

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**ARTHUR FRANCISCO CURCIO**

**O TRATAMENTO PENAL DO TRAFICO PRIVILEGIADO SEGUNDO O  
PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

**VOLTA REDONDA  
2018**

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**O TRATAMENTO PENAL DO TRAFICO PRIVILEGIADO SEGUNDO O  
PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito do UniFOA como requisito à  
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Arthur Francisco Curcio

Orientador:

Prof. Ricardo Fernandes Maia

**VOLTA REDONDA**

**2018**



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

O tratamento penal do tráfico de drogas privilegiado segundo o princípio da individualização da pena.

Elaborado por Arthur Francisco Curcio apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 5 de Novembro de 2018.

Banca Avaliadora:

Professor Orientador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter chegado até aqui, pois sem a fé não alcançamos o máximo em nossos objetivos.

Ao meu orientador por me amparar em todos os momentos em que me vi perdido e precisando de um caminho.

À minha família, em especial minha mãe, para quem sempre vou dedicar todas as minhas conquistas, pois foi peça fundamental para todo o meu desenvolvimento e contribuiu total e diretamente para a minha formação científica.

## RESUMO

A monografia tem por objetivo analisar os aspectos da execução dos condenados pelo crime de tráfico de drogas, e em especial, focando nos beneficiados pelo parágrafo 4º do artigo 33 do Código Penal vigente, apontando os possíveis defeitos na execução da lei, onde ainda há diversos parâmetros fundamentais a serem analisados, para que haja uma implementação realmente efetiva desta lei no ordenamento. Olhando vagamente pelos aspectos sociais, este trabalho tem o objetivo de trazer um novo olhar para este artigo, onde pode haver uma ausência do poder público na questão da inobservância de algumas imperfeições técnicas desta norma penal. Uma análise detalhada sobre esta norma pode apresentar claramente imperfeições em sua aplicabilidade e possíveis falhas que isto acarretará em todo o meio social envolvido.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana; Pena Privativa de Liberdade; Sistema Prisional; Ressocialização.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>06</b>
<b>2 O TRATAMENTO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS NA LEI 11.343/06.....</b>	<b>08</b>
<b>2.1 Análise Minuciosa do Art.33 Caput.....</b>	<b>09</b>
<b>2.2 Outras Condutas Típicas Previstas na Lei 11.343/06.....</b>	<b>12</b>
<b>3 AS CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA NA LEI 11.343/06.....</b>	<b>14</b>
<b>4 IMPERFEIÇÃO TÉCNICA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.....</b>	<b>17</b>
<b>5 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....</b>	<b>21</b>
<b>5.1 Destinatário.....</b>	<b>23</b>
<b>5.2 Requisitos.....</b>	<b>23</b>
<b>5.3 Não Equiparação a Crime Hediondo.....</b>	<b>23</b>
<b>5.4 Obrigatoriedade da Diminuição.....</b>	<b>25</b>
<b>5.5 Critério Para a Diminuição.....</b>	<b>25</b>
<b>5.6 Quantidade de Droga Apreendida Não é Requisito Para a Incidência da Diminuição.....</b>	<b>26</b>
<b>5.7 Prática do Crime nas Dependências de Estabelecimento Prisional Não Pode Ser Critério Para a Diminuição.....</b>	<b>28</b>
<b>5.8 Inquéritos Policiais ou Ações Penais Em Curso Podem Ser Utilizadas Para Afastar a Aplicação Do Privilégio.....</b>	<b>28</b>
<b>6 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....</b>	<b>30</b>
<b>6.1 O princípio da subsidiariedade ou do caráter residual do Direito Penal.....</b>	<b>31</b>
<b>6.2 O princípio da fragmentariedade ou do caráter fragmentário do Direito Penal.....</b>	<b>31</b>

<b>6.3 Intervenção mínima e criminologia: as quatro vertentes criminológicas do princípio da intervenção mínima.....</b>	<b>32</b>
<b>6.4 Intervenção mínima e contravenções penais.....</b>	<b>33</b>
<b>6.5 Princípio da intervenção mínima e o Direito Penal Mínimo: a descriminalização, despenalização e a diversificação.....</b>	<b>35</b>
<b>6.6 Princípio da intervenção mínima e o combate diário contra os meios massivos de comunicação.....</b>	<b>35</b>
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>38</b>
<b>8 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>42</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia visa elucidar se o tráfico de drogas privilegiadas, previstas no art. 33, p. 4º do atual Código Penal, deve ser considerado crime equiparado a hediondo ou não, pois a omissão do legislador tem trazido insegurança jurídica na doutrina no trato com o tema, sendo que os tribunais também vêm oscilando nas suas decisões, inclusive com pendência no Supremo Tribunal Federal que aguarda manifestação do plenário.

A importância do tema decorre do fato de que ao se optar por considerar o crime de tráfico de drogas na sua modalidade privilegiada equiparada a hediondo, haverá reflexo em vários institutos da execução penal, tais como prazo para progressão de regime prisional, concessão de indulto, anistia, graça, fiança, além de reflexo no livramento condicional.

Assim, como objetivo geral, pretende-se analisar o p. 4º, do art. 33 da Lei de Drogas, Lei n. 11.343/2006, bem como as disposições da Lei n. 8.072/90 que equipara o tráfico de drogas aos crimes hediondos. E como objetivo específico analisar, discorrer, pontuar o conteúdo das normas, indicando quais os requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado, verificando ainda as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, visando chegar a uma conclusão que possa dar segurança jurídica sobre o tema.

Diante de um estudo de caso analisado, percebe-se que um pequeno detalhe de um artigo pode influenciar completamente no resultado no momento da aplicação prática desta mesma norma. A falta da repressão por uma quantidade maior de droga, e a dificuldade em identificar a ligação ou não daquele sujeito com o crime organizado, pode, e muito, prejudicar o julgamento daquele que analisa o caso. Não há como identificar facilmente se um indivíduo que não tem registros é ou não integrante de uma organização criminosa, apenas por não conter registros sobre delitos anteriores.

Diante de uma dificuldade em identificar o criminoso como integrante ou não de facção criminosa, se ignoram diversos aspectos legais da aplicação das normas

penais, causando uma insegurança social, e uma espécie de empresa de contratação de réus primários, para que sejam usadas as suas primariedades como livramento para um crime considerado hediondo, normalmente, perdendo o seu carácter punitivo completamente, e de certa forma, favorecendo o traficante e facilitando a continuidade da conduta criminosa.

Procuró com esta monografia conseguir apontar claramente a falha nesta lei, e a necessidade evidente de uma reforma neste artigo, impondo maiores restrições para este livramento, assim contribuindo para uma segurança social para o cidadão de bem.

## 2 O TRATAMENTO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS NA LEI 11.343\06

Para falar sobre o tema abordado nesta monografia, começaremos primeiro com um estudo do tráfico de drogas elencado no caput do artigo 33 da lei 11.343\06, o qual se refere à configuração penal do que se considera tráfico de drogas para o nosso ordenamento jurídico atual.

