da integridade física e moral dos presos, tudo no intuito de reintegrá-los à sociedade quando do findar da pena aos quais foram submetidos.

Ainda no que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, Masson (2014, p. 46) explica que esse princípio “apregoa a inconstitucionalidade da criação de tipos penais ou a cominação de penas que violam a incolumidade física ou moral de alguém”.

A Constituição Federal também garante ao preso celeridade no trâmite processual (art. 5º, inciso LXXVIII). Igualmente, o art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25-9-1992, e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6-11-1992), também trata da celeridade processual no que concerne ao direito penal. Vide:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Por sua vez, o princípio da intranscendência disposto no art. 5º, inciso XLV, da CF/88, como ensina Masson (2014, p. 49), prevê que “ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por terceira pessoa. Consequentemente, a pena não pode passar da pessoa do condenado”, salvo os efeitos secundários da sentença penal condenatória, como a obrigação de reparar o dano, que afetam a herança do preso.

Não obstante, o art. 5º, incisos XLIX, XLVIII e L, da CF/88 garante ao preso respeito à integridade física e moral, bem como determina que a sanção deve ser cumprida em estabelecimento penal adequado, de acordo com a natureza do crime, a idade e o sexo do apenado, aliás, às detentas é assegurado a permanência digna com seus filhos no período de amamentação.

Já o princípio da individualização da pena, inserido no inciso XLVI do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, assevera que se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento, ou seja, os aspectos subjetivos e objetivos do crime.

Para Masson (2014, p. 38), o princípio da individualização da pena desenvolve-se em três planos, o legislativo, o judicial e o administrativo:

No prisma legislativo, é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas, indicando precisamente seus limites, mínimo e máximo, e também as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as reprimendas cabíveis.

A individualização judicial complementa a legislativa, pois aquela pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. [...]

A individualização administrativa é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena: retribuição, prevenção (geral e especial) e ressocialização.

Do mesmo modo, a jurisprudência é uníssona. *In verbis*:

PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. ANÁLISE DOS REQUISITOS. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE. CARACTERIZADA, NO CASO, OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA. I - Toda a vez que alguém é condenado por crime doloso à pena não superior a quatro anos, o julgador deve manifestar-se, fundamentadamente, se é ou não o caso de substituição da sanção corporal pela restritiva de direitos. Estando presentes os seus pressupostos, a substituição torna-se imperativa. II - E necessário, pois, que o juízo fundamente a não aplicação do art. 44 do Código Penal, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena. Precedente. III - Ordem concedida. (STF - HC: 94874 RS, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 21/10/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-02)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU COM VÁRIAS CONDENAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. A compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea pressupõe a existência de apenas uma condenação transitada em julgado contra o acusado. 2. Tratando-se de condenado multirreincidente, mostra-se impossível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência. Dessa forma, a preponderância da reincidência no cálculo se constitui em aplicação efetiva dos princípios da proporcionalidade e individualização da pena. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1508438 RN 2015/0008344-7, Relator: Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Data de Julgamento: 02/06/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2015)

Como se denota dos citados julgados, o magistrado deve fundamentar a sentença condenatória, sob pena de violar o princípio da individualização da pena.

Por fim, cabe ressaltar que o Ministério Público é o órgão responsável por fiscalizar e zelar pela efetividade desses princípios e garantias constitucionais ao preso, devendo promover as medidas necessárias à sua garantia e, quando for o caso, ajuizar privativamente ação penal pública (art. 129 da CF). Quando o *Parquet* não atuar no prazo legal, a vítima poderá fazê-lo, nos termos do art. 5º, inciso LIX da CF/88.

3.2 Da Prisão Penal

A prisão penal, também denominada de prisão-pena, é aquela consequente da sentença penal condenatória transitada em julgado, cujo bojo o magistrado impõe o cumprimento de sanção privativa de liberdade ao sentenciado. Com efeito, só ocorre com o findar do devido processo legal, tempo que deverá respeitar todas as regras e garantias inerentes a qualquer indivíduo e supramencionadas, sendo considerada exceção, e não regra.

Para Lima (2015, p. 850), a prisão penal, “além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade”. Do mesmo modo é o que reza o Superior Tribunal de Justiça. Vide:

PROCESSUAL PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS EXTRADIÇÃO – CASO RUMOROSO – MÁCULAS – CONSUMAÇÃO DA EXTRADIÇÃO – [...]– VIAGEM DO ACUSADO ANTES DE HAVER QUALQUER DENÚNCIA CONTRA ELE – AFIRMAÇÃO INVERÍDICA – EXISTÊNCIA, NESSE ATO, DE UMA AÇÃO PENAL COM SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO-TRANSITADA EM JULGADO E OUTRA COM DENÚNCIA OFERECIDA E PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA – CAUTELA CONSTRITIVA IMPOSTA SEM FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA – SENTENÇA QUE APENAS MANTEVE A CAUTELA, FAZENDO EXPRESSA REMISSÃO À DECISÃO QUE ANTERIOR E ORIGINARIAMENTE A IMPUSERA – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – FASE PROCESSUAL ENCERRADA – REQUISITO SUPERADO – GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL – [...] Demonstrada a presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal diante de fatores concretos presentes nos autos, a prisão preventiva do paciente se reveste de inequívoca natureza cautelar (*carcer ad custodiam*) e, portanto, não afronta a garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade, sendo totalmente infundada a alegação no sentido de que ela seria mera antecipação de pena (*carcer ad poenam*). [...] (STJ

- HC: 111111 DF 2008/0156920-8, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 22/10/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 17/02/2009)

Enfim, vislumbra-se que a prisão penal ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de tal modo que pudesse dizer que sua natureza não é acautelatória, uma vez que a sanção já foi imposta e o Estado apenas busca sua aplicação e satisfação imediata.

3.3 Da Prisão Cautelar

Ao contrário da prisão penal, a prisão cautelar é acautelatória, de modo que ocorre somente antes do trânsito em julgado do édito condenatório, e tem como finalidade primordial assegurar a eficácia das investigações preliminares ou o curso da instrução processual, garantindo assim a aplicação da lei penal ao autor do fato. Nesse sentido, Ferrajoli (2002, p. 446) apregoa que:

Em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Diversamente, Fernandes (2002, p. 297) entende que, devido ao caráter imperioso da prisão cautelar, “são providências urgentes, através das quais se tenta evitar que a decisão da causa, ao ser proferida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa”.

No mesmo rumo é o que entende Aragonese (1981, p. 258) ao dispor que o “grande problema das medidas cautelares consiste em que, se não adotada, corre-se o risco da impunidade; se adotada, corre-se o perigo da injustiça”.

Efetivamente, a intenção do legislador ao prever essa modalidade de prisão é justamente assegurar o curso da investigação criminal e a persecução penal, haja vista inúmeros imprevistos que podem ocorrer e assim comprometer todo o processo penal. Portanto, a prisão cautelar tem o dever de atenuar o risco processual.

Em razão da sua natureza é que a prisão cautelar não pode servir como meio de antecipar a pena ao acusado. Essa prisão deve ser medida excepcional a ser tomada tendo em vista a periculosidade do agente, e não sua culpabilidade.

Para Lima (2015, p. 851), a prisão cautelar tem a função de “atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal – a prisão cautelar também não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar sua natureza instrumental”.

