

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

DAYANE BUENO LUFT

**TRÁFICO PRIVILEGIADO:
REQUISITOS PARA A SUA CONFIGURAÇÃO**

**CURITIBA
2018**

DAYANE BUENO LUFT

**TRÁFICO PRIVILEGIADO:
REQUISITOS PARA A SUA CONFIGURAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Des. José Laurindo de Souza Netto

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

DAYANE BUENO LUFT

TRÁFICO PRIVILEGIADO: REQUISITOS PARA A SUA CONFIGURAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

Dedico, especialmente, àqueles que mais me apoiam em meus estudos e carreira, à minha mãe Rosalina Luft e ao meu noivo Dheo Martins, a vocês com muito amor.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, que tem me abençoado muito a cada ano que passa, pela garra que tens feito eu conseguir vencer, pela sabedoria, pela saúde, pela paciência, sem ti Senhor, nada disso seria possível.

A minha amada mãe, por sempre acreditar em mim, pelo carinho, amor, pois foram muito importantes para a formação do meu caráter.

Ao meu falecido pai, que hoje está ao lado e Deus, que sempre me incentivou a nunca desistir e lutar pelos meus objetivos.

Ao meu grande amor, são quase 5 (cinco) anos de muito companheirismo, carinho, amor, respeito, paciência e compreensão, sem ti em minha vida, não teria chegado até aqui, obrigada por ser quem és, pessoa de um valor inestimável.

A minha amiga Bruna Schoembakla, que tenho um imenso carinho, me incentivou a fazer a matrícula na Escola da Magistratura, quando eu não estava certa do caminho a seguir, obrigada, você foi fundamental.

Aos meus colegas da instituição, pelas boas risadas e bons momentos que juntos passamos, durante esses dois semestres. Quero encontrar a todos, em um futuro próximo e ver o quanto fomos vencedores.

A todos os professores pelo acolhimento, atenção, esforço e dedicação, com seus ensinamentos obtive muito aprendizado, construíram um curso de excelência em especial aos professores da prática, pelo qual me fizeram apaixonar pela magistratura.

Ao meu orientador, Professor Desembargador José Laurindo de Souza Netto, obrigada por sua simplicidade e generosidade para comigo.

SUMÁRIO

RESUMO	7
1 INTRODUÇÃO	8
2 CONCEITO E ORIGEM DO TRÁFICO PRIVILEGIADO	10
2.1 CONCEITO	10
2.2 ORIGEM	11
2.2.1 Lei de Norma Penal em Branco.....	12
2.2.2 Os Verbos do Artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006.....	12
2.2.3 Semear, Cultivar e Colhêr.....	13
2.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	14
3 DA APLICAÇÃO DA PENA	16
3.1 DO MÉTODO TRIFÁSICO.....	16
3.1.1 Da Pena Base.....	16
3.1.2 Das Atenuantes e das Agravantes	18
3.1.3 Da Aplicação da Minorante do § 4.º, do Artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006....	18
4 DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006	20
4.1 AGENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES	20
4.2 AGENTE QUE NÃO SE DEDIQUE A ATIVIDADE CRIMINOSA	23
4.2.1 Quantidade de Drogas Apreendida	24
4.2.2 Denúncia Anônima	32
4.3 AGENTE QUE NÃO INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	34
4.3.1 Organização Criminosa Italiana.....	35
4.3.2 Organização Criminosa na Rússia	36
4.3.3 Organização Criminosa Americana	37
4.3.4 Organização Criminosa Francesa	38
4.3.5 Organização Criminosa no Brasil	39
4.3.6 Mulas do Tráfico	41
5 PRIVILÉGIOS NA APLICAÇÃO DO § 4.º	44
5.1 FRAÇÃO DE REDUÇÃO 1/6 A 2/3.....	44
5.2 EXCLUSÃO DA NATUREZA HEDIONDA	45

5.3	POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA.....	47
6	CONCLUSÃO	49
	REFERÊNCIAS	51

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar quais são os critérios utilizados para a aplicação da redução de pena de 1/6 a 2/3 no crime de tráfico de drogas. Pretende ainda, discorrer acerca da subjetividade de tais parâmetros. Para tanto, foi realizada pesquisa doutrinária e jurisprudencial, sendo adotado o método dedutivo, com o estudo de campo na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e das Cortes Superiores, para alcançar os objetivos almejados. Para tanto, preliminarmente foi realizado um estudo teórico em comparação com a Lei n.º: 6.368/1976, anterior com a atual de n.º: 11.343/2006, por meio da fundamentação doutrinária e jurisprudencial. Após, foram feitas as comparações de cada entendimento nas Cortes Superiores, que demonstram as inúmeras controvérsias no âmbito dos requisitos para a configuração do tráfico privilegiado.

Palavras-chave: Tráfico privilegiado; Redução de pena; Benefícios; Lei de drogas.

1 INTRODUÇÃO

A presente obra, versará sobre a aplicação do tráfico privilegiado e quando ele foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, desde a edição da Lei n.º: 11.343/2006, em seu artigo 33, § 4.º, em comparação com a lei anterior, que não trazia nenhum privilégio.

Primeiramente, será feita uma abordagem, dos requisitos cumulativos que a lei determina, com a conseqüente redução de pena para os traficantes primários, de bons antecedentes que não se dediquem a atividade criminosa e que não integrem organização criminosa.

Aduz o precitado artigo que, na dosimetria da pena, na terceira fase da sentença condenatória, a minorante poderá ser aplicada e a pena reduzida de 1/6 a 2/3, aos traficantes de primeira viagem, mas, esse termo será aprofundado.

Após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n.º: 118.533 do Mato Grosso do Sul, trouxe mais um benefício, pois alterou e excluiu a equiparação da natureza hedionda, superando a Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça, que entendia pela natureza hedionda.

A causa de diminuição é admitida atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, porém, quanto aos requisitos para sua aplicação no caso concreto, diante do preenchimento das condições estabelecidas no tipo penal, é bastante divergente nos tribunais, não havendo um critério objetivo estabelecido para em especial as condições de não dedicação a atividade criminosa e aos não integrantes de organização criminosa, ficando a cargo do legislador de forma subjetiva, sua interpretação.

Assim, o presente trabalho, visa um estudo aprofundado, para buscar estabelecer parâmetros e o que de fato afastaria a aplicação da causa de diminuição de pena e quais são aqueles considerados traficantes de primeira viagem, segundo entendimento doutrinal e jurisprudencial.

No primeiro capítulo, será abordado o conceito e origem do tráfico privilegiado, segundo a doutrina, e, quando ele foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pátrio, desde o conceito e dos verbos do tipo previstos no artigo, 33, parágrafo 4.º do da Lei n.º: 11.343/2006.

No segundo capítulo, será demonstrado o método utilizado pelo julgador na sentença, os caminhos da pena, de forma ordenada, trazendo passo a passo da dosimetria da pena, até chegarmos na minorante.

No terceiro capítulo, será feito um estudo aprofundado, de cada condição para a redução de pena prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º: 11.343/2006, e será demonstrado as principais divergências jurisprudenciais. Quanto ao último requisito para aplicação do privilégio, de que o agente não integre organização criminosa, será apresentado o conceito e como é a organização criminosa em outros países para melhor compreensão do tema e a citação das maiores organizações criminosas do nosso país, por fim o entendimento jurisprudencial quanto as chamadas “mulas do tráfico”.

Por derradeiro, o quarto e último capítulo, será aduzido quais são os privilégios concedidos aos agentes que preencham os requisitos cumulativos, o critério do livre convencimento do julgador quanto a fração de redução, a exclusão da equiparação da natureza hedionda do artigo 33, § 4.º, da Lei n.º: 11.343/2006, tecendo aos estudos do julgamento do Habeas Corpus do Supremo Tribunal Federal n.º: 118.533 do Mato Grosso do Sul, e a posterior revogação da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

2 CONCEITO E ORIGEM DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Para a compreensão do presente trabalho, será abordado neste capítulo a definição jurídica que denominou o chamado tráfico privilegiado e como o conceito de entorpecentes era inserido na Lei n.º: 6.368/1976, anterior a edição da Lei n.º: 11.343/2006.

Tal estudo é necessário, para que se possa compreender, as modificações ocorridas no âmbito jurisprudencial.

2.1 CONCEITO

Prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º: 11.343/2006, esta modalidade de tráfico de drogas é denominada como causa de diminuição de pena que deve ser aplicada da terceira fase da dosimetria da pena, caso o infrator do tipo penal preencha os requisitos para a sua aplicação.

Chamado de privilegiado, pois, trouxe benefício para aquele traficante considerado de primeira viagem, que não faz do tráfico o seu meio de vida.

Segundo o conceituado jurista Nucci, “cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição”¹.

O que faz o referido parágrafo, é aplicar uma pena mais branda àqueles que se iniciam na atividade ilícita os diferenciando daqueles traficantes considerados criminosos e profissionais.

Diante de tal diminuição, entende grande parte da doutrina, que será o meio mais ágil de reinserir o infrator na sociedade.

Para que o infrator seja beneficiado com tal reprimenda, deverá preencher cumulativamente quatro requisitos legais, que serão abordados ao longo do trabalho, que são eles: não ser reincidente, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

2.2 ORIGEM

O tráfico privilegiado não estava previsto na Lei n.º: 6.368/1976, portanto, teve origem somente após a edição da Lei n.º: 11.343/2006.

A Lei n.º: 6.368/1976, em seu artigo 1.º, trazia a expressão "substância entorpecente", porém, esta definição foi revogada, e foi substituída pela expressão "droga", por ser mais conhecida pela população, seu contexto não está restrito como a anterior na categoria de entorpecentes ou que determine dependência física ou psíquica, mas definido como sendo a substância ou produto capaz de causar dependência, desde que, inseridas em dispositivo legal, publicadas pela Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, descritas na portaria SVS/MS n.º: 344, de 12 de maio de 1998, modificada pela Resolução 33/2000.

A presente revogação, teve suma importância, pois a Lei n.º: 6.368/1976, mostrava-se ineficaz, devido ao aumento da criminalidade, principalmente no âmbito do tráfico de ilícitos, e está não trazia quais seriam as formas de combate ao tráfico, nem diferenciava o usuário do traficante, ambos eram definidos como criminosos e recebiam a mesma pena caso fossem condenados.

No caso da lei anterior, os condenados por tráfico de ilícitos eram enquadrados no artigo 12, com pena de reclusão, sendo a mínima de 3 (três) anos e a máxima de 15 (quinze) anos, e ao pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. A referida Lei, também não instituía mecanismos para a prevenção ao uso de entorpecentes, nem mesmo a reinserção dos condenados à sociedade.

