

## TESE INSTITUCIONAL 03

**SUMULA: A causa de diminuição estampada no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicada mesmo ao condenado reincidente, quando a sua recidiva não for específica nos delitos de tráfico.**

**PROPONENTES:** Antonio Vitor Barbosa de Almeida e Mariana Martins Nunes

**ASSUNTO:** Tráfico privilegiado e reincidência.

### FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas é possível para o réu condenado pela prática de um crime anterior não relacionado ao tráfico de entorpecentes, como se passa a demonstrar.

Com efeito, a Lei 11.343/2006 optou por tratar com distinção as figuras do traficante ocasional e do traficante profissional, dando a eles tratamento diferenciado, conforme consta da sua exposição de motivos:

*Outra questão tratada pelo projeto, e que vem sendo objeto de profunda discussão, é a que se refere ao pequeno traficante, de regra dependente, embora imputável, para quem sempre se exigiu tratamento mais benigno. Não olvidando a importância do tema, e a necessidade de tratar de modo diferenciado os traficantes profissionais e ocasionais, prestigia estes o projeto com a possibilidade, submetida ao atendimento a requisitos rigoroso como convém, de redução das penas, ao mesmo tempo em que se determina sejam submetidos, nos estabelecimentos em que recolhidos, ao necessário tratamento.<sup>1</sup>*

Assim, para fazer tal distinção, o legislador introduziu no texto normativo o § 4º, do art. 33 para fins de abarcar as mulas do tráfico e os pequenos traficantes que vendem drogas para sustentar o próprio vício. Consta de tal dispositivo:

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

Neste ponto, é de rigor consignar que, embora não conste expressamente da redação normativa, uma interpretação teleológica do art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006 à luz do política criminal de drogas instituída pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad permite inferir que ao dispor sobre a redução da pena do traficante ocasional, a alusão legislativa à reincidência e

---

<sup>1</sup><https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>

aos maus antecedentes deve ser contextualizada aos crimes de drogas.

Neste sentido, o Defensor Público Federal Pablo Luiz Amaral afirma que

*Em que pese a ausência de clareza do mencionado dispositivo legal, entendemos que as circunstâncias negativas inerentes à reincidência e/ou maus antecedentes devem estar associadas tão somente aos delitos tipificados no Capítulo III da Lei 11343/2006. Isso porque, o espírito da norma contida no referido artigo lei é beneficiar e proteger o agente que não se utiliza da mercancia de entorpecentes como atividade profissional. Se o intuito foi este, inapelavelmente a orientação normativa pretendeu afastar da regra benéfica tão somente aqueles que já tiveram qualquer espécie de envolvimento com o universo do tráfico de entorpecentes. Nesta trilha, o art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006 só não será estendido àqueles que possuírem maus antecedentes ou forem reincidentes específicos em delitos de drogas.<sup>2</sup>*

Observa-se que esta interpretação é decorrência lógica da natureza do instituto em análise, que busca tratar com menor rigor aquele que se envolve circunstancialmente com o tráfico, não possuindo maior envolvimento com organizações criminosas ou habitualidade na prática delitiva.

Neste ponto, parece evidente, portanto, que condenações anteriores relacionadas a crimes não elencados na Lei 11.343/06 não tem o condão de desvirtuar o perfil de “pequeno traficante ocasional” de um acusado. Ora, isso porque uma condenação anterior por um crime de roubo, furto, moeda falsa, desacato, homicídio, etc., por si, nada diz sobre o envolvimento de um cidadão com tráfico de drogas, o que evidentemente poderia ser concretamente demonstrado havendo provas nesse sentido devidamente produzidas em juízo. Em outras palavras, pode restar comprovado que condenação anterior do réu por crime diverso dos elencados na Lei de Drogas esteja relacionado ao tráfico no contexto de uma organização criminosa. Isso, no entanto, deve ser provado.

Não fosse assim, ter-se-iam situações esdrúxulas em que um agente, por exemplo, com uma condenação prévia por receptação (crime sem violência ou grave ameaça) teria vedada a possibilidade de diminuição da pena, mesmo não estando comprovado o seu envolvimento com a narcotraficância ou organização criminosa. A proporcionalidade estaria completamente desvirtuada. Isso porque é possível que o agente, ao tempo de sua recidiva, tenha se envolvido ocasionalmente com as condutas da Lei 11.343/06. E negar-lhe a incidência da minorante seria igualar o tratamento mais repressivo do traficante habitual/organizado àquele ocasional, o que, conforme indicado, comprometeria a própria principiologia da Lei de Drogas.