Telles (2008¹) define como características da prisão cautelar:

JURISDICIONALIDADE: sempre antes ou depois da prisão, o juiz competente tem que se pronunciar. Deve haver sempre uma decisão judicial.

ACESSORIEDADE: não pode a prisão cautelar ser o objeto principal. Esta deve sempre seguir a sorte da medida principal. Prisão cautelar deve ser sempre acessória.

PROVISORIEDADE: esta espécie de prisão deve durar enquanto estiverem presentes os requisitos que a sustentam, ou até que venha a medida principal.

PROPORCIONALIDADE (homogeneidade): a princípio, a prisão cautelar não pode ser mais gravosa que a medida principal almejada. (Ler o H.C. nº. 19693-SP/STJ).

INSTRUMENTALIDADE: diz respeito ao instrumento utilizado para atingir a medida principal.

NECESSIDADE: diz respeito à necessidade para o processo. Tal medida deve sempre ser necessária para o processo.

Como se vê, a principal diferença entre a prisão penal e a cautelar é que a primeira tem como objetivo infligir punição àquele que sofre sua decretação, ao passo que a segunda tem a finalidade de atuar em benefício à atividade estatal desenvolvida no processo penal, nada mais que isso. Corroborando o exposto, Lima (2015, p. 851) diz que:

Como toda medida cautelar, tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos resultados do processo, servindo como instrumento do instrumento, de modo a assegurar o bom êxito tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução. Logo, a prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito. Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da

¹ TELLES, Clóvis Alessandro de Souza. Prisão Cautelar (Cautelar), uma regra ou uma exceção? 2008. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=955> Acesso em: 16/05/2016.

pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência.

A propósito, o advento da Lei n. 12.403/11 trouxe ao Código de Processo Penal nova redação ao § 6º do art. 282, determinando agora que “a prisão preventiva será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

Com efeito, agora há a possibilidade de a prisão em flagrante ser substituída por cautelar diversa da prisão quando inexistir os requisitos autorizadores da segregação cautelar (arts. 310, inciso II, e 312, ambos do CPP). Confirmando esse entendimento são as ementas que seguem:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PRESENÇA. 1. Exige-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do Diploma Processual Penal e à orientação da jurisprudência dominante. 2. A segregação cautelar está fundamentada na necessidade do resguardo da ordem pública, evidenciada tanto pela reiteração delitiva quanto pela periculosidade concreta do recorrente, bem como por indícios de que ele é integrante de facção criminosa. 3. Recurso a que se nega provimento. (STJ - RHC: 51802 SP 2014/0241427-0, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 24/02/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2015)

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. 2. A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. [...] (STJ - RHC: 50384 DF 2014/0200634-0, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 16/06/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2015)

Percebe-se que a prisão preventiva só pode ser decretada quando houver risco para a ordem pública ou aplicação da lei penal, não podendo, pois, ser decretada quando não amparada por requisitos legais, sob pena de violar os princípios da presunção de inocência e da não-culpabilidade. Do mesmo modo, colhe-se o escólio do STJ:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE CONCRETA. [...] A segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no tocante aos crimes de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico, e o decreto de prisão processual exige a especificação de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Na hipótese, a prisão cautelar está devidamente fundamentada, ainda que de forma sucinta, pois há real existência de risco à ordem pública, pela reiteração delituosa caso a paciente permaneça solta, destacando-se a quantidade e a variedade das drogas encontradas com ela. 4. A possibilidade real de a paciente voltar a delinquir, caso seja colocada em liberdade, obsta, de igual modo, a aplicação de medida cautelar menos gravosa do que a prisão (dentre as previstas no art. 319 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011). [...] (STJ - HC: 302799 SP 2014/0218800-0, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 28/04/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2015)

Em suma, a prisão cautelar do sujeito priva temporariamente sua liberdade de locomoção quando há risco para a investigação ou instrução processual criminal, de modo que essa medida seria a única a ser tomada para resguardar o devido processo legal.

Contudo, a segregação cautelar deve ser aplicada somente quando presentes os requisitos previstos nos arts. 310, 312 e 313 do Código de Processo Penal, sendo que sua aplicação desnecessária configuraria meramente antecipação de futura condenação penal.

3.4 Da Prisão Preventiva no Crime de Tráfico de Drogas

No caso que envolver qualquer dos crimes dispostos na Lei n. 11.343/2006, a autoridade policial, ao realizar o flagrante, deverá comunicar o fato imediatamente ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado que será encaminhado ao Ministério Público em no máximo 24 (vinte e quatro) horas (art. 50, *caput*).

Atente-se que, diferentemente dos crimes comuns, a autoridade policial tem 30 (trinta) dias para concluir o inquérito policial nos casos de réus presos que envolverem crimes previstos na Nova Lei de Drogas (art. 51). Aliás, esse prazo pode ser duplicado pelo juiz, depois de ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade policial, motivo pelo qual o termo para a conclusão da peça policial pode chegar a 60 (sessenta) dias (art. 51, parágrafo único).

Com a conclusão da autoridade policial e a remessa dos autos ao Ministério Público, o Parquet tem o prazo de 10 (dez) dias para oferecer denúncia, arquivar ou requisitar demais diligências que entender cabíveis (art. 54).

No caso de oferecimento da denúncia pelo representante ministerial, o acusado será citado para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar defesa prévia por escrito. Após, o magistrado decidirá em 05 (cinco) dias, ocasião que poderá ou não receber a denúncia.

Se a denúncia for recebida, será designada audiência de instrução e julgamento, ocasião que será exercida a ampla defesa e o contraditório entre as partes. Com o encerramento da instrução processual, tanto a defesa quanto o representante ministerial apresentarão suas derradeiras alegações e, logo após, o magistrado prolatará sentença penal.

Anote-se que todo o procedimento acima descrito, no caso de réus presos provisoriamente, deve ser concluído em, no máximo, 148 (cento e quarenta e oito) dias, caso contrário, haverá excesso de prazo na constrição cautelar do indivíduo que, por conseguinte, será colocado em liberdade.

Contudo, vale assinalar que esse prazo é flexível, devendo ser ponderado diminuto excesso pelo princípio da razoabilidade. Isto porque a verificação do excesso de prazo não deve ser feita somente conforme parâmetros aritméticos, merecendo ser analisada no caso concreto, baseando-se num prazo razoável, na ausência de culpa do Estado, na complexidade do caso, na natureza do delito, na pena a ele cominada e nos motivos ensejadores da dilação. No mesmo diapasão, Júnior e Badaró (2013, p. 56/57) explicam que:

A natureza do delito e pena a ela cominada, enquanto critérios da razoabilidade de duração do processo, representam, em essência, o critério da proporcionalidade. Processos que tenham por objeto delitos mais graves e, conseqüentemente, apenados mais severamente, poderão durar mais tempo de que os outros feitos por delitos de pequena gravidade.

