



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

MARCIA ADRIANA DE ARAÚJO

**APLICABILIDADE DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM
FAVOR DE AGENTES QUE RESPONDEM A OUTROS PROCEDIMENTOS
CRIMINAIS**

**CAMPINA GRANDE
2018**

MARCIA ADRIANA DE ARAÚJO

**APLICABILIDADE DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM
FAVOR DE AGENTES QUE RESPONDEM A OUTROS PROCEDIMENTOS
CRIMINAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento às exigências para obtenção do Título de Bacharela em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador(a): Prof^ª. Ms. Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos

**CAMPINA GRANDE
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

A663a Araujo, Marcia Adriana de.
Aplicabilidade do redutor do tráfico privilegiado em favor de agentes que respondem a outros procedimentos criminais [manuscrito] : / Marcia Adriana de Araujo. - 2018.
31 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.

"Orientação : Prof. Me. Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos , Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Diminuição de Pena. 2. Presunção de Inocência. 3. Direito Penal.

21. ed. CDD 345

MARCIA ADRIANA DE ARAÚJO

APLICABILIDADE DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM FAVOR
DE AGENTES QUE RESPONDEM A OUTROS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS

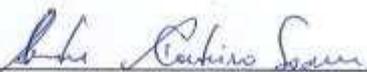
Artigo apresentado ao curso de bacharelado
em Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito parcial à obtenção do
título de bacharela em Direito.

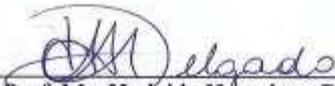
Área de concentração: Direito Processual
Penal.

Aprovada em: 06/06/18.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Ms. Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Esp. Alexandre Cordeiro Soares
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Ms. Herleide Herculano Delgado
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, meu guia e meu socorro; aos meus filhos Matheus e Heitor e aos amigos que fiz ao longo desses anos.

AGRADECIMENTOS

Primordialmente a Deus por toda força, discernimento e proteção durante este curso, possibilitando-me superar as turbulências e atribulações surgidas.

Aos meus familiares, aos meus amigos e aos professores por todo empenho nas aulas ministradas;

De maneira muito especial agradeço a professora Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos pela disposição e orientação acadêmica disponibilizada durante toda a elaboração do trabalho de conclusão de curso, sem a qual a realização deste trabalho seria impossível;

Agradeço ainda a todos que direta ou indiretamente colaboraram para a realização deste trabalho, desde aqueles que contribuíram com ideias, livros, comentários, até aos que participaram com uma palavra de apoio.

Muito obrigada!!!

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A LEI 11.343 DE AGOSTO DE 2006	9
2.1 O instituto do tráfico privilegiado	9
2.2 Requisitos necessários à concessão do benefício da redução da pena.....	10
3 INAPLICABILIDADE DO REDUTOR AOS ACUSADOS QUE RESPONDEM A OUTRO PROCEDIMENTO CRIMINAL: IMPOSIÇÃO DE MAIS UM REQUISITO PARA SEU RECONHECIMENTO?.....	12
3.1 Posicionamentos jurisprudenciais favoráveis à aplicação do redutor aos agentes que respondem a outros procedimentos criminais	13
3.2 Posicionamentos jurisprudenciais desfavoráveis à aplicação do redutor aos agentes que respondem a outros procedimentos criminais	15
4 AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AOS ACUSADOS QUE RESPONDEM A OUTROS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	17
4.1 Princípios fundamentais do direito penal.....	19
4.1.1 Princípio da humanidade da pena	20
4.1.2 Princípio da culpabilidade.....	20
4.1.2 Princípio da proporcionalidade.....	21
4.1.4 Princípio do no bis in idem	21
5 INAPLICABILIDADE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AOS AGENTES QUE RESPONDEM A OUTRO PROCEDIMENTOS CRIMINAL X SÚMULA 444 DO STJ..	22
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	26
REFERÊNCIAS	28

APLICABILIDADE DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM FAVOR DE AGENTES QUE RESPONDEM A OUTROS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS

Marcia Adriana de Araújo*

RESUMO

A Lei nº 11.343/06 trouxe inúmeras inovações e dentre elas merece destaque a disposição trazida pelo art. 33, parágrafo 4º, que prevê como causa especial de diminuição de pena ser o condenado primário, de bons antecedentes, não dedicado às atividades criminosas, nem as integre - elementos que configuram o tráfico privilegiado. A inserção da causa especial de diminuição de pena trouxe dois vieses interpretativos; o entendimento majoritário é da não inclusão das situações em que o acusado responde a outros procedimentos criminais para concessão da benesse, enquanto outra corrente considera sua possibilidade. Destarte, aos dispositivos elencados, o objetivo principal do estudo é demonstrar que a impossibilidade de reconhecimento de tráfico privilegiado nas situações em que acusados respondem a outros procedimentos fere a Constituição Federal de 1988, contrariando o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, bem como a súmula nº 444 do STJ. Para tanto, utilizou-se do método de pesquisa dialético, numa perspectiva de uma investigação explicativa.

Palavras-Chave: Diminuição de pena. Presunção de inocência. Devido processo legal. Súmula 444.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro está sujeito a constantes e significativas mudanças, as quais estão diretamente persuadidas à necessidade de conveniência do contexto político e social.

Destarte a estas adequações normativas nasce a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, criada primordialmente com a finalidade de instituir medidas de prevenção ao uso indevido de drogas, reinserir na sociedade o usuário, estabelecer normas de repressão à produção e ao tráfico ilícito de drogas e definir crimes.

