

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DAS PENAS NA NOVA LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343/06)

João Bosco Araujo Fontes Junior¹
Renata Orsi Bulgueroni²
Carolina Maruyama da Costa³
Letícia Zuccolo Paschoal da Costa⁴
Ewerton Teixeira Bueno⁵

RESUMO: A Lei nº 11.343/06 suscitou inúmeros questionamentos ainda não solucionados por doutrina e jurisprudência, especialmente no que concerne aos critérios que devem ser valorados quando da aplicação das penas por ela previstas. De maneira a reduzirem-se as inúmeras divergências hoje verificadas na atuação dos magistrados, é mister, portanto, sejam apontados parâmetros para o cálculo de tais reprimendas, não apenas em face dos preceitos da Lei – especialmente relativos à fixação da pena-base e à causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 – mas também considerando as regras gerais contidas no Código Penal.

Palavras-chave: Lei nº 11.343/06. Aplicação. Pena. Causa especial de diminuição. §4º do art. 33. Pena-base. Quantidade da droga. Qualidade da droga. Mulas.

ABSTRACT: Law no. 11.343/06 has invoiced several questions that, until now, have not been solved by scholars or judicial courts, specially regarding the criteria that must be observed for the penalties application. In order to reduce the contradictories decisions in courts, it's mandatory to identify directions for the appliance of such penalties, not only based on

¹ João Bosco Araujo Fontes Junior é Procurador Regional da República e mestre em Ciências Jurídicas-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

² Renata Orsi Bulgueroni é Assessora de Procurador Regional da República e mestranda em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – SP.

³ Carolina Maruyama da Costa é Técnica Administrativa e graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP.

⁴ Letícia Zuccolo Paschoal da Costa é estagiária e acadêmica de direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP.

⁵ Ewerton Teixeira Bueno é Técnico Administrativo e estagiário do Ministério Público Federal, além de acadêmico de direito da Universidade São Francisco.

the precepts of Law no. 11.343/06 – specially those regulating the basic penalty and the special reducing cause predicted by Article 33, par. 4 – , but also on the general rules established by Brazilian Criminal Code.

Keywords: Law no. 11.343/06, application, penalty, special reducing cause, Article 33, par. 4, basic penalty, amount of drug, quality of drug, mules.

1. Introdução

A Lei nº 11.343/2006 foi promulgada visando a atender a uma demanda social por um endurecimento da legislação repressiva do tráfico de drogas, diante da extrema nocividade dessa criminalidade que sempre anda associada a muitos outros delitos de elevado potencial lesivo, como homicídios, seqüestros, comércio e porte ilegal de armas, roubos e outros crimes violentos, não se esgotando nestes os ilícitos ligados ou financiados pelo narcotráfico.

A interpretação e a aplicação da nova lei fizeram surgir dificuldades de complexa solução que são reveladas pelas freqüentes divergências que afloram na jurisprudência, entre as quais se destacam, pela sua importância, as questões relativas à aplicação da pena.

Diante dessa constatação, pretende-se neste estudo abordar referida matéria, destacando-se as principais correntes adotadas nos acórdãos dos Tribunais pátrios e registrando as questões que têm gerado decisões judiciais conflitantes, para, a partir da sua análise, sugerir interpretações sobre os dispositivos legais ali abordados.

2. Da aplicação da pena-base na nova lei de drogas

Uma das relevantes inovações trazidas pela novel legislação repressiva do tráfico de drogas diz respeito à alteração dos critérios de fixação da pena-base, antes orientados apenas pelo artigo 59 do Código Penal. Tal dispositivo legal, apesar de muito conhecido, merece ser abaixo reproduzido para melhor análise do seu conteúdo

do e das alterações que interferiram na sua tradicional aplicação:

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

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”

A nova Lei de drogas, por meio do seu artigo 42, alterou significativamente a forma de fixação da pena-base dos crimes de que trata, ao dispor que algumas circunstâncias devem prevalecer sobre as demais, nos seguintes termos:

“Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”

Como se vê, o artigo 42 determina ao juiz que, ao fixar as penas-base, pondere as circunstâncias judiciais observando uma determinada ordem de relevância para elas, na seqüência que estabelece. Vê-se que, além disso, a lei acrescentou, entre as circunstâncias que o juiz deverá levar em consideração na fixação da pena-base, com preponderância sobre todas as demais, a natureza e a quantidade da substância ou do produto objeto do crime.

Disso resulta que a aplicação da pena-base deverá seguir o critério preconizado na nova lei, que assim foi percutientemente avaliado por Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, conforme trecho adiante colacionado:

“No art. 59 do CP, determina o legislador que o magistrado observe as seguintes circunstâncias para fixação da pena-base: a) culpabilidade, b) antecedentes, c) conduta social, d) personalidade do agente, e) motivo, f) circunstâncias do crime, g) conseqüências do crime, h) comportamento da vítima. Segundo o Código Penal, analisando tais circunstâncias, o magistrado irá fixar a pena-base, conforme seja necessário e suficiente para reprovar e prevenir o crime.

A nova Lei, no artigo em comento, tendo em vistas as particularidades que envolvem os crimes relacionados às drogas, fixou que o magistrado deve considerar, ao determinar a pena-base, com preponderância sobre as circunstâncias indicadas no art. 59 do CP, as seguintes circunstâncias: a) natureza da substância ou produto, b) quantidade da substância ou produto, c) personalidade do agente, d) conduta social do agente. Veja que o magistrado não poderá descartar totalmente as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, mas sim que a pena deverá se aproximar das circunstâncias indicadas no artigo ora em estudo, que devem preponderar sobre aquelas”⁶

Com efeito, às condutas tipificadas na nova lei de drogas aplica-se também o artigo 59 do Código Penal. De fato, tal dispositivo é genérico e a própria Lei nº 11.343/06, em seu artigo 42, faz remissão expressa às suas circunstâncias. Assim, as novas situações previstas no artigo 42 da nova lei de drogas terão maior peso em relação àquelas cuja disposição já se encontrava no artigo 59 do Código Penal, mas este continua sendo aplicado em conjunto e na forma da nova lei.

No entanto, na aplicação das penas-base, segundo os novos critérios, juizes e Tribunais têm variado muito no *quantum* fixado, denotando-se uma valoração excessiva ou reduzida dos vetores do artigo 42. Assim é que se têm encon-

trado julgados em que uma quantidade relativamente pequena de cocaína determinou a fixação de pena-base de mais de 7 anos de reclusão, enquanto em outras decisões, a mesma substância em muito maior quantidade justificou uma pena-base de apenas 6 anos.