Primeiramente vamos esclarecer o que é droga. A nova lei substituiu a expressão substância entorpecente por droga, pois esta expressão se encontrava muito limitada, se referindo apenas a uma das espécies de droga. Temos basicamente três espécies de droga, as quais, a seguir, descrevem-se.

Psicolépticas são as entorpecentes, que causam sono, torpor, por exemplo, os anestésicos, barbitúricos. Psicoanalepticos são os estimulantes, as anfetaminas, a cocaína. Psicodislépticas são os alucinógenos, por exemplo, LSD (droga com propriedades alucinógenas que provém do ácido lisérgico) (SERVIÇO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, portaria 344\98).

Então, como podemos concluir, a nova lei corrigiu esta definição abrangendo desta forma todos os tipos de drogas.

Para melhor definir este tema, está descrito no artigo 1º em seu parágrafo único da lei 11.343\06, o que é a droga para o nosso legislador:

Parágrafo único: Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Para ser considerada droga, devem-se preencher dois requisitos, que são: Conter principio ativo (capacidade para causar dependência física ou psíquica), e constar de uma lista legal ou regulamentar em que são enumeradas as substancia consideradas droga. Desta forma, não adianta ter aptidão para causar dependência física ou psíquica, e não constar na lista. Esta lista hoje é uma portaria do serviço de

vigilância sanitária do ministério da saúde (SERVIÇO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, portaria 344\98)

Preenchidos os dois requisitos, pode-se concluir então que é droga. Faltando um ou outro não é considerada droga. A relação é totalmente taxativa, *numerusclausus*, não se admitindo analogia nem interpretação extensiva.

Agora que já esclarecemos a forma como o nosso ordenamento entende o que seria droga e o que leva uma substância a ser considerada desta forma, vamos olhar as condutas descritas no tipo penal, que são consideradas puníveis com o crime de tráfico de drogas.

## 2.1 Análise Minuciosa do Art.33 Caput

Vamos analisar o artigo 33 caput da lei 11.343\06 minuciosamente, para descrever todas as condutas que o agente pode vir a cometer, e configurar a sua atitude como tráfico de drogas.

O tipo penal do art.33 da Lei 11.343/06, apresenta dezoito verbos (importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar e entregar), modalidade de tipo misto alternativo, hipótese em que, a prática de mais de uma conduta, não implica concurso de crimes, mas um único delito.

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I — importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

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

III — utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se

utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

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

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

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

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

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

Em sede de nova lei de drogas, mantendo-se o que já ocorria na vigência da lei 6368/76, é hipótese de Norma penal em branco, implicando em aplicação de norma complementadora, *in casu*, heterogênea, cuja dicção defina as drogas desautorizadas ou em desacordo com determinação legal, assim especificada relacionadas em listas atualizadas pelo Poder Executivo da União. Cabe ao Ministério da Saúde, por consequência, publicar periodicamente listas atualizadas sobre as substâncias e produtos considerados drogas.

O elemento normativo se depreende da expressão "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar" e, o Elemento subjetivo é o dolo (GRECO FILHO, 2010, p. 193).

O momento consumativo ocorre com a prática de qualquer das ações constantes da figura típica, independentemente de qualquer outro resultado. Importante notar que, dentre os dezoito núcleos integrantes do art. 33, há aqueles que constituem crimes instantâneos (adquirir, fornecer, vender etc.) e outras que constituem crimes permanentes (ter em depósito, guardar, expor à venda etc.) A importância da identificação da referida classificação remete ao tema tentativa, porque admitida nos crimes instantâneos, não nos permanentes.

A jurisprudência e a doutrina predominantes não admitem a tentativa de tráfico de entorpecente. Evidenciado o começo de execução já se tem o crime por consumado. Isto porque o delito em questão constitui-se de ações múltiplas, bastando, para sua configuração, que a conduta do agente seja subsumida numa das ações expressas pelos verbos empregados no art. 33da Lei n. 11.343\06, o que afasta a tentativa. Ademais, neste tipo de crime, o bem jurídico tutelado é a saúde

pública, cujo objetivo da lei é evitar o dano para a saúde, que o uso das drogas causa, sendo prescindível a ocorrência efetiva do dano, para a configuração do delito, o que afasta a admissibilidade do '*conatus*' (tentativa que corresponde a uma espécie de crime em que o sujeito ativo não consegue atingir a consumação por motivos que não habitam a sua linha de atuação).

O § 1º do artigo 33 coleciona as várias figuras equiparadas ao crime de tráfico, cujas condutas, desde que praticadas "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar", ensejarão a cominação da mesma punição. As figuras previstas no inciso indicativas de tipo misto alternativo, têm como objeto material "matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas". Conforme preleciona o doutrinador Vicente Greco Filho:

'matéria-prima' é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes ou drogas que causem dependência física ou psíquica. Não há necessidade de que as matérias-primas tenham já de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos: basta que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição, e outras, resultarem em entorpecentes ou drogas análogas.

Conforme descreve o art. 28, § 1, o legislador equipara à posse para consumo pessoal, à sementeira, cultivo ou colheita de plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Caso a sementeira, o cultivo e a colheita não sejam para consumo pessoal, estará caracterizada a figura do tráfico de drogas.

A análise da nova lei de drogas, no que concerne às condutas induzir, instigar e auxiliar, em comparação ao tratamento dado pela revogada, na lição de Andreucci:

Pela redação do antigo art. 12 ("induzir, instigar ou auxiliar a usar"), o tipo exigia, para sua consumação, o efetivo uso da droga pelo sujeito passivo. Já no novo dispositivo, o verbo "usar" foi substituído pela expressão "aousar", de forma que o delito se consuma com o simples auxílio moral ou material, independentemente do uso da droga pela vítima. A consumação é antecipada à simples conduta do agente, dispensando um resultado naturalístico. Induzir significa criar um propósito inexistente. Instigar significa reforçar propósito já existente. Auxiliar e fornecer meios materiais, no caso, para o consumo de drogas." O inciso III do art. 33 pune a conduta daquele que 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, para o tráfico ilícito de drogas.

## 2.2 Outras Condutas Típicas Previstas na Lei 11.343/06

Podemos dizer que uma das principais inovações trazidas por esta Lei, são as mudanças no tratamento penal do usuário, e do dependente de drogas, passando a vê-los como indivíduos doentes e que necessitam de cuidados especiais, não como criminosos que devem ser tratados com maior rigor pela Lei.

O fato de ter sido retirada a pena de prisão para estes casos, não quer dizer que esta conduta foi abolida, mas sim que esta recebeu apenas uma "penalização" mais branda, porém continua sendo considerada ilícita.