Com a edição da Lei n.º: 11.343/2006, trouxe muitas modificações, aumentando a pena mínima de 3 (três) para 5 (cinco) anos de reclusão e de 500 (quinhentos) a 1500 (um mil e quinhentos) dias multa, também trouxe a diferenciação do usuário e do traficante e instituiu o Sisnad que prescreve medidas para prevenção do uso indevido, e também a reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

2.2.1 Lei de Norma Penal em Branco

À luz da doutrina moderna, as condutas tipificadas, constituem norma penal em branco, pois a descrição da conduta está incompleta, necessitando de uma complementação por outra disposição legal ou regulamentar, por uma portaria ou decreto e como já exposto, o órgão governamental competente para o controle das drogas, editando a relação das substâncias que causem dependência, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde.²

2.2.2 Os Verbos do Artigo 33 da Lei n.º: 11.343/2006

Conforme já tratado no presente trabalho, o artigo 33, caput, da Lei n.º: 11.343/2006, revogou o artigo 12, caput, da Lei n.º: 6.368/1.976, a lei anterior previa 18 (dezoito) condutas³, e o artigo 33 manteve as 18 (dezoito), que são elas: "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".⁴

Assim, basta que o agente pratique um dos verbos acima, para que responda ao crime de tráfico, por se tratar de tipo misto alternativo, não são necessários a cumulação das condutas, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

² GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção e repressão. Comentários à Lei n.º 11.343/2006. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.99.

³ Lei n.º 6.386/76, art. 12: Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias multa

⁴ Lei n.º 11.343/2006, 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.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **TRÁFICO DE DROGAS**. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5.º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. **TIPO MISTO ALTERNATIVO**. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1.2.3. "*omissis*". 4. **O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006**, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 5. Habeas Corpus não conhecido.⁵ (grifou-se)

2.2.3 Semear, Cultivar e Colhêr

A Lei n.º: 6.368/1.976, considerava os semeadores, cultivadores ou colhedores, como traficantes, entretanto, com a sua revogação, após a análise da desproporcionalidade aos usuários essas condutas passaram a integrar o artigo 28, § 1.º, da Lei n.º: 11.343/2.006⁶, que trata do usuário e não do traficante, ou seja, àqueles que destinam à preparação de pequena quantidade de substância ou produto.

Como as mesmas condutas também estão descritas no artigo 33, inciso II, da Lei n.º: 11.343/2.006, o juiz na aplicação da reprimenda, determinará se a droga apreendida era destinada para o consumo pessoal, pelos critérios de quantidade, local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente, que deverão ser analisados conjuntamente.

O Doutrinador Luiz Flavio Gomes, assim dispõe:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 382306/RS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 07/02/2017. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 10/02/2017.

⁶ Lei n.º 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 a programa ou curso educativo.

pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico; (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico. [...] É da tradição da lei brasileira a adoção do segundo critério (sistema do reconhecimento judicial ou policial). [...] Para isso a lei estabeleceu uma série enorme de critérios. Logo, não se trata de uma opinião do juiz ou de uma apreciação subjetiva. Os dados são objetivos.⁷

2.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Ocorrerá a consumação, quando o agente praticar quaisquer das condutas objetivas tipificadas na Lei n.º: 11.343/2.006, sendo o crime considerado como permanente e de mera conduta, ou seja, o agente não precisa ter produzido um resultado, basta ter praticado um dos verbos do tipo.

Por ser um crime de mera conduta, esta modalidade não admite a forma tentada, em regra, pois na modalidade "adquirir" a doutrina e a jurisprudência tem admitido.

Inclusive, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, já se manifestou neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - **CRIME DE MERA CONDUTA - TENTATIVA - CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL** - HIPÓTESE POSSÍVEL, NOTADAMENTE NA MODALIDADE AQUISIÇÃO - IMPRESCINDIBILIDADE, TODAVIA, DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO INTEGRANTE DO TIPO - AUTORIA NEGADA - ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE MERA OFERTA E TENTATIVA DE COOPTAÇÃO PARA VENDA, NÃO ACEITAS - VERSÃO NÃO INFIRMADA, MAS HARMÔNICA COM O DEPOIMENTO DOS POLICIAIS QUE PROCEDERAM À APREENSÃO - PLAUSIBILIDADE - INSUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO PRODUZIDOS PARA SUBSIDIAR JUÍZO CONDENATÓRIO - DÚVIDA SUBSISTENTE - INTELIGÊNCIA DO ART. 386, INCISOS III E VI DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. **Muito embora difícil, não é impossível, em determinadas e específicas circunstâncias, a tentativa do crime de tráfico, notadamente na modalidade adquirir**, em que a cisão da ação afigura-se viável; simples oferta, todavia, sem que se demonstre a efetiva intenção de compra, impede que se reconheça o aperfeiçoamento do tipo definido pelo verbo, que não prescinde do elemento subjetivo. Consuma-se o delito com a prática de uma das ações previstas no tipo. Embora difícil a existência da forma tentada... o conatus, em princípio, não está nem lógica nem juridicamente excluído, dependendo da análise do caso concreto (Vicente Greco Filho). É imprescindível

⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de. Terra. **Lei de drogas comentada**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.161.

certeza absoluta quanto à materialidade e autoria do fato típico, não sendo bastante juízo de mera probabilidade; subsistindo dúvida, impõe-se a absolvição do acusado. O processo penal é rigoroso na exigência que se deva sempre provar tudo quanto concerne à existência do crime, à pessoa dos seus autores e à realidade da responsabilidade destes (Espínola Filho).⁸ (grifou-se)

Tanto é que, este debate já foi levado ao nosso Egrégio Superior Tribunal de Justiça, e, o entendimento mais recente, partiu do voto do Ministro Nefi Cordeiro, que negou pedido de Habeas Corpus, aduzindo a impossibilidade da forma tentada:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ARTS. 12 E 14 DA LEI 6.368/76. MATERIALIDADE CONSTATADA. TRÁFICO SEM AQUISIÇÃO DE DROGAS. **MODALIDADE ADQUIRIR E TRANSPORTAR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME TENTADO.** REVOLVIMENTO DE PROVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ARGUIÇÃO APÓS SENTENÇA. **IMPOSSIBILIDADE.** 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. **A imputação de negociação com aquisição de droga e contribuição material para seu transporte, configura conduta típica, de crime de tráfico consumado, com materialidade constatada pela apreensão do material entorpecente.** 3. A reavaliação da prova de vinculação do agente com a droga apreendida, notadamente por interceptações telefônicas, alinhadas com provas testemunhais, é descabida na via do habeas corpus. 4. A alegação de inépcia da denúncia resta preclusa após a sentença condenatória. Precedentes desta Corte. 5. Habeas corpus não conhecido.⁹ (grifou-se)

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 0308994-5. Relator: Des. Mendes Silva. Julgamento: 27/03/2006. Órgão Julgador: 3.^a Câmara Criminal. Publicação: DJe 7117.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 212528/SC. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Julgamento: 01/09/2015. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe 23/09/2015.

3 DA APLICAÇÃO DA PENA

No presente capítulo, será tratado o método de aplicação da pena, qual o caminho é percorrido pelo juiz até que se chegue a terceira fase da dosimetria da pena. Em conformidade ao que dispõe o artigo 33, 4.º, da Lei n.º: 11.343/2.006. Teceremos brevemente as 3 (fases) de aplicação da pena.

3.1 DO MÉTODO TRIFÁSICO

A aplicação da pena decorre do artigo XLVI, da Constituição Federal, por meio do princípio da Individualização da pena, é o momento mais importante da sentença penal condenatória.

Para Adalberto Dias Tristão, a sentença "é o ato culminante do processo, por meio do qual o juiz soluciona a controvérsia, decidindo ou não o mérito da causa".¹⁰

Nosso Sistema penal adotou o sistema trifásico instituído pela Doutrina da teoria de Nelson Hungria com a alteração de 1984, do Código Penal, para a aplicação da pena, assim, na Sentença, o julgador passará por 3 (três) fases, para a imposição da pena definitiva.

Cabe ressaltar, que a aplicação será feita de maneira discricionária pelo julgador, desde que atue nos limites de sua função.

3.1.1 Da Pena Base

A pena base é feita na primeira fase da sentença penal condenatória, o juiz atenderá ao disposto no artigo 42 da Lei n.º: 11.343/2006, este determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59

¹⁰ TRISTÃO, Adalberto Dias. **Sentença criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p.15.

do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Assim, fundamentalmente, estabelecerá abstratamente as circunstâncias judiciais e fará a aplicação da pena no seu mínimo, de 5 (cinco) anos ou no seu máximo de 15 (quinze) anos, e caso aplique um devido aumento entre o mínimo e o máximo, deverá fundamentar todas as causas. Sob pena de "*bis in idem*". Neste sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CÁLCULO DA PENA. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVADA PERSONALIDADE E DA CONDUTA SOCIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Não podem ser consideradas desfavoráveis ao agente, para fins de exacerbação da pena-base, as circunstâncias judiciais carentes de concreta fundamentação. Precedentes.

2. Quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, é inviável a utilização de condenações pretéritas transitadas em julgado para fundamentar conclusão negativa acerca da personalidade e da conduta social.

3. Nada impede que, singularmente apreciadas, sejam levadas em consideração duas condenações transitadas em julgado: uma, como maus antecedentes, com influência na fixação da pena-base, e outra, como reincidência, na segunda etapa prevista no art. 68 do Código Penal. **Constitui bis in idem a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos da fixação da pena.** 4. Ordem concedida para reduzir a pena-base, fixando-a em 6 anos de reclusão e pagamento de 14 dias-multa.¹¹ (grifou-se)

A circunstância da quantidade não está prevista no artigo 68, do Código Penal¹², sendo, portanto, uma circunstância prevista na própria Lei de drogas.

Para o cálculo, o julgador fará uma fórmula puramente matemática, a circunstância será favorável ao réu quando a quantidade for inferior a 10 gramas; como relativamente favorável quando for entre 10 e 30 gramas; como relativamente desfavorável quando a quantidade girar entre 30 e 50 gramas; acima disso, esta circunstância deve ser considerada altamente desfavorável³.¹³

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 191020/MG. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 01/03/2012. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe 19/03/2012.

¹² Código Penal (1940), art. 68: A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento

¹³ CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013. p.88.

3.1.2 Das Atenuantes e das Agravantes

Na segunda fase, serão analisadas as circunstâncias que atenuam ou agravam a pena, em conformidade com o artigo 61 e 65, ambos do Código Penal.

Segundo o jurista Nucci: "As atenuantes são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, que servem para expressar uma menor culpabilidade, sem qualquer ligação com a tipicidade, devendo o juiz diminuir a pena".¹⁴

Todavia, havendo alguma causa de redução, e a pena na primeira fase ter sido aplicada no seu mínimo legal, está não será aplicada, em razão da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.¹⁵ Assim, nesta fase o julgador irá manter a reprimenda no seu patamar anteriormente aplicado.