E não se diga que essas fundas disparidades são decorrentes da ponderação das demais circunstâncias judiciais, pois, da análise dos acórdãos, percebe-se que a motivação daquelas decisões revela indubitavelmente que a razão de tal incremento da pena-base deve-se mesmo à quantidade e qualidade da droga, em atenção ao disposto na nova lei.

Os julgados abaixo colacionados comprovam o que se está a expor:

1º) Para uma quantidade de 4,41 Kg de cocaína, foi fixada uma pena-base de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa

PENAL - PROCESSO PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - DIMINUIÇÃO DA PENA BASE AO MÍNIMO - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA MINORANTE (ART 33, §4º) DE 2/3 PARA 1/6 - RECONHECIMENTO DA TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO - RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.

1. A autoria e a materialidade do delito restaram amplamente demonstradas por meio do Auto de Prisão em Flagrante, do Laudo Preliminar de Constatação, do Laudo de Exame Químico Toxicológico, com resultado positivo para **cocaína com peso líquido de 4,41 (quatro quilogramas e quarenta e um grammas)**.
2. **A exasperação da pena base acima do mínimo legal se justifica pelo conjunto de circunstâncias, além da natureza e quantidade da droga, o que, diga-se de passagem, é critério preponderante previsto no art. 42 da Lei 11.343/06.** O tráfi-

⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas. São Paulo: Método, 2007, p. 156

- co de drogas, em grande ou pequena quantidade acaba por fomentar outros crimes como assassinatos, chacinas e execuções sumárias, inclusive de famílias inteiras e, nesse mesmo segmento, condutas como prostituição de jovens para compra de drogas. **No caso da cocaína, mesmo se consumida em pequena quantidade, é suficiente para produzir considerável efeito alucinógeno, além de ser de grande toxicidade e capaz de levar à morte. Para a quantidade e a natureza da droga apreendida com o réu a pena base foi corretamente aplicada e deve ser mantida em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.**
3. Para que o apelante seja beneficiado com a causa obrigatória de redução da pena em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), seria necessário que atendesse cumulativamente as quatro condições diretas estabelecidas no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, a saber: ser primário, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.
 4. Contudo, para a fixação da fração redutora, a norma autoriza que o julgador aja com certa discricionariedade. Para tanto ele poderá levar em conta circunstâncias que não se incluem naquelas previstas no artigo 59 do Código Penal.
 5. Na hipótese, restou provado que o réu praticou a conduta na condição de coadjuvante de uma organização criminosa, motivo pelo qual não faria jus a atenuação de sua pena. Todavia, como o recurso da acusação pretende seja a redução fixada em 1/6 (um sexto), é de se acolher tal pedido.
 6. Nesse aspecto a r. decisão merece reparo para a aplicação do redutor no percentual de 1/6 (um sexto), como pretendido pela acusação.
 7. A logística desenvolvida indica a internacionalidade do delito, embora tenha o réu alegado em seu interrogatório que recebeu a droga na rodoviária de Corumbá/MS, cidade que faz fronteira com o território boliviano, região conhecida como porta de entrada da droga no país.
 8. Há, nos autos, elementos concretos e irrefutáveis que comprovam a transnacionalidade do delito: o réu é estrangeiro, entrou no país em ônibus de empresa que faz percurso internacional, foi preso em flagrante na posse de passagens da empresa, que estão juntadas aos autos. O art. 40, I, da Lei 11.343/06 cuida de infração de natureza formal cuja execução não demanda a efetiva saída ou entrada da droga no país, bastando que o delito tenha a sua execução iniciada ou terminada fora dos limites do nosso território para caracterizar a transnacionalidade. Tudo indica que o argumento utilizado pelo réu de que recebeu a mala em território nacional tem por propósito afastar o enquadramento legal da internacionalidade do tráfico. A ação fragmentada dos participantes não descaracteriza o delito, pois, considerado o conjunto de fatos, conclui-se pela configuração do tipo penal.
 9. O aumento da pena em 1/6 (um sexto), em razão da transnacionalidade do tráfico se mostra adequado considerando a comprovação de que o entorpecente veio do exterior.
 10. Recurso da acusação provido. Recurso da defesa improvido. (TRF da 3ª Região – Apelação Criminal nº 2007.60.00.002223-2/MS, Quinta Turma, Rel. Ramza Tartuce, julgado em 15/09/2008 e publicado no DJF3 em 07/10/2008)
- 2º) Para uma quantidade de 1,78 Kg de cocaína foi fixada uma pena-base de 7 anos e 6 meses de reclusão**
- PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, “CAPUT”, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE OU JUSTIFICANTE: AUSÊNCIA DE PROVAS. CONDENA-

ÇÃO MANTIDA. PENA-BASE: ELEVAÇÃO: DOLO CONFIGURADO QUANTO À NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. PREPONDERÂNCIA SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS “NATUREZA E QUANTIDADE” COMO CRITÉRIO PARA AUMENTO DE PENA-BASE E COMO ÓBICE À REDUÇÃO DE PENA PELA APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4) NO PATAMAR MÁXIMO: INEXISTÊNCIA DE “BIS IN IDEM”. TRANSNACIONALIDADE CONFIGURADA: DROGA EM VIAS DE EXPORTAÇÃO: SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS: DESCABIMENTO. RECURSO EM LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE. EFEITO DA CONDENAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE.

I - Comprovadas nos autos a materialidade e autoria do crime de tráfico transnacional de entorpecentes praticado pela apelante, presa em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP na iminência de embarcar em vôo com destino a Johannesburg/África, trazendo consigo **1.780 g. (mil e setecentos e oitenta gramas) de cocaína, em compartimento oculto na lateral da bagagem.**

II - Para a configuração do estado de necessidade exculpante ou justificante, não se comprova os requisitos previstos no art. 24, caput e § 2, do CP. Ademais, ainda que comprovado, não justifica a conduta criminosa e não afasta a culpabilidade, pois existem outras maneiras lícitas de prover a subsistência, que não o cometimento de crimes.

III - Condenação mantida.

IV - **Pena-base corretamente fixada acima do mínimo legal (sete anos e seis meses de reclusão). Embora a ré seja primária e de bons antecedentes, o art. 42 da nova lei de drogas determina expressamente**

que o Juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta do agente que, no caso são desfavoráveis.

V - Devidamente configurado o dolo quanto à natureza e quantidade da droga. justificando a elevação da pena-base.