Efetivamente, quando há o mencionado excesso de prazo, de modo que o prazo seja ultrapassado sem culpa da defesa, a prisão preventiva do acusado, por ser ilegal, deve ser revogada. Neste sentido, colhem-se as seguintes emendas do Tribunal de Justiça goiano:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. AGUARDANDO REMESSA DE LAUDO PERICIAL. EXCESSO DE PRAZO CARACTERIZADO. Não é razoável a segregação, decorrente da custódia cautelar, há mais de 150 dias, sem que a instrução processual tenha sido ultimada, ante a ausência de juntado de laudo definitivo de constatação de drogas, sendo certo que a demora para a conclusão da instrução criminal não pode ser atribuída exclusivamente a defesa do paciente, mas creditada às deficiências da máquina administrativa. ORDEM CONCEDIDA. (TJGO, HABEAS-CORPUS 402415-74.2014.8.09.0000, Rel. DES. CARMECY ROSA MARIA A. DE OLIVEIRA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 02/12/2014, DJe 1689 de 12/12/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E VENDA DE ENTORPECENTES A ADOLESCENTE. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. AUSÊNCIA DO LAUDO DEFINITIVO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. Impõe-se a concessão da ordem impetrada por ocorrência de excesso de prazo para a formação da culpa, quando os autos demonstrarem que, por culpa exclusiva do Estado, o paciente encontra-se preso há 197 dias sem que haja previsão para a prolação da sentença, encontrando-se os autos no aguardo do envio do laudo definitivo de substância entorpecente. ORDEM CONCEDIDA. (TJGO, HABEAS-CORPUS 375949-43.2014.8.09.0000, Rel. DES. ITANEY FRANCISCO CAMPOS, 1A CAMARA CRIMINAL, julgado em 13/11/2014, DJe 1679 de 27/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. NEGATIVA DE AUTORIA. VIA INADEQUADA. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DO LAUDO DEFINITIVO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 1) O procedimento célere do habeas corpus exige prova pré-constituída, a demonstrar o direito líquido e certo necessário ao deferimento do pedido veiculado, desautorizando análise de tese concernente à negativa de autoria não aferível de plano. 2) Impõe-se a concessão da ordem impetrada por ocorrência de excesso de prazo para a formação da culpa, quando os autos demonstrarem que, por culpa exclusiva do Estado, o paciente se encontra presos há 206 dias sem que haja previsão para a prolação da sentença, encontrando-se os autos no aguardo do envio do Laudo Definitivo de Substância Entorpecente. ORDEM CONCEDIDA. (TJGO, HABEAS-CORPUS 308605-45.2014.8.09.0000, Rel. DES. NICOMEDES DOMINGOS BORGES, 1A CAMARA CRIMINAL, julgado em 25/09/2014, DJe 164 de 06/10/2014)

Há que se ressaltar que, nos casos em que a prisão preventiva for revogada por excesso de prazo, serão impostas medidas cautelares diversas da prisão ao acusado, como, por exemplo, comparecimento mensal em juízo e proibição de mudar de endereço sem comunicar novo endereço nos autos.

Por fim, mister frisar que, com a instrução processual, não há que se falar em excesso de prazo na formação da culpa, motivo pelo qual o sobredito prazo de 148 (cento e quarenta e oito) dias deve ser observado antes do findar da instrução para que a prisão seja configurada como ilegal.

O próximo capítulo narrará sobre a prisão preventiva nos crimes de tráfico de drogas privilegiado e os conflitos de condenações com a aplicação de penas alternativas, tratando, para tanto, da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem assim dos regimes de pena e espécies de penas privativas de liberdade, ambos previstos pelo Código Penal.

4 DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO E A VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

Este capítulo tem o condão de discorrer a respeito do crime de tráfico de drogas privilegiado e da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem assim da prisão preventiva nos casos que incidir o privilégio, dos regimes de pena dispostos no Código Penal brasileiro e, por fim, do conflito que se verifica no fato de o acusado permanecer em segregação cautelar durante o processo e, quando da sentença, ser condenado à pena privativa de liberdade que é convertida em restritivas de direitos, tornando desnecessária, portanto, sua segregação cautelar durante a instrução processual.

4.1 Da Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos

Antes de aprofundar-se no mérito deste subtítulo, compete destacar o que se entende por penas restritivas de direitos e os requisitos para o seu reconhecimento. Assim, segundo Mendes (2015, p. 21):

As penas restritivas de direitos são formas alternativas de sanção criminal, que substituem a pena privativa de liberdade e são previstas de forma autônoma, independente de cominação na parte especial. O seu cumprimento extingue a pena privativa substituída e em caso de descumprimento pode admitir, como garantia de eficácia da restrição imposta, a reconversão em privação de liberdade. Elas foram incluídas na reforma da Parte Geral de 1984 e tiveram suas espécies e âmbito de aplicação ampliados pela Lei 9.714/98, com intuito de dar eficácia à previsão original e também como medida desencarceradora.

Como requisitos para sua admissibilidade, há que se observar, num primeiro momento, se o delito foi cometido culposamente ou dolosamente e, se no caso de dolo, houve ou não grave ameaça ou violência.

Nessa toada, dispõe o art. 44 do Código Penal que, nos crimes dolosos sem violência ou grave ameaça com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos (art. 44, inciso I, primeira parte do Código Penal); já nos crimes culposos, qualquer que seja a pena aplicada (art. 44, inciso I, segunda parte do Código Penal); e, quando os crimes

forem dolosos com violência ou grave ameaça cuja pena seja inferior a 1 (um) ano (art. 54 do Código Penal).

No ponto, mister salientar, ainda, conforme apregoa Mendes (2015, p. 21), a pena imposta ao indivíduo na sentença condenatória, bem assim se o agente é reincidente:

Caso a condenação seja igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por uma pena restritiva de direito ou multa. Sendo maior, serão aplicadas duas penas restritivas de direitos, ou uma pena restritiva de direito cumulado com multa (art. 44, §2º CP). A reincidência específica (pelo mesmo tipo) em crime doloso afasta a aplicação da pena restritiva de direitos (art.44, II c/c art. 44, §3º CP).

Como espécies de penas restritivas de direitos temos a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. As mencionadas espécies podem ser assim definidas, nos moldes delineadas por Mendes (2015, p. 22):

- a) prestação pecuniária — é uma quantia fixada pelo juiz, entre 1 e 360 salários mínimos, a ser paga em dinheiro à vítima, seus dependentes, entidades públicas ou privadas de destinação social. Havendo aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode ser de outra natureza (art. 45 §§ 1º e 2º CP);
- b) perda de bens e valores — é a perda em favor do Fundo Penitenciário Nacional dos bens e valores pertencentes ao condenado em razão da prática do crime, nela sendo incluída a maior quantia entre o prejuízo ou o provento obtido pelo agente ou por terceiro (art.45, § 3º CP);
- c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas — consiste no cumprimento de tarefas gratuitas de acordo com a aptidão do condenado na razão de 1 hora de trabalho por 1 dia de condenação em entidades comunitárias ou estatais, como escolas, hospitais e orfanatos. O tempo mínimo de condenação para substituição por prestação de serviços à comunidade é de 6 meses, podendo a condenação superior a 1 ano ser cumprida em tempo inferior ao previsto na sentença, desde que não menor que a metade da pena privativa de liberdade aplicada (art.46 e §§ 1º, 2º, 3º e 4º CP);
- d) interdição temporária de direitos — consiste em proibições específicas que se relacionam com a natureza do crime que o agente foi condenado, como (art.47 CP): I — proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como do mandato eletivo; II — proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III — suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV — proibição de frequentar determinados lugares;
- e) limitação de fim de semana — é a permanência aos sábados e

domingos por 5 horas diárias em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, em que poderão ser ministradas palestras ou outras atividades educativas (art.48 e parágrafo único CP).