Dentre as inovações trazidas na nova lei, o artigo 33, § 4º trouxe os elementos que configuram o tráfico privilegiado estruturando-o como menos gravoso, atribuindo, portanto, ao réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa, a diminuição de sua pena na fração de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

* Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus II. Email: marciaraujo-pb@hotmail.com

Assim, diante da perspectiva do que supracitado artigo, a problemática deste trabalho consiste em saber se o afastamento do tráfico privilegiado nos casos em que o agente encontra-se indiciado em outro inquérito policial ou responde a outro processo criminal fere a Constituição Federal de 1988 (CF/88) e a súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Diante do exposto, tem-se como hipóteses verificar se há na vedação ao reconhecimento do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da referida lei, inclusas situações em que o acusado responde a outros procedimentos criminais, como também observar se existe a possibilidade do não reconhecimento do tráfico privilegiado, para casos em que os agentes respondem a outros processos criminais, ou ainda, estejam indiciados em outros inquéritos policiais, de tal maneira, observar-se-á se a negativa contraria os princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência, além da súmula em questão.

Sendo assim, tem-se como objetivo principal demonstrar que a impossibilidade de reconhecimento de tráfico privilegiado nas situações em que acusados respondem a outros procedimentos fere a CF/88, contrariando o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, bem como a súmula nº 444 do STJ.

Ademais, a justificativa deste estudo encontra-se na necessidade de discutir acerca da possibilidade de não aplicar o comando previsto no artigo em estudo da lei referenciada (o qual prevê o redutor referente ao tráfico privilegiado) em situações que, *a priori*, não demonstram fundamento legal que justifique seu afastamento – quais sejam ocasiões em que os agentes respondem a outros procedimentos criminais.

Quanto ao método de pesquisa adotado, utilizou-se o dialético, traduzindo-se na interpretação dos fatos e relações sociais, considerando assim, suas influências políticas, econômicas, culturais.

Deste modo, diante da perspectiva de uma investigação explicativa, analisou-se em que consiste o instituto do tráfico privilegiado, verificando as hipóteses de aplicação do redutor de pena, previstas no artigo e parágrafo já mencionados, valendo-se, para tanto dos meios da pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros, artigos científicos, documentos jurídicos de meio impresso, considerados como ricas fontes de pesquisa.

À vista disso, e apesar de estar normatizada a redução da pena para o tráfico privilegiado, notou-se uma dualidade jurisprudencial, encontrando alguns magistrados que entendem que a redução da pena é um direito público subjetivo. Deste modo, observando-se

as divergências de entendimentos jurisprudenciais, quanto à concessão ou não do benefício, e no intuito de averiguar o entendimento que melhor beneficia ao indiciado, nos permitiram a escolha do objeto de estudo.

2 A LEI 11.343 DE AGOSTO DE 2006

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD). Foi implantada no nosso sistema jurídico prescrevendo medidas de prevenção ao uso indevido de drogas, reinserção na sociedade do usuário e dependente, bem como estabelecendo normas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e definindo os crimes afins. Não obstante, o novo texto legal, ao contrário do ocorrido na Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, distinguiu o sujeito considerado usuário de drogas, direcionando atividades de atenção e reinserção social, diante de suas necessidades, sendo essa a principal inovação da nova lei antidrogas.

Em capítulos distintos, a Lei de Drogas faz em seus dispositivos remissões aos traficantes e usuários de drogas, seja em matéria de punição, seja em matéria de procedimentos judiciais, encaminhando os processos impetrados contra os primeiros para a Justiça comum e as ações abertas contra os segundos para os Juizados Especiais Criminais. Deixando-se assim, à Justiça comum para repressão ao narcotráfico e os Juizados às atividades preventivas de cunho terapêutico e aos trabalhos destinados a evitar a reincidência dos usuários de drogas afim de assegurar a sua reinserção na sociedade.

Destarte, conforme as inferências de Nucci (2014, p.348-352), a norma legal em apreço buscou dar um tratamento menos rigoroso ao tráfico privilegiado, aquele “traficante de primeira viagem” que não se dedica ao tráfico de drogas como profissão. Procurando-se portanto, tentar reintegrá-lo o mais rápido possível à sociedade.

2.1 O instituto do tráfico privilegiado

Consoante os ensinamentos de Andreucci (2010, p. 226-228), com a pretensão de tratamento mais rigoroso a determinadas infrações penais consideradas muito graves, o legislador constituinte equiparou o crime de tráfico de drogas ao delito hediondo, proibindo-lhe a concessão de liberdade provisória com fiança, graça e anistia, trato igualmente dado aos crimes de tortura e terrorismo. Assim, os crimes hediondos previstos na Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, e os equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e

terrorismo) são inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto, e a progressão de regime só poderá acontecer após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o réu for primário, e de 3/5 (três quintos), se for reincidente.

Contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 23 de junho de 2016, decidiu por maioria de votos, nos autos do habeas corpus nº 118.533, que o chamado tráfico privilegiado, no qual as penas podem ser reduzidas, consoante aduz o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, não seria proporcional tratá-lo como equiparado a hediondo, por considerar esta conduta incompatível com a natureza da hediondez. Vejamos a decisão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (STF - HC: 118533 MS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA; Data de Julgamento: 01/08/2013; Data de Publicação: DJe-152 DIVULG 06/08/2013 PUBLIC 07/08/2013).

Cumprido ressaltar, que, em que pese o legislador reconhecer a menor culpabilidade do traficante ocasional em relação ao traficante habitual, manteve a conduta inserida no artigo 33, da Lei nº 11.343/06, obstaculizando a aplicação de diversos benefícios legais, nos termos do que preconiza o artigo 44, do mesmo diploma legal, o que vem sendo objeto de inúmeras críticas na doutrina e jurisprudência (SANTOS, 2010).

A seguir será feita uma análise dos requisitos necessários e cumulativos à concessão do benefício da redução da pena, de acordo com a positividade do artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06.