VI - Impossibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 no patamar máximo. Apesar de a apelante ser primária e de bons antecedentes, transportava grande quantidade de droga e há indícios de que figurou, ainda que eventualmente, em uma organização criminosa. O objetivo da minorante é permitir ao julgador flexibilizar a aplicação e a individualização da pena, não sendo razoável tratar o traficante primário, ou mesmo as “mulas”, como no caso, com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais representantes do organismo criminoso. Além disso, devem ser consideradas outras circunstâncias, tais como a situação de miserabilidade, a baixa instrução e a pouca inserção no meio social, a condição de dependente, o desempenho de atividade lícita, a tenra ou avançada idade e tantas outras, que não restaram comprovadas. A aplicação da pena-base no mínimo legal está reservada aos casos de tráfico eventual para usuários de pequenas quantidades de droga, nos casos em que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP são totalmente favoráveis ao réu. Mantida a redução da pena no patamar de 1/6.

VII - Não há que se falar em dupla valoração pelo mesmo fato quando a natureza e quantidade da droga forem utilizadas como circunstâncias judiciais preponderantes para exasperação pena-base, por sua evidente repercussão nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP e, após, como critério para a redução de pena, na terceira fase de individualização, tendo em vista a

diversidade de incidência. Enquanto a fixação da pena base tem em mira o caráter retributivo da persecução criminal, a redução prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, pelos critérios adotados pelo legislador, revela sua preocupação de política carcerária, pretendendo evitar o encarceramento prolongado do criminoso quando suas condições pessoais permitirem concluir que não voltará a delinquir, sem qualquer consideração quanto à medida em que mereceu punição maior. No primeiro momento, tais fatos são considerados diretamente para arbitrar a pena que deve corresponder à conduta do agente. Em seguida, são indiretamente utilizados para determinar em que medidas as condições pessoais do agente permitem reintroduzi-lo mais brevemente à sociedade sem perigo de reincidência, embora em nenhum momento se considere que merecia pena menor. O condenado pode até sentir-se repetidamente “punido” em razão das mesmas circunstâncias, mas, do ponto de vista do Estado - que é o que deve prevalecer - elas apenas foram sopesadas em momentos diversos para finalidades distintas. De toda sorte, a natureza e a quantidade do entorpecentes não são as únicas circunstâncias consideradas, havendo outras que, isoladamente, não permitem a redução além do mínimo legal.

VIII - Mantida a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei 11.343/2006 na fração de 1/6 (um sexto), pois comprovado que a droga estava em vias de exportação, totalizando a pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado e a pena pecuniária de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

IX - Nos casos de tráfico de entorpecentes, não se aplica a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mormente no caso de réus estrangeiros, sem

residência fixa ou atividade lícita no Brasil. Vedação expressa nos arts. 33, parágrafo 4º e 44, da Lei 11.343/06. Inconstitucionalidade inexistente, tendo em vista a necessidade social de conferir maior severidade a essa espécie de crime.

X - Os crimes previstos no art. 33, da Lei 11.343/06 são insuscetíveis de liberdade provisória. Inteligência do art. 44, da mesma lei. Ademais, não tem o direito de recorrer em liberdade os acusados que permaneceram justificadamente presos durante a instrução criminal, por força de prisão em flagrante ou preventiva, ainda que sejam primários e de bons antecedentes. Por outro lado, trata-se de um dos efeitos da sentença condenatória. Inexistência de inconstitucionalidade no referido artigo, pois se trata de vedação legal proveniente de política criminal mais rigorosa de repressão ao tráfico. Precedentes do STF.

XI - Não conhecido o pedido de avaliação e cômputo do tempo de cárcere, por se tratar de matéria afeta ao Juízo das Execuções Penais. Artigo 66, da LEP.

XII - Apelação a que se nega provimento.

XIII - Determinado o envio de ofício ao Ministério da Justiça, com o escopo de verificação da conveniência e oportunidade da instauração de procedimento administrativo tendente à expulsão da ré MAPULA LEAH MAGDALINE MOSENOGI, a ser efetivada após o cumprimento da pena.

(TRF da 3ª Região – Apelação Criminal nº 2007.61.19.002233-0/SP, Segunda Turma, Rel. Henrique Herkenhoff, julgado em 16/09/2008 e publicado no DJF3 em 03/10/2008)

Vê-se que a disparidade registrada entre Turmas do mesmo Tribunal revela a instabilidade na fixação das penas-base em razão da natureza e quantidade da droga apreendida. Porém, podem-se propor algumas diretrizes mínimas que visam a estabilizar as discrepâncias que se têm verificado.

Com efeito, para orientar a aplicação da pena-base em relação à natureza e quantidade da droga apreendida, com base no artigo 42 da nova lei, já se pode antever a dificuldade que tal pretensão oferece ao intérprete, uma vez que se está diante de duas variáveis que se entrelaçam com as demais circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Porém, ao lado do desafio proposto, concorre a necessidade de estabelecerem-se algumas orientações que facilitem a aplicação dos critérios inovadores da lei.

Assim, a exemplo do que já ocorre com outros artigos do Código Penal, como o roubo qualificado ou os crimes continuados, em relação aos quais a doutrina e a jurisprudência construíram alguns percentuais ou fracionários que devem incidir sobre a pena-base, fixados a partir de considerações sobre a quantidade de causas de aumento ou mesmo do número de condutas praticadas, parece ser possível sugerir algumas indicações amplas que visam a contribuir para o aprimoramento do debate sobre a questão posta.

Apresenta-se razoável afirmar que existem diversas combinações que relacionam a natureza com a quantidade da droga traficada, como, por exemplo, droga de baixo potencial ofensivo em pequena quantidade, droga de mediano potencial ofensivo em média quantidade, ou ainda droga de alto poder lesivo em grandes quantidades. A partir dessa divisão das drogas em três níveis de potencial ofensivo e da mesma divisão em três quantidades que podem ser objeto do crime, já se tem uma significativa gama de situações que podem ocorrer a partir da combinação das variáveis entre si.

É de notar-se, entretanto, que na avaliação da quantidade da droga deve-se levar em conta, necessariamente, a outra variável que diz respeito à sua própria natureza. Assim é que, para considerar-se elevada a quantidade de uma droga de baixo potencial ofensivo (como a lança-perfume), esta deverá ser significativamente superior à quantidade necessária para que se possa considerar elevado o montante de uma droga como a cocaína, por exemplo.

Feitas as ressalvas acima, pode-se sugerir que se atribua um grau variável de 0 a 2 para cada

uma das situações, a saber, natureza e quantidade, tendo-se como resultado uma soma que indique o *quantum* da majoração no intervalo legal. Da simples combinação das variáveis propostas podem ser encontradas as seguintes situações:

- a) pequena quantidade de droga (0) de pequeno potencial ofensivo (0) = 0;
- b) pequena quantidade de droga (0) de médio potencial ofensivo (1) = 1;
- c) pequena quantidade de droga (0) de alto potencial ofensivo (2) = 2;
- d) média quantidade de droga (1) de pequeno potencial ofensivo (0) = 1;
- e) média quantidade de droga (1) de médio potencial ofensivo (1) = 2;
- f) média quantidade de droga (1) de alto potencial ofensivo (2) = 3;
- g) grande quantidade de droga (2) de pequeno potencial ofensivo (0) = 2;
- h) grande quantidade de droga (2) de médio potencial ofensivo (1) = 3;
- i) grande quantidade de droga (2) de alto potencial ofensivo (2) = 4.

