

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.. 03

CAPÍTULO I – TEORIAS E ESPÉCIES DE PENA 04

1.1 Conceito de pena 04

1.2 Espécies de pena. 04

1.3 Penas privativas de liberdade. 05

1.4 Penas restritivas de direito. 06

1.5 Requisitos para conversão da privação liberdade em restritivas de direitos. 06

CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS APLICADOS A PENA...08

2.1 Princípio da legalidade ou reserva legal 09

2.2 Princípio da culpabilidade. 10

2.3 Princípio da proporcionalidade. 11

2.4 Princípio da igualdade. 11

2.5 Princípio da dignidade da pessoa humana. 12

CAPÍTULO III – A APLICABILIDADE DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO NO CRIME DE TRAFICO DE DROGAS.. 14

3.1 Tipo Penal do art. 33 da lei 11.343/06. 14

3.2 Cumprimento da pena no tráfico de drogas. 15

CONSIDERAÇÕES FINAIS.. 17

REFERÊNCIAS.. 19

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a possibilidade da Pena Restritiva de Direito no crime de Tráfico de Drogas.

No primeiro capítulo serão abordados tópicos como conceituação de pena que diz que pena é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes; as teorias e espécies de penas previstas em nosso ordenamento jurídico.

Abordaremos as espécies de penas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: penas privativas de liberdade, subdivididas nas modalidades de reclusão e detenção onde a diferenciação básica citada é que a pena de reclusão é cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a detenção somente poderá iniciar-se nos regimes semiaberto ou aberto; penas restritivas de direitos são penas alternativas

O objeto de estudo do segundo capítulo serão os princípios que se aplicam a pena, sendo eles: o princípio da legalidade ou reserva legal; o princípio da culpabilidade; o princípio da proporcionalidade; o princípio da igualdade; o princípio da dignidade da pessoa humana.

O terceiro capítulo, verificaremos a constitucionalidade ou não da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em relação aos crimes de tráfico de drogas previstos na Lei 11.343/2006, mostrando o tipo penal do artigo 33 da referida lei, mencionando os 18 verbos que caracteriza o crime e lecionando o cumprimento na aplicação da pena do tráfico de drogas.

Exploraremos quais são os requisitos para a existência das penas restritivas de direitos no crime na lei 11.343/2006,

CAPÍTULO 1 – TEORIAS E ESPÉCIES DE PENA

Neste capítulo será mencionado o conceito, evolução, teorias e espécies de pena.

1.1 Conceitos de pena

O conceito de pena para Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 391) “é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”. O Estado deve punir o agente para que o mesmo não cometa novos delitos.

Capez (2012, p. 384-385) escreve, a respeito das penas que:

É a sanção penal de caráter aflagante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigidas a coletividade.

O Estado deve também restringir ou privar esse cidadão que cometeu o delito para puni-lo, intimidando o mesmo e os outros cidadãos, para que não cometa novos delitos, porém esse mesmo Estado devesse promover sua readaptação social, onde o mesmo terá condições de retornar a sociedade em condições de convívio com os outros cidadãos, dessa forma prevenindo novas transgressões.

1.2 Espécies de pena

Iremos agora descrever as espécies de penas existentes em nosso ordenamento jurídico conforme o artigo 32 do [Código Penal](#) que diz que as penas são: privativas de liberdade, restritiva de direito e de multa.

Diz Nucci (2011, p. 400) sobre as espécies de penas:

São as seguintes: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos, pena pecuniária. As penas privativas de liberdade são: reclusão, detenção e prisão simples. As duas primeiras constituem decorrência da prática de crimes e a terceira é aplicada às contravenções penais. As penas restritivas de direitos são as seguintes: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores. A pena pecuniária é a multa.

Dessa forma citada acima, vamos verificar cada uma delas nos tópicos abaixo.

1.3 Penas privativas de liberdade

Os tipos de penas privativas de liberdade que são a reclusão, a detenção e a prisão simples.

Diz Nucci (2011, p. 404) sobre as penas privativas de liberdade.

[...] existem três espécies de penas privativas de liberdade - reclusão, detenção e prisão simples - que na realidade, poderão ser unificadas sob a denominação de pena de prisão. A pena de prisão simples é a destinada às contravenções penais, significando que não pode ser cumprida em regime fechado, comportando apenas os regimes semiaberto e aberto. Além disso, não se pode inserir o contraventor condenado no mesmo lugar onde se encontrem os criminosos.