2.2 Requisitos necessários à concessão do benefício da redução da pena

Consoante positividade do artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06 e ainda de acordo com o posicionamento pacificado do Supremo Tribunal Federal (STF), a aplicação da causa especial de diminuição de pena exige o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais

sejam: primariedade, os bons antecedentes criminais, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

O primeiro requisito é a ausência de condenação anterior transitada em julgado, considerando-se reincidente e de acordo com o artigo 63 do Código Penal Brasileiro, aquele que, “comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

O artigo subsequente, por sua vez, acrescenta em seu inciso I que entre a data do cumprimento ou extinção da primeira pena e a data da nova infração penal não poderá decorrer lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, caso contrário, a condenação anterior perderá a eficácia em configurar a reincidência. Confira-se:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

[...] (BRASIL, 1940).

Assim, é primário o indivíduo que nunca recebeu condenação anterior, considerado reincidente o infrator que cometer um novo delito após transitar em julgado a sentença que no Brasil ou no exterior, o tenha condenado por crime anterior – desde que não seja militar próprio ou político – observado o período depurador de 5 (cinco) anos, podendo ainda, recuperar o status de primário aquele que teve sua pena extinta (TASHIRO, 2015).

Por conseguinte, têm-se os bons antecedentes, princípio este causador de divergências entre as jurisprudências e doutrinas. Para a corrente minoritária além das sentenças definitivas que já foram cumpridas ou extintas há mais de 5 (cinco) anos, os inquéritos em curso, processos em andamento e sentenças pendentes de trânsito em julgado também se prestam para configurar os maus antecedentes.

No entanto, na corrente majoritária prevalece o princípio da presunção de não-culpabilidade ou inocência, de modo que somente sentenças condenatórias já transitadas e julgado, e que já tenham sido alcançadas pelo período depurador de 5 (cinco) anos da reincidência, deverão ser consideradas como maus antecedentes, adotando-se para tanto, o entendimento do STJ, sobre o qual se exclui da noção de maus antecedentes os inquéritos policiais ou ações penais em andamento, em consonância com a súmula 444 da Superior Instância: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (BRASIL, STJ, 2010).

Os requisitos remanescentes exigem que o beneficiado não se dedique a atividades criminosas nem as integre. O entendimento trazido pela exigência de não se dedicar às atividades criminosas está relacionado ao cerne do dispositivo do tráfico de drogas, restando a comprovação de que o autor não tenha praticado atos relativos aos delitos mencionados, necessitando de ser examinado a partir do caso concreto. Assim sendo, e de acordo com Tashiro (2015), caberá à acusação o ônus de sua prova e ao magistrado analisar as circunstâncias do delito, o *modus operandi* e as provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

No tocante ao último requisito, de não participação em organizações criminosas, observando-se o conjunto fático-probatório de cada caso, é facilmente compreensível, principalmente, após a edição da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que trouxe a definição do que seria organização criminosa, dando fim a uma longa discussão acerca da impossibilidade de aplicação do disposto na Lei de Drogas em virtude da ausência de conceituação legal (ALMEIDA, 2015).

A despeito dessa especificação de requisitos para aplicação da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06, bem como o mínimo e máximo do patamar redutor – de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), o legislador deixou de tecer considerações acerca de quais parâmetros devem ser utilizados para escolha entre a maior e menor fração indicada, o que possibilitou parte da doutrina defender a concepção de que a redução de pena é um direito público subjetivo (TASHIRO, 2015).

No entanto, a inaplicabilidade do redutor de pena aos acusados que respondem a outro procedimento, ainda sem trânsito em julgado, ou inquérito policial caracterizaria uma nova exigência, conforme analisaremos nos capítulos subsequentes.

3 INAPLICABILIDADE DO REDUTOR AOS ACUSADOS QUE RESPONDEM A OUTRO PROCEDIMENTO CRIMINAL: IMPOSIÇÃO DE MAIS UM REQUISITO PARA SEU RECONHECIMENTO?

Dentre as grandes mudanças trazidas pela nova Lei de Drogas a novidade foi o tratamento mais brando ao pequeno traficante deixando ao crivo do julgador avaliar a concessão, desde que presentes os requisitos necessários e cumulativos, conforme previsão no artigo 33, § 4, da Lei nº 11.343/06:

(...)

§ 4 nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006).

Assim, tem-se o reconhecimento da menor culpabilidade do traficante ocasional, evidenciando-se um potencial lesivo diminuto e, portanto, não devendo ser considerado no tráfico privilegiado crime de natureza hedionda.

Quanto à aplicação da minorante no chamado tráfico privilegiado, e por omissão do legislador em fixar parâmetros para definir o *quantum* redutor, a jurisprudência está cerceada de divergências, no entanto, ela só poderá ser negada quando estiver comprovada a ausência de quaisquer dos requisitos indicados no art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, tornando-se, desse modo, a aplicação da causa especial de diminuição de pena não uma simples faculdade do juiz; e sim, uma obrigatoriedade, desde que, presentes os requisitos que a lei fixa para a concessão (TASHIRO, 2015).

Nesse sentido, a fim de possibilitar a análise da controvérsia central da pesquisa, apresentar-se-ão posicionamentos divergentes quanto à aplicação do redutor de pena previsto no supramencionado artigo.

3.1 Posicionamentos jurisprudenciais favoráveis à aplicação do redutor aos agentes que respondem a outros procedimentos criminais

O entendimento adotado pela Quinta Turma do STJ, no âmbito do habeas corpus nº 271.516, na reunião do dia 27 de março de 2014, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, considerou que inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, conforme assevera a decisão relatada pela Ministra Laurita Vaz:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. AFASTAMENTO PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO EM CURSO: IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADO A PONTO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO, ENTRETANTO, EM RAZÃO DA APREENSÃO DE DROGA ALTAMENTE LESIVA, EM QUANTIDADE QUE NÃO SE PODE TER POR ÍNFIMA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES

RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. SANÇÃO SUPERIOR A 04 ANOS. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS BRANDO. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. 4. No caso, o Magistrado sentenciante deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º da Lei n.º 11.343/2006 em razão da existência de processo em curso contra o Paciente. Porém, nos termos da jurisprudência desta Corte, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

(STJ - HC: 271516 SP 2013/0176279-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 27/03/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/04/2014)

Nas interpretações da relatora, mesmo sem definir quantidade mínima de entorpecentes para indeferimento de concessão do redutor, considerou que a porção embora não seja diminuta não atinge patamar que impossibilite completamente a aplicação da referida minorante, sopesando que a pena deve ser diminuída em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06.

