® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

A análise inversa.
A legitimidade do indulto e comutação de penas aos condenados por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06)

Clarence Willians Duccini*

Logo que publicado o Decreto Presidencial nº 6.706, de 22 de dezembro de 2008, prevendo indulto natalino e comutação de penas, no objetivo de impor controvérsia na questão e provocar efeitos indesejáveis, com raciocínio inverso, já antevendo o embate jurídico quanto à previsão da incidência dos benefícios em favor dos condenados por tráfico privilegiado, conforme art. 8, inciso I, [01] apresentei fundamento contrário a própria opção ideológica e uma das interpretações sistemáticas do ordenamento jurídico [02].

Mesmo após anos de reflexão e análise do furor punitivo e inconsistência da impossibilidade de comutação aos condenados por tráfico de drogas para determinadas condutas e a possibilidade para os condenados por roubo qualificado com emprego de arma de fogo, que na maioria das vezes reveste-se de maior periculosidade do agente e risco a integridade física da vítima, ciente da possível crítica contundente quanto ao fogo amigo e de ser tachado de incoerente, apresentamos fundamentos pela inconstitucionalidade da previsão normativa, já que incompatível com o rigor constitucional de confronto punitivo aos crimes hediondos e assemelhados, especificamente o inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República e na legislação ordinária de regência (Lei 8.072/90).

Apontamos que no juízo de tipicidade não há necessidade de provar a finalidade específica para subsunção da conduta ao tipo descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06, de acordo com decisões do Superior Tribunal de Justiça, e que independente da condição do agente a conduta não deixa de ser titulada como crime assemelhado [03],

sem reconhecer o avanço da causa de diminuição de pena do § 4º, que possibilita a justa adequação da pena de acordo com a culpabilidade do agente.

Delimitamos, inclusive, o agente beneficiado diretamente pelo Decreto ("mulas"), que na maioria das vezes apenas é contratado para o transporte da droga sem qualquer prática específica de mercancia, deixando de mencionar a hipótese do agente condenado pelo fornecimento gratuito sem vinculo de relacionamento, que por falta de um tipo intermediário com graduações proporcionais [04] é incriminado na mesma modalidade de comércio ilegal.

Mas, mesmo possibilitando a formação de opinião contrária, o risco inerente a ousadia, continuamos refletindo na interpretação do sistema normativo, principalmente na harmonia dos direitos fundamentais [05], visando preservar e concretizar ao máximo o princípio da igualdade na dimensão substancial e da justa individualização da pena, para dar consistência no fundamento de que no caso de tráfico privilegiado não há incidência das restrições da Lei 8.072/90, sendo plenamente legítima a extensão dos benefícios no Decreto Presidencial, não só na ponderação dos princípios da igualdade e proporcionalidade [06].

Sem considerar a exposição relevante de Alberto Silva Franco [07] quanto à inconstitucionalidade do dispositivo da lei ordinária que proíbe o indulto, por ser atribuição discricionária do Presidente da República, para apontar a consistência do raciocínio é necessária sucinta análise sobre a Nova Lei de Drogas e a previsão constitucional da justa individualização da pena (artigo 5º, XLVI), que como assevera Alexandre de Moraes [08] assegura "um juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta)".

No caso específico, mesmo aumentando as sanções relacionadas ao tráfico, politica de certa forma globalizada [09], a nova lei, continuando com o sistema proibicionista e a mesma política do War on Drugs, seguindo convenções internacionais em que é signatário, após insucesso na tentativa de modificação pela Lei 10.409/02, institui-se uma nova política criminal, fortalecendo e traçando diretrizes e objetivos para o combate do tráfico de drogas, embora se conteste qualquer alteração substancial [10].