Já as agravantes, tem rol taxativo, portanto, é vedada interpretação extensiva pelo julgador. Nessa linha, conclui-se que o juiz não pode aplicar uma agravante, quando a pena-base, for fixada no máximo legal e/ou quando já tiver sido valorada como elementar, qualificadora ou causa de aumento de pena previsto no próprio tipo. Nestes casos, se o magistrado aplicasse a circunstância agravante genérica, haveria que se falar em "*bis in idem*".¹⁶

3.1.3 Da Aplicação da Minorante do § 4.º, do Artigo 33, da Lei n.º: 11.343/2.006

Então, chegamos na terceira fase, a que mais nos importa, diferente das anteriores, na sua aplicação a pena poderá ficar abaixo do mínimo e ultrapassar o máximo da pena cominada. Vejamos, o que aduz o § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º: 11.343/2.006:

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.427.

¹⁵ Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

¹⁶ JALIL, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente. **Código Penal comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri, SP: Manole, 2016. p.237.

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.

§ 4.º Nos delitos definidos no caput e no § 1.º 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. (Vide Resolução n.º 5, de 2012) (grifou-se)

Como podemos observar, o legislador estabeleceu um critério matemático para a aplicação da minorante, no caso deste parágrafo, a pena será reduzida pela fração de $1/6$ a $2/3$.

Assim, a minorante prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, é aplicada somente, nesta terceira fase de dosimetria da pena.

4 DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º: 11.343/2006

No presente capítulo, será feito um estudo aprofundado dos requisitos do artigo 33, § 4.º, que prevê a redução da pena dos crimes previstos no seu caput e § 1.º, do artigo 33, quando o agente for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Será tecido uma análise de cada um e tecerei as divergências jurisprudenciais. Faltando qualquer um destes requisitos, a diminuição da pena, que pode ser de um sexto a dois terços, não poderá ser aplicada.

4.1 AGENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES

O artigo 33, § 4.º, da Lei n.º: 11.343/2006, aduz que a redução da pena será aplicada quando o agente for primário e possuir bons antecedentes.

Não há definição legal do que se deva entender de agente primário, ao passo de que a Lei n.º: 11.343/2006, inseriu tal benefício ao considerados "traficantes de primeira viagem", ou seja, para o agente que está diante de sua primeira condenação, para maior esclarecimento tal entendimento ficará compreendido, após a análise do termo "reincidência".

Quanto a definição de bons antecedentes, na jurisprudência, há conceitos diversos de quando se aplicaria ou não os bons antecedentes, ligadas com a reincidência, a primeira afirma que quando o agente estiver respondendo a inquéritos ou a outros processos, por si só, não afastaria o benefício, assim ostentaria, bons antecedentes, desde que, não aja sentença penal condenatória irrecorrível, leia-se, aquela com trânsito em julgado. Nesta linha, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A MERA EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES POLICIAIS (OU DE PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO) NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA JUSTIFICAR O RECONHECIMENTO DE QUE O RÉU NÃO POSSUI BONS ANTECEDENTES. - A só existência de inquéritos policiais ou de processos penais, quer em andamento, quer arquivados, desde que **ausente condenação penal irrecorrível** – além de não permitir que, com base neles, se formule qualquer juízo de maus antecedentes –, também não pode autorizar, na dosimetria da pena, o agravamento do "status poenalis"

do réu, nem dar suporte legitimador à privação cautelar da liberdade do indiciado ou do acusado, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5.º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República.¹⁷ (grifou-se)

No entanto, tal argumento foi superado e posteriormente foi firmada outra tese com posição dominante do Supremo Tribunal Federal, de que até aos condenados com trânsito em julgado, poderia ser aplicado tal benesse, desde que, este novo delito seja superior a 5 (cinco) anos, contados do cumprimento ou extinção da pena, previsto no inciso I, do artigo 64, do Código Penal¹⁸, assim o agente infrator depois do período imposto, não ostentaria maus antecedentes, fazendo jus ao benefício. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. TRANSCURSO DO PRAZO DEPURADOR (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES

1. Revela-se idônea a exasperação da pena-base com fundamento na quantidade da droga apreendida. Precedentes.

2. Não obstante a pendência do julgamento do RE 593.818/SC (Tema 150), é de se aplicar a jurisprudência dominante desta Corte, no sentido de que, **"quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes"** (HC 130613, DJe de 18-12-2015). 3. Ordem parcialmente concedida.¹⁹ (grifou-se)

Já o Superior Tribunal de Justiça, tem entendimento diverso, de que mesmo decorrido o prazo depurador de 5 (cinco) anos, o agente não ostentaria bons antecedentes, e assim não faria jus ao benefício:

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84867. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 26/10/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 27/10/2006.

¹⁸ Código Penal (1940), art. 64: Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11.7.1984)

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11.7.1984)

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 130613. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 10/05/2016. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 29/07/2016.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA.

Decorrido mais de cinco anos, a sentença penal condenatória anterior não prevalece para efeito da reincidência (art. 64, I, do CP), subsistindo, no entanto, para efeito de maus antecedentes. Habeas Corpus denegado.²⁰ (grifou-se)

Neste mesmo viés, a grande maioria da doutrina, segue o mesmo entendimento.

“Para Fernando Capez (2004, p.412, Vol. I.), Guilherme de Souza Nucci (2005, p.334), Nelson Hungria (1976, p.220 e 221, Vol. II) e César Roberto Bittencourt (2004, p.212), quaisquer envolvimento na seara criminal que não geram reincidência fazem parte do conceito de maus antecedentes, porque conforme Bittencourt (2004, p.212):

A finalidade desse modulador, como os demais constantes do art. 59, é simplesmente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa. Admitir certos atos ou fatos como antecedentes negativos não significa uma "condenação" ou simplesmente uma violação do princípio constitucional de "presunção de inocência", como alguns doutrinadores e parte da jurisprudência têm entendido. Não nos parece a melhor corrente, embora respeitável, o entendimento de que "inquéritos instaurados e processos criminais em andamento", "absoluções por insuficiência de provas", "prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes" não podem ser considerados como "maus antecedentes", porque violaria a presunção de inocência. Com efeito, ao serem admitidos como antecedentes negativos, não encerram novo juízo de censura, isto é, não implicam condenação; caso contrário, nos outros processos, nos quais tenha havido condenação, sua admissão como "maus antecedentes" representaria uma nova condenação, o que é inadmissível. A persistir esse entendimento mais liberal, restariam como maus antecedentes somente as condenações criminais que não constituam reincidência. E, se essa fosse a intenção do ordenamento jurídico, em vez de referir-se "aos antecedentes", ter-se-ia referido "às condenações anteriores irrecuráveis"²¹.

Das teses apresentadas, é possível observar que, não há entendimento firmado a ser seguido, entretanto, prestes de termos uma decisão definitiva, pois tal discussão pende de julgamento desde 03/10/2008, pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral de número 593818, tema 150, em que o Ministério Público do Estado de Santa Catarina é o recorrente.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 30211/SP. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento: 17/02/2004. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 22/03/2004.

²¹ PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michelle Santiago de Oliveira. Considerações acerca dos maus antecedentes criminais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.13, n.77, jun, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7892>. Acesso em: 08 maio 2018.

Portanto, ficará ao cargo discricionário do julgador, aplicar o entendimento que entenda ser o dominante, até decisão final pelo Supremo.

Para a verificação da primariedade e dos bons antecedentes, será feita a comprovação mediante a apresentação de folha de antecedentes criminais, juntada aos autos, e também por certidões negativas emitidas por cartórios e distribuidores.

Como já destacado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, "reincidência ou maus antecedentes podem supor uma dedicação, mas dependem de outros elementos para esta concretização, pois a verificação acerca da dedicação à atividade criminosa exige muita cautela, dada a lacuna da lei quanto a este tópico".²²

4.2 AGENTE QUE NÃO SE DEDIQUE A ATIVIDADE CRIMINOSA

O artigo 33, § 4.º, da Lei n.º: 11.343/2006, também inclui como requisito a não dedicação de atividade criminosa, o agente deverá ser apenas beneficiado com a redução, quando não fizer do tráfico seu meio de vida. Cabe, no entanto, o ônus da prova ao Ministério Público.

Sobre tal requisito, assim leciona Silva: "Dedicar-se a atividades criminosas pressupõe reiteração de condutas tipificadas como crime, ou seja, habitualidade no cometimento de delitos".²³

Destarte, a norma penal não esclarece a espécie de atividade criminosa, sendo, portanto, os culposos excluídos, uma vez que, decorrem de culpa e não de dolo.

A ausência de critério objetivo, gera grandes controvérsias na jurisprudência, pois cada caso, ficará ao cargo do julgador interpretá-la da forma que assim entender.

O julgador afastará o benefício, quando interpretar os elementos válidos de prova, que de plano evidenciem que, o agente infrator é um profissional do tráfico, que atuar de forma permanente e duradoura.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 15976760. Relator: João Domingos Kuster Puppi. Julgamento: 23/02/2017. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Publicação: DJe 455, 10/03/2017.

²³ SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2.ed. São Paulo: APMP, 2016. p.103.

No entanto, seu conceito não é restrito a Lei de drogas, cabe a qualquer atividade relacionada a crimes, desde que, fique caracterizado, uma certa permanência.

A respeito do assunto, Souza comenta:

Não parece razoável o reconhecimento dessa vedação, em casos nos quais a imputação ao do agente decorre de uma única apreensão de drogas, não antecedida de investigações que demonstrem o seu envolvimento contínuo com o tráfico, mas, em sentido contrário, havendo prova de que o agente adquiriu bens de valor significativo, com o lucro do tráfico, ou mesmo que praticou quaisquer das condutas que integram o tipo principal, os equiparados ou vinculados ao tráfico ou ainda outros tipos penais, de forma reiterada, presente estará a demonstração de que o agente é dedicado às atividades criminosas e não faz jus ao privilégio.²⁴

Para o doutrinador, seria então imprescindível que fosse realizado uma investigação anterior a apreensão do agente, assim, ficaria evidenciado sua dedicação.

A jurisprudência não é pacífica neste sentido, e tem admitido, o afastamento da benesse, ao considerar as circunstâncias de fato, tais com a natureza, a quantidade de drogas apreendida, mensagens eletrônicas, trocada via celular, e por haver nos autos do acusado denúncia anônima.