Seguindo os mesmos posicionamentos, o Tribunal Justiça de Minas Gerais (TJMG), nos autos de apelação criminal julgada em sessão do dia 13 de março de 2018, decidiu que para o convencimento da prática do delito de tráfico, este deve ser formado com parâmetro no conjunto de indícios e elementos concretos dos autos, suficientes e harmônicos, destacando que:

O agente envolvido em inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou má personalidade para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (TJMG, 2018).

A decisão que se segue fora relatada pela Excelentíssima Desembargadora Kárin Emmerich:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI 11.343/2006)- ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - DOSIMETRIA - VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E DA CONDUTA SOCIAL - INVIABILIDADE - SÚMULA Nº 444/STJ - AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 - POSSIBILIDADE - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR

RESTRITIVAS DE DIREITOS - CABIMENTO. 1) Tratando-se de atividade clandestina, o crime de tráfico de drogas prescinde de prova da efetiva comercialização da droga, aperfeiçoando-se com a prática de quaisquer das condutas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06. 2) O convencimento da prática do delito de tráfico, pela dificuldade de se flagrar alguém no ato da comercialização do entorpecente, bem como de se obter testemunhos, deve ser formado com parâmetro no conjunto de indícios e elementos concretos dos autos, suficiente e harmônico, que cerca o agente envolvido. As circunstâncias do caso concreto, aliadas a prova oral colhida, são suficientes para manter a condenação do acusado por tráfico de drogas, sendo, assim, inviável acolher o pleito absolutório. 2) O juízo de desvalor operado sobre as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal deve estar atrelado a dados concretos, aferíveis a partir da prova dos autos, pois, a carência ou ausência de justificção para negatizar tais vetores torna indevida sua manutenção. De acordo com entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, "inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou má personalidade para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte)". (HC 374.894/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 28/06/2017). 3) A escolha da fração da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, deve estar fundamentada em elementos concretos, levando em consideração, além das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a quantidade e a natureza da droga, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. 4) Considerando a natureza e quantidade de droga apreendida, menos nociva e em quantidade não vultosa, a favorabilidade das circunstâncias judiciais com fixação da pena-base no mínimo legal, a primariedade do apelante ao tempo do crime; a aplicação da fração redutora máxima referente à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e o quantum da reprimenda (01 ano e 08 meses de reclusão), é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, c/c art. 59 e art. 44 e incisos, todos do Código Penal. (TJ-MG - APR: 10024161488077001 MG, Relator: Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 13/03/2018, Data de Publicação: 21/03/2018).

No que tange à apelação aqui apresentada, a relatora entendeu que a primariedade do apelante ao tempo do crime era condizente a aplicação da fração redutora máxima referente à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Explanados alguns posicionamentos favoráveis aos agentes que respondem a procedimentos criminais diversos, faz-se necessário analisarmos o outro ponto do questionamento, quais sejam os posicionamentos jurisprudenciais desfavoráveis.

3.2 Posicionamentos jurisprudenciais desfavoráveis à aplicação do redutor aos agentes que respondem a outros procedimentos criminais

Cumpre-se destacar o entendimento dos Ministros da Terceira Seção do STJ, que por maioria de votos, na sessão do dia 14 de dezembro de 2016, decidiram dar provimento ao

recurso de embargos de divergência, nos termos do voto do Ministro relator Felix Fischer, conforme decisão que se segue.

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. I - O benefício legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente. III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito". Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.

(ERESP 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017)

Relativamente aos embargos de divergência supramencionados, o entendimento do Ministro relator foi pela possibilidade da utilização dos inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sendo seu voto seguido pelos demais Ministros, afastando a causa de diminuição de pena em virtude de o réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitado em julgado.

Os mesmos entendimentos consubstanciaram a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA), na apelação criminal nº 03667391020138050001, conforme proferiu a relatora Nartir Dantas Weber. Vejamos a decisão:

APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006 – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS - CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A EMBASAR A CONDENAÇÃO – REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA – INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – OBSERVÂNCIA DA SÚMULA Nº 231 DO STJ - INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA ESPECÍFICA – MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O NÃO DEFERIMENTO DO PEDIDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO – VEDAÇÃO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – APELAÇÃO IMPROVIDA. I – Réu preso em flagrante no dia 18.07.2013, portando mochila que continha 89,45g (oitenta e nove gramas e quarenta e cinco centigramas) de crack, distribuídos em 41 (quarenta e uma) porções, sendo 25 (vinte e cinco) pedras individualizadas, 13

(treze) pedras já embaladas em plástico incolor e 03 (três) pedras maiores, ainda não fragmentadas, sendo condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão em regime semiaberto e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada uma fixada no mínimo legal. II – O Apelante confessou ser contumaz na prática do crime de tráfico de drogas, se declarou usuário apenas de maconha e a substância apreendida foi a droga vulgarmente conhecida como crack, cujos efeitos colaterais, visíveis e facilmente identificáveis, não foram nele constatados. Ademais, as testemunhas foram enfáticas em relatar a autoria delitiva do acusado. III – Embora reconhecida a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, 'd' do Código Penal, a referida atenuante não incidiu na dosimetria da pena, em observância ao enunciado da Súmula nº 231 do STJ. IV – "Ainda que a Súmula 444/STJ vede a utilização de inquéritos e ações penais em andamento para exasperar a pena-base, há entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte de que é possível utilizá-los para a convicção de que o réu se dedica à prática de atividades criminosas e, por consequência, não faz jus à causa de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06".(STJ. HC 385.960/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 21/11/2017). V – A pena é superior a 4 (quatro) anos de reclusão e, portanto, inadmissível a substituição da pena por restritiva de direitos, na forma do art. 44, I, do Código Penal. APELAÇÃO IMPROVIDA. APELAÇÃO CRIME 0366739-10.2013.8.05.0001 – SALVADOR. RELATORA: NARTIR DANTAS WEBER (TJ-BA - APL: 03667391020138050001, Relator: Nartir Dantas Weber, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 05/04/2018).