Assim, tem-se uma variação de 0 a 4 que poderá orientar o aplicador da lei a adequá-la ao intervalo previsto legalmente, em 5 níveis diferentes (0, 1, 2, 3 e 4) – os quais, somados às demais circunstâncias do caso concreto, determinarão a pena-base.

Desta forma, um resultado igual a 0 indicará uma pena-base a ser fixada no mínimo legal, se as circunstâncias do artigo 59 não indicarem a necessidade de uma exasperação.

Na hipótese de um resultado correspondente a 1, 2, 3 ou 4, o aplicador da lei modulará a exasperação da pena-base proporcionalmente ao resultado obtido por meio da soma resultante dos números atribuídos a cada situação, que, como visto, variam de 1 a 4. Aqui, lembre-se mais uma vez que também se deverão observar eventuais aumentos ou diminuições da pena-base em razão das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

Exemplificando, se um traficante for preso portando uma quantidade razoável, aqui classificada como média (4 kg), de cocaína (uma droga de alto potencial lesivo), lhe será atribuído um ponto pela quantidade (1), ao qual será somada um (2), por se tratar de uma droga muito danosa, daí resultando um total de (3) pontos. Assim, partindo-se da hipótese de que as circunstâncias judiciais do artigo 59 lhes sejam neutras, resta acrescentar somente o aumento decorrente da natureza e quantidade de droga apreendida em seu poder, e, assim, a pena-base mínima que corresponde a (5) anos de reclusão seria exasperada para 9 anos e 6 meses de reclusão, correspondentes a três incrementos de 1,5 ano por cada ponto atribuído à situação de natureza e quantidade da droga. Por seu turno, deve a pena de multa seguir os mesmos critérios, adequando-se, evidentemente, à natureza desta reprimenda.

Como se vê, **na hipótese acima**, entende-se razoável que a cada ponto somado corresponda, em princípio, um aumento de 1 ano e 6 meses na pena de reclusão arbitrada ao agente, de forma a encontrarem-se, no caso deste crime, com o qual frequentemente se lida nos foros federais (tráfico de drogas, artigo 33, *caput* da nova lei), valores que representariam um incremento progressivo de 1,5 ano a cada ponto somado.

Assim, no exemplo, a pontuação obtida correspondeu a 1 ano e 6 meses de reclusão para cada ponto atribuído ao caso; porém, entende-se que o incremento na pena-base em razão de cada ponto registrado segundo os critérios antes propostos não deva corresponder a um valor fixo, mas a um intervalo dentro do qual o julgador fixará a exasperação adequada para cada ponto.

Na hipótese do crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*), para o qual a pena abstratamente cominada é de 5 a 15 anos de reclusão mais multa, considera-se adequado que o intervalo a cada ponto corresponda a até 1 ano e meio de reclusão. Observe-se: ATÉ 1 ano e 6 meses por ponto atribuído, e não sempre 1 ano e seis meses. No exemplo acima, atribuiu-se o maior valor (1,5 anos) a cada ponto, mas não deve ser sempre assim. A princípio, para cada ponto deve

corresponder 1,5 ano, mas a situação concreta poderá recomendar que seja fixado um valor um pouco mais baixo.

Por essa razão, apresenta-se abaixo o seguinte esquema prático, para o caso do crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06:

- a) pontuação (0): pena-base mínima: 5 anos de reclusão;
- b) pontuação (1): pena-base de 5 anos a 6 anos e meio de reclusão (ou seja, o valor atribuído ao ponto pode variar segundo o caso concreto);
- c) pontuação (2): pena-base de 6 anos e meio a 8 anos de reclusão;
- d) pontuação (3): pena-base de 8 anos a 9 anos e meio de reclusão;
- e) pontuação (4): pena-base de 9 anos e meio a 11 anos de reclusão.

Observe-se que ainda resta a possibilidade de aumento de 11 anos a 15 anos de reclusão para que a pena-base seja majorada em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Com relação aos demais crimes da lei 11.343/06, aqui estudada, seguem-se os mesmos critérios, chegando-se, naturalmente, a penas-base de valores diversos, conforme o delito a ser punido.

Poder-se-á objetar que o critério aqui sugerido é muito amplo, mas a intenção é permitir ao julgador transitar mais à vontade entre o espaço contido no interior do ponto, pois se está a decidir situações únicas e muito distintas entre si. Na verdade, essa margem de variação é indispensável à tarefa de julgar.

Porém, ainda assim, entende-se ser útil a utilização do critério aqui proposto, porque indicará com mais clareza o *quantum* da exasperação da pena-base fixada em razão da natureza e quantidade da droga, vedando-se a fixação de uma pena-base mínima a um crime que corresponda a um critério de classificação 2 ou 3, por exemplo – o qual, de acordo com o raciocínio aqui exposto, mereceria uma significativa exasperação, sem, entretanto, alcançar o maior aumento.

Ou seja, a classificação ora proposta tem a virtude de indicar parâmetros objetivos para a exasperação da pena-base, da pontuação mínima, que corresponde a (0), à máxima, que corresponde a (4).

Enfim, é um critério, um método que se propõe, por se terem verificado fundas disparidades em julgados de casos concretos muito parecidos, de forma a poder-se palpar a dificuldade em alcançar-se o equilíbrio na aplicação da pena-base segundo os critérios do artigo 42 da nova lei. As dificuldades apontadas têm, assim, uma interpretação razoável e uniforme, sobre um dos mais controvertidos artigos da lei, e uma proposta de solução de ordem prática, que visa a facilitar a aplicação do artigo.

3. Da aplicação da Causa Especial de Diminuição de Pena prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006

Outro ponto relevante que tem provocado relativa instabilidade na interpretação da nova Lei diz respeito à redução da pena em razão da causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da nova lei.

Veja-se como referido dispositivo legal está redigido:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desa-

cordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

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

Em princípio, a interpretação e a aplicação do parágrafo citado não ofereceriam maiores dificuldades; porém, têm-se verificado dissensões em razão da aplicação, por alguns Tribunais, do artigo 42 da mesma lei como critério de variação da causa especial de diminuição de pena aqui tratada.