Por analogia ao previsto no art.51 do CP para a multa, se entende que a prestação pecuniária e a perda de bens e valores não podem ser convertidas em pena privativa de liberdade, sendo considerada dívida de valor. As penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana terão, em regra, a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Feita essa digressão de cunho propedêutico, convém destacar as palavras de Lima (2015, p. 762) no que concerne ao advento do privilégio, que tem origem em “questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização”.

Para Mendes (2012²), o privilégio no crime de tráfico de drogas privilegiado “se caracteriza pela natureza objetiva ou subjetiva, anterior ou posterior ao delito que, agregado ao tipo fundamental, faz surgir um tipo derivado redefinindo para menos os limites da cominação da pena em abstrato”. Com efeito, assim, dispõe o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 que:

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.

[...]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Como se vê, são quatro os requisitos para aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas, quais sejam: a) ser o agente primário; b) possuir

² MENDES, Israel Ventura. Tráfico privilegiado e penas alternativas: é possível a conversão?. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11641&revista_caderno=3> Acesso em 03/06/2016.

bons antecedentes; c) não se dedicar a atividades criminosas; e d) não integrar organização criminosa, sem se afastar do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

Para que agente seja primário, não deve ter, à época do fato delituoso, sentença condenatória transitada em julgado referente à prática de outro crime. No caso de bons antecedentes, deve-se levar em conta condenações criminais com trânsito em julgado que não mais caracterizem a reincidência, em virtude do decurso do lapso temporal de 05 (cinco) anos previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal.

Em relação ao terceiro requisito, qual seja, não dedicação a atividades criminosas, deve o acusado desenvolver algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para o crime, sendo o crime de tráfico a ele imputado evento isolado em sua vida.

Nesta mesma linha de dicção, explica Lima (2015, p. 763) que:

Se restar evidenciado que o acusado faz parte de associação voltada para o tráfico de drogas (Lei nº 11.343, art. 35) ou é um dos integrantes de determinada associação criminosa (CP, nova redação do art. 288), não será possível a incidência da minorante do art. 33, § 4º, ao crime de tráfico de drogas por ele praticado. Da mesma forma, se o indivíduo é flagrado com grande quantidade e variedade de drogas, tem-se aí forte indicativo de que se trata de agente dedicado a atividades criminosas, até mesmo porque não é normal que um traficante pequeno e eventual dê início às atividades de traficância com tamanha quantidade e diversidade de drogas.

A respeito do quarto e último requisito – não integração de organização criminosa –, o fato do acusado integrar uma organização criminosa é óbice à incidência da causa de diminuição de pena. Aliás, tais requisitos são cumulativos e a ausência de qualquer um obsta a configuração do redutor da pena.

No que tange ao ônus da prova a respeito da presença ou não dos requisitos supramencionados, em razão da prevalência do princípio da inocência no direito penal, incumbe ao órgão ministerial comprovar a não admissibilidade do privilégio ao caso concreto.

Nesse trilhar, esclarece ainda Lima (2015, p. 765) que:

[...] fosse necessário que a defesa provasse os requisitos negativos de não se dedicar a atividades criminosas ou não integrar organização criminosa, haveria evidente violação à presunção de inocência, porquanto a “prova negativa indeterminada é daquelas que se pode chamar de ‘prova diabólica’, tamanha a dificuldade em se desincumbir dela”. Como a incidência da minorante depende da presença

cumulativa dos quatro requisitos anteriormente analisados, basta que a acusação demonstre a ausência de um deles para se afastar a possibilidade de aplicação do referido benefício.

Vale assinalar que, quando a acusação olvidar em comprovar a ausência dos requisitos estampados no § 4º, do art. 33, da Nova Lei de Drogas, tendo em vista que não é aceitável a inversão do ônus da prova, restará ao juiz reconhecer ao sentenciado a minorante em face dos princípios da inocência e do *in dubio pro reo*.

Noutro ponto, há que se salientar que, consoante previsão da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento do privilégio nos crimes de tráfico de drogas não exclui sua equiparação a crime hediondo.

Súmula 512-STJ: 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.

Do mesmo modo é o entendimento da jurisprudência pátria:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CRIME HEDIONDO. 1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação, pelo relator, de recurso a que se nega seguimento ou a pedido manifestamente inadmissível, imprecedentede, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Precedentes. 2. O entendimento pacificado nesta Corte é no sentido de que 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. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no HC: 279308 MG 2013/0341482-9, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 24/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2015)

APELAÇÃO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL TANTUM DO §4º, DO ART. 33, DA LEI Nº 11343/06. DESACOLHIMENTO. É assente no âmbito dos tribunais superiores que a causa de redução de pena conhecida por “tráfico privilegiado” é compatível com a equiparação do delito de tráfico de drogas aos crimes hediondos, eis que a aplicação do aludido redutor interfere apenas na quantificação da pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas, razão por que desacolhe-se a arguição de inconstitucionalidade incidental do §4º, do art. 33, da lei nº 11.343/06. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJGO, APELACAO CRIMINAL 429968-77.2014.8.09.0168, Rel. DR(A). FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 25/02/2016, DJe 1984 de 08/03/2016)

Há que se salientar que, em razão do julgamento do HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", do § 4º, do art. 33, bem como do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, admitindo, a partir da citada decisão, a aplicação do regime inicial aberto aos condenados por tráfico de drogas, contudo, sem retirar do delito em rogo a natureza hedionda e, por conseguinte, gerando discussões a respeito da identificação dada pelo legislador no art. 2º da Lei n. 8.072/90, já que contraria o § 1º do aludido artigo, que diz:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
I - anistia, graça e indulto;
II - fiança.
§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Malgrada tal divergência, o Supremo Tribunal Federal já decidiu (HC 114.452-AgR/RS³) que “[...] cabe adotar o entendimento que vem prevalecendo, no sentido de que a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade [...]”.

Por sua vez, o *quantum* da diminuição de pena prevista pelo legislador é de um sexto a dois terços, constituindo em verdadeiro direito subjetivo do acusado. Contudo, somente a presença cumulativa dos requisitos alhures mencionados (acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa), não impõe a diminuição em seu patamar máximo.

Como bem explica Lima (2015, p. 766):

Fosse assim, toda vez que o acusado fizesse jus ao benefício legal por preencher todos os 4 (quatro) requisitos, a causa de diminuição de pena seria aplicada no máximo legal -2/3 (dois terços), tornando inócua a previsão legal de um patamar mínimo e máximo. Por isso, o quantum de diminuição deve ser fixado pelo magistrado com base em critérios diversos daqueles necessários para a aplicação da minorante.

³ HC 114.452-AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 08/11/2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25214320/habeas-corpus-hc-121255-sp-stf>> Acesso em: 20/05/2016, às 13h58.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA PARA APLICAR A REDUÇÃO EM 1/6. INOCORRÊNCIA. REPRIMENDA ADEQUADA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAR-SE, NA VIA DO HABEAS CORPUS, A PENA ADEQUADA AO FATO PELO QUAL FOI CONDENADO O PACIENTE. ORDEM DENEGADA. I - O magistrado não deixou de fundamentar a aplicação da redução em seu grau mínimo, pois reconheceu que havia algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente. Contudo, optou por manter a pena-base no mínimo legal (cinco anos) e, em passo seguinte, as utilizou para reduzir a pena no patamar mínimo, ou seja, em 1/6. II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo. III - O habeas corpus não pode ser utilizado como forma de determinar-se a pena adequada para os delitos pelos quais o paciente foi condenado, vez que representaria um novo juízo de reprovabilidade. IV - Ordem denegada. (STF - HC: 103430 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/08/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: REPUBLICAÇÃO: DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-03)

Efetivamente, deve o juiz também analisar os critérios estabelecidos no art. 42 da Nova Lei de Drogas, quais sejam: natureza e quantidade da droga, personalidade e conduta social do agente, para, só após, determinar o *quantum* de diminuição da pena em cada caso concreto, que deverá ser devidamente fundamentado.