No que diz respeito ao tráfico, mesmo contrariando as teses abolicionistas, ou seja, da descriminalização [11], embora com duras críticas na elevação da pena mínima [12], a nova lei prevê dispositivos para aplicação da pena de forma individualizada, levando-se em consideração não só a valoração negativa do resultado ou da conduta, mas dando preponderância à culpabilidade e condição pessoal do agente, cumprindo de certa forma com os princípios da proporcionalidade, culpabilidade e igualdade substancial, ao dar ao juiz um parâmetro para reprovação individual de cada agente.

Se por um lado o legislador elevou a pena mínima para cinco anos, mas extremamente sem flexibilidade na distinção de reprovabilidade específica de condutas no art. 44, onde criou óbices contrários à sistemática [13], inovou com a causa de diminuição nominada como tráfico privilegiado, dando ao magistrado novo instrumento para individualização da pena de acordo com as condições pessoas do agente, ou na visão de Guilherme de Souza Nucci [14] "redução da punição do traficante de primeira viagem", evitando padronização severa e no intuito de diferenciar as circunstâncias de casos específicos.

Nota-se preponderância para a condição pessoal do agente, até porque se o desvalor da conduta teve significativa influência na pena mínima em abstrato, que foi elevada para cinco anos, e o desvalor do resultado tem influência na fixação da pena-base de acordo com o que dispõe o artigo 42, onde a natureza, a quantidade e a variedade da droga, circunstâncias relacionadas às conseqüências do crime [15] devem ter valoração diante maior extensão do dano à saúde pública e risco a integridade social, nem por isso, deixa de ser aplicável a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33, ao agente primário, com bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo que a quantidade da droga e sua variedade têm como objetivo nortear a diminuição entre o máximo e o mínimo legal [16].

Embora com opiniões contestando a constitucionalidade da nova causa de diminuição de pena para o crime de tráfico [17], inclusive sob alegação da violação do princípio da proibição de proteção insuficiente [18], o entendimento dominante é que a causa de diminuição é constitucional, por atender o comando da norma fundamental [19], tanto que é direito subjetivo do agente reconhecido em diversos precedentes do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que vem decidindo ser compatível com o texto constitucional [20].

Portanto, a causa de diminuição da Nova Lei de Drogas é um pequeno avanço, embora não substancial, de aplicabilidade do principio da individualização da pena, dando oportunidade de sua incidência não só no plano legislativo ou judicial, mas estender efeitos na fase da execução da pena, impondo uma nova mutação interpretativa para afastar o óbice de indulto ou comutação para hipótese do tráfico privilegiado, possibilitando tratamento diferente das condutas, circunstâncias e condições pessoais do agente.

Atendendo estes anseios, ao que transparece um dos objetivos do Decreto, demonstra sua individualidade para alcançar agentes específicos, pois não tem aplicabilidade a qualquer condenado por tráfico privilegiado, até porque depende de não restar configurado a prática da mercancia.

Apresentando parâmetros para diferença de tratamento punitivo, reforçando a harmonia do sistema normativo, com ênfase aos princípios da igualdade substancial e individualização da pena, é necessário desfazer o equívoco de que não há possibilidade de diferenciar o tratamento para os agentes condenados por tráfico, independente da incidência do privilégio, sob o argumento de que continua sob a titulação de crime assemelhado.

Na leitura do artigo 44 da Lei 11.343/06 [21] não evidencia na interpretação literal tratamento diferenciado ao tráfico privilegiado, já que o óbice ao indulto e a graça são aos crimes (condutas) previstos nos arts. 33, caput, e § 1º, e 34 a 37, sem especificar, contudo, a hipótese de incidência do § 4º.

Logo, mesmo reconhecendo como legitimo o entendimento de que deve prevalecer a norma específica (Lei nº 11.343/06) e não a genérica (Lei nº 8.072/90), ainda que incorreto este raciocínio [22], já seria o fundamento suficiente para afastar o óbice do artigo 2º, inciso I, da Lei 8.072/90, modificado pela Lei nº 11.464/07, até porque sem proibição específica e diante a impossibilidade de interpretação extensiva, a norma proibitiva em matéria penal deve ter aplicabilidade restritiva.