4.2.1 Quantidade de Drogas Apreendida

O Supremo Tribunal Federal, tem decidido recentemente que, a quantidade de drogas apreendida, afastaria a minorante prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º: 11.343/2006, vejamos as razões quando do julgamento de um "*Habeas corpus*":

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Jairo Inácio Marcellino, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC n.º 370.471/SC, Relator o Ministro Felix Fisher. Sustenta o impetrante, em suma, que o paciente faria jus à incidência da causa especial de redução de pena, prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, visto que preencheria os pressupostos necessários para tanto, pois seria primário, de bons antecedentes, não se dedicaria às atividades criminosas e nem integraria organização criminosa. No entanto, segundo sustenta, **o Superior Tribunal de Justiça teria concluído que o paciente se dedicaria ao tráfico de drogas exclusivamente com base**

²⁴ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Lei antidrogas comentadas**: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.76.

nas mensagens extraídas do seu aparelho celular, as quais seriam insuficientes a demonstrar a habitualidade na prática criminosa. Afirma, de outra parte, que as instâncias de origem teriam incorrido em bis in idem ao utilizarem a quantidade e a natureza da droga tanto para afastar a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 quanto para fixar o regime inicial para o cumprimento da pena. Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que seja reconhecida a causa de diminuição de pena elencada no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, com o respectivo abrandamento do regime prisional imposto. Examinados os autos, decido. Transcrevo o teor do aresto questionado: "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício II - Os requisitos previstos no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa para a incidência dessa causa especial de diminuição de pena. É o caso dos autos, **haja vista a dedicação a atividades criminosas, evidenciada pelo conjunto probatório dos autos, bem como pela quantidade de droga apreendida** (conforme a r. sentença - 933 comprimidos de ecstasy). III - Nos crimes tipificados na Lei 11.343/06, por força do art. 42 da Lei 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga podem influenciar na fixação de regime prisional mais gravoso do que o admitido em função do quantum de pena, desde que seja considerada na dosimetria, uma vez que o estabelecimento do regime de cumprimento de pena é decorrência lógica dessa operação, conforme determinam os artigos 33, §§ 2.º e 3.º, e 59, do Código Penal. É o caso dos autos, em que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, é primário, mas **a quantidade e a natureza da droga foram relevantes para afastar a causa especial de diminuição de pena**. Habeas corpus não conhecido" (anexo 10). Pelo que há no julgado proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia que justifique a concessão da ordem. Pelo contrário, a decisão em questão encontra-se suficientemente fundamentada, estado justificado o convencimento formado. Anote-se que aquela Corte de Justiça assentou que a negativa de aplicação da causa especial de redução da pena, prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, está consubstanciada na conclusão pelo Tribunal de Justiça local de que o paciente se dedicava à atividade criminosa. Logo, se as instâncias ordinárias concluíram que o paciente se dedicava à atividade criminosa para negar a incidência da causa especial de redução de pena, para se chegar a uma conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, providência que o habeas corpus não comporta, assim como decidiu o Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o entendimento da Corte é inviável a utilização do habeas corpus para se revolver o contexto fático-probatório e glosar os elementos de prova que ampararam aquela conclusão. Nesse sentido: RHC n.º 105.150, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 4/5/12; RHC n.º 121.092/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 12/5/14; HC n.º 118.602/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 11/3/14; e o HC n.º 111.398/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 3/5/12. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, "[s]e as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente

a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006" (HC n.º 123.042/MG, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 31/10/14). Por outro lado, a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para justificar a imposição do regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Nesse sentido, destaco: RHC n.º 132.328/MS, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 30/5/16; RHC n.º 125.077/MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 4/3/15; HC n.º 119.515/AC, Primeira, Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 10/12/13; RHC n.º 116.080/ES, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 12/8/13. Ressalte-se, outrossim, que está sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o regime inicial de cumprimento de pena deve observar o disposto no art. 33, § 3.º, do Código Penal, e no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, **que expressamente remetem às circunstâncias do crime (art. 59, CP) e à natureza e à quantidade da droga.** Por esse contexto, não há constrangimento ilegal na valoração negativa desses mesmos vetores na fixação da pena e na imposição do regime prisional mais gravoso (v.g. HC n.º 132.904/MS, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 11/10/16). Perfilhando esse entendimento: Independentemente do momento em que os vetores referentes **à quantidade e à natureza da droga forem utilizados para dosar a reprimenda (na pena-base ou na escolha da fração de redução do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006), tais circunstâncias revelam-se idôneas para imprimir maior rigor na seleção do regime prisional, dado o óbice intransponível ao julgador de considerá-los de forma cumulativa** (HC 112.776/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, DJe 30/10/2014). 3. No caso, a imposição do regime prisional inicial foi motivada pelo volume e **pela variedade de drogas apreendidas, circunstâncias igualmente sopesadas negativamente quando da dosagem da fração da minorante prevista do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.** (HC n.º 136.818/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 13/12/16 – grifo nosso); A teor das normas de regência, além da quantidade de pena, a fixação do regime inicial deve observar as circunstâncias sopesadas no desenrolar da dosimetria da pena, notadamente, **na hipótese de tráfico de drogas, a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos** (HC n.º 140.720/AM, Segunda Turma, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe de 2/6/17). Ante o exposto, nos termos do art. 21, § 1.º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente habeas corpus, ficando, por consequência, prejudicado o pedido de liminar.²⁵

Todavia, este não é o entendimento predominante na jurisprudência, pois a decisão supra não é vinculante, e segundo este, fica ao cargo do julgador presumidamente sua interpretação, mas, como podemos observar a seguir, já houve decisão diversa sobre o mesmo tema na mesma Egrégia Casa:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/2006. **GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA APREENDIDA (132,85 KG).** DEDICAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 150755/SC. Relator: Min. Dias Tóffoli. Julgamento: 27/11/2017. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 29/11/2017.

NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE ABSOLVIDA PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONTRADIÇÃO ENTRE OS FUNDAMENTOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO EM PARTE. I – A grande quantidade de entorpecente, apesar de não ter sido o único fundamento utilizado para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, foi, isoladamente, utilizado como elemento para presumir-se a participação da paciente em uma organização criminosa e, assim, negar-lhe o direito à minorante. II – **A quantidade de drogas não poderia, automaticamente, proporcionar o entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida** ou integraria uma organização criminosa. **Ausência de fundamentação idônea, apta a justificar o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006.** Precedentes. III - É patente a contradição entre os fundamentos expendidos para absolver a paciente da acusação da prática do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/2006 e aqueles utilizados para negar-lhe o direito à minorante constante do art. 33, § 4.º, do mesmo diploma legal. Precedentes. IV - Recurso ordinário ao qual se dá provimento, em parte, para reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, e determinar que o juízo a quo, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e proceda ao reexame do regime inicial do cumprimento da sanção e da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.²⁶

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, já seguiu linha diversa, do entendimento mais recente do Supremo, aduzindo que, a interpretação do julgador, não pode valer-se de presunção, vejamos neste sentido no acórdão da 3.ª Câmara Criminal, as razões do voto condutor do Relator Desembargador José Laurindo de Souza Netto, quando do julgamento da Apelação nº: 1407116-0:

[...] Na 3.ª fase da aplicação da pena, o magistrado deixou de aplicar o benefício do § 4.º do art. 33 da Lei de drogas por entender que há provas nos autos noticiando o envolvimento do ora acusado no comércio ilícito de entorpecentes aliada ao alto valor em dinheiro apreendido.

Em que pese o entendimento do magistrado, entendo **que não existem nos autos provas suficientes de que o réu se dedique à atividade criminosa.** Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Pois bem, segundo os preceitos elencados por Jayme Walmer de Freitas, em seu artigo intitulado "A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º da Lei Antidrogas":

2.3) Atividades criminosas. Não existe conceituação legal ou doutrinária. Tentaremos cooperar neste sentido, levando em conta o caráter teleológico do instituto objetivado pelo legislador, qual seja, somente o marinheiro de primeira viagem no tráfico merece ser agraciado. Em outras palavras, a lei beneficia aquele jovem que, usuário ou dependente, não resiste a um

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 138715. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 23/05/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 08/06/2017.

comando do traficante para vender, e com isso obter o necessário em droga para o sustento de seu vício. Ainda, nesta condição, está a pessoa miserável ou em desespero de causa que, por uns tostões, cede ao convite do traficante profissional que tem o domínio do fato para mercadejar drogas.

2.3.1) Conceito. Lexicamente, segundo Houaiss, atividade significa ação, movimento, empreendimento de maneira livre, independente ou incondicionada; e criminosa é a conduta contrária às leis morais ou às do convívio social. **No campo jurídico, em nosso entender, atividade criminosa representa o complexo de episódios pretéritos na vida do agente, afora a reincidência e os maus antecedentes, aptos a ofenderem o ordenamento jurídico e a macularem sua personalidade.**

2.3.2) Âmbito de incidência. Habitualidade. Por ter natureza residual, congrega tudo que escape ao que sejam maus antecedentes. **Exige habitualidade, uma vez que a lei emprega a ação nuclear "se dedique"; e dedicação caracteriza o exercício de atividade ilícita pautado na reiteração de condutas, distinguindo o traficante profissional do traficante pequeno ou eventual.** O dedicar-se a atividades criminosas (tal como o dolo pode se evidenciar pela sede das lesões) pode se inferir pelas circunstâncias objetivas que permeiam o crime (v. exemplos concretos no subitem 2.3.3) e subjetivas quanto à pessoa do agente (idem, 2.3.3), elucidando a incursão do traficante no seio da criminalidade. Este trânsito pelo crime é relativo na dedicação a atividades criminosas, mas teoricamente absoluto nos casos de reincidência, maus antecedentes e participação em organização criminosa.

Requisitos: a) caráter residual; b) habitualidade; c) liame objetivo e subjetivo entre o agente-traficante e as atividades criminosas, em sentido amplo". (Leia mais:) **A dedicação à atividade criminosa não pode ser presumida, devendo ser provada no curso da instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sob pena de violar o devido processo legal.** Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacilla, na obra Lei de Drogas: comentários penais e processuais²: "Quanto ao ônus da prova, cabe ao acusado demonstrar os bons antecedentes, mas as provas de primariedade e de que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa incumbem exclusivamente ao Estado, isto é, se nada foi demonstrado no processo que estabeleça ligação entre o réu e organização criminosa a minorante beneficia-lhe automaticamente."

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (0,9 G DE CRACK). AGRAVO. DESCABIMENTO. SÚMULAS 292 E 528/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPRESTABILIDADE. CAUSA. DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRESUNÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2.º, § 1.º, DA LEI N.º 8.072/1990.

1. Descabe agravo contra decisão que admite parcialmente recurso especial, uma vez que, em razão da admissão parcial do reclamo, este subirá a esta Corte, ocasião em que se procederá ao refazimento do juízo de admissibilidade da íntegra do recurso.