De fato, apesar de o texto do artigo 42 da nova lei de drogas se referir apenas ao artigo 59 do Código Penal, algumas decisões judiciais têm estendido o critério da natureza e quantidade da droga quando da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Confira-se acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que bem apreciou a questão:

“PENAL: TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. LEI 11.343/06. AU-

TORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ESTADO DE NECESSIDADE AFASTADO. FALTA DE PROVAS. TRANSNACIONALIDADE COMPROVADA. RÉU QUE CARREGAVA A DROGA JUNTO AO SEU CORPO COM DESTINO A ÁFRICA. ART.14, DA LEI 9.807/99. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO. RECONHECIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º, DA LEI NOVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. I - Mesmo que o réu não declinasse a consciência da ilicitude e a voluntariedade de sua conduta o modus operandi, vale dizer, a forma como carregava a droga, envolta em 10 (dez) pacotes acomodados em uma espécie de collant junto a corpo, fornecem a certeza do dolo e a consciência da ilicitude referente a prática do tipo de tráfico de entorpecentes. II - O estado de necessidade, quer como causa de exclusão da ilicitude, quer como causa de diminuição da pena, só pode ser acolhido se fundado em prova cabal de sua ocorrência, o que inoocorreu in casu. III - Não há que se cogitar de perigo atual quando o crime é praticado visando o recebimento de determinada quantia em dinheiro para custear a subsistência de sua família, seja o pagamento de mensalidades escolares ou a realização de intervenção cirúrgica futura. IV - Mesmo não sendo a droga levada para fora do país, resta caracterizado o tráfico com o exterior por se tratar de delito de perigo, que não exige a efetiva saída ou entrada no território nacional. V - Inaplicável a benesse inculpada no art. 14, da Lei nº 9.807/99 ao caso ora sub judice. VI - O instituto da delação premiada subsume-se àquela informação do acusado que denote características pungentes, seguras, firmes e coesas, que conduzam, de fato, a identificar os demais co-autores ou partícipes do fato criminoso. VII - Não há subsunção da conduta ao parágrafo único do art.8º, da Lei nº 8.072/90, porque este textualmente remete o intérprete

à exigência de possibilidade de desmantelamento da quadrilha ou bando, o que efetivamente não se verificou nos autos. VIII - Condenação mantida. IX - Dosimetria da pena. X - O legislador não se utilizou de qualquer fator de discrimen para reconhecimento da confissão, razão pela qual não é dado ao intérprete fazê-lo ao impor condições não previstas na legislação. Precedentes desta 2ª Turma acerca da espontaneidade da confissão. **XI - Incabível a aplicação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, frente às circunstâncias que nortearam a prática delituosa, a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, bem como diante das declarações do réu, que seguramente transportava a droga por conta e ordem de organização criminosa, exercendo a função de “mula”.** XII - Recurso da defesa parcialmente provido, mantida a condenação do réu como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, reconhecida a atenuante do art. 65, III, do CP, e reduzida a pena para 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 504 (quinhentos e quatro) dias-multa, cada dia-multa fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao artigo 33, caput, c/c. artigo 40, inciso I, todos da Lei nº 11.343/06” (TRF da 3ª Região, Rel. Des. Cecília Mello, Segunda Turma, julgado em 13/05/2008 e publicado no DJF3 em 12/06/2008).

Diante do teor da decisão acima colacionada, inicialmente importa salientar que o benefício legal que se afigura no dispositivo em tela apresenta quatro requisitos cumulativos, quais sejam, que o agente “seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. O uso da conjunção ‘nem’ indica que o réu deve preencher todos os requisitos para se beneficiar da redução de pena; se um dos requisitos estiver ausente, não fará jus ao benefício.

Nesse sentido, observe-se:

“Para que o réu possa fazer jus à diminuição deverão estar presentes quatro requisitos cumulativos: a) agente primário, b) bons antecedentes, c) não dedicação a atividades criminosas, d) não integração de organização criminosa”⁷

Da análise do disposto no referido artigo depreende-se, de plano, que a presença dos requisitos nele elencados não pode servir para orientar a fixação do *quantum* da pena a ser reduzido, já que, consoante acima se asseverou, a existência de tais requisitos **é condição da própria aplicação** da pretendida diminuição.

Essa conclusão não poderia ser diversa, uma vez que todos os requisitos insculpidos no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06 para aferição da possibilidade de aplicação do benefício por ele instituído são de **constatação objetiva**.

Assim, a primariedade é um dado a ser concretamente aferido que não comporta qualquer dilação interpretativa: ou se é, ou não se é primário. Primário é, nesse sentido, o réu não reincidente, i.e., que nunca sofreu uma condenação penal transitada em julgado ou que, tendo sido condenado, volta a possuir tal qualidade pelo decurso do prazo previsto pelo art. 64, I do Código Penal (cinco anos após o cumprimento ou extinção da pena).

Da mesma forma, os bons antecedentes do réu também são aferidos de maneira concreta, mediante a verificação da existência de outros inquéritos ou processos criminais em andamento, ainda que sem trânsito em julgado⁸.

Ademais, no que refere à necessidade de o agente não se dedicar a atividades criminosas, esta pode ser verificada em relação a eventuais outras condutas delituosas praticadas pelo réu anteriormente ao fato pelo qual está sendo apenado.

Vale lembrar que a participação em crimes anteriores poderá ser aferida por qualquer meio de prova. E, ainda, cumpre salientar que, mesmo que referida participação não possa ser consi-

derada para a configuração dos maus antecedentes, poderá ser utilizada para caracterizar a “dedicação a atividades criminosas” a que se refere o §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Por seu turno, por integração a organização criminosa deve-se entender a participação estável do agente em grupo que se dedica habitualmente ao crime, com tarefas previamente determinadas para cada um dos seus integrantes, que, assim, convergem suas vontades para a concretização do objetivo criminoso.

A esse respeito, é mister salientar que, na grande maioria dos casos de tráfico internacional de drogas, existe mesmo uma organização que patrocina a empreitada criminosa, coordenando o trânsito das pessoas e drogas nas diferentes partes do país e até do mundo, praticando todas as condutas, inclusive outros crimes e atentados, visando a assegurar que os seus integrantes transitem incólumes em todos os lugares em que atuam. Ora, é evidente que será vedado aos integrantes de tais organizações o benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06.

Do acima exposto, verifica-se que a causa de diminuição de pena prevista por referido dispositivo da lei de drogas contempla as pessoas que incorreram na conduta delitativa por uma fraqueza passageira, i.e., indivíduos que não estão envolvidos de maneira estável com o mundo do crime, e em relação aos quais a lei confere um tratamento diferenciado.

Nesse sentido, como se tem dito, o artigo 33, §4º é aplicável às chamadas “mulas” ou traficantes de primeira viagem, desde que não integrem a organização criminosa, ou seja, que se apresentem mais como uma vítima das quadrilhas que tanto se busca combater do que como pró-ativos fomentadores de tão repudiada criminalidade, conforme será detalhadamente analisado no próximo tópico destes comentários.