No ponto, merece endosso que o Supremo Tribunal Federal, mas recentemente, entende que a fixação do quantum da redução não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena, sob pena de gerar *bis in idem*. Vide:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO APÓS PRAZO RECURSAL: IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE E NATUREZA

DA DROGA: FIXAÇÃO DA PENA-BASE E DEFINIÇÃO DO PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO. BIS IN IDEM. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE REEXAME. [...] A natureza e a quantidade dos entorpecentes foram utilizadas na primeira fase da dosimetria, para a fixação da pena-base, e na terceira fase, para a definição do patamar da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em um sexto. Bis in idem. Patamar de dois terços a ser observado. [...]. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao juízo da execução penal competente na origem rever a pena imposta ao Recorrente, com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo de dois terços, e, considerada a nova pena a ser imposta, reexamine os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para a fixação do regime prisional, afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. (STF - RHC: 122684 MG, Relator: Min. CÂRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 16/09/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 29-09-2014 PUBLIC 30-09-2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INC. III, DA LEI Nº 11.343/06. FIXAÇÃO DO QUANTUM RELATIVO À CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INOCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no “quantum” reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto” (HC 99.440/SP, da minha relatoria, DJe-090 de 16.05.2011). Contudo, a fixação do quantum de redução deve ser suficientemente fundamentada e não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena. Como se sabe, “a quantidade e a qualidade de droga apreendida são circunstâncias que devem ser sopesadas na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de bis in idem” (HC 108.513/RS, rel. min. Gilmar Mendes, DJe nº 171, publicado em 06.09.2011). Ordem parcialmente concedida para determinar ao TRF da 3ª Região que realize nova dosimetria da pena, reaprecie o regime inicial de cumprimento de pena segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e avalie a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito conforme os requisitos previstos no art. 44 do CP. (STF - HC: 108523 MS, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 14/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-053 DIVULG 13-03-2012 PUBLIC 14-03-2012)

Assim sendo, a natureza e a quantidade de droga apreendida são circunstâncias que devem ser analisadas na primeira fase de individualização da

pena, conforme determinado pelo art. 42 da Nova Lei de Drogas, e não na ocasião da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, sob pena de ocorrer *bis in idem*.

4.2 Dos Regimes de Cumprimento da Pena e das Espécies de Pena Privativa de Liberdade

São três regimes de pena previstos no art. 33, § 1º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal: o fechado, o semiaberto e o aberto, respectivamente. No regime fechado a pena deve ser cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média. Já no regime semiaberto a pena deverá ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, enquanto no regime aberto, a sanção deve ser cumprida em casa de albergado ou estabelecimento penal adequado.

Todavia, há que se ressaltar a existência de outros tipos de regimes previstos e medidas cautelares pela Lei de Execução Penal e pelo Código de Processo Penal, como bem explica Azevedo (2015, p. 371):

Regime aberto domiciliar ou “regime domiciliar”: refere-se ao recolhimento em residência particular, em substituição à casa de albergado, ao beneficiário de regime aberto. As hipóteses legais estão previstas no art. 117 da LEP. Também se admite o cumprimento em “regime domiciliar” se não houver vaga na casa do albergado.

Prisão domiciliar (medida cautelar): consiste no recolhimento da pessoa “presa provisoriamente” em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (nova redação do art. 317 do CPP).

Recolhimento domiciliar (medida cautelar): é uma medida cautelar diversa da prisão, consistente no recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (art. 319, V, do CPP).

A Lei de Execução Penal também prevê o regime disciplinar diferenciado (RDD), do qual a inclusão do preso neste modelo, seja provisório ou condenado, configura hipótese de sanção disciplinar, conforme preceitua o art. 53, inciso V, da LEP.

A fixação do regime inicial de pena é realizada no momento da sentença condenatória, momento que o juiz analisa as circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, além das causas de diminuição e aumento de pena ocasião que também estabelecerá, como assevera Azevedo (2015, p. 373):

As penas aplicáveis dentre as cominadas; a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (art. 59 c/c art. 68).

Efetivamente, as penas privativas de liberdade devem ser executadas de maneira progressiva, observando critérios legais e ressalvadas algumas hipóteses de transferência para o regime mais severo.

Como critérios, devem ser observados, tais como se o indivíduo for condenado a pena superior a 08 (oito) anos, deverá começar a cumpri-la em regime fechado; caso for condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; e, quando tratar de condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, poderá desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Não obstante tais critérios, o magistrado também deve dosar a pena observando o exposto no art. 59 do Código Penal, de modo que o regime inicial seja fixado, por fim, de acordo com a quantidade e espécie da pena, se o réu é reincidente e com a análise das circunstâncias judiciais.

Noutro tanto, entende-se por pena privativa de liberdade a sanção penal imposta ao condenado por sentença penal transitada em julgado que lhe retira, por tempo determinado, seu direito de locomoção em razão da prisão.

O direito penal brasileiro, como bem apregoa Masson (2014, p. 588), “admite três espécies de penas privativas de liberdade: reclusão e detenção, relativas a crimes (CP, p. art. 33, *caput*), e prisão simples, inerente às contravenções penais (LCP, art. 5º, I)”. A respeito das espécies de penas impostas aos crimes, Azevedo (2015, p. 370) dispõe que:

Uma das diferenças entre reclusão e detenção vem disposta no art. 33, *caput*, do CP: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”. Deflui-se que o juiz nunca poderá aplicar o regime fechado como regime inicial em condenações à pena de detenção, independentemente da quantidade de pena aplicada. Porém, a pena de detenção pode ser cumprida em regime fechado, mas isso somente ocorrerá no curso da execução penal e se houver necessidade, a ser devidamente motivada pelo juiz.

Com feito, pode-se afirmar que é possível o executado ser transferido do regime semiaberto para o fechado quando foi aplicada pena de detenção, todavia, a regressão deve ser necessária e devidamente fundamentada pelo juiz da execução penal.

4.3 Dos Conflitos Recorrentes da Aplicação de Penas Alternativas ao Crime de Tráfico de Drogas Privilegiado

Inicialmente, há de ser ressaltado que cabe prisão em flagrante nos casos de tráfico de drogas, ainda que privilegiado. Isso porque a autoridade policial não tem capacidade para, naquele momento, auferir se o privilégio pode ser aplicado ao autuado, cabendo tal posição ser tomada pelo magistrado no momento da homologação do flagrante.

Assim, presentes os pressupostos e os fundamentos da prisão preventiva do investigado, ou seja, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* (aplicação da lei penal e garantia da ordem pública), a prisão preventiva é admitida, ressaltando que predicados pessoais do agente, como domicílio fixo, trabalho lícito e primariedade, por si sós, não ensejam revogação da preventiva.