Nos esclarece que as mesmas poderão ser unificadas sob a denominação de pena de prisão.

Quanto as penas de reclusão e detenção diz Nucci (2011, p. 404):

Quanto às diferenças entre as penas de reclusão e detenção, destinadas ao crime, temos basicamente cinco: a) a reclusão é cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto ou aberto; a detenção somente pode ter início no regime semiaberto ou aberto (art. 33, caput, CP); b) a reclusão pode acarretar como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente, denominado, pelo [Código Civil](#), poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos, Sujeitos a esse tipo de pena, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP); c) a reclusão propicia a internação nos casos de medida de segurança; a detenção permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial (art. 97. CP); d) a reclusão é cumprida em primeiro lugar (art. 69, caput, CP); e) a reclusão é prevista para crimes mais graves: a detenção é reservada para os mais leves. Motivo pelo qual, no instante de criação do tipo penal incriminador, o legislador sinaliza à sociedade a gravidade do delito.

A diferenciação básica citada esclarece bem o assunto sendo que a pena de reclusão é cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a detenção somente poderá iniciar-se nos regimes semiaberto ou aberto; a reclusão pode acarretar como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, a reclusão propicia a internação nos casos de medida de segurança; a detenção permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial, a reclusão é cumprida em primeiro lugar, a reclusão é prevista para crimes mais graves: a detenção é reservada para os mais leves.

1.4 Penas restritivas de direitos

Cristiano Rodrigues (2012, p. 186) fala sobre as penas restritivas de direitos que são penas substitutivas da privação de liberdade, e por isso autônoma e não acessórias, sendo inadmissível sua cumulação com penas privativas de liberdade. As penas restritivas de direitos não possuem, em regra, previsão abstrata, logo, o juiz primeiro fixa a pena privativa de liberdade através da dosimetria concreta e depois procede a conversão em restritivas de direitos, se preenchidos certos requisitos.

1.5 Requisitos para conversão da privação de liberdade em restritiva de direitos

As condições para a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos podem ser divididas em objetivas e subjetivas conforme fala o artigo [44\[1\]](#) do [Código Penal](#).

Objetivas são natureza do crime, a forma de execução e quantidade de pena aplicada, para a substituição da pena privativa para a restritiva, quando o crime for culposo não importa a quantidade da pena imposta, e quando for doloso a pena não pode ser superior a quatro anos, não poderá ter sido cometido com violência ou grave ameaça, e que o réu não seja reincidente em crime doloso. Embora a regra geral seja que havendo reincidência em crime doloso não se deve fazer a conversão, se a reincidência em crime doloso não for pelo mesmo crime, reincidência específica, o juiz poderá fazer a conversão (Art. [44](#), [§ 3º](#), CP).

Para que haja conversão além dos requisitos objetivos acima mencionados será necessário que a culpabilidade e circunstâncias judiciais, ou seja, os antecedentes, a conduta social e personalidade do condenado sejam favoráveis à substituição, isto é, esses são requisitos subjetivos (Art. [44](#), III, CP).

Na condenação a pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos, porém se a condenação for à pena superior a um ano e até quatro anos, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, ou por duas restritivas de direitos (Art. [44](#), [§ 2º](#), CP).

A conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade ocorre em duas hipóteses: quando a restrição imposta não é cumprida (neste caso a conversão é obrigatória, o tempo cumprido de alternativa será deduzido da privativa de liberdade, respeitando o mínimo de trinta dias de reclusão); e quando o condenado for condenado a pena privativa de liberdade por outro crime a conversão é facultativa ao juiz (Art. [44](#), [§ 4º](#), CP).

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS APLICADOS À PENA

Neste segundo capítulo abordaremos os princípios que se aplicam a pena, estudo este, que se faz necessário para o que tenhamos uma base de entendimento para podermos analisar e explicar a importância e necessidade dos princípios que norteiam a pena, dessa forma, teremos um entendimento para que possamos compreender o tamanho e a dimensão da questão sobre a punição de crimes de tráfico de drogas e, assim, teremos condição de estabelecer uma interpretação sistemática e constitucional sobre o tema tratado.