Portanto, de acordo com a perspicácia da relatora, ainda que a súmula 444 do STJ vede a utilização de inquéritos e ações penais em andamento para exasperar a pena base é possível utilizá-los para a convicção de que o réu se dedica à prática de atividades criminosas e, por consequência, não fazer jus à causa de redução do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06.

Apresentadas algumas contraposições jurisprudenciais, faz-se necessário esclarecer a disposição constitucional quanto ao afugentamento do tráfico privilegiado aos acusados que respondem a outros procedimentos criminais.

4 AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AOS ACUSADOS QUE RESPONDEM A OUTROS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal (CF) resguarda os direitos e garantias fundamentais especificados no artigo 5º e seus vários incisos. No *caput* do referido artigo é estabelecido “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

A garantia do devido processo legal, elencada no artigo 5º, LIV, da CF revela que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; em

observância de todas as garantias e exigências e inerentes ao modelo de processo estabelecido pela Constituição”. Norteador por este princípio, as relações processuais possuem a missão de oferecer aos seus jurisdicionados a justiça de uma forma ampla e justa.

Já no inciso LVII do artigo 5º, a CF, preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, presumindo-se a inocência do infrator até a decisão final, contra a qual não caberá mais recurso, independente da acusação que lhe seja imputada, anuindo-se portanto, que ninguém será considerado culpado antes da sentença final, previamente garantida pela ampla defesa e pelo contraditório, dentro do devido processo legal.

As garantias supramencionadas, além de várias outras não referendadas no tópico, também podem ser denominadas de princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, as quais servem de base para todo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive o direito penal.

Nesse sentido e concatenando com interesse na análise da controvérsia central da pesquisa, discorrer-se-á, sucintamente, sobre os princípios gerais do ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando, sobretudo, sua incidência no direito penal.

Vale ressaltar, que sendo os princípios considerados como fontes do Direito e instrumentos norteadores para a aplicação das normas de maneira justa e ampla, dentro do sistema jurídico, Realle, assim, o conceituou:

[...] princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobre desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática (REALLE, 2003).

Em outras palavras, são os princípios normas extremamente abstratas e genéricas, que possuem alto grau de fundamentalidade, mostrando-se imprescindíveis para conduzir o ordenamento jurídico (TASHIRO, 2015).

Desta forma, como viés norteador à aplicação das normas, os princípios constitucionais orientam à compreensão do sistema jurídico, embasando de forma abstrata e genérica as tomadas de decisões. No direito penal, os princípios fundamentais também operam em consonância, conforme veremos a seguir.

4.1 Princípios fundamentais do direito penal

Conforme já explanado, os princípios são instrumentos norteadores e fundamentais para aplicação das normas de maneira justa e ampla. Nesse sentido, e de acordo com sapiência de Prado (2013), os princípios no direito penal são essenciais e indispensáveis ao que se refere à aplicação da norma penal, de modo que tais princípios sirvam como subsídio limitador do poder punitivo do Estado.

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceituais do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. (PRADO, 2013, p. 156)

Além disso, assumem os princípios a função orientadora, no sentido de nortear a interpretação das normas e a função supletiva, figurando como fonte de direito em casos de omissão ou insuficiência da lei e do costume (TASHIRO, 2015).

Ademais e ainda de acordo com Prado, no direito penal os princípios fundamentais se dividem em três grupos:

[...] princípios de proteção, delimitadores dos conteúdos de tutela penal (princípios da fragmentariedade, da lesividade, do interesse público e da correspondência com a realidade); princípio da responsabilidade, relacionados com requisitos necessários para se exigir a responsabilidade penal (princípio da segurança jurídica, da responsabilidade pelo fato, da imputação, da culpabilidade e da jurisdição), e princípios da sanção, configuradores das reações penais (princípios da humanidade das penas, teleológico ou dos fins da pena, da proporcionalidade e do monopólio punitivo estatal). (PRADO, 2013, p. 158)

Contudo, os princípios fundamentais do direito penal não só sustentam seu emaranhado de normas, mas também fragmentam o que é de sua competência, objetivando possibilitar uma melhor interpretação diante de um caso concreto (IMMICH; MEDEIROS, 2012).

Assim, dos vários princípios norteadores do direito penal, consagrados no nosso ordenamento jurídico, elencamos os princípios da limitação das penas, ou princípio da humanidade da pena, o princípio da culpabilidade e o princípio da proporcionalidade, não como os mais importantes, mas como os que embasaram nosso estudo, dando especial destaque, mesmo sem previsão expressa, ao princípio do *no bis in idem*, pelo qual se limita a utilização de um mesmo fundamento para exasperar a pena em momentos diversos da dosimetria.

4.1.1 Princípio da humanidade da pena

O princípio da humanidade é consagrado pela CF/88 no artigo 1º, III. Foi instituído com o propósito essencial de limitar a o poder punitivo do Estado, vedando sanções que lesem a condição física-psíquica do condenado, as penas de sofrimento ou a degradação, não admitindo penas de morte, salvo em guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e quaisquer outras de natureza cruel (art. 5º, XLVII).