Esta previsto também no artigo 28 deste diploma legal, uma mudança que prevê medidas socioeducativas para aqueles que forem pegos com drogas para consumo pessoal. Correspondente ao artigo 16 da Lei anterior, foram acrescentadas duas novas condutas passíveis de serem praticadas, sendo estas "tiver em depósito" e "transportar", desde que seja para consumo pessoal.

Pautado nos ensinamentos de Ricardo Rodrigues Gama:

"Não faz parte do tipo penal o fato de a pessoa "usar a droga", mas as condutas periféricas ao consumo como adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo "(GAMA, 2006. p. 50).

Diante deste fato, resta o entendimento de que o agente somente será punido pela conduta se este for detido portando a droga, não fazendo parte do tipo penal o fato deste consumir a droga, mas todos os outros fatores que envolvem este ato.

Valido salientar a expressa proibição da prisão em flagrante, sendo encaminhada a autoridade competente para que seja lavrado um Termo Circunstanciado.

Leciona Freitas Junior sobre o assunto:

A vedação da prisão em flagrante é absoluta, não estando condicionada a aceitação do agente em cooperar com a justiça. Não será possível a prisão em flagrante, assim nem mesmo se houver recusa do agente em comparecer em juízo. Obvio, contudo, que caso o agente pratique o crime previsto no artigo 28, em concurso com qualquer conduta dentre aquelas previstas nos artigos 33 a 37, caberá a sua prisão em flagrante, prosseguindo-se o feito nos termos do disposto no art. 50 e seguintes desta Lei (FREITAS JR, 2006, p. 101-102).

Sobre a causa de diminuição de pena, inserta no parágrafo 4º do art. 33, o qual motiva tal estudo, preleciona Andreucci:

Para que o agente obtenha a redução de pena, deve satisfazer os seguintes requisitos:

- a) ser primário;
- b) possuir bons antecedentes;
- c) não se dedicar às atividades criminosas ;
- d) não integrar organização criminosa.

É de se observar que as cláusulas negativas destacadas nas letras c e d objetivam o favorecimento do agente. Ao Ministério Público caberá a prova das referidas cláusulas, visto que, sem essa prova, a aplicação da diminuição será inafastável, porque satisfeitos os demais requisitos legais.

Sobre a quantidade de droga e a caracterização de tráfico, eis o posicionamento dos tribunais:

A grande quantidade de drogas apreendida pode e deve ser utilizada nado simetria" (STJ — HC 11.235 — Rei. Min. José Arnaldo da Fonseca— j.16-3-2000).

Em tema de comércio clandestino de entorpecentes, o tráfico não pode ser presumido tão só com arrimo na quantidade da substância apreendida, pois uma pequena quantidade pode ser saldo de uma grande, enquanto que uma razoável quantidade, para uso próprio, não admite a presunção do desígnio mercantilista, que exige pelo menos uma razoável evidência de habitualidade (TACrim —JT ACrim, 51/203).

Para se identificar o traficante e distingui-lo do usuário, não é só o problema da quantidade que se deve levar em conta. Os próprios traficantes raramente são encontrados com grande quantidade de tóxico, pois se de um lado não pretendem correr o risco de perder tudo numa investida policial, de outro, a pequena quantidade pode prestar-se a vendas a varejo e mesmo à dissimulação do característico de mercancia" (TA Crim — JT ACrim , 49/330).

### 3 AS CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA NA LEI 11.343/06

Com o surgimento da lei 11.343/06, conhecida também como Lei Antidrogas, vieram juntamente outras novidades quanto às causas de diminuição de pena.

Com a presente Lei, aos agentes que forem considerados como traficantes, ou ainda a delitos a este equiparado, caberá causa de diminuição de pena caso o referido seja réu primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividade criminosas e nem integre a organização criminosa.

Entretanto, para que o agente receba tal benefício, não poderá este se enquadrar apenas em um destes requisitos, mas sim em todas as condições descritas no artigo, pois há uma descrição condicional neste, desde que, não sendo aceitável entendimento diverso.

É essencial que o agente seja réu primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre a organização criminosa, para que o mesmo receba a concessão do benefício.

Quando o legislador se refere à dedicação às atividades criminosas, quer dizer que esta não necessariamente deverá ser exclusiva, em tempo integral e de participação máxima, ou seja, poderá ser concorrente a outras atividades ilícitas, parcial e de mínima participação.

Arredondando o conceito sobre os requisitos às causas de diminuição de pena, Flavio Gomes em sua obra, cita um grande exemplo dos ilustres doutrinadores Andreu Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

Caso o agente seja detido após montar um laboratório clandestino de drogas, mas antes de praticar qualquer conduta prevista no artigo 33, caput, sua pena mínima será de três anos. Por outro lado, caso sua prisão ocorra após ter efetivamente colocado o laboratório em funcionamento, sua pena mínima, caso preencha os requisitos do p 4º do artigo 33, poderá ser de um ano a oito meses!Veja que para a conduta menos grave há a possibilidade de aplicar pena mais gravosa, e clara afronta ao princípio da isonomia. O interprete deve ser convoca para resolver esse impasse. A única solução será a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, p 4º, também sobre a pena do artigo 34, incidindo a causa de redução de pena de um sexto a dois terços sobre a pena de três anos (GOMES, 2007, p. 203).

Ao abordar o assunto, Greco Filho leciona:

“Na prática, então, a pena na verdade não será, por exemplo, no caput, de cinco a quinze anos, mas de um sexo a dois terços menores, a não ser que se traga aos autos provas da reincidência, dos maus antecedentes ou de que o agente se dedique a atividade criminosa ou integre organização criminosa” (GRECO FILHO, 2008, p. 107).

Outrora, em determinados casos, a verificação será de comprovação simplificada, vez que a venda de drogas geralmente é realizada de repetitivamente e a inúmeros consumidores. Desta forma, o agente quando preso terá em seu poder drogas e dinheiro, ficando então comprovado sua dedicação quanto mais às atividades criminosas.

A intenção desta medida é afastar, brevar o envolvimento do agente com o mundo do crime, contudo, mesmo que o agente possua os requisitos acima mencionados possibilitando a diminuição de pena, pode este ter sua pena aumentada de um sexto a dois terços conforme dispõe o artigo 40 deste mesmo diploma legal:

Art 40 – As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I – a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II – o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV – o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI – sua prática envolver ou visar a atingir crianças ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII -o agente financiar ou custear a prática do crime.

Podemos então concluir que quanto maior for a aglomeração de pessoas, o que facilita a distribuição da droga, estará justificado o aumento de pena, ou seja, nos locais onde há um número maior de pessoas, mais fácil será para o agente comercializar este produto, sendo também maior o potencial lesivo perante toda a sociedade.

#### 4 IMPERFEIÇÃO TÉCNICA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

O Art. 5º Inciso 43 da Constituição equiparou o tráfico de drogas aos crimes hediondos determinando que a tortura, o terrorismo e os crimes que vierem a ser considerados por lei como hediondos são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto e inafiançáveis, conferindo a estes delitos o patamar de idêntica gravidade.