No ponto, colhem-se as seguintes ementas do Tribunal de Justiça goiano:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. RECEPÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. NEGATIVA DE PRÁTICA DA CONDUTA DELITUOSA. INCOMPORTABILIDADE. REQUISITOS DA PRISÃO. MEDIDAS CAUTELARES. INADEQUADAS. PREDICADOS PESSOAIS FAVORÁVEIS. INSUFICIÊNCIA. [...] 4. Os predicados pessoais, por si sós, não são bastantes para a concessão do benefício da liberdade [...] (TJGO, HABEAS-CORPUS 480977-97.2014.8.09.0000, Rel. DES. CARMECY ROSA MARIA A. DE OLIVEIRA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 05/02/2015, DJe 1730 de 20/02/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO CONHECIMENTO. NULIDADE PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO SUPERADA. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO FUNDAMENTADO. PREDICADOS PESSOAIS FAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO CUSTÓDIA. [...] 4 - As condições favoráveis do paciente não são suficientes para lhe garantir a liberdade provisória, mormente quando presentes outras circunstâncias autorizadoras da custódia cautelar. (TJGO, HABEAS-CORPUS 481068-90.2014.8.09.0000, Rel. DES. J. PAGANUCCI JR., 1A CAMARA CRIMINAL, julgado em 29/01/2015, DJe 1726 de 11/02/2015).

No ponto, ocorre a seguinte indagação: é proporcional restringir a liberdade do acusado mediante sua segregação cautelar sendo que futura condenação penal poderá ser substituída por pena restritiva de direitos?

Aparentemente não. O princípio da proporcionalidade, embora não previsto legalmente, deve conduzir o magistrado na análise do caso concreto para, justamente, evitar imposição de penas desproporcionais ao agente, de modo que a pena seja ponderada.

Em razão da adoção do sobredito princípio, a prisão cautelar só é admitida quando a futura sanção a ser aplicada também for privativa de liberdade, mormente no regime fechado. Tal medida é admitida no afã de evitar não só a desproporcionalidade, mas também pena antecipada ao agente.

Tanto que a Lei n. 12.403/11 estabeleceu medidas cautelares diversas da prisão com o objetivo de substituir a imposição da prisão que é medida extrema. No mesmo rumo aqui defendido, Carvalho (2009, p. 37) dispõe que:

Com efeito, se o objetivo do Direito Penal é exercer o controle estatal sobre a violência, punindo os infratores e evitando que a justiça seja feita pelas próprias mãos das vítimas, não seria justificável o emprego, justamente, de um desmedido arbítrio para conter a violência.

Efetivamente, o princípio da proporcionalidade impõe ao magistrado análise acurada e futura da ação penal, de maneira que a sua conclusão acarretará na justificação da necessidade da prisão preventiva ou aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Vale assinalar que, nos casos em que houver dúvidas a respeito do reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas, ao acusado serão impostas medidas cautelares diversas da prisão, haja vista no direito penal brasileiro a dubiedade beneficiá-lo.

No que tange às possíveis controvérsias existentes a respeito da admissão ou não da substituição da pena nos casos de tráfico de drogas privilegiado, mister registrar que a celeuma foi dirimida no ano de 2012, quando a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, inserida no § 4º, do art. 33, e no art. 44, ambos da Nova Lei de Drogas, foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 2012, valendo-se da competência prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Corroborando o precedente, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto, no ano de 2013, julgou o HC n. 97.256/RS que reconheceu a inconstitucionalidade da sobredita expressão constante na Lei nº 11.343/2006. No ponto, colhem-se as seguintes ementas:

HABEAS CORPUS - CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 11.343/2006, ART. 33, § 4º) - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA – UTILIZAÇÃO DESSE FATOR DE REDUÇÃO, EM GRAU MENOS FAVORÁVEL, SEM ADEQUADA JUSTIFICAÇÃO DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL - QUANTIDADE (OU NATUREZA) DAS DROGAS APREENDIDAS COM O CONDENADO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL A SER PONDERADA, SOMENTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL (LEI Nº 11.343/2006, ART. 42)– CRITÉRIO QUE NÃO PODE SER UTILIZADO, DE NOVO, SOB PENA DE OFENSA AO POSTULADO QUE VEDA O “BIS IN IDEM”, NA TERCEIRA FASE DA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA, PARA JUSTIFICAR A APLICAÇÃO, EM GRAU MENOS FAVORÁVEL AO CONDENADO, DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (LEI Nº 11.343/2006, ART. 33, § 4º)– PRECEDENTES - CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL QUE VEDA, “IN ABSTRACTO” (ART. 33, § 4º, E ART. 44), ESSA CONVERSÃO (HC 97.256/RS) - JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA – POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, NOS CASOS DE TRÁFICO PRIVILEGIADO DE ENTORPECENTES, EM REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO QUE O REGIME FECHADO (HC 111.840/ES) – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE HIPÓTESE DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO – PEDIDO DEFERIDO EM PARTE . - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas constantes da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos . - O Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo . - Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/2006 [...] (STF - HC: 105904 ES, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/05/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 02-09-2013 PUBLIC 03-09-2013)

HABEAS CORPUS - VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, IN ABSTRACTO, A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, CAPUT E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 33, § 4º, E ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 97.256/RS) - OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE - O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DO ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO - O LEGISLADOR NÃO PODE VEDAR A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO PENAL ALTERNATIVA, SEM A IMPRESCINDÍVEL AFERIÇÃO, PELO MAGISTRADO, DOS REQUISITOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA E DOS PRESSUPOSTOS DE CARÁTER OBJETIVO DO SENTENCIADO (CP, ART. 44), SOB PENA DE GERAR SITUAÇÕES NORMATIVAS DE ABSOLUTA DISTORÇÃO E DE SUBVERSÃO DOS FINS QUE REGEM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO ESTATAL - PRECEDENTES - “HABEAS CORPUS” DEFERIDO EM PARTE . - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas constantes da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos - O Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo . - Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo, previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela prática dos delitos previstos no art. 33, “caput” e § 1º, e arts. 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/2006 . - [...] (STF - HC: 110248 MS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 27/03/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013)

Seguindo o precedente da Suprema Corte, os demais tribunais superiores brasileiros reconheceram a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos delitos de tráfico de drogas privilegiado. Confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA - VIABILIDADE QUANTO A UM DOS RÉUS - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO AO TRÁFICO DE

DROGAS PRIVILEGIADO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - VIABILIDADE QUANTO A UM DOS RÉUS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Restando satisfatoriamente comprovada nos autos a prática do crime de tráfico de entorpecente, não há que se falar em absolvição ou em desclassificação. II - A escolha o regime inicial de cumprimento de pena dos condenados pelo crime de tráfico de drogas privilegiado deve observar as diretrizes contidas no art. 33 do Código Penal. III - Com a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, mostra-se possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no delito de tráfico privilegiado, desde que preenchidos os requisitos dispostos no art. 44 do CP. v.v.: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. HEDIONDEZ AFASTADA. MODIFICAÇÃO DE UMA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. - A aplicação do § 4.º, do art. 33, da Lei 11343/06, traz à baila a figura do tráfico privilegiado, que não está elencado no rol de crimes hediondos ou a esses equiparados. Substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, necessário modificar a de limitação de final de semana por outra adequada ao objetivo de não encarceramento pretendido pelo legislador. V.v.2: Ementa: TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGA - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - REGIME FECHADO MANTIDO. A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33 § 4º da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente quando for ele primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividade criminoso. O delito de tráfico privilegiado de droga é equiparado a hediondo impondo-se a manutenção do regime fechado nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº.8.072/90. (TJ-MG - APR: 10428140009617001 MG, Relator: Júlio César Lorens, Data de Julgamento: 24/11/2015, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/11/2015)