2. O acórdão proferido em sede de habeas corpus não se presta para fins de configuração de dissídio. Precedentes.

3. **A conclusão no sentido da dedicação a atividades criminosas ou da integração em organização criminosa deve se lastrear em elementos concretos, e não em meras presunções.** Além disso, tais elementos

devem ser aptos para, ao menos de maneira mínima, indicar o envolvimento do acusado com as atividades criminosas.

4. A prática do crime de tráfico pelo qual está sendo o acusado condenado, por si só e sem outros elementos idôneos, não justifica a conclusão no sentido da dedicação a atividades criminosas.

5. Hipótese concreta em que a sentença e o acórdão concluíram pela dedicação a atividades criminosas com base apenas em presunções ou em decorrência da própria prática delitiva.

6. Nem mesmo a quantidade de drogas apreendidas - admitida por esta Corte como fundamento idôneo para justificar a recusa da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 - autorizaria tal negativa no caso concreto, que cuida de tráfico de 0,9 g de crack.

7. Sendo o recorrente primário e com bons antecedentes e não havendo, na sentença ou no acórdão recorrido, menção a elementos aptos para demonstrar a dedicação a atividades criminosas ou a integração em organização da mesma natureza, deve ser reconhecido seu direito à causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

8. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena foi fundado apenas na vedação legal prevista no art. 2.º, § 1.º, da Lei de Crimes Hediondos, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando a fixação de regime diverso, a partir da análise dos vetores do art. 33 do Código Penal.

9. Agravo em recurso especial não conhecido. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para reconhecer o direito à minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, devendo o Tribunal de origem fixar a fração a ser aplicada e, após, a partir do novo quantum da pena, estabelecer o regime inicial de cumprimento, com a observância do art. 33 do Código Penal.²⁷ (grifou-se)

No caso dos autos, considerando as circunstâncias da prisão e os demais elementos de prova coligidos, tem-se que o sentenciado não é pessoa dedicada a atividade criminosa, **em que pese ter sido encontrada em sua residência significativa quantidade de cocaína e de dinheiro em espécie, tais fatos, por si só, não demonstram que o apenado fazia do tráfico o seu meio de subsistência**, até porque todas as testemunhas de defesa informaram que o réu era autônomo e trabalhava com a venda de carros.

Portanto, restam satisfeitos os pressupostos autorizadores da incidência da causa especial de diminuição de pena contida no artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006.

Destarte, sendo o réu é primário, de bons antecedentes, não integrante de organização criminosa e não havendo provas, nem ao menos indícios de que se dedica a atividades criminosas, faz jus à redução da pena no patamar máximo previsto na legislação, qual seja, 2/3. [...]. (grifou-se)

Ainda, no mesmo sentido:

Acordam os Senhores Julgadores integrantes da 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos. EMENTA: EMENTA - APELAÇÃO CRIME -

²⁷ REsp 1434029/SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 28/04/2015. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe 13/05/2015.

CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - ARTIGO 33, CAPUT DA LEI 11.343/06 - CRIME DE AÇÕES MÚLTIPLAS - GUARDAR E TER EM DEPÓSITO QUE CARACTERIZAM O CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PROVAS QUE INDICAM A CIÊNCIA DO RÉU DA EXISTÊNCIA DOS ENTORPECENTES - APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06 - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU PARTICIPA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA - **QUANTIDADE DE DROGAS QUE POR SI SÓ NÃO INDICA A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA - DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS. AUTOS DE APELAÇÃO CRIME N.º 1597676-0 3.ª CÂMARA CRIMINAL.**²⁸ (grifou-se)

No entanto, o mesmo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, também já excluiu a benesse, fundamentando tal afastamento pela quantidade de drogas apreendida, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS (ART.33, § 4.º, LEI 11.343/06) – INSURGÊNCIA EXCLUSIVA SOBRE A DOSIMETRIA DA PENA – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA **RELEVANTE QUANTIDADE DE "MACONHA" APREENDIDA** (ART. 42, LEI DE DROGAS) – 23,478 QUILOGRAMAS – ALTERAÇÃO DA QUANTIFICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 65, III, "D", CP) – 1/6 (UM SEXTO) – PRECEDENTES – **INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS – CRIME PRATICADO COM HABITUALIDADE – DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA QUE IMPEDE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO EM RAZÃO DA RELEVANTE QUANTIDADE DE DROGA** (ART. 33, § 3.º, CP) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MOTIVO DIVERSO DO APRESENTADO EM RAZÕES, PARA REDUZIR A CARGA PENAL.²⁹ (grifou-se)

Para a doutrina, para que fique caracterizado que o agente se dedica atividade criminosa, deve haver frequência e habitualidade, ou seja, que pautem em condutas reiteradas, estes sim, demonstrariam que o agente tem propensão a transgredir normas de conduta, conforme ensina o professor Guilherme de Souza Nucci:

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

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 15976760. Relator: João Domingos Kuster Puppi. Julgamento: 23/02/2017. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Publicação: DJe 455, 10/03/2017.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 0002710-79.2017.8.16.0097 – Ivaiporã. Relator: Carvilio da Silveira Filho. Julgamento: 26/04/2018. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal. Publicação: DJe 07/05/2018.

não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita.³⁰

O Superior Tribunal de Justiça, também já se pronunciou nas mesmas linhas, quando afirma que deve o Ministério Público o ônus da prova, a partir de dados concretos. Vejamos:

ATIVIDADES CRIMINOSAS. INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. DESCABIMENTO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO POR PRESUNÇÃO. ILEGALIDADE. AFASTAMENTO. RECONHECIMENTO. DIREITO. MINORANTE.

1. **A comprovação de dedicação a atividades criminosas ou de integração a organização criminosa é ônus da acusação**, para fins do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, não se podendo impor à defesa a tarefa de produzir prova negativa, ou seja, de que o acusado não se dedica a atividades criminosas nem faz parte de organização da mesma natureza.

2. Para comprovar a dedicação a atividades criminosas ou a integração a organização dessa natureza, não há necessidade de existência de sentença condenatória anterior transitada em julgado, podendo ser provada por outros meios, durante a instrução processual.

3. **O acórdão condenatório em nenhum momento afirmou - a partir de dados concretos extraídos do acervo probatório - que o recorrente se dedicava a atividades criminosas** ou integrava organização criminosa, mas lastreou sua negativa apenas na presunção ora afastada.

4. Ausente a demonstração, no julgado combatido, de que o recorrente se dedica a atividades criminosas ou integra organização dessa natureza e reconhecida sua primariedade e bons antecedentes, faz ele jus à causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

5. Recurso especial provido para aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e determinar ao Tribunal de origem que proceda a nova dosimetria das penas.³¹ (grifou-se)

Como se vê, a quantidade de droga não é requisito previsto no § 4.º, do artigo 33, da Lei nº: 11.343/2006, mas, fica evidenciado pelas divergências que, por não haver na lei uma forma objetiva de quando de fato estaria o agente a se dedicar, cada julgador fará interpretação diversa, pela lacuna da lei quanto a correta aplicação do benefício.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**: drogas. 5.ed. São Paulo: RT, 2010. p.372.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1489825/SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 04/12/2014. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe 18/12/2014.

Entretanto, se preponderar o entendimento que, é possível o afastamento pela quantidade de drogas apreendida, e o agente infrator, estiver em transporte de um número elevado de quantidade de drogas, mesmo que seja a primeira vez, o julgador afastaria a aplicação do privilégio da diminuição de pena, pela presunção de que o agente se dedica a atividade criminosa, estaria então, tal decisão, em afronta aos princípios constitucionais, em especial ao de presunção de inocência, da individualização da pena e do devido processo legal.

4.2.2 Denúncia Anônima

Da mesma forma, a denúncia anônima, não é requisito previsto no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º: 11.343/2006, mas, já serviu de fundamento para o afastamento do privilégio:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. **CONJUNTO PROBATÓRIO AMEALHADO AOS AUTOS QUE DEMONSTRA A DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA DE NARCOTRAFICÂNCIA.** PALAVRA DO POLICIAL QUE EFETUOU A PRISÃO EM FLAGRANTE DO ACUSADO **ASSOCIADA A DENÚNCIAS ANÔNIMAS DANDO CONTA DA PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS** NA RESIDÊNCIA DO RÉU. CONFIRMAÇÃO DO ACUSADO DE QUE COSTUMAVA FORNECER, AINDA QUE GRATUITAMENTE, SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE VULGARMENTE CONHECIDA COMO 'MAÇONHA', RECURSO PROVIDO, COM EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO CONTRA O APELADO PARA QUE SE INICIE IMEDIATAMENTE O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. 1. A causa especial de redução de pena requerida pelo apelante, está inculpada no artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, sendo originada por 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. 2. **A finalidade política criminal da causa especial de diminuição de pena almejada, não será alcançada na particularidade do caso em concreto, porquanto o acervo probatório do caso é suficiente para demonstrar que o réu exercia a difusão de substâncias proscritas de modo contínuo, sendo sua residência conhecido ponto de tráfico.** 4. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal restaurou o tradicional entendimento, no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso LIMAR. Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. 2. ed. Juspodivm: Salvador, 2014. fl. 743 Estado do Paraná 2 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL

DE JUSTIÇA Apelação Crime n.º 1.626.536-8Cód. 1.07.030 especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, é possível determinar a expedição imediata de mandado de prisão e guia de recolhimento provisória ao condenado.³² (grifou-se)

No mesmo sentido:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - RÉU QUE FOI VISTO POR POLICIAIS DISPENSANDO PEDRAS DE "CRACK" QUANDO EM ABORDAGEM-PALAVRA DOS POLICIAIS- DENÚNCIAS ANÔNIMAS ANTERIORES-SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - CARACTERIZAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA - BENEFÍCIO DO § 4.º, ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. INVIABILIDADE. **DENÚNCIAS ANÔNIMAS QUE ATESTAM ENVOLVIMENTO DA APELANTE NO TRÁFICO DE DROGAS. - APELAÇÃO DESPROVIDA.** Para caracterizar o crime de tráfico (Lei n.º 11.343/06, art. 33, caput) basta a comprovação de que o réu tinha em depósito, ou transportava em sua motocicleta substância entorpecente (no caso 15 porções de crack), cuja destinação comercial pode ser aferida pela quantidade e forma de acondicionamento, além de outras circunstâncias, como relatos do disquedenúncia, sendo irrelevante a comprovação direta de efetiva comercialização. Independentemente de se tratar de réu primário e de bons antecedentes, **as denúncias anônimas, impedem a concessão do benefício do § 3.º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, visto que demonstram o envolvimento com o crime.**³³ (grifou-se)

Segundo os acórdãos supra, tendo denúncias anônimas registradas no Sistema 181, que indique o réu como traficante, já seriam suficientes para a exclusão da minorante.