“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 (BRASIL, 1988).

Veio a lei dos crimes hediondos, estabelecendo uma série de tratamentos mais severos a esses crimes (tráfico, terrorismo, tortura e crimes definidos como hediondos).

Em 2006 a lei 11.434 passou a redefinir o tráfico de drogas. No art. 33, o tráfico de drogas foi estabelecido como crime com pena de 5 a 15 anos de reclusão e multa de 500 a 1500 dias multa. No parágrafo 4º do art. 33 foi estabelecida a figura do tráfico privilegiado. Se o traficante for primário e não integrar organização criminosa a pena pode ser reduzida de 1\6 a 2\3.

Há atualmente várias opiniões sobre a validade constitucional desta norma ou até mesmo os resultados sociais causados pela sua aplicação, mantendo uma divergência quase que absoluta entre os doutrinadores desta matéria.

Como o nosso objetivo nesta monografia é desclassificar esta norma, começaremos um estudo comparativo entre os doutrinadores que são a favor, e seus motivos, e os que são contra, também abordando a sua motivação para tal posicionamento.

De acordo com a opinião de Fernando Capez, é por meio do pequeno traficante que as organizações criminosas espalham, disseminam a distribuição de drogas, principalmente na porta de escolas. Estes traficantes, salvaguardados pelo parágrafo 4º da lei 11.343/06, se valem de pessoas necessitadas e de pouca

instrução, para usar sua primariedade até que a percam em função dos serviços prestados às organizações criminosas (CAPEZ, 2017).

Também porque a primariedade é tratada por este parágrafo 4º como se fosse uma CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA “se o traficante for primário e não integrar organização criminosa, a pena será reduzida de 1\6 a 2\3. A primariedade é Circunstancia Atenuante Genérica, não é Causa de Diminuição de Pena, não diminui a pena em proporções fixas 1\6, 1\3, metade, 2\3, e não pode fazer com que a pena fique abaixo do mínimo (súmula 231 STJ “ A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal).

Aqui temos uma atenuante, que faz com que a pena fique abaixo do mínimo e é tratada como causa de diminuição de pena.

De acordo com a opinião de Fernando Capez (2017) além da inconveniência no tratamento por medida de política criminal, porque as organizações criminosas se servem destes pequenos traficantes pra distribuir a droga, tem a questão técnica de não se equiparar uma circunstância atenuante à uma causa de diminuição de pena.

O requisito de não se dedicar a uma organização criminosa é muito relativo, pois ninguém tem carteirinha de sócio de organização criminosa, sendo muito difícil fazer a prova de que ele pertence a essa organização num flagrante de tráfico de um réu primário. Por esta razão essa figura acaba privilegiando muitas vezes membros de organizações criminosas recrutados para distribuir a droga até serem pegos e perderem a primariedade.

De qualquer forma, o STF entendeu que não era inconstitucional o dispositivo, e estávamos convivendo com o art. 33 caput (tráfico comum) e art. 33 parágrafo 4 (tráfico privilegiado)

Primeiramente, O tráfico privilegiado também se equipara aos crimes hediondos da mesma maneira que o tráfico comum e tem todas aquelas medidas? Começa a cumprir a pena obrigatoriamente em regime fechado, progressão de regime só após o cumprimento de 2\5 da pena se primário e 3\5 se reincidente, livramento condicional após o cumprimento de 2\3 da pena art. 44 da lei de drogas.

Indulto proibido expressamente pela lei dos crimes hediondos. O tratamento é o mesmo, seja o art. 33 caput, seja o tráfico privilegiado no parágrafo 4º?

Para o STJ sim, sumula 512 STJ, o tráfico privilegiado também é considerado tráfico de drogas para fins de sua equiparação com os crimes hediondos e para fins de aplicação da lei dos crimes hediondos.

Isso mudou, acompanhando entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), estabeleceu que o tráfico privilegiado de drogas não constitui crime de natureza hedionda. A nova tese foi adotada de forma unânime durante o julgamento de questão de ordem. Com o realinhamento da posição jurisprudencial, o colegiado decidiu cancelar a Sumula 512.

No dia 23\06\2016 o STF, aplicando o princípio da proporcionalidade, por maioria de votos decidiu : o legislador não pode equiparar uma figura como o tráfico privilegiado aos crimes hediondos, portanto, o tráfico privilegiado não está sujeito aos efeitos mais severos da lei dos crimes HEDIONDOS, sendo somente o tráfico previsto do art. 33 caput que se equipara a lei dos crimes hediondos (Lei 8072\1990).

Assim, esta figura do tráfico privilegiado, além de permitir a redução de pena de 1\6 à 2\3, permite a progressão de regime após o cumprimento de apenas 1\6 e não 2\5 da pena. Permite a concessão de indulto e não está sujeito a exigência do cumprimento de 2\3 da pena para livramento condicional, merecendo um tratamento bem mais brando.

O presidente do STF Ministro Ricardo Levandovski argumentou na sua decisão que 63% das mulheres estão cumprindo pena por tráfico privilegiado no nosso sistema e 28% do total também. Isso vai permitir, por uma medida de boa política criminal, que haja uma redução da superlotação por criminosos que necessariamente não apresentam grande perigo.

Nas palavras de Fernando Capez (2017), o parágrafo 4º do art. 33 nem deveria existir, porque na verdade pode servir de escudo protetor para que as organizações criminosas recrutem traficantes primários que distribuam pequenas

quantidades, e, além disso, incorre em seria imperfeição técnica ao tratar a primariedade (circunstancia atenuante genérica), como causa de diminuição de pena.

## 5 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Agora começaremos a olhar para um dos fatores que mais incidem sobre esta monografia, sendo basicamente o princípio basilar para o doutrinador ao compreender a não efetividade da lei de crimes hediondos sobre o parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Este é o princípio que garante que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que estes tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

A fundamentação legal do princípio em questão se encontra em diplomas legais e tem base na constituição, com fulcro no art. 5º, XLVI.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Outra abordagem deste mesmo princípio se vê no art. 5º da LEP, onde o doutrinador coloca:

“Art.5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”

Neste mesmo diploma, em seu art. 8º, se elucida como deverá ser feita a análise do cumprimento da pena do condenado:

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Já em seu art. 41, XII, define o tratamento do preso, mais uma vez falando da individualização da pena:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Como se ainda não fosse suficiente, vemos novamente o princípio da individualização da pena neste mesmo diploma legal, onde o legislador coloca em seu artigo 92, parágrafo único, b):

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

a) a seleção adequada dos presos;

b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

Não obstante à todas as previsões deste princípio até então, deste ainda consta no Código Penal em seu art. 34:

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Logo se percebe, ante todas as diversas abordagens deste princípio, inclusive previsão constitucional do mesmo, que em todos os casos, independente da conduta ser a mesma, incidir sobre o mesmo crime, até mesmo tendo as mesmas especificações de prática, cada acusado deve ter um julgamento e um tratamento individualizado, se baseando na pessoa, não na conduta propriamente dita.

