

TESE 68

Proponente: Luis Cesar Rossi Francisco

Área: Criminal

Súmula: O tráfico na sua forma privilegiada (art. 33, parágrafo quarto da lei 11.3430/06) não é crime equiparado a hediondo e a pena aplicada pode ser suspensa condicionalmente, se presentes os requisitos do artigo 77 do código penal.

ASSUNTO

A tese aqui defendida trata da impossibilidade da figura privilegiada do tráfico de drogas ser classificada como crime equiparado e hediondo. Como consequência, sustenta-se que os rigores punitivos previstos na Lei 8.072/90 não são aplicáveis aos condenados na forma do art. 33, Parágrafo Quarto da Lei 11.343/06.

INTERSECÇÃO DO TEMA COM A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Esta proposta de tese institucional visa firmar entendimento da carreira sobre a inaplicabilidade dos rigores punitivos previstos na Lei 8.072/90 às condenações proferidas por delito de Tráfico de Drogas, na forma do Parágrafo Quarto do art. 33 da Lei 11.343/06 e sobre a aplicabilidade a estas do instituto do sursis da pena.

Relaciona-se, portanto, direta e imediatamente com a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, visto ser atribuição institucional da Defensoria Pública do Estado a representação em juízo dos necessitados, na tutela de seus direitos individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores (art. 5, III da Lei Complementar Estadual n. 988/06).

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E FÁTICA

Frise-se, por primeiro, que embora não veiculador de uma nova pena, o §4º do art. 33 cuida de uma figura penal inédita: a do chamado traficante de primeira viagem.

É o que ressalta Guilherme de Souza Nucci:

“Causa de diminuição de pena: cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso.” (Leis penais e processuais penais comentadas, RT, 2007, 2ª Edição, p. 330).

Destarte, embora formalmente estejamos diante de uma norma penal sem autonomia típica, podemos lançar mão facilmente de uma interpretação teleológica para o fim de concluir que o legislador, ao reconhecer a menor gravidade do crime de tráfico praticado sob as condições elencadas no Parágrafo Quarto, criou um tipo privilegiado que exige análise específica e que por diversas razões (a seguir elencadas) não pode ser considerado como crime equiparado a hediondo. [1]

Aliás, é tradicional a técnica legislativa brasileira de criar tipos privilegiados através de parágrafos que trazem seus requisitos legais de configuração e, em seguida, uma redução de pena decorrente do seu reconhecimento. É assim com o crime de homicídio privilegiado e com as figuras privilegiadas dos crimes patrimoniais sem violência (furto, apropriação indébita, estelionato, etc.).

Passemos agora aos fundamentos jurídicos e fáticos que induzem conclusão no sentido de que o tráfico privilegiado não pode ser considerado como crime equiparado a hediondo:

Os rigores punitivos trazidos pela Lei 8.072/90 são flagrantemente incompatíveis com os aspectos objetivos e subjetivos do tráfico privilegiado.

Em primeiro lugar, deve ser ressaltar que a regra do regime inicial fechado obrigatório, prevista na atual redação da Lei 8.072/90, que já é de duvidosa constitucionalidade^[2], na condenação por tráfico de drogas, na forma do parágrafo quarto da Lei 11.343, atritam ainda mais e irremediavelmente com os princípios constitucionais da individualização da pena e da humanidade, que determinam que toda a pena deve ser cumprida de forma progressiva.

O regime inicial fechado obrigatório, instituído pela Lei 11.464, mesmo se considerado constitucional, só é compatível com estes princípios em caso de condenação pela prática de crime de tráfico na forma do caput ou do parágrafo primeiro do art. 33 da Lei 11.343.

Tratando de réu condenado pela figura privilegiada prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 o regime inicial fechado obrigatório e a imposição das regras especiais e bem mais rígidas de progressão frustram quase que por completo a materialização destes princípios.

Ademais, já é antigo o saber criminal no sentido de que penas menores devem, sempre que possível, ser cumpridas em regime aberto ou intermediário, pois a privação total da liberdade por pequeno lapso temporal é - como ressaltado acima - inapropriado para fins de ressocialização do condenado e prevenção do crime.

A tudo isso, deve ser agregar o fato do art. 44 da Lei 11.343/06 vedar, apenas em relação aos delitos previstos no art. 33, *caput* e §1º e 35 a 37 desta lei, a concessão de fiança, a aplicação de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Por 'coincidência', são justamente estes os rigores decorrentes da classificação de um crime como hediondo ou equiparado (vide Constituição Federal e Lei dos Crimes Hediondos).

Se o legislador não fez referência, no art. 44 da lei 11.343/06, a figura privilegiada prevista no §4º do art. 33 é porque não quis classificar este delito como equiparado a hediondo.