Entretanto, o simples fato de haver denúncia anônima, não deveria configurar elemento impeditivo para a aplicação da benesse, pois, a denúncia não deveria ser valorada como meio de prova, uma vez que, o autor da denúncia não pode ser identificado, e não há possibilidade do agente infrator, contraditar nem se defender no processo. Deveria então, ser mero elemento informativo.

Na mesma seara da natureza e da quantidade de drogas, a denúncia deveria ser analisada mais concretamente, com outros elementos probatórios, seja por investigação aprofundada, seja por testemunhas adquirentes do ilícito.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 1626536 - Araucária. Relator: Celso Jair Mainardi. Julgamento: 30/03/2017. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal. Publicação: DJe 10/04/2017.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 7624346. Relator: Jefferson Alberto Johnsson. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Publicação: DJe 633.

Conclui-se, portanto, que caso a denúncia ofertada, seja falsa, ninguém será responsabilizado pelo crime de denúncia caluniosa³⁴, sendo assim, não poderia ser utilizada como fundamentação do afastamento da minorante.

4.3 AGENTE QUE NÃO INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Da mesma forma, dos requisitos anteriores, o legislador não definiu na lei o conceito legal de organização criminosa, deixando mais uma vez, lacunas, fazendo com que, os julgadores utilizassem da doutrina e da jurisprudência para melhor interpretação.

Assim, em 2013, entrou em vigor a Lei n.º: 12.850/2013, que conceituou a organização criminosa:

Art. 1.º, § 1.º Considera-se organização criminosa a **associação de 4 (quatro) ou mais pessoas** estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (grifou-se)

Conforme exposto, para estar configurado a organização criminosa, segundo conceito desta Lei, devem estar associados mais de 4 (quatro) agentes.

De outra banda, o artigo 35 da lei de drogas, estabelece que:

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 § 1.º, 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. (grifou-se)

³⁴ Código Penal (1940), art. 339: Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:" Pena: Reclusão, de 2 a 8 anos, e multa.

§ 1.º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2.º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção

Logo, tem-se que quanto a associação, esta tem previsão legal na Lei n.º: 11.343/2006, estabelecendo que basta a participação de dois ou mais agentes.

Todavia, para que o agente também responda por tal artigo, deverá haver prova efetiva de sua materialidade, por comprovação do vínculo subjetivo entre os agentes e a demonstração de que estes estavam em união de desígnios para a comprovação do tipo.

Como podemos observar, associação e organização não são sinônimos, para melhor compreensão do que de fato é organização criminosa, devemos elevar mais ainda este conceito.

4.3.1 Organização Criminosa Italiana

Na Itália, a organização criminosa, tem nomenclatura diversa sendo conhecida modernamente como "Máfia".

A palavra "máfia", não é apenas um sinônimo para todos os grupos de crime organizado no país, mas também é um termo usado para descrever "a teia de conspiração e corrupção, associada com eles, que atinge desde os mais baixos aos mais altos níveis da sociedade italiana. Em muitos sentidos, a máfia tornou-se uma marca associada a tudo o que se refere ao submundo violência, poder, dinheiro, conspiração, sigilo e sangue. Mas a marca Máfia tem também conotação de tradição, família, masculinidade e acima de tudo, honra".³⁵

Segundo Silva:

[...] teve início como movimento de resistência contra o rei de Nápoles, que em 1812 baixou um decreto que abalou a secular estrutura agrária da Sicília, reduzindo os privilégios feudais e limitando os poderes dos príncipes, que contrataram uomini d'onore para proteger as investidas contra a região, os quais passaram a constituir associações secretas denominadas "máfias".
[...]

³⁵ SOUTHWELL, David. **A história do crime organizado**: os segredos e o código de silêncio das mais poderosas organizações criminosas foram, finalmente, quebrados. São Paulo: Escala, 2013. p.9.

Em 1865, com o desaparecimento da realeza e a unificação forçada da Itália, esses homens passaram a resistir contra as forças invasoras, na luta pela independência da região, o que lhes possibilitou angariar a simpatia popular pela atitude patriótica. A partir da segunda metade do século XX seus membros passaram a dedicar-se à prática de atividades criminosas.³⁶

O movimento popular do sul da Itália, foi considerado o mais poderoso do mundo, o qual era dividido por vários grupos, entre eles o mais conhecido, citado muitas vezes pelo Juiz Sérgio Moro³⁷, "*Cosa nostra*" da Sicília.

Em 1960, com a migração de algumas famílias da "*Cosa Nostra*" para o território norte americano, ensejou a criação da Máfia ítalo americana, passando esse grupo a atuar em diversas frentes, inclusive no tráfico de drogas.

A "*Cosa Nostra*", tornou-se um símbolo de um sistema de criminalidade, tendo como valores os laços de honra, do respeito e da família.

Então, para a formação da organização criminosa, denominada de Máfia, não basta meramente uma associação, mas sim "uma forma de anarquia ordenada, criminosos confiáveis que obedecem a um conjunto de regras, que é caracterizado pelo infame mafioso".³⁸

4.3.2 Organização Criminosa na Rússia

Denominada de "mafia", estes grupos mafiosos originários da extinta União Soviética, além de contarem com um alto grau de aceitação nas comunidades locais, são formados por diversos segmentos da população russa: antigos militares na miséria, transformados em assassinos profissionais; jovens empresários sem escrúpulos para conquistarem o mercado; e antigos generais, funcionários graduados, policiais de carreira que, ante os processos de privatização, optaram pela dedicação ao crime.

³⁶ SILVA, Eduardo Araújo da, **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.4.

³⁷ MORO diz que pensa em juiz italiano nas horas de dificuldade. **Época Negócios**, 24 set. 2015. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Visao/noticia/2015/09/moro-diz-que-pensa-em-juiz-italiano-nas-horas-de-dificuldade.html>>. Acesso em: 10 maio 2018.

³⁸ SOUTHWELL, David. **A história do crime organizado**: os segredos e o código de silêncio das mais poderosas organizações criminosas foram, finalmente, quebrados. São Paulo: Escala, 2013. p.33.

Atualmente, estima-se que aproximadamente 4.000 grupos atuam no território russo e no continente europeu.³⁹

O termo "mafia", foi utilizado pela primeira vez na União Soviética para descrever, um golpe dos "vory", além da fabricação de mercadorias excedentes, por meio de exploração econômica, eram ligados também a distribuição de drogas ilícitas, fazendo com que cresce-se na década de 1980, o mercado de heroína, principalmente após, a invasão soviética no Afeganistão, quando muitos soldados voltaram para casa viciados em ópio.⁴⁰

Estes não são um grupo homogêneo, usado apenas a nomenclatura, para descrever as inúmeras redes do crime organizado.

Os primeiros grupos criados, tinham um conjunto de regras, e os membros tinham que concordar com todas, sob pena de morte, também tinham um ritual de iniciação e sinais secretos para que cada membro reconhecesse a outro.

4.3.3 Organização Criminosa Americana

A máfia norte americana, são tão poderosas, que parecem que o submundo foi inventado nos Estados Unidos.

Seu primeiro registro, se deu em 1920, em razão da proibição da comercialização do álcool, por meio de grupos que eram denominados de "gangs".

³⁹ SILVA, Eduardo Araújo da, **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.7.

⁴⁰ A palavra ópio em grego significa suco, o qual é obtido realizando-se incisões na cápsula de uma planta quando ainda verde, denominada *Papaver somniferum*, mais popularmente conhecida como papoula do Oriente, que é originária da Ásia Menor e cultivada na China, Irã, Índia, Líbano, Iugoslávia, Grécia, Turquia e sudoeste da Ásia. Desta mesma planta, também podem ser extraídas várias outras substâncias com propriedades farmacológicas. O ópio é produzido a partir deste suco resinoso, que é um látex leitoso e coagulado, que depois de seco, torna-se uma pasta de cor acastanhada, e então é fervida para transformar-se em ópio, que por sua vez tem um cheiro típico e desagradável, manifestando-se potencialmente com o calor, de sabor acre e amargo. Atualmente, o ópio é ilegal e considerado uma das substâncias mais viciantes que existem, no entanto possui propriedades anestésicas, e por milhares de anos foi utilizado como sedativo e tranquilizante, e também ministrado como remédio para diarreia, gota, diabetes, disenteria, tétano, insanidade e ninfomania. (INFOESCOLA. **Ópio**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/drogas/opio/>>. Acesso em: 10 maio 2018).

Estes agiam de forma estável e organizada, mediante corrupção das autoridades e chantagens aos empresários. O que, gerou grandes disputas no controle ao comércio clandestino, que ensejou lutas violentas entre os rivais.

Com o passar do tempo, os mesmos grupos também tinham o domínio de outras atividades que eram proibidas pelo Estado, como a prostituição e os jogos de azar.

J. Edgar Hoover, diretor do FBI, considerava, até mesmo que muitos mafiosos eram bons empresários americanos, eram impecavelmente anticomunistas e verdadeiramente patriotas. Hoje alguns chefes da máfia têm seus próprios fã-clubes e são festejados por aqueles que, anos atrás, protestavam contra a vergonha e os estereótipos que sua imagem na mídia trazia para a comunidade ítalo americana. Apesar de tudo isso, a "*Cosa Nostra*" permanece o que sempre foi: um câncer crescendo dentro do coração do sonho americano.⁴¹

4.3.4 Organização Criminosa Francesa

Denominada de máfia "corsa", sua estrutura se dava em modo semelhante ao da máfia-siciliana, pois é composta por várias famílias diferentes que competem entre si, e cooperam em várias atividades criminosas, em especial no comércio de heroína.

Os mafiosos "corsos" eram considerados pelos italianos e americanos, como sendo os assassinos mais confiáveis e eficientes.

A primeira organização criminosa europeia, também ocorreu na década de 1920, quando os "corsos", recebiam do porto francês de Marselha, ópio bruto, que eram processados na Cidade de Córsega.

Até 1960, quando Mauricio Rosal, embaixador da Guatemala na Bélgica, foi pego contrabandeando 220 quilos de heroína por semana para a máfia corsa.

⁴¹ SOUTHWELL, David. **A história do crime organizado**: os segredos e o código de silêncio das mais poderosas organizações criminosas foram, finalmente, quebrados. São Paulo: Escala, 2013. p.33.

"Na época, as autoridades francesas, estavam interceptando apenas 100 kg (cem quilos) da droga por ano".⁴²

Em 1971, o Presidente Nixon, declarou verdadeira guerra às drogas, que fez o grupo "corsa" perder as forças.