### **5.1 Destinatário**

Esta causa de diminuição de pena destina-se ao traficante eventual, e não ao profissional. O legislador teve o cuidado de diferenciar a pessoa que pratica o tráfico de drogas eventualmente daquela pessoa que pratica o tráfico de drogas de forma reiterada, fazendo dessa atividade ilícita o seu meio de vida. Para essa pessoa, que eventualmente praticou o tráfico de drogas, o legislador permitiu a incidência dessa causa de diminuição, deixando claro e evidente em seus requisitos que não se trata de alguém que se dedique as atividades criminosas ou que faça parte de uma organização criminosa. Note-se que o agente deve ser primário e ter bons antecedentes, condições que comprovam ter o agente praticado a conduta de forma eventual.

### **5.2 Requisitos**

São 4 requisitos: 1. Primariedade do agente; 2. Bons antecedentes; 3. Não se dedicar às atividades criminosas; 4. Não integrar organização criminosa. Os requisitos são cumulativos. A ausência de qualquer deles impede a aplicação da causa de diminuição de pena.

### **5.3 Não equiparação a crime hediondo**

De acordo com o STF e o STJ, o tráfico privilegiado não é crime equiparado a hediondo, por haver incompatibilidade entre o privilegio do tráfico, com o tratamento distinto conferido pelo legislador, e a natureza hedionda do delito. Com efeito, a possibilidade de redução da pena traduz um menos juízo de reprovabilidade pessoal sobre o agente que é condenado pelo delito de tráfico privilegiado. Por questões de política criminal, o fato de o agente ser primário, ter bons antecedentes, não se

dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa permite ao Juiz analisar as condições e as realidades individuais de cada autor, de forma a permitir uma maior flexibilidade na gestão da política de drogas. Portanto, as normas contidas na lei de crimes hediondos não são aplicáveis ao tráfico privilegiado.

Note-se que a sumula n<sup>o</sup> 512 do STJ (que dizia que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, em seu parágrafo 4<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 11.343/06 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas) foram canceladas.

### **Tráfico privilegiado e crime hediondo**

O crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4<sup>o</sup>, Lei 11.343/2006. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, concedeu a ordem de “habeas corpus” para afastar a natureza hedionda de tal delito. No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1<sup>o</sup> grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez, o que impediria a concessão dos referidos benefícios — v. Informativos 791 e 828. O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, “caput” e § 1<sup>o</sup>, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal.  
HC 118533/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 23.6.2016. (HC-118533)

### **Tráfico privilegiado e crime hediondo**

A Corte observou que, no caso do tráfico privilegiado, a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstrariam o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição dessas pessoas. Não se poderia, portanto, cancelar-se a hediondez a essas condutas, por exemplo. Assim, a imposição de pena não deveria estar sempre tão atrelada ao grau de censura constante da cominação abstrata dos tipos penais. O juiz deveria ter a possibilidade de exame quanto à adequação da sanção imposta e o respectivo regime de cumprimento, a partir do exame das características específicas na execução de determinados fatos, cujo contexto em que praticados apresentasse variantes socialmente relevantes em relação ao

juízo abstrato de censura cominada na regra geral. De outro lado, o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 mereceria crítica na medida em que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Assentou, ainda, que a etiologia do crime privilegiado seria incompatível com a natureza hedionda. Além disso, os Decretos 6.706/2008 e 7.049/2009 beneficiaram com indulto os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado, a demonstrar inclinação no sentido de que esse delito não seria hediondo. Demais disso, cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não seria equiparado a hediondo. Dessa forma, afirmar que o tráfico minorado fosse considerado hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual, a escancarar que tal inferência consubstanciaria violação aos limites que regem a edição legislativa penal. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que denegavam o “writ”. Reajustaram os votos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber.

HC 118533/MS, rel. Min. CármenLúcia, 23.6.2016. (HC-118533)

#### 5.4 Obrigatoriedade da diminuição

Preenchidos os requisitos legais, a diminuição da pena torna-se um direito subjetivo do réu. Esta pode variar de um sexto a dois terços.

#### 5.5 Critério para a diminuição

Embora o legislador tenha trazido a possibilidade de diminuição de pena, este não estabeleceu qual deveria ser o critério de definição do quantum a diminuir entre o mínimo de um sexto e o máximo de dois terços. Em razão da falta do estabelecimento de um critério pelo legislador, a conclusão é de que o juiz deve utilizar o art. 59 do Código Penal.

**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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

**I** - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

**II** - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

**III** - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

**IV** - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

### **5.6 Quantidade de droga apreendida não e requisito para a incidência da diminuição**

Os requisitos para a incidência da diminuição estão previstos de forma exaustiva no parágrafo 4º do art. 33 da presente lei. Assim, o juiz não pode considerar como requisito nenhum outro critério para a incidência do privilegio, como a quantidade de droga apreendida. A quantidade de droga é levada em consideração na fixação da pena-base, conforme dispõe o art. 42 da lei, não podendo ser utilizada como requisito para negar a aplicação do parágrafo 4º.

Também não pode, a quantidade de droga apreendida ser critério para a determinação do quantum de diminuição. Isso porque a quantidade de droga já é considerada no momento da fixação da pena-base, conforme determina o art. 42 da lei. Caso o juiz utilizasse esse critério para também determinar o quantum de diminuição da pena, haveria bis in idem.

Portanto, ou a quantidade de droga incide na pena-base, ou incide como critério de definição da fração a incidir (um sexto a dois terços). O mais correto seria a quantidade de droga incidir na pena-base, por força do mandamento legal contido no art. 42 da lei.

Vejamos a seguir dois julgamentos, um do STF e outro do STJ para melhor compreensão do que foi elucidado acima:

STF.  
HABEAS CORPUS. PENAL. TRAFICO DE DROGAS. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA SOMENTE NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, PARAGRAFO 4º, DA LEI 11.343/06. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE RECLUSÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CUMPREIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, I, DO CP. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, “o juiz na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substancia ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substancia ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser

imposta na terceira etapa da dosimetria ( P. 4º do art. 33 da Lei 11.343/06). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto. 2. No caso, a natureza da droga apreendida foi utilizada somente na terceira etapa da dosimetria, ou seja, para fixar o fator de redução da causa de diminuição do art. 33 P. 4º da Lei 11.343/06 na fração de 1/6, não havendo, portanto, violação ao princípio do bis in idem. Ademais, aplicar qualquer fração de diminuição diversa daquela imposta pelas instâncias ordinárias demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus. 3. Não é viável proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, pois a pena imposta ao paciente – quatro anos e dois meses de reclusão – afasta o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. 4. Ordem denegada. **(HC 109193, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013).**