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – INVIABILIDADE – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – TESE NÃO ACOLHIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Os elementos de convicção coligidos durante a persecução processual são tranquilos no sentido de demonstrar a materialidade e a autoria do fato delituoso, pelo que deve ser mantida a condenação. 2. Ausentes os requisitos legais enumerados em âmbito do art. 33 § 4º da Lei n. 11.343/2006, de forma cumulativa, incabível a incidência da causa de redução de pena do intitulado tráfico privilegiado. 3. Para fixação do regime inicial de prisão, deve ser levada em consideração, além da quantidade de pena imposta, a eventual condição de reincidente do agente, a existência de circunstâncias judiciais a ele desfavoráveis e, ainda, a inteligência do art. 387 § 2º, do Código de Processo Penal. [...] (TJ-MS - APL: 00377498720138120001 MS 0037749-87.2013.8.12.0001, Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Data de Julgamento: 03/08/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/08/2015) PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DROGAS DE ALTO

TEOR DESTRUTIVO. REDUÇÃO EM PATAMAR INTERMEDIÁRIO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. A condenação do apelante se deu por meio de sentença legitimamente fundamentada no conjunto fático-probatório que instrui os autos, onde se verifica a configuração da materialidade e autoria delitivas. 2. O quantum de redução da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado é orientado pelas circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei Especial e 59 da Codificação Penal. Como a quantidade e natureza das drogas apreendidas são circunstâncias preponderantes, autoriza-se a fixação da diminuição no patamar intermediário (1/3) quando a substância apreendida for de alto teor destrutivo, a exemplo da cocaína. 3. Para fazer jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, os requisitos legais do art. 44 do Código Penal devem ser preenchidos cumulativamente. No caso vertente, os requisitos objetivos e subjetivos foram preenchidos, motivo pelo qual se substitui a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 4. Apelação criminal conhecida e parcialmente provida. (TJ-AM - APL: 00043493920158040000 AM 0004349-39.2015.8.04.0000, Relator: Carla Maria Santos dos Reis, Data de Julgamento: 26/10/2015, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/10/2015)

Outro não é o entendimento uníssono do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *In verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DROGAS DE ALTO TEOR DESTRUTIVO. REDUÇÃO EM PATAMAR INTERMEDIÁRIO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. A condenação do apelante se deu por meio de sentença legitimamente fundamentada no conjunto fático-probatório que instrui os autos, onde se verifica a configuração da materialidade e autoria delitivas. 2. O quantum de redução da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado é orientado pelas circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei Especial e 59 da Codificação Penal. Como a quantidade e natureza das drogas apreendidas são circunstâncias preponderantes, autoriza-se a fixação da diminuição no patamar intermediário (1/3) quando a substância apreendida for de alto teor destrutivo, a exemplo da cocaína. 3. Para fazer jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, os requisitos legais do art. 44 do Código Penal devem ser preenchidos cumulativamente. No caso vertente, os requisitos objetivos e subjetivos foram preenchidos, motivo pelo qual se substitui a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 4. Apelação criminal conhecida e parcialmente provida. (TJ-AM - APL: 00043493920158040000 AM 0004349-39.2015.8.04.0000, Relator: Carla Maria Santos dos Reis, Data de Julgamento: 26/10/2015, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/10/2015)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PRÓPRIO. ÓBICE. Não há se falar em absolvição quando o conjunto probatório, formado pelo inquérito policial e corroborado pela prova jurisdicionalizada, é idôneo e uniforme quanto à materialidade do fato e autoria do crime capitulado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, máxime porque os depoimentos dos policiais, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, possuem credibilidade e valor probante. 2 - REDUÇÃO DO QUANTUM IMPOSTO EM RAZÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACOLHIMENTO. Embora a julgadora não tenha explanado com acuidade a fixação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, a diminuição em patamar intermediário que atenda ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade é medida que se impõe. Pena de multa redimensionada, em atenção do princípio da proporcionalidade. 3 - REGIME SEMIABERTO. ABRANDAMENTO PARA O ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPÓREA. POSSIBILIDADE. Em razão da redução pena corpórea para patamar abaixo de quatro anos e frente aos predicados do agente, impositivo o redimensionamento do regime de expiação para o aberto, como também a substituição da pena corpórea. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJGO, APELACAO CRIMINAL 304184-76.2014.8.09.0011, Rel. DES. LEANDRO CRISPIM, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 23/02/2016, DJe 1988 de 14/03/2016)

Tem-se aparentemente firmado, portanto, que nos casos de tráfico de drogas privilegiado, a prisão preventiva não é necessária, devendo o juiz, ao analisar, auferir se há aplicabilidade da minorante e, caso positivo, por conseguinte aplicar ao autuado medidas cautelares diversas da prisão.

Frise-se, ainda, que no caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no caso de tráfico privilegiado, os requisitos estampados no art. 44 do Código Penal devem estar devidamente preenchidos, sendo sua adoção obrigatória ao magistrado, e não mera faculdade.

Em derradeiro, é possível observar que, ao menos por ora, o entendimento a respeito da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito tratando-se de delito de tráfico de drogas na modalidade privilegiada é pacífico.

Por fim, mister pontuar que, embora existam celeumas atuais a respeito da hediondez do delito de tráfico de drogas privilegiado, até o findar deste trabalho monográfico o entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência se mostra tendente ao reconhecimento do aludido diminuto não afasta a hediondez das infrações penais previstas na Lei de Drogas.

5 CONCLUSÃO

A Nova Lei de Drogas (n. 11.343/2006), que entrou em vigor na data de 23 de agosto de 2006, tem como fundamento o PLS 115/2002, cuja finalidade é recuperar o usuário ou dependente químico e reprimir a difusão de drogas na sociedade.

Para tanto, institui em seu art. 1º o Sistema Nacional de Políticas sobre drogas (SISNAD), que tem como objetivo articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido de substâncias entorpecentes, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Legalmente pode-se extrair como conceito de drogas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência e que estejam especificados ou relacionados em listas atualizadas, de forma periódica, pelo Poder Executivo da União, como a Portaria SVS/MS 344/98, instituída pela ANVISA no Brasil. Logo, é norma penal em branco. Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco.

Há que se salientar, ainda, como demonstrado ao longo deste estudo, que a Nova Lei de Drogas aborda duas tendências: a proibicionista e a prevencionista, das quais não coadunam com a produção de drogas desautorizadas e o tráfico ilícito de entorpecentes, ao passo que utilizam medidas despenalizadoras ao usuário e dependente, respectivamente.

A intenção do legislador foi de equilibrar as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de reprimir à sua produção não autorizada e seu tráfico ilícito, visando garantir a estabilidade e o bem-estar social.