4.3.5 Organização Criminosa no Brasil

No Brasil, o primeiro registro de organização criminosa, ocorreu no "século XIX e o começo do século XX, tendo como origem as condutas dos jagunços e dos capangas dos grandes fazendeiros e a atuação do coronelismo, resultantes da própria história de colonização da região pelos portugueses. Personificados na lendária figura de Virgulino Ferreira da Silva, o Lampião (1897-1938)".⁴³

Posteriormente, o segundo registro se deu na contravenção penal, como denominado jogo do bicho no Estado do Rio de Janeiro, pelo então Barão de Drumond, que teria criado o jogo inocentemente para ajudar o zoológico, no entanto, sua ideia foi popularizada e então, passou a ser patrocinada por grandes organizações, que monopolizavam o jogo, por meio de políticos e policiais corruptos.

Na década de 1980, os praticantes dessa contravenção movimentavam cerca de US\$ 500.000 (quinhentos milhões de dólares) por dia com as apostas, sendo 4% (quatro por cento) a 10% (dez por cento) desse montante, destinado aos banqueiros.⁴⁴

Outras organizações mais recentes e violentas no Brasil, surgiram nos presídios também na cidade do Rio de Janeiro e de São Paulo.

Entre 1970 a 1980, na cidade do Rio de Janeiro, surge a "Falange Vermelha", que era formada por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos.

⁴² SOUTHWELL, David. **A história do crime organizado**: os segredos e o código de silêncio das mais poderosas organizações criminosas foram, finalmente, quebrados. São Paulo: Escala, 2013. p.180.

⁴³ SILVA, Eduardo Araújo da, **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.8.

⁴⁴ Ibid., p.9.

Em meados da década de 70, surgiu o "Comando Vermelho", no presídio de Bangu 1, na cidade do Rio, e foi uma evolução da "Falange Vermelha", os comandantes eram os líderes do tráfico, e seu fundador foi Orlando Jogador.

Em 1988, o "Terceiro Comando", surgiu pelos inúmeros conflitos que ocorriam no "Comando Vermelho", e partiu da ideia dos mesmos integrantes de Bangu 1, mas, por aqueles presos que não concordavam com a prática de sequestros e com a prática de crimes comuns nas áreas que atuavam a organização.

Já, na década de 90, surgiu o ADA ("Amigos dos Amigos") estes eram aliados ao "Terceiro Comando", seu fundador foi Ernaldo Pinto de Medeiros, conhecido como "Uê", para diminuir o poder do "Comando Vermelho", após ser expulso deste comando por matar o líder Orlando Jogador, posteriormente "Uê" também foi morto, por um integrante do "Comando Vermelho", conhecido como Fernandinho Beira-mar ponto fim ao "Terceiro comando".

Após o fim do "Terceiro Comando", em 2002, no Complexo da Maré, surgiu o "Terceiro Comando Puro".

Hoje o "Comando Vermelho", "Terceiro Comando Puro" e o "Comando Vermelho" são as maiores organizações criminosas do Rio de Janeiro.

Em São Paulo, a maior organização criminosa, surgiu na década de 90, denominada de "PCC" (primeiro comando da capital) que atua em diversas áreas do crime, e sua atuação já se expandiu para outros Estados e países. Tendo mais de 130.000 (cento e trinta mil) representantes, sendo considerada a maior facção criminal do Brasil.⁴⁵

Portanto, como podemos observar, é difícil de definir legalmente, as características comuns dos grupos do crime organizado, mas o que é certo, é que para estar configurada a organização criminosa, como visto em diversos países, é necessária uma estrutura, uma hierarquia, e seus elementos serão variáveis, ou seja, uma organização criminosa de fato é quando muitas agentes se unem com o objetivo de um único fim.

A Lei de 2013, deixou de forma clara que o mínimo é quatro pessoas, mas os agentes devem estar estruturalmente organizados.

⁴⁵ STEIN, Sandra. O PCC é hoje a maior facção criminosa do Brasil. **Talking Drugs**, 08 maio 2010. Disponível em: <<https://www.talkingdrugs.org/pt-br/o-pcc-%C3%A9-hoje-a-maior-fac%C3%A7%C3%A3o-criminosa-do-brasil>>. Acesso em: 15 maio 2018.

4.3.6 Mulas do Tráfico

Como foi explanado, é difícil definir legalmente, as características comuns dos grupos do crime organizado, mas o que é certo, é que para estar configurada a organização criminosa, como visto em diversos países, é necessária uma estrutura, uma hierarquia, e seus elementos serão variáveis, ou seja, uma organização criminosa de fato é, quando muitas agentes se unem com o objetivo de um único fim.

Então, caso fique configurado que o agente integrava organização criminosa, a minorante será afastada e a pena mínima será de 5 (cinco) anos. Entretanto, vale destacar que caberá ao Ministério Público o ônus da prova, pois não há possibilidade de presumir que o agente integre organização, em nome do princípio de presunção de inocência, pois é imprescindível que haja um mínimo de habitualidade na conduta criminosa.

Vejamos, decisão neste sentido⁴⁶:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO DEFENSIVO - PEDIDO DE MINORAÇÃO DA PENA-BASE - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V, LEI N.º 11.343/2006 (TRÁFICO INTERESTADUAL) - INAPLICABILIDADE - INEXISTÊNCIA DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4.º, LEI N.º 11.343/06 - INCIDÊNCIA - **IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA** - PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (grifou-se)

Todavia, como podemos observar pela data do acórdão, tal entendimento é pouco aplicado no caso concreto, sendo o entendimento pela minoria nos Tribunais.

A "mula do tráfico" é aquele agente que transporta droga em seu corpo, seja dentro de seu país ou até mesmo para o exterior, e na maioria das vezes o agente entra nessa situação em decorrência de sua situação financeira precária.

Assim, o agente nada mais é, que um mero transportador de drogas, que não age de maneira habitual.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 8069. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Julgamento: 15/06/2009. Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Publicação: DJe 21/07/2009.

No entanto, a jurisprudência já afastou a benesse ao apreendido como "mula" afastando o privilégio de diminuição de pena, por entender que o agente integrava organização criminosa.

Vejamos, o que decidiu a 5.^a turma do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO RAZOÁVEL. RETORNO AO MÍNIMO POR FORÇA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. PRETENSÃO DE AUMENTO DA FRAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/2006. PEDIDO PREJUDICADO EM RAZÃO DO PROVIMENTO DO RECURSO DO MPF PARA AFASTAR A BENESSE. MULA. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SUM 182/STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ AOS RECURSOS INTERPOSTOS PELA ALÍNEA "A". POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...]. **4. É pacífica a orientação da Terceira Seção desta Corte no sentido de que, regra geral, o agente que transporta drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico, integra organização criminosa, não fazendo jus ao benefício previsto no art. 33, § 4.º, da Lei Documento: 59943228 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 02/05/2016 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça 11.343/2006. 5. Consolidou-se, há tempos, neste STJ, o entendimento de que a Súmula 83 pode ser invocada para julgar o recurso especial, ainda que este tenha sido interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, desde que o acórdão recorrido esteja em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior. 6. Agravo Regimental desprovido.⁴⁷ (grifou-se)**

Mas, não é o entendimento majoritário, pois para a caracterização de organização criminosa, deverá estar comprovado de que o agente integre, em caráter estável, habitual e permanente, desde que, tenha a consciência de que está a serviço de um grupo organizado. Como já decidiu o próprio Superior Tribunal de Justiça, superando o entendimento antes firmado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. **AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.** NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] **3. Embora haja**

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 1501704/SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 26/04/2016. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 02/05/2016.

diversos julgados de ambas as Turmas deste Tribunal Superior nos quais se afirma não ser possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas na qualidade de "mula", acolho o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que o sentenciado integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, para autorizar a redução da pena em sua totalidade. Precedentes do STF. [...] 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para fazer incidir em 1/6 a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, resultando a pena definitiva da paciente em 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa.⁴⁸ (grifou-se)

Assentado tal entendimento também, no Supremo Tribunal Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/2006. **APLICAÇÃO. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DA AGENTE SEM INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.** [...] 2. **A atuação da agente no transporte de droga, em atividade denominada "mula", por si só, não constitui pressuposto de sua dedicação à prática delitiva ou de seu envolvimento com organização criminosa. Impõe-se, para assim concluir, o exame das circunstâncias da conduta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, da CF).** [...] 4. Ordem concedida.⁴⁹ (grifou-se)

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 387077/SP. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento: 06/04/2017. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 17/04/2017.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 131795/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 03/05/2016. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/05/2016.

5 PRIVILÉGIOS NA APLICAÇÃO DO § 4.º

Como já exposto, os requisitos devem ser cumulativos, e nesse viés, o agente fará jus ao privilégio da diminuição de pena, previsto no artigo 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

A fração de aplicação é ato discricionário do julgador, mas quando aplicar o seu patamar mínimo na fração de 1/6, deverá fundamentar sua decisão de maneira idônea, pois a lei foi valga, e deixou lacunas quando de sua edição.

5.1 FRAÇÃO DE REDUÇÃO 1/6 A 2/3

A fração a ser aplicada no tráfico privilegiado, é ato discricionário do julgador, portanto, este levará em consideração as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Como já decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

APELAÇÃO CRIME ART. 33 DA LEI 11.343/06 TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES INSURGÊNCIA RECURSAL DE REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4.º NO PATAMAR MÁXIMO E PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS **PATAMAR DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR [...]. "Com relação ao que dispõe o § 4.º, do artigo 33 da lei 11.343/06, embora a lei determine as frações possíveis para a redução da reprimenda, não estabelece os parâmetros para a escolha entre o maior e o menor percentual de diminuição. Dessa forma, a escolha do quantum de redução da pena, é critério discricionário do magistrado, o qual deve levar em consideração as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do entorpecente, restando a este Tribunal apenas a análise sobre sua legalidade. [...]⁵⁰ (grifou-se)**

Caso o julgador opte pela aplicação em seu grau mínimo de 1/6, deverá fundamentar sua decisão.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 9104450. Relator: Eduardo Fagundes. Julgamento: 23/08/2012. Órgão Julgador: 5.ª Câmara Criminal. Publicação: Dje: 24/07/2012.

O critério para a fundamentação, é o mesmo utilizado pelo tópico "4", do presente trabalho, que trata do requisito de não dedicação a atividade criminosa, em especial quanto a quantidade de drogas apreendidas, enquanto alguns julgadores, afastem a minorante em razão da quantidade elevada, outros aplicam o privilégio, mas, em seu patamar mínimo.