Verdade é que a incidência do privilégio no homicídio qualificado reforça que mesmo dando valoração significativa a conduta do agente (razão da maior reprovação com pena mínima de 12 anos), o motivo, como antecedente psicológico [23], tem preponderância na reprovação, a ponto da circunstância subjetiva afastar a incidência

da Lei 8.072/90, sendo que a pena mínima em abstrato, em tese, após a diminuição no máximo, pode restar em oito anos, possibilitando o regime intermediário e a concessão de indulto e comutação.

No caso da Lei 11.343/06, especificamente no tipo de incidência da conduta titulada como tráfico, há um sistema semelhante e não idêntico, pois embora sem prever uma qualificadora, há previsão de causa de aumento de pena no artigo 40, que eleva o juízo de reprovação da conduta diante certas circunstâncias específicas entre 1/6 a 2/3, dependendo da intensidade e gravidade da causa reconhecida, como também a quantidade, mas não afasta a incidência da causa de diminuição.

Com efeito, se as circunstâncias subjetivas devem preponderam para amenizar e abrandar a reprovação da conduta na fixação da pena, possibilitando estender seus efeitos para fase de execução, oportunizando abrandamento gradativo da pena (comutação) ou sua extinção após cumprimento de percentual (indulto), mesmo nas hipóteses de crime de maior reprovação social e de ofensa relevante ao bem jurídico fundamental (vida), deve-se reconhecer como legitima a previsão de indulto e comutação aos condenados por tráfico privilegiado em hipóteses específicas (não configuração de prática de mercancia na conduta), diante a justa adequação e reprovação individual da culpabilidade.

Portanto, não há justificativa razoável em impedir a aplicabilidade do indulto e comutação a quem apenas é seduzido ao transporte esporadicamente ("mula" e "aviãozinho") ou fornece gratuitamente, sem relação com a mercancia da droga, que pode ter pena fixada aquém de cinco anos, além de não haver óbice específico no artigo 44 da Lei 11.343/06, que inclusive possibilita a fixação de regime aberto ou intermediário [24], deve prevalecer a circunstância subjetiva a ponto de afastar a incidência da regra proibitiva.

Aliás, neste sentido vem decidindo o Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Dr. Alexandre Victor de Carvalho [25], mesmo que vencido em alguns julgados [26].

Na ponderação de fundamentos, mesmo apresentando favoráveis e inicialmente contrários a legitimidade da parte final do inciso I do artigo 8º do Decreto Presidencial, ao prever indulto e comutação ao tráfico privilegiado em casos específicos, assumindo

ter desagradado parte da comunidade jurídica, tenho que deve prevalecer o entendimento da plena legitimidade e compatibilidade com os princípios constitucionais, em especial ao direito fundamental da justa individualização da pena na fase da execução, reconhecido na Suprema Corte no histórico julgamento do HC 82959/SP [27].

Seja qual for o entendimento predominante, cumprimos com objetivo inicial que era expor a controvérsia antes mesmo de sua aplicabilidade, possibilitando uma reflexão sucinta da questão, ainda que não plenamente delimitada, já que ainda há questionamentos sob a legitimidade do óbice (art. 44) aos condenados por associação ao tráfico (art. 35) ou por colaboração (art.37), assemelhando estes crimes aos hediondos, indo além da limitação constitucional.

Notas

Art. 8o Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os condenados:

I - por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos do art. 33 da Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, excetuadas as hipóteses previstas nos §§ 2o ao 4o do artigo citado, desde que a conduta típica não tenha configurado a prática da mercancia;

DUCCINI, Clarence Willians. Do indulto natalino e comutação de penas e seu alcance aos condenados no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante do Decreto nº 6.706/2008 . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2008, 30 dez. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12172>. Acesso em: 15 jan. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg. 320.

CARVALHO. Saulo et al. A configuração da Tipicidade do Tráfico na Nova Lei de Drogas e as hipóteses de Consumo Compartilhado. BITENCOURT. Cezar Roberto

(Coords), Direito Penal no Terceiro Milênio – Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Munoz Conde. Rio de Janeiro; Lumenjuris, 2008, p.703 ss.