2.1. Princípio da legalidade ou reserva legal e anterioridade

Esse princípio fundamental em nosso ordenamento jurídico que diz que deve haver lei anterior ao fato praticado previsto como crime, sendo que esta não poderá retroagir, ou seja, lei deve ser anterior ao fato praticado, diante disso veremos os entendimentos abaixo:

Lenza (2012, p. 888) diz sobre este princípio:

O art. 5.º, XXXIX, consagra a regra do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Assim, de uma só vez, assegura tanto o princípio da legalidade (ou reserva legal), na medida em que não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal, como o princípio da anterioridade, visto que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Conforme citação acima verifica-se o que a lei determina sobre esse princípio e que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Capez (2011, p.56) diz sobre o princípio da legalidade:

... O princípio da legalidade sinônimo de reserva legal, afirmando serem equivalentes as expressões. Heleno Cláudio Fragoso, referindo-se ao disposto no art. 1º do [Código Penal](#), afirma: “Essa regra básica denomina-se *princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal*, e representa importante conquista de índole política, inscrita nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais” Na mesma linha, Alberto Silva Franco assevera que “o *princípio da legalidade, em matéria penal* (CF, art. 5º, XXXIX,), *equivale*, antes de mais nada, *à reserva legal*”. A doutrina, portanto, orienta-se maciçamente no sentido de não haver diferença conceitual entre legalidade e reserva legal. Dissentindo desse entendimento, pensamos que princípio da legalidade é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal.

Como citado acima verificamos que o princípio da legalidade, não é sinônimo é gênero e compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei.

Possamos falar que a parte da reserva legal é aquela que se diz “não há crime sem lei anterior que o defina”, reservado à lei a definição de tipos penais. E a parte da anterioridade exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal.

Sobre a reserva legal podemos dizer que somente a lei pode definir crimes e cominar penas, essa matéria dever ser disciplinada por uma manifestação de vontade do poder Estatal e por força da CF pelo poder legislativo.

Diz Damásio de Jesus (2010, 107) que “para que haja crime é preciso que o fato que o constitui seja cometido após a entrada em vigor da lei incriminadora que o define”.

O princípio em questão é fundamental, pois define que o fato dever ser tipificado na legislação (reserva legal), e a lei estar em vigor anteriormente ao fato ocorrido (anterioridade). Importantíssimo ao nosso tema devido o mesmo ser fundamental, sem a definição da lei do fato criminoso não poderá haver punição ao indivíduo. E vimos também nesse contexto que o representante do povo deve legislar de forma clara para conhecimento de todos as condutas puníveis para posterior aplicação da norma penal.

2.2. Princípio da culpabilidade

Classicamente esse princípio afirma “que não há crime sem culpa” – (*nullum crimen sine culpa*). Trata-se da grande base de toda a estrutura finalista adotada modernamente, qual seja: a responsabilidade penal exclusivamente subjetiva. Frise-se que ele não deve ser confundido com a culpabilidade elemento este que é do conceito de crime, sinônimo de reprovação pessoal do agente pela prática de um fato típico e ilícito. Basicamente, temos três aspectos para conceito de culpabilidade: como princípio; como elemento do crime e como fundamento e limite da pena como reza o art. 59 do [Código Penal](#):

O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (art. 59 CP).

Segundo os doutrinadores Neves e Strifinger: “pode-se ainda entender a culpabilidade como medida da reprimenda penal, que orienta a dosimetria da pena, inferindo uma medida retributiva justa ao delito.” (2012, p.110)

Nesse sentido, ao princípio é que não há crime sem culpa, *nullum crimem, nulla poena sine culpa*, ou seja, não há crime ou pena sem culpa; e abrindo um pouco mais esta definição poderíamos traduzir o princípio da culpabilidade por meio da ideia de que não há crime ou pena sem que alguém seja o “culpado”, o responsável pela lesão ao bem jurídico tutelado (RODRIGUES, 2012, p. 37).

2.3. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade significa que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero e a extrema liberalidade na cominação das penas.

Prado (2011, p. 175) escreve que:

O princípio da proporcionalidade (*poena debet commensurari delicto*), em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. [...] Nessa linha de pensar, afirma-se que o mandato de proporcionalidade implica um juízo lógico ou ponderação que comparavalorativamente, a gravidade do fato antijurídico e a gravidade pena, a entidade do injusto e a de sua punição. A proporção se torna uma verdadeira conditio da legalidade.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, dessa forma, devemos nos atentar muito a este princípio, pois não é justificável o excesso de punibilidade, o exagero com a pena aplicada aos fatos definidos como crime, deve se haver uma proporção da conduta praticada com a pena aplicada.