A respeito do tema, confronte-se a lição de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas., op. cit., p. 97.

“Este parágrafo é inovação da nova Lei de Drogas. Ao mesmo tempo em que a nova Lei aumentou a pena base do delito previsto no art. 33, caput e §1º - que antes era de três anos e agora passou a ser de cinco anos –, previu uma causa de diminuição de pena para estes crimes, visando beneficiar aquele traficante que preencher os requisitos estipulados. Realmente, como aumentou a pena base do delito, poderia ser fonte de iniquidades aplicar a todo traficante no mínimo a pena de cinco anos de reclusão, principalmente para o traficante eventual. Assim, visando evitar uma padronização severa e com o intuito de diferenciar o grande do pequeno traficante, surgiu a nova causa de diminuição da pena”.⁹

Não é outro o posicionamento de César Dario Mariano da Silva e Pedro Ferreira Leite¹⁰:

“Logo após a publicação da nova lei antitóxicos algumas questões controversas começaram a surgir. Uma delas é sobre os parâmetros que devem ser observados por ocasião da aplicação da nova causa de diminuição de pena.

O § 4º do artigo 33 prevê a redução da pena dos crimes previstos no seu ‘caput’ e § 1º quando o agente for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Faltando qualquer um desses requisitos, a diminuição da pena, que pode ser de um sexto a dois terços, não deverá ser aplicada. Cuidase de dispositivo que visa beneficiar o pequeno e eventual traficante. O profissional do tráfico e o que teima em delinquir não merece atenuação da pena.

Presentes os requisitos previstos na norma a diminuição da pena é obrigatória, não ficando ao alvedrio do Juiz operar a redução ou não. Embora a norma empregue a expressão ‘as penas poderão ser reduzidas’, não se trata de atividade discricionária do Juízo, mas de direito subjetivo do acusado”.

Percebe-se, pois, que a aplicação do benefício insculpido na nova Lei de Drogas volta-se exclusivamente a critérios **pessoais** do agente, que caracterizem o grau de inserção deste na atividade criminosa que lhe é imputada e que se constituam elementos indicativos das razões que o levaram a incidir em tal conduta.

Desta feita, quanto mais distante da prática habitual do tráfico encontrar-se a conduta praticada pelo agente, maior deve ser a redução de sua pena por força da aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

É por tal razão, destarte, que se entende inviável, para a determinação da fração da redução da pena por força do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, o critério que atualmente vem sendo adotado em alguns Tribunais pátrios, qual seja, a verificação da **natureza e da quantidade da substância apreendida**, nos termos do art. 42 do mesmo diploma legal.

De fato, não é a grande quantidade ou a natureza nociva da droga que impedirá uma maior redução da pena, nos termos do §4º do art. 33, quando cabível por critérios pessoais do apenado. A análise de referidas circunstâncias deve ser reservada, pois, apenas para a majoração da **pena-base** a ser aplicada ao réu, observando-se que o artigo 42, antes estudado, faz expressa menção ao art. 59 do Código Penal.

Assim, embora grandes quantidades de drogas de alta potencialidade ofensiva sejam en-

⁸ A respeito do tema dos antecedentes criminais, reconhece-se que vem ganhando força, atualmente, o posicionamento seguido especialmente pelas Quinta e Sexta Turmas do E. Superior Tribunal Justiça no sentido de que apenas as condenações transitadas em julgado podem ser consideradas para o reconhecimento dos “maus antecedentes” ostentados pelo réu. Contudo, entende-se, com a devida vênia, que não é este o posicionamento mais adequado acerca da matéria, já que, para a análise dos antecedentes do acusado, imprescindível se faz o cotejo de todos os fatos de sua vida progressa, positivos e negativos – não se limita, destarte, à verificação da existência ou não de condenações anteriores transitadas em julgado. Somente assim se procede à adequada diferenciação entre os conceitos de “maus antecedentes” e “reincidência” – os quais, saliente-se, são tratados separadamente pela própria Lei nº 11.343/06, quando esta elenca como requisitos para a aplicação do benefício previsto §4º do art. 33 a primariedade e a inexistência de maus antecedentes.

⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas. op. cit., p. 97.

contradas, de regra, com agentes que regularmente se dedicam à atividade de tráfico e integram organizações criminosas, não é por meio desse critério que se deve calcular a redução, mas – reafirme-se – da análise das condições subjetivas do acusado.

Não se diga, aqui, que haveria *bis in idem* na consideração das qualidades subjetivas do apenado, como sua personalidade e culpabilidade, já mensuradas na aplicação da pena-base pelo artigo 59 do Código Penal. É que o grau de envolvimento do agente na prática do delito de tráfico de drogas, ou a sua maior ou menor inserção no mundo do crime não diz, necessariamente, com a sua personalidade ou culpabilidade, constituindo-se em circunstâncias a serem levadas em consideração apenas no momento da aplicação do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Assim, conclui-se que devem ser afastadas dos critérios norteadores da diminuição da pena com base no § 4º do artigo 33 da nova lei de drogas todas as considerações que refujam aos aspectos subjetivos do apenado, inclusive as referentes à natureza e quantidade da substância ou produto, personalidade e conduta social do agente, dispostas no artigo 42 da Lei.

Aliás, esse entendimento já foi esposado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão que segue adiante:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 5 ANOS DE RECLUSÃO. REDUÇÃO DA PENA COM BASE NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343.06. NEGATIVA FUNDADA NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (2,5 kg DE COCAÍNA) E NA TRANSMUNICIPALIDADE DO TRÁFICO. ILEGALIDADE. MOTIVAÇÃO QUE DEVE ESTAR VINCULADA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS INDICADAS NO DISPOSITIVO SUPRA. REEXAME

APROFUNDADO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE, NESTA VIA, DE VERIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS PERMISSIVOS DO BENEFÍCIO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, MAS APENAS PARA DETERMINAR AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE PROCEDA A NOVA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA REDUÇÃO ORA PLEITEADA.

1. O art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas) permite a redução da pena de 1/6 até 2/3 para o condenado por tráfico, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em penas restritivas de direito; dessa forma, preenchidos esses requisitos, descabe a negativa do benefício fundada em razões outras não elencadas no dispositivo legal supra.
2. **A quantidade de droga apreendida é insuficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto. Precedentes do STJ.**
3. A imediata redução da pena exigiria exame aprofundado do suporte fático da causa, medida vedada nesta estreita via mandamental.
4. Ordem parcialmente concedida, mas apenas para determinar ao Juízo de primeiro grau que proceda à nova análise da possibilidade de concessão da redução ora pleiteada, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário. (STJ, HC nº 102826/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 19/06/2008 e publicado no DJe em 18/08/2008)

¹⁰ DA SILVA, César Dário Mariano e LEITE NETO, Pedro Ferreira. Considerações sobre a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos – disponível em: http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2006/art33_par4.doc <Acessado em 13/12/2006>

São essas as razões pelas quais, em conclusão, como antes já afirmado, a aplicação do benefício do § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/2006 reclama apenas e exclusivamente critérios **pessoais** do réu, que revelem o envolvimento dele no mundo criminoso e, em particular, no delito que se lhe imputa, bem como demonstrem os motivos que o conduziram à prática delituosa.

4. Aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 às chamadas “mulas”

Como antes referido apenas superficialmente, outro ponto importante a ser destacado no estudo da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da nova lei diz respeito à situação das chamadas “mulas”, pessoas que são cooptadas pelas organizações criminosas para realizar o transporte das substâncias ou produtos ilícitos.

A dissensão gira em torno de saber-se se as chamadas “mulas” integram ou não as organizações criminosas, já que a sua participação no tráfico interliga quem remete a droga e quem a recebe – dessa forma, em tese a mula integraria a organização criminosa, circunstância essa que afastaria a possibilidade de aplicar-se a redução da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Por outro lado, há quem afirme que uma das principais aplicações da referida causa de diminuição de pena seria precisamente às mulas, pois estas seriam pessoas inexperientes, muitas vezes exploradas pelos traficantes, e que mereceriam o beneplácito judicial visando a conferir-lhes um tratamento mais benéfico.

A esse respeito, duas orientações jurisprudenciais são importantes para a análise da matéria, ambas, vale dizer, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conforme se verifica das ementas abaixo transcritas:

“PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRAFICO DE ENTORPECENTES.MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ESTADO DE NECESSIDADE EM DECOR-

RÊNCIA DE DIFICULDADES FINANCEIRAS NÃO CONFIGURADO. INTERNACIONALIDADE CARACTERIZADA. DOSIMETRIA DA PENA: QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISÇÃO QUE NÃO PODE REDUZIR A PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO “TRAFICANTE OCASIONAL”: INAPLICABILIDADE.DELAÇÃO PREMIADA: NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. Apelação da Defesa contra a sentença que condenou a ré à pena de cinco anos de reclusão, como incurso no artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006. 2. Materialidade comprovada pelo laudo de constatação os laudos definitivos, que confirmaram ser cocaína a substância transportada, com peso líquido de 7,525 Kg, e autoria demonstrada pela prisão em flagrante, pela confissão e demais provas constantes dos autos. 3. Estado de necessidade não configurado, pois a ré não comprovou a premência em salvar de perigo atual que não provocou por sua vontade, nem poderia evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. 4. Não se pode admitir que meras dificuldades financeiras justifiquem o cometimento do crime de tráfico de drogas, que tem por bem jurídico tutelado a saúde pública, e é de especial gravidade, tanto que equiparado a crime hediondo. 5. Transnacionalidade do tráfico comprovada, pois a ré foi surpreendida na fila de embarque para o exterior, portando bilhete aéreo com destino à Espanha, e a droga foi apreendida em sua bagagem. Configura-se a internacionalidade do tráfico quando o agente está transportando o entorpecente e prestes a sair do território nacional. 6. O objeto jurídico tutelado no crime de tráfico de entorpecente é a saúde pública e, portanto, quanto mais nociva a droga e maior a quantidade apreendida, maior o potencial lesivo e o perigo de dano

à saúde pública, a justificar uma maior reprovabilidade da conduta empreendida pela acusada e, conseqüentemente, a elevação da pena-base por ocasião da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. 7. A sentença apelada já reconheceu a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena-base ao mínimo legal, não havendo possibilidade de diminuição aquém do mínimo. Aplicação da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Dispõe o artigo §4º do artigo 33 sobre a possibilidade de redução da pena no crime de tráfico de drogas, de um sexto a dois terços, “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Tais requisitos são exigíveis cumulativamente, e portanto a ausência de qualquer deles implica na inexistência de direito ao benefício da diminuição da pena. **6. No caso dos autos, restou evidenciado que a ré agia como transportadora de expressiva quantidade de droga, destinada ao exterior. Agia, como se diz no jargão policial, como “mula”. Embora haja nos autos elementos para se concluir que a ré é primária e não ostente maus antecedentes, não faz jus ao benefício. 7. O §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 não deve ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas “mulas” do tráfico de drogas, porquanto tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade. 8. A atividade daquele que age como “mula”, transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função den-**

tro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização. 9. Ainda que se entenda que o traficante que atue como “mula” não integra a organização criminosa, senão que é apenas contratado por ela, o benefício não alcança àqueles que se dedicam à atividades criminosas, ou seja, aqueles que se ocupam do tráfico, como meio de subsistência, ainda que de forma não habitual. 10. No caso dos autos há elementos que permitem concluir que a ré se dedicava à atividades criminosas. A quantidade da droga apreendida, a remuneração pelo transporte, o tempo dedicado à viagem desde a origem até o destino, a inexistência de prova de ocupação lícita, todas essas circunstâncias conduzem à conclusão de que a ré se dedicava à atividades criminosas, e portanto não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06. Precedentes. 11. Com relação à delação premiada, nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, e especificamente quanto ao tráfico de drogas, de acordo com os §§ 2º e 3º do artigo 32 da Lei nº 10.409/2002, e artigo 41 da Lei nº 11.343/2006, para a concessão do favor legal faz-se imprescindível a eficácia da delação, com a indicação precisa de demais autores do crime aliada à efetiva facilitação ao desmantelamento da estrutura criminosa. Ainda que tenha a ré fornecido elementos concretos, que possibilitam o aprofundamento das investigações com relação à pessoa indicada, nada de efetivo foi apurado. 13. Havendo concurso de causas de aumento e de diminuição, devem ser aplicadas, umas sobre as outras, partindo-se da pena fixada na segunda fase da dosimetria. Se adotado esse critério, é indiferente a aplicação em primeiro lugar da causa de diminuição e depois a de aumento, ou de forma inversa (primeiramente o aumento e depois a di-

minuição), já que o resultado será o mesmo. 14. O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade em virtude de condenação por tráfico é o fechado, nos termos do disposto no artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei nº 11.464/07”

(TRF3, Apelação Criminal nº 2006.61.19.007743-0, Rel. Des. Márcio Mesquita, Primeira Turma, julgado em 29/04/08 e publicado no DJF3 em 21/07/08)

Diversamente, o mesmo Tribunal, por outra das suas Turmas, adota postura oposta, confira-se:

“PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, “CAPUT”, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE OU JUSTIFICANTE: AUSÊNCIA DE PROVAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA-BASE: ELEVAÇÃO: NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA: ART. 42 DA LEI 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE CONFIGURADA: DROGA EM VIAS DE EXPORTAÇÃO: DOSIMETRIA DA PENA: INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DE PENA DO ART. 40, I, DA NOVA LEI. ART. 33, § 4º: ÍNDICE DE REDUÇÃO VARIÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS: INAPLICABILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE. I - Comprovadas nos autos a materialidade e autoria do crime de tráfico transnacional de entorpecentes praticado pelo apelante, preso em flagrante na iminência de embarcar em vôo com destino a Lisboa/Portugal, trazendo consigo 1.352 g (mil e trezentos e cinquenta e duas gramas) de cocaína, em forma de pó impregnado em papelão. II - Para a configuração do estado de necessidade exculpante ou justificante, não se comprovou os requisitos previstos no art. 24, caput e § 2,

do CP. Ademais, ainda que comprovado, não justifica a conduta criminosa e não afasta a culpabilidade, pois existem outras maneiras lícitas de prover a subsistência, que não o cometimento de crimes. III - Condenação mantida. IV - Pena-base corretamente fixada acima do mínimo legal. Embora o réu seja primário e de bons antecedentes, o art. 42 da nova lei de drogas determina expressamente que o Juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta do agente. V - Além da quantidade e natureza da droga apreendida, devem ser consideradas outras circunstâncias, tais como a situação de miserabilidade, a baixa instrução e a pouca inserção no meio social, a condição de dependente, o desempenho de atividade lícita, a tenra ou avançada idade e tantas outras, que não restaram comprovadas. Assim, a redução máxima estaria reservada aos casos de tráfico eventual para usuários de pequenas quantidades de droga, nos casos em que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP são totalmente favoráveis ao réu. VI - Mantida a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei 11.343/2006 na fração de 1/6 (um sexto), pois comprovado que a droga estava em vias de exportação. VII - Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento de requisitos subjetivos. **Há indícios de que o apelante figurou, ainda que eventualmente, em uma organização criminosa, transportava razoável quantidade de droga, porém, é primário e de bons antecedentes. O objetivo da minorante é permitir ao julgador flexibilizar a aplicação e a individualização da pena, não sendo razoável tratar o traficante primário, ou mesmo as “mulas”, como no caso, com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais representantes do organismo cri-**

minoso. Assim, não merece a diminuição da pena no patamar máximo. Mantida a redução da pena em ½, totalizando quatro anos e oito meses de reclusão. VIII - Pena pecuniária mantida.

IX - Nos casos de tráfico de entorpecentes, não se aplica a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mormente no caso de réu estrangeiro, sem residência fixa ou atividade lícita no Brasil. Vedação expressa nos arts. 33, parágrafo 4º e 44, da Lei 11.343/06. Inconstitucionalidade inexistente, tendo em vista a necessidade social de conferir maior severidade a essa espécie de crime. X - Apelação a que se nega provimento”

(TRF3, Apelação Criminal nº 2007.61.19.007273-4, Rel. Des. Henrique Herkenhoff, Segunda Turma, julgado em 05/08/08 e publicado no DJF3 em 14/08/08)

Ora, para analisar-se adequadamente a questão ora enfocada, importa buscar-se o conceito de organização criminosa, para que se possa melhor avaliar se as chamadas “mulas” integram ou não as referidas organizações.

Cumpra, pois, lembrar que o Brasil, em 29 de maio de 2003, por meio do Decreto Legislativo nº 231, aprovou o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada nos Estados Unidos em 15 de novembro de 2000. O Poder Executivo brasileiro editou o Decreto 5.015/2004 que traz a Convenção supracitada em seu anexo.

No artigo 2º da Convenção, que cuida da terminologia, há expressa disposição a respeito do conceito de organização criminosa, conforme se vê do texto abaixo reproduzido:

Artigo 2 - Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma

ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

Pela disposição reproduzida, a organização criminosa é aquela formada por três ou mais pessoas que, por certo tempo, vêm atuando com a intenção de cometer infrações graves para obtenção de benefícios econômicos ou materiais.

Assim, pode-se concluir que as chamadas “mulas”, consideradas como as pessoas que são atraídas para transportar drogas, integram as organizações criminosas sempre que estiverem reunidas com outras pessoas há um certo tempo, para o fim do cometimento de crimes.

Por outro lado, quando cooptadas para transporte eventual da droga, não tendo relações com os integrantes da organização e até mesmo desconhecendo os meandros do envio da droga, sendo remuneradas com quantias insignificantes para a atividade, principalmente quando restar provado que são primárias, de bons antecedentes, não se poderá considerar que integram a organização criminosa.

A possibilidade de as “mulas” não integrem a organização criminosa, abre portas, conseqüentemente, para que se possa aplicar a causa especial de diminuição de pena disposta no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Deste modo, presentes os outros três requisitos autorizadores da aplicação da diminuição – quais sejam: ser o agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas – sempre que a atividade da “mula” for independente de sua participação em organização criminosa, poderá o magistrado, aplicando o dispositivo em análise, reduzir a pena inicialmente arbitrada.

Finalmente, conforme acima se salientou, tal causa de diminuição foi inserida pelo legislador no novel diploma exatamente para atuar nas hipóteses em que o agente não se mostra efetivamente inserido na prática delituosa. Destarte, tem-se dito rotineiramente em doutrina que o referido artigo 33, §4º é aplicável às “mulas” ou

traficantes de primeira viagem, desde que não integrem a organização criminosa, ou seja, que se apresentem mais como uma vítima das quadrilhas que tanto se busca combater do que como pró-ativos fomentadores de tão repudiada criminalidade.

5. Conclusão

É cediço que o presente estudo não tem a pretensão de uniformizar a aplicação, pelos órgãos judiciais pátrios, dos dispositivos constantes da Lei nº 11.343/06 – e, consoante acima salientado, tal intento nem se mostraria adequado, vez que necessária se faz a manutenção da discricionariedade conferida ao julgador para a fixação da pena a ser aplicada aos condenados pelo crime de tráfico de drogas.

No entanto, objetiva-se propor questionamentos para que determinadas interpretações hoje realizadas pelos juízes e tribunais pátrios sejam repensadas, de maneira a se assegurarem os intentos efetivamente visados pelo legislador quando da edição do novel diploma legal.

É esta, aliás, a função da doutrina: jamais impor posicionamentos estanques aos operadores do direito, mas fornecer balizas para que estes orientem seu trabalho em consonância com a função desempenhada pela lei – quer seja essa repressiva, quer seja premial. É dessa maneira, com efeito, que se permite a evolução do direito e sua constante adequação às inúmeras alterações sofridas diariamente pela sociedade.