Em abono desta tese vem também o fato do §4º do art. 33 vedar expressamente a conversão da pena de prisão em pena privativa de liberdade. Considerando que tal proibição já vem expressa no art. 44 da Lei 11.343/06 não faria qualquer sentido repetir esta proibição se não fosse verdade que o referido artigo 44 não se aplica (por inequívoca vontade do legislador) a figura privilegiada prevista no art. 33 §4º.

Não se pode perder de vista o fato de que o Superior de Justiça já afirmou por diversas vezes que o homicídio qualificado privilegiado não é crime hediondo (HC 10.446/RS - Sexta Turma, HC 41579/SP - Quinta Turma, HC 43043/MG - Sexta Turma, etc.).[3]

Com efeito, temos aqui uma hipótese que em tudo se assemelha a esta, pois o crime de homicídio qualificado é hediondo, mas quando privilegiado perde esta qualidade.

Da mesma forma, o tráfico, delito equiparado a hediondo, perde esta qualidade quando praticado na forma privilegiada prevista no §4º da Lei 11.343/06. Já há, inclusive, decisões judiciais neste sentido:

*"EMENTA: PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - FLAGRANTE FORJADO - AUSÊNCIA DE PROVA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 - COMBINAÇÃO DE LEIS - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - CABIMENTO - MEDIDA MAIS BENÉFICA - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. A prova testemunhal, aliada aos demais elementos de convicção disponíveis nos autos, é suficiente para fundamentar o édito condenatório. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, mormente se os autos não apontam no sentido de que os policiais deixaram de agir escorreiamente, ou de que tinham algum interesse em incriminar falsamente o agente. O flagrante forjado ou preparado ocorre quando o agente vem a delinquir induzido por policial, ou seja, acontece por força de uma situação simulada por alguém para levá-lo a praticar uma ação criminosa. Não ocorrendo essa hipótese, não há falar em flagrante forjado. Restando fartamente comprovado que o réu praticou ao menos três, das dezoito condutas previstas no art. 12 da Lei nº 6.368/76, quais sejam "trazer consigo", "oferecer" e "entregar a consumo", impossível se apresenta a desclassificação do fato para o delito de uso de substância entorpecente. É impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, à penalidade fixada por crime cometido na vigência da Lei nº 6.368/76, uma vez que a aplicação da simbiose de textos legais produziria uma lex tertia de Tóxicos, que seria diversa, tanto da antiga quanto da atual, o que acabaria por acarretar benefícios exagerados e injustos, não atingindo a dupla finalidade da pena. Em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, a nova lei (11.343/2006) não se afigura mais benéfica e, portanto, não retroage, porquanto recrudescer a pena mínima abstratamente considerada, de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (Lei nº 6.368/76), para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (Lei nº 11.343/06). A pena restritiva de direitos há que ser suficiente para o desestímulo e a repreensão da conduta delituosa, admissível a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, do CP. Recurso parcialmente provido. V.V.P.: PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - **APLICAÇÃO DISPOSITIVO CONSTANTE DO ART. 33., §4º, DA LEI 11.343/06 - POSSIBILIDADE . A circunstância que privilegia o delito (art.33,§4º, da Lei 11.343/06) afasta a equiparação com hediondez tratada na Lei 8.072/90.** APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.06.215789-2/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): CLAYTON BRAGA RODRIGUES - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. HÉLCIO VALENTIM." (Grifo e sublinhado nossos).*

Outrossim, sustenta-se também a perfeita aplicabilidade do instituto do sursis de pena (art. 77 do Código Penal) às condenações impostas com fulcro no art. 33, Parágrafo Quarto da Lei 11.343/06, se presentes os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 77 do Código Penal.

Nem a lei dos crimes hediondos e equiparados e tampouco a nova Lei de "Drogas" veda a aplicação desta medida despenalizadora (sursis), que evita o desnecessário encarceramento de um réu absolutamente primário, uma vez que a primeira nada mencionada sobre este substitutivo penal e a segunda, expressamente o autoriza, já que o texto do tipo penal inserto no §4º do art. 33 apenas proíbe a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, silenciando totalmente a respeito do cabimento do sursis.

Sabe-se que é corolário do princípio da legalidade que tudo aquilo que não está proibido está permitido. Ademais, se quisesse afastar a possibilidade da pena aplicada ao traficante de primeira viagem ser suspensa condicionalmente, teria, por evidência, cuidado de vedar tanto uma quanto outra medida despenalizadora. Se não o fez, é porque não entendeu correto e/ou conveniente.

Com efeito, considerando que o legislador jamais se utiliza de palavras inúteis e considerando que tudo que não está proibido pela lei penal está por via oblíqua (por força do princípio da reserva legal), autorizado, não há que se desprezar a aplicação desta medida alternativa que constitui sanção adequada à repressão e prevenção do chamado tráfico "miúdo", isto é, aquele onde não se evidencia envolvimento com o crime organizado e onde o acusado não ostenta nenhum outro tipo de condenação.