Bitencourt (2011, p. 120) fala sobre o princípio da proporcionalidade que:

A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada, in verbis, a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito.

2.4 Princípio da igualdade

A [Constituição Federal](#), no caput do art. 5º, dispõe sobre igualdade:

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 a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Com base nesse artigo, fica bem claro que ninguém poderá ser tratado desigual, até mesmo por discriminação com base na (em) cor, raça, sexo, religião e etc. Nenhuma pessoa poderá ser discriminada por ter cometido algum crime anterior, ou até mesmo ser tratado desigual por algum ato ilícito feito no passado, ferindo então o princípio da igualdade.

Nosso ordenamento jurídico é bem claro nesse ponto todos devem ser tratados com igualdade não só os brasileiros, mas estrangeiros residentes no nosso território, tendo amplos direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, descrito diretamente na nossa lei maior [aConstituição Federal](#).

2.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 1º inc. III na CF. Os direitos humanos formam a base fundamental de todo ordenamento jurídico, não podendo o direito penal em hipóteses alguma violá-los.

Cita Rodrigues (2012, p 29) que é:

Mais que um princípio, trata-se da pedra fundamental de todo ordenamento jurídico moderno, base do Estado Democrático de Direito e que, possuindo raízes constitucionais (art. 1º, III, CF), informa e rege o Direito Penal em todas as suas esferas, desde a criação das leis até a determinação, aplicação e execução das penas, tendo como principal fonte de referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos Fundamentais.

Citado acima a fonte principal de referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos Fundamentais, fonte essa de importância não só em âmbito nacional, internacionalmente constituído que a dignidade da pessoa humana é fator primordial e deve ser respeitado em todos os aspectos.

Já Rodrigues (2012, p. 30) relata também que:

É de fundamental importância para compreensão deste princípio entender que sua interferência na teoria da Pena atinge todas as etapas da pena privativa de liberdade, ou seja, ele orienta a cominação, a aplicação/fixação e também a execução das penas, evitando abusos e quaisquer transgressões dos direitos fundamentais.

Devemos respeitar a pessoa humana, não sendo permitidas em nosso ordenamento as penas de morte, pois a vida é considerada o bem maior de todos os cidadãos, sendo preservada mesmo aos que cometem ilícitos, ficando diretamente no texto legal que somente em caso de guerra declarada poderão existir as penas de morte.

Novelino (2010, p. 340) fala sobre a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana em si não é um direito, mas um atributo inerente a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover este valor. O reconhecimento da dignidade como fundamento impõe aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna.

Verificamos a importância desse princípio que como relatado não está descrito no ordenamento jurídico, mas este tem a função de proteger e promover este valor.

Bitencourt (2011, p. 127-128) menciona que o princípio da humanidade do direito penal:

É o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a **constituição** físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas

cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e à obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade [...].

2.6 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena tem significado de eleger a justa adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores. Individualizar significa tornar uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto. Nucci (2011, p. 35)

O doutrinador Luiz Regis Prado (2012, p. 175) fala que “este princípio obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução: a lei regulará a individualização da pena”.

Este princípio está elencado no art. 5º, inc. XLVI da CF que diz “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição à liberdade, b) perda de bens, c) multa, d) prestação social alternativa, e) suspensão ou interdição de direitos”.

Devemos analisar cada indivíduo e cada fato praticado, sendo assim cada qual punido pelo fato que cometeu, exemplificando tem o tráfico de drogas privilegiado onde poderá haver uma maior adequação da pena ao perfil do acusado, podendo haver aplicação de medidas alternativas.

CAPÍTULO 3 – A APLICABILIDADE DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO NO CRIME DE TRAFICO DE DROGAS

Este capítulo irá apontar o crime de tráfico de drogas, ação do agente, a abrangência dos 18 verbos, o tipo penal no tráfico de entorpecentes, os artigos mencionados que tratam sobre tráfico de drogas na lei 11.343/2006, o cumprimento da pena, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da vedação da pena restritiva de direito, entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a vedação a substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, tudo relacionado ao tráfico de drogas, e por fim será mencionado o princípio da insignificância no tráfico de drogas.