Vejamos o entendimento dominante das Cortes Superiores, onde não há divergência quanto ao patamar mínimo em razão da quantidade.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CONTROVÉRSIA SOBRE A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06. ESCOLHA DO PATAMAR MÍNIMO DE REDUÇÃO COM **FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA: POSSIBILIDADE**. ORDEM DENEGADA. 1. **A quantidade de droga apreendida é fundamento idôneo para justificar o patamar de redução** da pena em razão da incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º da Lei de Tóxicos. Precedentes. 2. **O Superior Tribunal de Justiça escolheu a fração mínima de redução com base no elevado montante de droga apreendido** (cem pedras de crack). 3. Não há constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem. 4. Ordem denegada.⁵¹ (grifou-se)

5.2 EXCLUSÃO DA NATUREZA HEDIONDA

O tráfico de drogas, foi incluído por equiparação no rol de crimes hediondos, após a aplicação e edição posterior da Lei n.º: 8.072/1990, em consonância com o do artigo 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal.⁵²

A Lei n.º: 8.072/1990, quando trouxe expresso quais eram os crimes hediondos, também intitulou uma série de tratamentos diferenciados ao agente que comete esses crimes, ou equiparados a ele que não seriam beneficiados com a

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 110487/RS. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 13/03/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 14/03/2012.

⁵² Constituição Federal de 1988

Art. 5.º 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:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (Regulamento)

anistia, graça e indulto, fiança e o regime inicial de cumprimento de pena seria o fechado, e a progressão de regime, só ocorreria após o cumprimento de 2/5 da pena imposta ao condenado.

Em 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº: 118.533 do Mato Grosso do Sul, interposto pela Defensoria pública da União, decidiu que o tráfico privilegiado, não detém natureza hedionda, aos considerados "traficantes de primeira viagem", os considerados primários, de bons antecedentes e que não se dediquem a atividade criminosa.

Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N.º 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. **1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1.º do art. 33 da Lei de Tóxicos.** 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n.º 8.072/90. 4. Ordem concedida.⁵³ (grifou-se)

O Superior Tribunal de Justiça, tinha entendimento sedimentado pela Súmula 512⁵⁴, entretanto no mesmo ano, acompanhou a tese da Suprema Corte e revogou seu enunciado.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N.º 1.329.088/RS. **CANCELAMENTO DO ENUNCIADO N.º 512 DA SÚMULA DO STJ. 1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1.º, da Lei n.º 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes**

⁵³ Supremo Tribunal Federal: HC 118533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2016, DJe 19/09/2016.

⁵⁴ SÚMULA n.º 512

A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016). 2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia n.º 1.329.088/RS – Tema 600). 3. **Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.**⁵⁵ (grifou-se)

5.3 POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA

Quando da edição da Lei de drogas em 2006, o artigo 44, assim estabeleceu:

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

Ao estabelecer tal vedação, o legislador exagerou, e isso culminou, por gerar a Declaração Incidental de Inconstitucionalidade, pelo STF, quando do julgamento do Habeas Corpus de n.º: 97.256 do Rio Grande do Sul, o qual afastou tal vedação e resultou na Resolução n.º: 05/2012, do Senado Federal.⁵⁶

Desse modo, há possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou multa, ao agente beneficiado pelo tráfico privilegiado.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pet 11796/DF. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 23/11/2016. Órgão Julgador: Terceira Seção. Publicação: DJe 29/11/2016.

⁵⁶ Resolução n.º 5, de 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. O Senado Federal resolve:

Art. 1.º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Após análises de todas as circunstâncias legais e judiciais, o legislador, quando estabelecer a pena em seu "quantum" definitivo, observará, o regime inicial a ser cumprido, fazendo a detração penal, prevista no § 2.º, do artigo 387 do Código de Processo Penal⁵⁷, pelo tanto que o condenado já cumpriu até a data da Sentença.

Cumprido salientar, que tal ato, é apenas para, determinar o regime inicial, em relação ao início de cumprimento da pena.

Verificando os requisitos objetivos e subjetivos deverá, o julgador substituir a pena conforme artigo 44⁵⁸, do Código Penal.

⁵⁷ Código de Processo Penal (1941), artigo 387: O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei n.º 11.719, de 2008) § 2.º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei n.º 12.736, de 2012)

⁵⁸ Código Penal (1940), artigo 44: As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei n.º 9.714, de 1998)
I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;(Redação dada pela Lei n.º 9.714, de 1998)
II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei n.º 9.714, de 1998)
III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei n.º 9.714, de 1998).

6 CONCLUSÃO

A presente obra, teve como objetivo analisar como os Tribunais de Justiça em especial ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e as Cortes Superiores, tem se posicionado quando da aplicação da benesse do § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º: 11.343/2006. Em especial, aos requisitos para a sua configuração.

Devido a lacuna da lei em não conceituar subjetivamente como seria a hermenêutica de cada requisito, não há na jurisprudência, um conceito uno, ficando a cargo do julgador o livre convencimento desde que motivado.

Foi possível observar muitas controvérsias, que vem se instalando desde a edição da Lei n.º: 11.343/2.006, que revogou a de n.º: 6.368/1.976, seja quanto aos antecedentes do agente, desde daquele primário até os que já possuíram condenação, e se há como aplicar o período depurador, ficou muito claro que cada Corte tem um entendimento contrário, que chegou inclusive em sede de debate no Supremo Tribunal Federal, com Repercussão Geral, onde pende de julgamento.

Outro ponto controvertido na jurisprudência, diz respeito à quantidade de drogas apreendida com o agente infrator, enquanto alguns julgadores excluem o privilégio fundamentando na quantidade e entendendo que por esse motivo o agente se dedicava a atividade criminosa ou integrava organização criminosa, outros aplicam a benesse, e aplicam, mas utilizam-se da fração de redução de pena em seu patamar mínimo.

Assim, conclui-se que, a falta de um critério objetivo para cada requisito, fez com que, cada Tribunal e Corte adotasse diversos posicionamentos.

O traficante de primeira viagem, incluindo os “mulas do tráfico”, em tese, deveriam todos serem beneficiados sem qualquer oposição, por não haver uma interpretação firme, o agente infrator terá que contar não só com o benefício da Lei, mas, também, com a sorte, dependendo da interpretação do último julgador, até que se esgotem os Recursos.

As presunções acerca da problemática da aplicação dos requisitos conforme alguns doutrinadores deveriam ser rechaçados de plano, o que temos visto no judiciário é o inverso.

A principal problemática, está no campo da quantidade de drogas apreendida com o agente, pois o artigo 42 da Lei de drogas de n.º 11.343/2006, já inclui tal circunstância que serveria para o aumento da pena base, o que gera grande discussão doutrinária e jurisprudencial.

Entretanto, há de se reconhecer, que em 12 (doze) anos após a entrada da lei em vigor, a jurisprudência tem trazido decisões mais benéficas aos condenados por tráfico, como a exclusão da natureza hedionda, e a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade, por restritiva de direito, sendo um grande avanço.

REFERÊNCIAS

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de. Terra. **Lei de drogas comentada**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção e repressão**. Comentários à Lei n.º 11.343/2006. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

INFOESCOLA. **Ópio**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/drogas/opio/>>. Acesso em: 10 maio 2018.

JALIL, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente. **Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri, SP: Manole, 2016.

MORO diz que pensa em juiz italiano nas horas de dificuldade. **Época Negócios**, 24 set. 2015. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Visao/noticia/2015/09/moro-diz-que-pensa-em-juiz-italiano-nas-horas-de-dificuldade.html>>. Acesso em: 10 maio 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Leis penais e processuais comentadas: drogas**. 5.ed. São Paulo: RT, 2010.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michelle Santiago de Oliveira. Considerações acerca dos maus antecedentes criminais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.13, n.77, jun, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7892>. Acesso em: 08 maio 2018.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2.ed. São Paulo: APMP, 2016.

SILVA, Eduardo Araújo da, **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUTHWELL, David. **A história do crime organizado**: os segredos e o código de silêncio das mais poderosas organizações criminosas foram, finalmente, quebrados. São Paulo: Escala, 2013.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Lei antidrogas comentadas**: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STEIN, Sandra. O PCC é hoje a maior facção criminosa do Brasil. **Talking Drugs**, 08 maio 2010. Disponível em: <<https://www.talkingdrugs.org/pt-br/o-pcc-%C3%A9-hoje-a-maior-fac%C3%A7%C3%A3o-criminosa-do-brasil>>, Acesso em: 15 maio 2018.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm>. Acesso em: 03. fev.2018.

BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 08 maio 2018.

BRASIL. Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 16 maio 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <www.sinfarmig.org.br/media/144457_regulacaotecnica.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução - RDC n.º 33, de 19 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao_sanitaria/33_19abril.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Resolução n.º 5, de 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 30211/SP. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento: 17/02/2004. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 22/03/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 191020/MG. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 01/03/2012. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe 19/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1489825/SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 04/12/2014. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe 18/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 212528/SC. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Julgamento: 01/09/2015. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe 23/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1434029/SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 28/04/2015. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJe 13/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 1501704/SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 26/04/2016. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 02/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 131795/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 03/05/2016. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pet 11796/DF. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 23/11/2016. Órgão Julgador: Terceira Seção. Publicação: DJe 29/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 382306/RS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 07/02/2017. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 10/02/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 387077/SP. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento: 06/04/2017. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 17/04/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 150755/SC. Relator: Min. Dias Tóffoli. Julgamento: 27/11/2017. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 29/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 231 - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (DJ 15.10.1999). Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/SUM_STJ.html>. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 512 - A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. (DJEletrônico 16/06/2014 - Cancelada DJe do STJ 25.11.2016). Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/SUM_STJ.html>. Acesso em: 1.º maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84867. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 26/10/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 27/10/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97256/RS. Relator: Min. Carlos Brito. Julgamento: 19/12/2008. Publicação: DJE-022, 02/02/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 110487/RS. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 13/03/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 14/03/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 118533/MS. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 23/6/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 30/06/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 130613. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 10/05/2016. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 29/07/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 138715. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 23/05/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 08/06/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 8069. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Julgamento: 15/06/2009. Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Publicação: DJe 21/07/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 0308994-5. Relator: Des. Mendes Silva. Julgamento: 27/03/2006. Órgão Julgador: 3.^a Câmara Criminal. Publicação: DJe 7117.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 7624346. Relator: Jefferson Alberto Johnsson. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Publicação: DJe 633.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 9104450. Relator: Eduardo Fagundes. Julgamento: 23/08/2012. Órgão Julgador: 5.^a Câmara Criminal. Publicação: DJe: 24/07/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 15976760. Relator: João Domingos Kuster Puppi. Julgamento: 23/02/2017. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Publicação: DJe 455, 10/03/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 1626536 - Araucária. Relator: Celso Jair Mainardi. Julgamento: 30/03/2017. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal. Publicação: DJe 10/04/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 0002710-79.2017.8.16.0097 – Ivaiporã. Relator: Carvilio da Silveira Filho. Julgamento: 26/04/2018. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal. Publicação: DJe 07/05/2018.