Dessa forma, prima face, a reincidência não específica não pode ser óbice para a aplicação da redutora, devendo ficar demonstrado nos autos que ele se dedique à prática da

---

<sup>2</sup> <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-exigencia-de-reincidencia-especifica-paraafastar-acausa-de-diminuicao-de-pena-prevista-no-art-33-%C2%A7-4o-da,42089.html>

narcotraficância ou íntegra facção criminosa.

**Neste sentido, necessário se atentar para o fato de que o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já decidiu que até para reincidentes a causa de diminuição deveria ser aplicada, quando se tem notícias de que a parte não se envolve com organização criminosa nem pratica a traficância com habitualidade:**

EMENTA: APELAÇÃO CRIME - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/2006) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA. PEDIDOS DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DA PENA DE MULTA INDEFERIDOS PRELIMINARMENTE - INCOMPETÊNCIA - MATÉRIAS AFEITAS AO JUÍZO DE EXECUÇÃO - PRECEDENTES DESTA CORTE. A DEFESA REQUER, NO MÉRITO, A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE COM BASE NO PRINCÍPIO "IN DUBIO PRO REO" E, ALTERNATIVAMENTE, APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVISTO NO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 - ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - AUSÊNCIA DE DÚVIDAS - CONJUNTO PROBATÓRIO ACUSATÓRIO SUFICIENTE E APTO A EMBASAR A CONVICÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE IDÔNEOS E COERENTES COM AS PROVAS PRODUZIDAS - APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS NO GRAU DE 1/6 (UM SEXTO) - PENA REDUZIDA PARA 4 (QUATRO) ANOS E 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS - MULTA - APLICAÇÃO DE OFÍCIO DA DETRAÇÃO PENAL - PENA RESTANTE INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO EM SEMIABERTO - RÉU REINCIDENTE - ARTIGO 33, PARÁGRAFO 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 (...) Conforme se extrai de certidão de fls. 161/163 verso, RODRIGO **não é réu primário e possui maus antecedentes. Entretanto, inexistem nos autos elementos que indiquem que o apelante participava de organização criminosa. Assim sendo, aplico o benefício do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos em 1/6 (um sexto)**. Por conseguinte, reduzo a pena de RODRIGO COSTA LOPES para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. (TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1184600-3 - Curitiba - Rel.: Marques Cury - Unânime - - J. 05.06.2014)

Ressalta-se que o entendimento exarado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná apenas concretiza o espírito da Lei 11.343/05, o qual busca dar tratamentos distintos ao traficante profissional e ao traficante ocasional, sendo severa para aquele e benevolente para este.

A reforçar tal argumentação, cumpre consignar que o parágrafo 4º determina que a pena pode ser reduzida de um sexto a dois terços quando reconhecida a incidência da minorante. É assente na jurisprudência, no entanto, que o critério para diminuição devem ser aqueles elencados no parágrafo 4º, uma vez que os requisitos do art. 42 da Lei 11.343/05, como a quantidade de drogas, já foram valorados na primeira fase da dosimetria da pena, não podendo ser valorados novamente sob pena de *bis in idem*. Dessa forma, para a valoração do quantum da redução, deve-se analisar os critérios do próprio parágrafo 4º, ou seja, a vida pregressa do acusado e o seu grau de envolvimento com o tráfico, o que significa dizer que o instituto pode ser aplicado para reincidentes e portadores de maus antecedentes, sendo que neste caso haveria a aplicação de uma diminuição menor ao máximo previsto.

Assim, fazendo-se uma interpretação teleológica e sistemática do instituto em comento, conclui-se a possibilidade de aplicação da causa minorante mesmo aos réus reincidentes, desde que desta reincidência não se vislumbre o envolvimento com organização criminosa e nem prática habitual da traficância.

## **FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA**

Diuturnamente, o defensor público atuante na área criminal depara-se com casos em que o acusado satisfaz o perfil do traficante para o qual foi idealizado o instituto do “tráfico privilegiado”, ou seja, o pequeno traficante ocasional, mas que tem negada a aplicação da redutora estampada no parágrafo 4º em razão de condenação anterior por crime diverso daqueles elencados na Lei de Drogas, sob o fundamento de que não estão preenchidos os requisitos legais. Dessa forma, via de regra são aplicadas penas desproporcionais ao fato praticado, com imposição de regimes semiabertos e fechados, o que evidentemente contraria a política criminal de drogas adotadas pela Lei 11.343/06.

## **SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO:**

Os Defensores Públicos poderão utilizar a tese nas peças processuais, sobretudo alegações finais e razões de apelação, para requerer a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006 aos acusados reincidentes não específicos, o que além de lhes garantir a aplicação de penas menores e regimes prisionais mais benéficos, trará uma série de benefícios na execução de sua pena em razão do reconhecido caráter não hediondo do tipo em comento.