3.1 Tipo penal do artigo 33 da Lei 11.343/06

O crime de tráfico de drogas previsto na nova lei de drogas 11.343/2006 no seu artigo 33, substituindo a anterior lei 6.368/1976 em seu artigo 12, continuou com os mesmos 18 (dezoito) verbos do tipo para configuração do referido crime que são: “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”; tendo como pena quem cometer tais delitos a reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa;

Previsto no artigo 33 caput, da lei 11.343/2006 assim leciona os 18 dezoito verbos para possível configuração do tráfico de entorpecentes:

Importar, exportar, remeter preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor a 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 de (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multas.

O delito de tráfico de drogas se consuma com a prática de uma das condutas descritas no tipo acima. O delito na maioria das condutas é crime instantâneo, sendo apenas algumas caracterizadoras de crimes permanentes, como “trazer consigo, transportar, guardar, ter em depósito e expor a venda”.

Gomes e Cunha (2010, p. 252) falam sobre a quantidade de núcleos verbais no crime de tráfico de drogas:

Os vários núcleos verbais fazem do trafico crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado). Assim, mesmo que o agente pratique, no mesmo contexto fático e sucessivamente mais de uma ação típica (p. Ex., depois de importar e preparar certa quantidade de droga, o agente traz consigo porções separadas para a venda a terceiros), por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo, no entanto a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz na fixação da pena (art. 59 do CP). Todavia, faltando proximidade comportamental entre as várias condutas haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

Já Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2013, p. 101), relata que o crime de tráfico de drogas é essencialmente doloso, não se exige qualquer elemento subjetivo específico, basta à consciência e vontade de praticar qualquer dos dezoito verbos-núcleos mencionados para configurar o crime e a ideia de mercancia e lucro. O sujeito para esse crime pode ser qualquer pessoa.

O tráfico de drogas é cometido de forma dolosa, não se exigindo elemento subjetivo conforme citado acima, bastando a consciência e vontade do agente no cometimento de quaisquer um dos verbos-núcleos mencionados no tipo penal.

3.2 Cumprimento da pena no tráfico de drogas

Nos termos da antiga redação prevista no artigo 2º, § 1º, da lei 8.072 que se tratava dos crimes hediondos que nos relatava:

Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...], § 1º a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (redação dada pela lei nº 11.464, de 2007).

Doravante essa lei a pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, sendo vedada a progressão de regime aos condenados pela prática de tráfico de drogas, devido constar no rol em que deve ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Porém com advém da lei 11.343/2007 em seu artigo 2º § 2º, preveniu expressamente a possibilidade da progressão de regimes ao condenado, que cumpre pena pela prática de tráfico de drogas, dentre outras situações sacramentadas na lei. Destarte, o condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes começará o cumprimento de sua pena inicialmente em regime fechado, ou seja, caso preenchidos os requisitos previsto na lei, cumprimento de 2/5 da pena, se primário ou de 3/5 da pena, se reincidente, alcançará a progressão de regime.

O parágrafo 4º do art. 33 é inovação da nova lei de drogas, ao mesmo tempo em que a nova lei aumentou a pena base do delito previsto no art.33, § 1º que antes era de três anos e agora passou a ser de cinco anos previu uma causa de diminuição de pena para estes crimes, visando beneficiar aquele traficante que preencher os requisitos estipulados. Assim reza o § 4º do art. 33 desta lei:

§ 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. (Vide Resolução nº 5, de 2012).

Os requisitos para que réu possa fazer jus a diminuição, deverão estar presentes quatro requisitos cumulativos. A) agente primário, b) bons antecedentes, c) não dedicação à atividade criminosa, d) não integração de organização criminosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por foco principal a questão da lei de tráfico de drogas quanto à vedação à substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, conforme estava previsto na Lei 11.343/2006 da Lei de Drogas, em especial ao artigo 44, antes da resolução 05/2012.

O crime de tráfico drogas normalmente não é praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, é um delito que lesa a sociedade pelo mal que causa a quem consome a droga e a parcela da sociedade que convive com esse usuário de entorpecente, prejudicando todos em seu convívio.