Neste sentido assevera Mello (2010), quando se analisa qual o conteúdo do princípio penal da dignidade humana, a dimensão que sobressai é a da proibição a penas cruéis e excessivas, pois “são as penas cruéis que revelam o caráter ignominioso da intervenção penal, por um lado, e o potencial de instrumentalização do ser humano, cujo sofrimento e vulnerabilidade são sumariamente ignorados pelo rigor das punições”.

Adverso a isto, o princípio da humanidade, dentro do segmento do direito penal, considera que trate o condenado, na condição de pessoa humana, com um tratamento digno e sensível às suas necessidades mais básicas, sem deixar de receber, obviamente, a pena prevista para a infração cometida, assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral.

4.1.2 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade encontra-se previsto de maneira implícita na Constituição, justamente porque não se pode em um estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o ordenamento pode impor (pena) em simples relação de causalidade, sem que exista vontade ou previsibilidade do agente (NUCCI, 2014).

Tal princípio compreende a obrigação de que o delito seja próprio do seu autor, tanto do ponto de vista pessoal, como material, com a pena individualizada, limitando o *jus puniendi* do Estado, pois, este não poderá punir quem não tem a capacidade ou a consciência do delito praticado.

4.1.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade integra uma exigência do Estado Democrático de Direito que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

No sistema penal, o princípio da proporcionalidade orienta a construção dos tipos incriminadores, bem como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas.

4.1.4 Princípio do *no bis in idem*

De acordo com Saboya (2014), o princípio *no bis in idem* tem como finalidade a impossibilidade de repetição de qualquer consequência jurídica de natureza sancionadora decorrente dos mesmos fatos e dos mesmos fundamentos assegurando a proteção da situação jurídica do cidadão, garantindo-lhe o refúgio individual, representado pela unicidade da (re)ação punitiva estatal.

No âmbito do direito penal, o princípio do *no bis in idem* considera a proibição de uma dupla condenação pelo mesmo fato, como também, e conforme assevera Tashiro (2015), proíbe “a reavaliação de elemento do tipo penal no decorrer da fixação da pena, e a dupla valoração de uma mesma circunstância para majorar a reprimenda em momentos diferentes do sistema trifásico de dosimetria da pena”.

Nesse sentido, e em decisões proferidas os autos dos habeas corpus de n.º 109.193/MG e o de n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do STF decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*, conforme se assevera em parte do voto do ministro relator:

A partir de uma compreensão ampliada desse princípio, não restrito à impossibilidade das persecuções penais múltiplas, desenvolveu-se uma das suas mais relevantes funções no direito penal constitucional: balizar a individualização da pena, com vistas a impedir mais de uma punição individual pelo mesmo fato em momentos diversos do sistema trifásico adotado pelo Código Penal (art. 68). (STF, 2013, pág. 8)

Assim, à luz dessa perspectiva, é possível observar que o conteúdo e finalidade dos princípios constitucionais são alicerces ao direito penal, adequando todas as normas aos suportes ideológicos e aos limites norteadores e constitucionais delimitando a força e o poder de punição do direito penal.

Destarte ao fato de responder a outro processo penal ou estar indiciado em outro inquérito policial não se enquadra em nenhum dos requisitos previstos para a aplicação do tráfico privilegiado e seu afastamento, conseqüentemente, representaria a inclusão de mais um requisito para impedir a aplicação do redutor do art. 33, §4º, o que portanto, fere o que pressupõe os princípios constitucionais do devido processo legal, e o da presunção de inocência.

Porquanto, sua inaplicabilidade e seu afastamento, além de ferirem princípios constitucionais e do direito penal, ainda vão de encontro ao que estabelece a súmula 444 do STJ, conforme será analisado a seguir.

5 INAPLICABILIDADE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AOS AGENTES QUE RESPONDEM A OUTRO PROCEDIMENTOS CRIMINAL X SÚMULA 444 DO STJ

Partindo do preceito da garantia constitucional, encontrado no art. 5º, LVII, da CF/88, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, presumindo-se a inocência do infrator até a decisão final.

Em sintonia com tais princípios, em maio de 2010, o STJ editou a súmula 444 consagrando o entendimento de que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” desta forma, corroborando com os preceitos constitucionais da presunção de inocência.

A referida súmula ainda validou o entendimento de que sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, procedimentos criminais instaurados e não conclusos em definitivo não podem exercer a função de majoração da pena-base e, portanto, não podem vir a lesar o réu.

Harmonicamente ilustrando, o STF no posicionamento do voto oferecido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054/SC, na sessão plenária do dia 17 de dezembro de 2014, ocasião que negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, deixou clara a impossibilidade de se utilizar inquéritos policiais ou até mesmo decretos condenatórios sem trânsito em julgado em desfavor do réu no momento da individualização da pena.

A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais – ou, ainda, a persecuções criminais de que não haja derivado, em caráter definitivo, qualquer título penal condenatório – não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave e inaceitável lesão ao princípio constitucional que consagra a presunção “*juris tantum*” de inocência dos réus ou dos indiciados em geral (CF, art. 5º, LVII). A doutrina penal, pronunciando-se a respeito do tema ora em exame, rejeita a possibilidade de fixar-se a pena-base com fundamento em situações de absoluta neutralidade condenatória, que só evidenciem a existência de simples “*persecutio criminis*”, sem qualquer e definitivo pronunciamento jurisdicional contra o acusado. Por isso mesmo, assinala DAMÁSIO E. DE JESUS, em magistério irrepreensível (“Código Penal Anotado”, p. 199/200, 11ª ed., 2001, Saraiva), que “não devem ser considerados como antecedentes, prejudicando o réu, processos em curso (TACrimSP, RvCrim 124.212, JTACrimSP, 78:14); inquéritos em andamento (TACrimSP, RvCrim 124.212, JTACrim, 78:14); sentenças condenatórias ainda não confirmadas (TACrimSP, RvCrim 121.212, JTACrimSP, 78:14); simples indiciamento em inquérito policial (TACrimSP, ACrim 331.713, RT, 586:338); fatos posteriores não relacionados com o crime (TFR, ACrim 6.448, DJU, 14 nov. 1985, p. 20.614); fatos anteriores à maioridade penal (TACrimSP, ACrim 245.015, JTACrimSP, 67:310); sentenças absolutórias (RT, 572:391); referência feita pelo delegado de polícia de que o indivíduo tem vários inquéritos contra si (JACrimSP, 65/67); simples denúncia (JTACrimSP, 49:243); (JTACrimSP, 54:425); e revelia, de natureza estritamente processual (TACrimSP, HC 155.748, JTACrimSP, 90:88) (STF, 2014, p. 2-3).