Dentre os principais crimes abrangidos pela Lei n. 11.343/2006, tem-se o tráfico de drogas (art. 33) e associação para o tráfico (art. 35). O primeiro está previsto nos artigos 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006, onde foram contemplados dezoito verbos distintos como condutas típicas, quais sejam: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo e, por fim, fornecer.

Já o segundo ilícito penal encontra-se disposto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, e depende de no mínimo 02 (duas) pessoas para que seja considerado

típico, ao contrário do que reza o delito de organização criminosa, que impõe a associação de pelo menos 04 (quatro) pessoas para sua tipificação.

Nesta modalidade de infração penal, vislumbra-se verdadeira *societas criminis*, cujo crime independe da capacidade dos agentes que integram a associação criminosa para o tráfico para ser considerado típico, sendo também irrelevante a identificação de todos os integrantes, bastando apenas que um só agente seja identificado para ser punido.

No que tange à prisão preventiva no crime de tráfico de drogas, em razão da sua natureza hedionda, é admitida como regra, cuja liberdade do indivíduo é privada sem qualquer pudor e análise individual do caso concreto no afã de sobreponderar as circunstâncias do caso, uma vez que, sendo o delito privilegiado, haverá redução da pena e, conseqüentemente, a possibilidade do autuado ter sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.

Conforme abordado ao longo deste trabalho monográfico, o delito de tráfico de drogas privilegiado ocorre quando o agente infrator preenche todos os requisitos estampados no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, possibilitando, assim, a aplicação da minorante.

Em casos assim, a redução torna possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos no momento da sentença, razão pela qual o sentenciado não terá sua liberdade restringida.

À vista disso, não seria razoável, sequer proporcional, manter o autuado em cárcere quando todas as circunstâncias do caso concreto apontam que futura condenação será apenas de penas alternativas, gerando celeuma na jurisprudência pátria em razão da natureza do crime de tráfico de drogas, qual seja: hedionda.

Contudo, em que pese a discussão, a doutrina e jurisprudência preponderantes se delineiam no sentido de que o princípio da proporcionalidade, embora não previsto legalmente, deve conduzir o magistrado na análise do caso concreto para, justamente, evitar imposição de penas desproporcionais ao agente, motivo pelo qual, ao homologar o flagrante, deve sopesar o privilégio e, em caso positivo, conceder ao autuado medidas cautelares diversas da prisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artigos:

MENDES, Israel Ventura. **Tráfico privilegiado e penas alternativas: é possível a conversão?**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11641&revista_caderno=3> Acesso em 03/06/2016.

TELLES, Clóvis Alessandro de Souza. **Prisão Cautelar (Cautelar), uma regra ou uma exceção?** 2008. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=955> Acesso em: 16/05/2016.

Doutrinas:

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Edersa, 1981.

AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal – Parte Geral**. 5ª ed. JusPODIVM, 2015.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 6ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed. JusPODIVM. Salvador, 2015.

LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. Ed. Método, 8ª edição. São Paulo, 2014.

MENDES, André Pacheco Teixeira. **Penas e Medidas Alternativas**. Editora FGV, 2015.

Jurisprudência:

BRASIL. TJ-AM - APL: 00043493920158040000 AM. Disponível em: <<http://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255147953/apelacao-apl-43493920158040000-am-0004349-3920158040000>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TJ-AM - APL: 00043493920158040000 AM. Disponível em: <<http://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255147953/apelacao-apl-43493920158040000-am-0004349-3920158040000>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TJ-DF - APR: 20140111567489. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/226108037/apelacao-criminal-apr-20140111567489>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TJ-DF - APR: 20130111755505. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120478762/apelacao-criminal-apr-20130111755505-df-0044590-3920138070001>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TJ-MG - APR: 10024110152352001 MG. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120448589/apelacao-criminal-apr-10024110152352001-mg>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TJ-MG - APR: 10396120056785001 MG. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117669722/apelacao-criminal-apr-10396120056785001-mg>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TJ-MG - APR: 10428140009617001 MG. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262269670/apelacao-criminal-apr-10428140009617001-mg>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TJ-MS - APL: 00377498720138120001 MS. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219921669/apelacao-apl-377498720138120001-ms-0037749-8720138120001>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TJ-PR - EP: 13512993 PR. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/224525551/agravo-de-execucao-penal-ep-13512993-pr-1351299-3-acordao>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TJ-RJ - APL: 00104029120128190010. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/144485427/apelacao-apl-104029120128190010-rj-0010402-9120128190010>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TJ-RJ - EP: 00441905820148190000 RJ. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139976551/agravo-de-execucao-penal-ep-441905820148190000-rj-0044190-5820148190000>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. TRF-3 - ACR: 9069 SP 2006.61.81.009069-0. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18213505/apelacao-criminal-acr-9069-sp-20066181009069-0-trf3>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STF - HC: 94874 RS. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2912215/habeas-corpus-hc-94874-rs>>
Acesso em: 10/06/2016.

_____. STF - HC: 103430 MG. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16085433/habeas-corpus-hc-103430-mg>>
Acesso em: 10/06/2016.

_____. STF - RHC: 122684 MG. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25283763/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-122684-mg-stf>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STF - HC: 108523 MS. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936612/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-108523-ms-stf>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STF - HC: 105904 ES. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807878/habeas-corpus-hc-105904-es-stf>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STF - HC: 110248 MS. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807990/habeas-corpus-hc-110248-ms-stf>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STJ - CC: 112306 MS 2010/0093945-0. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17995832/conflito-de-competencia-cc-112306-ms-2010-0093945-0/certidao-de-julgamento-17995835>> Acesso em:
10/06/2016.

_____. STJ - HC: 114528 MS 2008/0191750-3. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6073436/habeas-corpus-hc-114528-ms-2008-0191750-3-stj>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STJ - HC: 214180 ES 2011/0172672-2. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24659123/habeas-corpus-hc-214180-es-2011-0172672-2-stj>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STJ - HC: 279652 PR 2013/0345775-7. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807884/habeas-corpus-hc-279652-pr-2013-0345775-7-stj>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STJ - HC: 291142 RJ 2014/0065276-8. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152708959/habeas-corpus-hc-291142-rj-2014-0065276-8>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STJ - AgRg no REsp: 1508438 RN. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199131650/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1508438-rn-2015-0008344-7>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STJ - HC: 111111 DF. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2451484/habeas-corpus-hc-111111-df-2008-0156920-8>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STJ - RHC: 51802 SP. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178129072/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-51802-sp-2014-0241427-0>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STJ - RHC: 50384 DF. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/203358468/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-50384-df-2014-0200634-0>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STJ - HC: 302799 SP. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189629948/habeas-corpus-hc-302799-sp-2014-0218800-0>> Acesso em: 10/06/2016.

_____. STJ - AgRg no HC: 279308 MG. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179663579/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-279308-mg-2013-0341482-9>> Acesso em: 10/06/2016.

Legislação:

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>
Acesso: 09/05/2016, às 22h40.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 09/05/2016, às 22h40.

_____. **Lei n. 11.343/2006**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 09/05/2016, às 22h39.

_____. **Portaria 344/1998**. Disponível em:
<<http://www.portaleducacao.com.br/farmacia/artigos/1911/portaria-344-98-regulamento-tecnico-sobre-substancias-e-medicamentos-sujeitos-a-controle-especial>> Acesso em: 09/05/2016, às 22h46.

Livros:

Ministério da Justiça. **Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas** – 2 ed. Brasília, 2015.