Dentre todos os tipos verbais do artigo 33 caput, da lei 11.343/06 que configura Tráfico de Drogas, verificamos que em muitos desses enquadramentos o autor dever ser punido com todo

o rigor que a lei determina sem possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito, haja vista a lesão que o tráfico causa na sociedade, destruindo muitas famílias, fazendo com que não só a vida do usuário se deteriore mas também a vida de seus familiares pelo convívio com o mesmo, além de uma parte da sociedade que convive indiretamente com esses usuários, que por vezes cometem delitos como furtos e roubos para manterem seu vício.

Reza o princípio da proporcionalidade da pena que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida. Vemos que a pena tem que ser individual na forma da pessoa que o cometeu e analisado o delito cometido, cito como exemplo um traficante que insere na sociedade grande quantidade de entorpecente, causando dano enorme a sociedade em geral, este deve ser punido com todo o rigor da lei e não pode ser tratado com um traficante que fornece pequena quantidade para os amigos consumirem como exemplo.

É imprescindível individualiza a pessoa e o delito praticado devemos nos atentar que, cada caso é um caso diferente, inclusive quanto ao local do delito praticado, por exemplo cito em uma cidade em que há uma população menor, por exemplo 5.000 (cinco mil habitantes) a pessoa que comete o delito de tráfico no local por vezes não será flagrado com grande quantidade de entorpecente, pois até mesmo a demanda dos usuários não comportam quantidades grandes, esses casos devem ser analisado diferentemente dos grandes centros econômicos que o consumo é maior e a quantidade de entorpecente apreendida por vezes será maior.

Há casos em que o considerado traficante, indivíduo esse primário, sem antecedentes, sem qualquer envolvimento comprovado com condutas criminosas, aquele que pela primeira vez fornece droga a uma pessoa, ou ainda busca entorpecente para consumir juntamente com amigos, pessoas estas que já são usuárias de entorpecente, maiores, com discernimento capaz de decidir por si só, não fazendo diferença a essas de onde vem e quem fornece o entorpecente, que farão uso do mesmo de qualquer forma.

Levando ainda em conta que a pena privativa de liberdade não está em muitos casos atingindo seu objetivo de ressocializar as pessoas presas.

Saliento que alguns traficantes fazem jus a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, conforme descrita na resolução 05/2012 do Senado que excluiu da lei a expressão “vedada à conversão em penas restritiva de direitos” considerada inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

A aplicação de penas restritivas de direitos em substituição à privativa de liberdade é tida como coerente e eficaz para corrigir os excessos contidos na lei, mas deverá ser aplicada somente a casos em que o indivíduo primário, sem envolvimento com condutas criminosas, que não tenha cometido nenhum delito de tráfico, aquele que preenche os requisitos do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei de Drogas, que já citados são: o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo a pena aplicada proporcional ao delito praticado, dessa forma individualizando a pena aplicada ao indivíduo que preenche esses requisitos para que esse possa ser punido proporcionalmente ao delito que praticou. No entanto, isto não implica em uma banalização da pena aplicada ao delito de tráfico de drogas, uma vez que tal possibilidade só ocorrerá de forma excepcional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Planalto. Brasília. Disponível em:.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo/SP: Saraiva 2011.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado, Parte Geral**. 15ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Geral 1**. 15ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo/SP: Saraiva 2011.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de drogas 11.343/2006 Comentadas Artigo por Artigo**. 3ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo/SP: Método 2013.

COIMBRA NEVES, MARCELO STREIFINGER, **Manual de direito penal militar**. 2ª edição – São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

Decreto-Lei no 2.848/40 de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em:

GOMES, Luiz Flavio, CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). **Legislação Criminal Especial**. 2ª edição, revisada, atualizada e ampliada – São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio E, de. **Direito Penal, Parte Geral**. 31ª edição - São Paulo/SP: Saraiva 2010.

Lei no 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006 – Lei de Drogas. Disponível em:.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição, revisada, atualizada e ampliada – São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro/RJ, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2012.

RODRIGUES, Cristiano. **Direito Penal, Parte Geral, Princípios até teoria do delito**. São Paulo/SP: Saraiva 2012.

RODRIGUES, Cristiano. **Direito Penal, Parte Geral**. 1ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro/RJ: Impetus Ltda. 2012.

SITE: JUS BRASIL - <http://stf.jusbrasil.com.br>

[1]Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente

§ 2o Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3o Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4o A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 5o Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)