Há fortes razões, inclusive, para dizer que esta permissão não foi fruto de um "cochilo" do legislador, uma vez que é conhecida a falência do sistema penitenciária e a necessidade de se buscar substitutos a prisão, reservando-a apenas aos casos mais graves, onde nenhuma outra medida se revela possível ou quando todas elas já fracassaram.

Desde o advento da Escola Positiva já é praticamente incontroverso que o isolamento por pouco tempo de criminosos de pouca ou nenhuma periculosidade não cumpre os propósitos do direito penal, nem no que toca à prevenção geral nem no que se refere à prevenção especial.

Neste sentido, o escólio de Moacyr Benedicto de Souza: "*O pequeno período de isolamento do delinqüente, em geral de escassa ou nula periculosidade, não permite um estudo adequado de sua personalidade para fixação de um plano de reabilitação, pois a terapêutica penal não se opera com efeitos instantâneos. Por outro lado, a convivência deletéria com outros companheiros de presídio, com longa vivência na senda da criminalidade, violadores habituais das normas penais, refletirá de maneira bastante perniciosa em seu espírito, adestrando-o na mecânica da delinqüência multiforme. De discípulo, passa a mestre. E, uma vez em liberdade, fatalmente porá em prática a teoria adquirida, voltando a delinqüir. Ele que, via de regra, se situava na área da criminalidade ocasional, passa a integrar-se no cabedal delitivo do habitual. A pena de curta duração não recupera e não atinge, por isso mesmo, os fins visados pela justiça penal. Também não beneficia ninguém em termos de prevenção geral, pois antes que se perceba e avalie as conseqüências de sua punição, o condenado já terá deixado o presídio, de volta aos seus ambientes familiar e social" (A influência da Escola Positiva no Direito Penal Brasileiro, Edição Universitária de Direito, 1982, p. 96).*

Importante destacar, ainda, que mesmo à época da antiga redação da lei dos crimes hediondos (que trazia rigores punitivos ainda maiores, como o regime integralmente fechado) e da antiga lei de drogas – Lei 6368/76 – a jurisprudência de nossos tribunais superiores já era no sentido de que a pena privativa de liberdade aplicada pela prática de crime hediondo ou equiparado podia perfeitamente ser substituída por sanção restritiva de direitos, se presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, ou suspensa condicionalmente, nos termos do art. 77 do referido diploma legal.

O argumento declinado para embasar este entendimento é o mesmo aqui trazido, o da inexistência de óbice legal. Neste sentido:

"A Lei dos Crimes Hediondos apenas prevê que o cumprimento da pena seja integralmente em regime fechado, não contendo nenhuma nora explícita que exclua a possibilidade de aplicação do sursis. Destarte, sua observância é perfeitamente possível." (STJ – Quinta Turma – Resp. 260.735 – rel. Gilson Dipp – j. 05.12.2000 – DJU 04.06.2001, p. 220).

"O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44)" (STJ, HC 8.753-RJ, DJU 17.5.99, p. 244, in Bol. IBCCr 83/390).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, é possível afirmar, em face da atual legislação, que se por um lado o Parágrafo Quarto do art. 33 da Lei 11.343 expressamente proíbe a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos, por outro, nada menciona sobre o instituto do sursis, o que significa dizer que ele é perfeitamente compatível com esta condenação, até porque, há muito tempo em nosso sistema já possui caráter subsidiário e residual, sendo admitido justamente em casos onde a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos não é considerada pelo legislador como medida socialmente adequada.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Se aprovada, a presente tese é de aplicabilidade prática e imediata, especialmente entre os Defensores Públicos que atuam perante Varas Singulares. Seguem em anexo, Razão de Apelação Criminal na qual se apresentou esta tese em favor de um de nossos defendidos.

[1] Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível encontrar vários julgados que vão ao encontro deste entendimento. Referido tribunal por diversas vezes, antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, asseverou que o estupro e o hoje revogado crime de atentado violento ao pudor, quando praticados na forma do art. 224 (violência presumida), não podiam ser considerados como crimes hediondos, já que o art. 1º da Lei 8.072/90 não os listou expressamente, referindo-se apenas as figuras do caput dos artigos 213 e 214 e as figuras qualificadas previstas no art. 223, caput e parágrafo único do Código Penal.

[2] Mesmo entre os que entendem que o tráfico privilegiado é crime equiparado a hediondo há quem assevere que a gravidade abstrata do delito não constitui fundamento idóneo para a fixação de regime prisional fechado. Neste sentido, recentíssima decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo "Apelação Criminal com Revisão nº 993.08.012516-3. Acordam em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: 'DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA FIXAR O REGIME SEMI-ABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA, MANTIDA NO MAIS, A R. SENTENÇA. V.U.', de conformidade cm o voto do relator, que integra este acórdão. São Paulo, 29 de julho de 2008. Rel. Marco Nahum.

[3] No mesmo sentido: *DJU 19.2.01, p. 242, in RBCCr 34/323, TJPR, RT 764/646, TJSP, HC 300.603-3/0, j. 12.1.00, RT 781/565.*