Nas palavras do Ministro todos são inocentes até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado, circunstância que impede a utilização de procedimentos penais, ainda em curso, sejam considerados em desfavor do réu como maus antecedentes.

Com base nessas premissas, a Excelentíssima Ministra Laurita Vaz, nos autos do habeas corpus nº 271.516, justificou seu voto considerando que inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Em razão disso, de acordo com a Ministra relatora, a pena deve ser diminuída em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, especialmente em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e não reconhecimento à dedicação do Paciente à atividade criminosa.

No mesmo sentido, os ministros integrantes da 5ª Turma do STJ seguiram o voto relator, Ministro Jorge Mussi, no caso in concreto, concedendo no habeas corpus nº 140692 a redução da pena-base imposta, decidindo que se se constata constrangimento ilegal, o fato de o sentenciado ao tempo do crime possuir contra si apenas inquéritos policiais em andamento.

[...] verifica-se que, afora o processo penal objeto do presente writ, consta 11(onze) inquéritos policiais em andamento, os quais não poderiam ter sido valorados a título de “*péssimos antecedentes*” e de personalidade desfavorável, porquanto, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior e do Colendo STF, inquéritos penais em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção não culpabilidade. (STJ - HC: 140692 MS 2009/0127289-4, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 05/05/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2011)

De acordo com o Ministro relator, o Magistrado sentenciante ao deixar de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º da Lei n.º 11.343/06, em razão da existência de processo em curso contra o paciente, não respeitou ao princípio da presunção de não culpabilidade, concedendo a ordem de afastar os maus antecedentes e ainda orientando o Juízo da 1ª instância que diante do afastamento dos maus antecedentes, deve-se analisar o eventual preenchimento dos demais requisitos necessários para a aplicação da minorante.

Com base nessas premissas, a jurisprudência majoritária consagra a aplicação do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, cuja inaplicabilidade aos agentes que respondem a outros procedimentos fere ao que estabelece a súmula 444 do STJ.

Contudo, mesmo pacificado o tema ainda gera inúmeras controvérsias jurisprudenciais, conforme se constata na decisão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos embargos de divergência.

O entendimento da Terceira Seção do STJ, nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial de nº 1431091, publicado em 01 de fevereiro de 2017 é no sentido de “não ser a aplicação da benesse de forma desmedida, mas somente em casos singulares, quando preenchido os requisitos, os quais merecem interpretação restritiva, de modo a prestigiar quem efetivamente mereça redução de pena”.

Assim, asseverou o Ministro Felix Fischer em seu voto:

A meu sentir, é evidente que a causa de diminuição de pena não foi criada para beneficiar Réus que se encontrem em situação similar a dos autos, motivo pelo qual entendo correta a conclusão extraída dos acórdãos paradigmas, no sentido de se configurar prova de dedicação à atividade criminosa a existência de inquéritos e ações penais em andamento, **em algumas situações**. (STJ, 2016, p. 10) (Grifo nosso)

À luz das observações do Ministro relator, mesmo que inquéritos e ações penais em curso não possam ser valorados como maus antecedentes de modo a agravar a pena do réu sua avaliação é plausível, desde que existentes elementos concretos para concluir que ele se dedique às atividades criminosas, sendo inquestionável que em determinadas situações, a

existência de investigações e/ou ações penais em andamento possam ser elementos aptos para formação da convicção do magistrado.

Concluindo, portanto, o Ministro Feliz Ficher (STJ, 2016) justifica que seria a utilização dos inquéritos e ações penais em curso uma situação diversa, pois é uma concessão de benefício e não uma agravante, o que justifica a interpretação mais restritiva, de modo que uma benesse legal somente seja aplicável a quem efetivamente mereça.

Assim, segundo o entendimento exposto, é possível à utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica às atividades criminosas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre as grandes mudanças trazidas pela Lei nº 11.343/06 a novidade foi o tratamento mais brando ao pequeno traficante, deixando ao crivo do julgador avaliar a concessão do benefício da redução de pena, desde que presentes os requisitos necessários e cumulativos, garantidos no art. 33 § 4º da referida Lei.

Dada à importância do assunto e amparados pelos princípios constitucionais da presunção de inocência e devido processo legal, em maio de 2010 o STJ editou a súmula 444, consagrando o entendimento de que não seria possível utilizar inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base.

De um modo geral, o estudo teve como principal objetivo demonstrar que a impossibilidade de reconhecimento de tráfico privilegiado nas situações em que acusados respondem a outros procedimentos fere a Constituição Federal de 1988, contrariando o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, bem como a súmula nº 444 do STJ, sendo necessário, para tanto, uma análise dos posicionamentos jurisprudenciais divergentes quanto à aplicação do redutor de pena especificados no supramencionado artigo.