STJ

PENAL. (...) TRAFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MINIMO LEGAL COM BASE NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO = FUNDAMENTO TAMBEM UTILIZADO NA TERCEIRA FASE DO CALCULO DA REPRIMENDA PARA OBSTAR A INCIDENCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, p. 4º, DA LEI N. 11.343/06. BIS IN IDEM. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. (...) 2. O Supremo Tribunal de Justiça passou a seguir o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 109.193/MG e 112.776/MS, nos quais o plenário consagrou a orientação de que a utilização da quantidade e qualidade da droga tanto na fixação da pena-base como na aplicação da minorante prevista no art. 33. P.4º, da lei n. 11.343/06 configura dupla valoração inadmissível. Além disso, em repercussão geral no ARE n. 666.334/AM, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, reafirmou-se que as circunstâncias da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria. 3. Na espécie, as instâncias ordinárias aumentaram a pena-base, tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do paciente. Entretanto, afastou a aplicação do benefício descrito no art. 33, p. 4º, da Lei n. 11.343/06 em seu patamar Máximo, em vista, também, da quantidade e natureza da droga apreendida, incidindo em inaceitável bis in idem. Não apresentou a Corte Estadual outros elementos concretos que pudessem demonstrar a dedicação do sentenciado a atividades criminosas, situação de manifesto constrangimento ilegal. Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais realize nova dosimetria da pena, considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida em apenas uma etapa do critério trifásico. **(HC 239.113/MG, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 06/12/2016).**

### **5.7 Prática do crime nas dependências de estabelecimento prisional não pode ser critério para a diminuição**

Tendo em vista que essa circunstância já foi levada em consideração pelo legislador no art. 40, III, da presente lei para aumentar a pena, possuindo a natureza

jurídica de causa de aumento de pena, incidindo na 3ª fase da dosimetria, o Juiz não pode considerá-la, também, como critério para determinar o *quantum* de redução no tráfico privilegiado, sob pena, de incidir em *bis in idem*.

STJ.

Informativo nº 586

Quinta Turma

DIREITO PENAL. BIS IN IDEM E TRAFICO COMETIDO NAS DEPENDENCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL.

É indevido o emprego da circunstancia de o crime ter sido cometido nas dependências de estabelecimento prisional para fundamentar tanto o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, p. 4º da Lei n. 11.343/06 como a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da mesma lei. Isso porque essa situação configura bis in idem. HC 313.677-RS, Rel. Min. Reynaldo Sares da Fonseca, julgado em 21/6/2016, DJe 29/6/2016.

### **5.8 Inquéritos policiais ou ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a aplicação do privilegio**

De acordo com o STJ, a existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso denotam que o réu dedica-se as atividades criminosas, servindo de fundamento para afastar a aplicação do privilegio.

STJ.

Informativo nº 596

Terceira Seção

É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. STJ. 3ª Seção. EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 14/12/2016 (Info 596). Tráfico de drogas O delito de tráfico de drogas está previsto no art. 33 da Lei nº 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. Tráfico privilegiado A Lei de Drogas prevê, em seu art. 33, § 4º, a figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”: Art. 33 (...) § 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. Requisitos para aplicação da causa de diminuição Para que o juiz deixe de aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é necessário que demonstre, na sentença, que existem nos autos provas que possam afastar

ao menos um dos seguintes critérios, que são autônomos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação a atividades criminosas; e d) não integração à organização criminosa. Segundo posicionamento pacífico do STJ: A aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas exige o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. STJ. 5ª Turma. HC 355.593/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/8/2016. Feitas estas considerações, imagine a seguinte situação hipotética: João foi denunciado pela prática de tráfico de drogas porque surpreendido com 40 pacotes de cocaína e 20 papérolas de maconha. A defesa requereu que fosse aplicado o benefício do art. 33, § 4º, mas o juiz negou o pedido sob o argumento de que o réu responde a outros inquéritos policiais e ações penais, de forma que isso demonstra que ele se dedica a atividades criminosas.

## 6 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Historicamente, Nilo Batista ressalta que tal princípio está atrelado a “ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais” (BATISTA, 2005, p. 84).

Assim, pode se afirmar nas palavras de Gianpaolo Smanio e Humberto Fabretti que se trata “de um típico princípio liberal tanto que se encontra nas obras dos mais importantes pensadores do liberalismo, tais como John Locke, Montesquieu, Rousseau e Beccaria” (SMANIO; FABRETTI, 2010, p. 155).

Conceitualmente, o princípio da intervenção mínima pode ser entendido como a *ultima ratio* do sistema jurídico, ou seja, conforme Muñoz Conde “O Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito” (CONDE, 1975, p. 59-60).

Assim, se os outros ramos do direito (direito civil, direito administrativo etc.) conseguirem conter os ataques a determinado bem jurídico não há porque haver a intervenção do direito penal. Por isso se dizer que a intervenção do direito penal deve ser a mínima possível. Afinal, será através do direito penal que o Estado imporá as consequências mais drásticas contra o seu cidadão: a pena de prisão. É neste sentido que asseverou Cezar Bitencourt “se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável” (BITENCOURT, 2006, p. 35).

Tal princípio também pode ser denominado de *ultima ratio*, ou pelo brocardo em latim “*Nulla Lex poenalissime necessitate*”, explicado por Bruno Pinheiro como “princípio da necessidade ou da economia em direito penal” (PINHEIRO, 2011, p. 8).

Em suma, o princípio da intervenção mínima fornece critérios básicos e de observância obrigatória para o legislador e aplicador da lei penal. Segundo

Guilherme Merolli, permitindo nossa “contenção do possível arbítrio legislativo a identificação de alguns critérios que nos informem acerca da idoneidade da tutela penal”. Ou seja, o conceito esboçado alhures sobre a intervenção mínima está intimamente relacionado com a própria dogmática penal (MEROLLI, 2010, p. 320).

### **6.1 O princípio da subsidiariedade ou do caráter residual do Direito Penal**

No dizer de Reinhart Maurach a natureza subsidiária do Direito Penal é “uma exigência político-jurídica dirigida ao legislador” (MAURACH, 1994, p. 34).

Sobre o aludido princípio esclarece Paulo Queiroz que “a natureza subsidiária – e não principal – do direito penal diante de outras formas de controle decorre, em primeiro lugar, da circunstância de o direito penal constituir a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos cidadãos”. Em suma, o Direito Penal é a *ultima ratio* do Estado ou, como afirma Paulo Queiroz “um direito residual” que só deve ser chamado (diga-se, criminalizar condutas) quando os demais ramos do direito que interferem de forma menos drástica da vida do cidadão (por exemplo, civil, administrativo etc.) falharem na tutela de algum bem jurídico. Sobre o assunto arremata Paulo Queiroz:

Assim, já não se justifica, nos dias atuais, a punição do adultério (que inclusive já foi revogado) ou da bigamia, por exemplo, visto ser suficiente a disciplina do direito civil para resguardar a fidelidade conjugal e a preservação da instituição do casamento: separação, divórcio, anulação (QUEIROZ, 2006, p. 29).