LIMA, George Marmelstein. A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625>. Acesso em: 12 jan. 2009.

PERES, César. Condenações com fundamento no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Tóxicos): da ilegalidade de se fazer incidir a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1972, 24 nov. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11992>. Acesso em: 11 jan. 2009.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2000, p.141.

MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, 8ª Ed, São Paulo: Atlas, 2007, p.240.

SABADELL. Ana Lúcia. ELIAS. Paula. Breves Reflexões sobre a Política Internacional de Drogas: o Papel das Nações Unidas, In Direito Penal no Terceiro Milênio – Coord. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008, p.217ss.

KARAM, Maria Lucia. A Lei nº 11.343/06 e os Repetidos Danos do Proibicionismo. Boletim IBCCRIM – ano 14 nº167 – Outubro – 2006, p.06.

COSTA. Domingos Barroso da. Descriminalização do Comércio de Entorpecentes: Não Seria este o Caminho? Boletim IBCCRIM- Ano 13 – nº 160 – Março – 2006, p.7.

TAFFARELLO. Rogério F. Nova (?) Política Criminal de Drogas – primeiras impressões – Boletim IBCCCRIM – ano 14 – nº 167 – Outubro de 2006 p.2/3.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. O crime de associação ao tráfico e as modificações introduzidas pela Lei nº 11.343/06 . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1310, 1 fev. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9451>. Acesso em: 12 jan. 2009.

NUCCI. Op. cit.p.340.

MIRANDA, Samuel Miranda. Drogas Aspectos penais e processuais penais (Lei 11.343/2006) São Paulo: Editora Método, 2007, p.70.

TJMS – Apelação Criminal nº2007.025714-3/0000-00 – Primeira Turma Criminal – Rel. Gilberto da Silva Castro – j. 30.10.2007.

CAPEZ, Fernando. Da inconstitucionalidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, htpp//www.saraiva.com.br. Acesso em 10.2.2008

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11493>. Acesso em: 11 jan. 2009.

FRANCO, José Henrique Kaster. A constitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1888, 1 set. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11670>. Acesso em: 17 out. 2008 .

TJMS – Apelação Criminal nº 2008.029570-6/0000-00 - Primeira Turma Criminal – Rel.João Batista da Costa Marques, j. 7.11.2008; Apelação Criminal nº 2008.027779-1/0000-00 - Primeira Turma Criminal – Rel. João Batista da Costa Marques, j. 7.11.2008; Apelação Criminal nº 2008.024987-1/0000-00 - Primeira Turma Criminal – Rel. João Batista da Costa Marques, j. 7.11.2008; Apelação Criminal nº 2008.028950-7/0000-00 - Segunda Turma Criminal – Rel. Claudionor Miguel Abss Duarte j. 20.10.2008; Apelação Criminal nº 2008.023183-6/0000-00 - Segunda Turma Criminal – Rel. Claudinor Miguel Abss Duarte, j.20.10.2008.

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

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas? . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1703, 29 fev. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10996>. Acesso em: 12 jan. 2009.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. Código Penal Comentado, 9ª ed. São Paulo: DPJ editora, 2007, p.357.

MARCÃO, Renato, Tóxicos, São Paulo: Ed. Saraiva, 4ª edição, p. 195.

TJMG – Apelação Criminal nº 1.0112.08.076426-2/001, 5ª Câmara Criminal, Rel. do Acórdão: Hélcio Valentim, j. 25.11.2008.

TJMG - Apelação Criminal nº 1.0112.07.070724-8/001, 5ª Câmara Criminal, Rel. Pedro Vergara, j.09.12.2008.

STF - HC 82959/SP – Tribunal Pleno – Rel. Marco Aurélio, j.23.02.2006 – fonte http:// www.stf.gov.br

* Defensor Público no Estado de Mato Grosso do Sul

Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12214

Acesso em: 30 mar. 2009.