Essa necessidade analítica demonstrou que a inserção da causa especial de diminuição de pena trouxe dois vieses interpretativos, e que muito embora haja entendimento majoritário referente a não inclusão das situações em que o acusado responde a outros procedimentos criminais para concessão da benesse, outra corrente considera sua possibilidade, alegando para tanto, que inquéritos e ações penais em curso, embora não possam ser valoradas como maus antecedentes para agravar a pena do réu, são perfeitamente plausíveis, em determinadas situações, já que a aplicação do redutor em análise consiste em um benefício, e não em uma agravante.

Diante das análises realizadas, constatamos que as hipóteses elencadas não foram confirmadas como esperado. Primeiro, levando-se em consideração que os requisitos que vedam o reconhecimento do redutor de pena previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 são taxativos e neles não há a inclusão situações em que o acusado responde a outros procedimentos criminais, portanto não deveriam ser utilizados com empecilhos, contudo, algumas cortes os utilizam. Segundo, a possibilidade do não reconhecimento do tráfico privilegiado aos sujeitos do estudo contraria os princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência, além do que estabelece a súmula nº 444 do STJ, contrariando, assim, ao que estabelece ao princípio do *no bis in idem*.

Com efeito, a inaplicabilidade do redutor do tráfico privilegiado em favor dos agentes que respondem a outros procedimentos criminais seria uma discricionariedade do magistrado, o que vai de encontro ao que preceitua o texto legal para concessão da benesse, no entanto, a fim de não afastar desnecessariamente a liberdade do indivíduo e nem tão pouco concedê-la ilimitadamente é de fundamental importância às interpretações restritivas ao caso in concreto.

RÉSUMÉ

La loi n° 11.343/06 a apporté innombrables innovations et entre elles mérite d'être soulignée la disposition de l'article 33, paragraphe 4, qui prévoit comme cause spéciale de diminution de la peine que le condamné soit primaire, de bonne foi, non dédié aux activités criminelles et qu'il n'en fasse pas partie - éléments qui configurent le trafic privilégié. L'ajout de cette cause spéciale de diminution de la peine apporte deux biais d'interprétation: la compréhension majoritaire est de la non-inclusion des situations où l'accusé répond à d'autres poursuites criminelles pour l'octroi d'indulgence, tandis que l'autre courant considère la possibilité. Ainsi, cette étude vise à démontrer que l'impossibilité de reconnaître le trafic privilégié dans les cas où les accusés répondent à d'autres poursuites criminelles porte atteinte à la Constitution fédérale du Brésil de 1988, en contradiction avec le principe de présomption d'innocence et processus légal réglementaire, ainsi que le résumé n° 444 du STJ. Pour cela, la méthode de recherche dialectique a été utilisée, dans une perspective d'investigation explicative.

Mots-clés: Diminution de la peine. Présomption d'innocence. Processus légal réglementaire. Résumé n° 444.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Angeli de. A desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. *In: Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas – CEPEJ, Bahia*, n. 18, 2015. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/issue/view/1405>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago. 2006.

_____. Lei nº 10.409, 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Revogada pela Lei nº 11.343, de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jan. 2002.

_____. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. STJ. Aprovada em maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jul. 1990.

_____. Lei nº 12.850, 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68641. Relator: Ministro. Celso de Melo, Distrito Federal, 05 de novembro de 1991. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709682/habeas-corpus-hc-68641-pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109193. Ministro Teori Zavascki, Minas Gerais, 19 de dezembro de 2013. Tribunal Pleno. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342613/habeas-corpus-hc-109193-mg-stf?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 11277. Ministro Teori Zavascki, Mato Grosso do Sul, 19 de dezembro de 2013. Tribunal Pleno. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118533. Relator: Ministra. Cármen Lúcia. Mato Grosso do Sul, 23 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 140692. Relator: Ministro Jorge Mussi, Mato Grosso do Sul, 23 de maio de 2011. **Diário de Justiça eletrônico**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21123638/habeas-corpus-hc-140692-ms-2009-0127289-4-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 271516. Relator: Ministra Lautira Vaz, São Paulo, 27 de março de 2014. **Diário Oficial de Justiça**. Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25029708/habeas-corpus-hc-271516-sp-2013-0176279-9-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. ERESP nº 1431091. Relator: Ministro Felix Fisher, São Paulo, 14 de dezembro de 2016. **Diário Oficial de Justiça**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425874923/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1431091-sp-2014-0015576-0>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

IMMICH, Dione Micheli de Freitas Pedrosa; MEDEIROS, Vladmir Haag. O princípio do no bis idem no direito penal brasileiro. *In: Direito, Justiça e Cidadania*, Santiago, n. 09, v. 01, 2012. Disponível em: <<https://michellipimmich.jusbrasil.com.br/artigos/321836790/o-principio-do-no-bis-in-idem-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Jus Podivm, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Volume 1: parte geral, arts 1º a 120**. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem**. História, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3130123/mod_resource/content/1/Keity%20Saboya%20-%20Ne%20Bis%20in%20Idem.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018.

SANTOS, Fernanda Kretzmann Bastos dos. **Comentários ao art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006: A Figura do Traficante Individual, Primário e de Bons Antecedentes**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

STF. **PLENÁRIO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 591.054. SANTA CATARINA V O T O O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO**. 17/12/2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-mello.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

TASHIRO, Priscila Sayri Yamaguti. **O princípio do ne bis in idem na aplicação da pena do crime de tráfico privilegiado (§4.º do art. 33 da lei 11.343/06)**. 61f. Monografia (Curso em Direito) Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, Brasília 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº 10024161488077001. Relatora Desembargadora Kárin Emmerich. Minas Gerais, 21 de março de 2018. **Diário Oficial**. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/558569179/apelacao-criminal-apr-10024161488077001-mg>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. Apelação Criminal nº 03667391020138050001. Relatora Nartir Dantas Weber. Salvador, 05 de abril de 2018. **Diário Oficial**. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563910335/apelacao-apl-3667391020138050001>>. Acesso em: 27 abr. 2018.