### **6.2 O princípio da fragmentariedade ou do caráter fragmentário do Direito Penal**

O princípio da fragmentariedade é uma decorrência direta do princípio da intervenção mínima, ou seja, é um princípio que deriva, surge, ecoa, diretamente da intervenção mínima. Conforme analisa Cleber Masson (2009, p. 32) “estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra os valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano na sociedade”. Para tal autor, o princípio da fragmentariedade deve ser analisado no plano abstrato, isto é, no momento da atividade legislativa. Não concordamos com tal

posicionamento. Vejamos: o princípio da insignificância para Claus Roxin é um decorrência lógica do princípio da fragmentariedade. Sendo que o princípio da insignificância é analisado no caso concreto através da atividade judiciária e não legislativa. Logo, quem toma como guia o princípio da fragmentariedade é o aplicador da lei (o juiz) e não o criador da lei (o legislador). Dito isto, estamos com Reinhart Maurach que afirma ser o princípio da subsidiariedade dirigido à atividade do legislador.

Intervenção mínima e política criminal. O princípio da intervenção mínima, embora estudado no direito penal, está intimamente relacionado ao estudo da política criminal. Conforme salienta Claus Roxin “o direito penal seria a *ultima ratio* (o último recurso) da política social” (ROXIN, 2007, p. 8). O que leva Eugenio Raul Zaffaroni afirmar que:

O estado de direito contemporâneo acha-se ameaçado por um crescimento ilimitado do aparato punitivo, sobretudo de suas agências executivas penitenciárias. Por isso, a política criminal e, muito especialmente, a engenharia institucional penal, são saberes fundamentais para a sua defesa e fortalecimento. Em suma, a política criminal é resultante da interdisciplinaridade do direito penal com a ciência política com a engenharia institucional (ZAFFARONI, 1995, p. 275).

### **6.3 Intervenção mínima e criminologia: as quatro vertentes criminológicas do princípio da intervenção mínima**

Para entender a temática proposta, devemos levar em consideração que o delito é um fenômeno social e comunitário. Mas, o que levaria este fenômeno social e comunitário a se tornar um delito do ponto de vista formal, isto é, um fato previamente tipificado? Conforme assevera “quais são os critérios ensejadores de cristalização de uma conduta como criminosa?” (SHECARIA, 2008, p. 49). O aludido autor cita quatro vertentes criminológicas que devem ser observadas previamente pelo legislador antes da tipificação de qualquer conduta como criminosa, vejamos:

a) Incidência massiva do fato na população. Ou seja, não será qualquer fato isolado, ainda que tenha causado certa comoção, que vai ensejar na criação de um crime. Sérgio Salomão Shecaria salienta que “se o fato não se reitera, desnecessário tê-lo como criminoso”.

b) Incidência aflitiva do fato praticado. Significa dizer que os fatos sem qualquer relevância para a nossa sociedade sejam incriminados. Por isso se dizer que o direito penal deve intervir quando o fato pernicioso produzir dor na vítima ou na sociedade.

c) Persistência espaço-temporal do fato aduz que “Não há que ter como delituoso um fato, ainda que seja massivo e aflitivo, se ele não se distribui por nosso território, ao longo de um certo tempo”.

d) Inequívoco consenso do fato como criminoso. O fato deve despertar no seio doutrinário um sério comprometimento ao convívio social. Assim, deve haver um consenso na comunidade jurídica que determinado fato deve ser combatido pelo direito penal, e não por outros meios de intervenção na criminalidade.

Sobre o assunto, arremata Shecaria que “qualquer reforma penal deveria averiguar o preenchimento dos critérios acima elencados para a verificação do juízo de necessidade da existência de cada fato delituoso”. Por fim, podemos citar o art. 349-A do Código Penal brasileiro como um fato atual que se encaixa nas quatro vertentes acima analisadas, que, de fato, foi criminalizado pelo nosso legislador (SHECARIA, 2008, p. 49).

Vejamos:

Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.  
Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

#### **6.4 Intervenção mínima e contravenções penais**

Sabe-se que o direito penal brasileiro adota o critério bipartido, onde o gênero infrações penais podem ser subdivididos em duas espécies – crimes (sinônimo de delito) e contravenções penais. Há de salientar que temos no nosso ordenamento jurídico diversas contravenções penais (delito anão, delito vagabundo ou liliputiano) que ofendem claramente o princípio da intervenção mínima, vejamos abaixo dois exemplos:

Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 43. Recusar-se a receber, pelo seu valor, moeda de curso legal no país:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Ora, tais fatos poderiam ser solucionados por outros ramos do direito, não precisando, necessariamente, da intervenção do direito penal. Por exemplo, no caso da perturbação do sossego alheio, o direito civil poderia impor medidas de danos morais ou materiais; no caso de recusa de moeda de curso legal no país, o direito administrativo, através do seu poder de polícia poderia impor restrições a estabelecimentos comerciais que recusassem moeda em curso legal no Brasil. Afinal, não há porque tais condutas ínfimas entrarem na esfera de proteção do Direito Penal.

Assim, preconiza Rogério Greco (2007, p. 51) que “de acordo com o critério proposto pelo princípio da intervenção mínima o direito penal deveria afastar as chamadas contravenções penais, permitindo que a proteção dos bens por elas realizada fosse destinada a outros ramos do ordenamento jurídico, já que não tem a relevância exigida pelo Direito Penal”. Na mesma linha de entendimento de Luigi Ferrajolli, pode-se dizer que “um redimensionamento do direito penal deveria ser precedido, ao menos, da despenalização de todas as contravenções penais” (FERRAJOLLI, 2002, p. 575).

### **6.5 Princípio da intervenção mínima e o direito penal mínimo: a descriminalização, a despenalização e a diversificação**

Segundo relata Yuri Carneiro Coelho o princípio da intervenção mínima “decorre do pensamento de uma corrente do Direito Penal adepta do ‘Direito Penal Mínimo’, que se contrapõe ao denominado movimento ‘lei e ordem’, defensor de um processo de expansão do Direito Penal como forma de coerção e de correção de condutas por eles consideradas lesivas ao convívio social” (COELHO, 2015, p. 103-104).

Na verdade, o que o direito penal mínimo busca é a descriminalização, despenalização e diversificação do sistema penal, isto é, outras formas de solução que não a prisão. Por isso se falar em deixar com o direito penal as condutas mais atentatórias ao convívio social, e estas deve ser o mínimo possível, surgindo assim, o direito penal mínimo.

Sobre o tema acrescenta Gianpaolo Smanio e Humberto Fabretti que “no sentido de se operar uma redução da intervenção punitiva do Estado, normalmente encontram-se os seguintes processos: Descriminalização, Despenalização e Diversificação: A descriminalização é renúncia formal do Estado em punir penalmente determinada conduta”. Podemos citar como exemplo desta vertente a revogação do crime de adultério do Código Penal brasileiro no ano de 2005. A despenalização seria o ato de diminuir a pena de um delito, sem, no entanto, descriminalizá-lo. Citamos como exemplo, o caso do porte de uso de drogas para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei nº. 11.343/2006. “Por fim, a diversificação é a possibilidade de suspensão do processo penal em determinado momento para que se alcance a solução do conflito como de forma não punitiva”. Citamos como exemplo, o art. 89 da Lei nº. 9.099/1995 que trata do instituto da suspensão condicional do processo, onde se o indivíduo seguir determinados requisitos por determinado período de tempo, sua punibilidade restará extinta (SMANIO; FABRETTI, 2011, p. 163 -165).

Não por menos, Paulo Queiroz afirma que “tal perspectiva conduz, pois, a um modelo de política criminal radicalmente descriminalizador; conduz, enfim, a um modelo de direito penal mínimo, que julgamos constituir a formulação mais condizente com a Constituição, brasileira, em particular, sobretudo pela sua declarada vocação libertária” (QUEIROZ, 2005, p. 188).

## **6.6 Princípio da intervenção mínima e o combate diário contra os meios massivos de comunicação**

A ciência penal trava uma luta diária com os meios massivos de comunicação. Enquanto a ciência criminal se preocupa com as bases fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, os meios massivos de comunicação estão preocupados em angariar telespectadores, a única forma de manutenção do meio de

comunicação “no ar”. Para isso, podem ser valer dos meios mais pecaminosos e daninhos, que terminam por afetar qualquer medida teórica do princípio da intervenção mínima.

É neste campo que surge a denominada fábrica da realidade, onde os meios midiáticos abusam dos casos ícones, transformando-os (diga-se os fabricando) em realidades corriqueiras. Sobre o assunto relata Maria Lúcia Karam que “esta publicidade enganosa cria o fantasma da criminalidade, param em seguida, ‘vender’ a ideia da intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estarão solucionados” (KARAM, 1991, p. 200-201).

Por isso que, na análise de quando deve a haver a intervenção penal (seja por parte do legislador, seja por parte do aplicador da lei), deve-se levar em consideração o afã da população e, bem como esse afã foi criado. Pois, muitas vezes o processo ideológico e psicológico da população de uma forma geral, encontra-se viciado o que termina por manipular a opinião pública. Sobre o assunto Alessandro Baratta assevera:

Na opinião pública, enfim, se realizam, mediante o efeito dos *mass-media* e a imagem da criminalidade que estes transmitem, processo de indução de *alarme social* que, em certos momentos de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, no curso das assim chamadas campanhas de “lei e ordem” (BARATTA, 2002, p. 204-205).

Como exemplo, podemos citar os seguintes artigos do Código de Processo Penal:

Art. 185.

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: g) apreender pessoas vítimas de crimes;

Sendo assim, vemos a importância deste princípio dentro da aplicação das normas penais, onde qualquer violação pode interferir violentamente na vida do paciente.

## 7 CONCLUSÃO

O Direito Penal só deve se preocupar com a proteção dos bens mais importantes e necessários a vida em sociedade.

O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal.

Percebe-se, assim, um princípio limitador do poder punitivo do Estado, conforme preleciona Muñoz Conde, que o poder punitivo do Estado deve estar regido, limitado, pelo princípio da intervenção mínima.

Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.

O princípio da intervenção mínima ou ultima *ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevância que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização.

Se for com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.

O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito,

comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância.

Discute-se hoje em dia, por exemplo, a respeito da necessidade de se punir penalmente aquele que emite cheque sem suficiente provisão de fundos. Será que medidas civis ou administrativas, tais como execução da quantia não paga e o impedimento, por um longo prazo, para que o emitente do cheque possa, novamente, voltar a ser correntista em algum banco não são suficientes para inibir as ações dos maus pagadores? Esse raciocínio, feito com base no princípio da intervenção mínima, levará o legislador a refletir e balancear a eficiência da aplicação de outras medidas para inibir a mencionada conduta, e, se entender que são suficientes, não mais haverá necessidade de intervenção do Direito Penal, cuja aplicação se mostrou desnecessária.

Da mesma forma, também é objeto de discussão, com base no princípio da intervenção mínima, a manutenção das contravenções penais em nosso ordenamento jurídico. Se levarmos em conta que, de acordo com a concepção dicotômica das infrações penais, ou seja, fazendo-se a divisão entre, de um lado, os crimes/delitos e, do outro, as contravenções penais, considerando-se que a esta última é destinada a proteção dos bens que não gozam da mesma importância do que aqueles protegidos pelos crimes/delitos. De acordo com o critério proposto pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deveria afastar as chamadas contravenções penais, permitindo que a proteção dos bens por elas realizada fosse destinada aos outros ramos do ordenamento jurídico.

Por intermédio da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, foram abolidos de nosso ordenamento jurídico-penal alguns tipos penais incriminadores, cujos bens, nos dias de hoje, podem ser perfeitamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico, como acontece, por exemplo, com o adultério. Nesse caso, o cônjuge traído, se for do seu interesse, poderá ingressar no juízo civil com uma ação de indenização, a fim de que veja reparado o prejuízo moral por ele experimentado, não havendo necessidade, igualmente, da intervenção do Direito Penal.

As vertentes do princípio da intervenção mínima são, portanto, como que duas faces de uma mesma moeda. De um lado, orientando o legislador na seleção dos

bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

Por fim, concluo que se deve exigir por parte de nossos representantes uma maior observância deste tema tão importante, porém, somente conhecido por poucos, e do qual podem estar se valendo diversas organizações criminosas em nosso país.

## BIBLIOGRAFIA

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 12ª edição, São Paulo, Revan. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Comentários da Decisão do STF**. Informação disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=U9qAuhuQOkw>. Data de acesso: 16\11\2017.

CONDE, Muñoz Francisco. **Introduccion Al Derecho Penal**, 2ª edição, Espanha, Tirant lo Blanch. 1975.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**, 1ª edição, São Paulo: Estante Virtua. 2000.

FERRAJORLI, Luigi. **Direito e razão**, 4ª edição: Revista dos Tribunais. 2010.

FREITAS JUNIOR. Roberto Mendes. **Drogas: Comentários à Lei 11;343/06**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas – Lei 11.343/06: comentada**. 1ª edição. Campinas: Russel Editores, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 2ª Edição. Saraiva: 2008.

MUÑOZ, Conde Francisco. **Introducción al derecho penal**, 20ª edição. Madrid: Tirant lo Blanch; 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte Geral**. Madrid: Civitas, 1997.

SMANIO, Gianpaolo; FABRETTI, Humberto. **Introdução ao Direito Penal**, 4ª edição, Madrid, Atlas. 2010.