

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº. 11.343/06

O art. 33, §4º, da Lei nº. 11.343/06 veda a conversão da pena de segregação em restritiva de direitos, contida no art. 44 do CP, seja aplicada aos acusados de praticarem um dos núcleos do tipo objetivo do art. 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06.

Os verbos do *caput* do art. 33 da Lei nº. 11.343/06 traduzem, em tese, o tipo legal de tráfico de entorpecentes. Entretanto, as diversas ações prescritas no mencionado dispositivo legal, no caso 18 (dezoito), possuem grau de reprovabilidade diferentes, não sendo, portanto, iguais.

Dessa feita, não se pode igualar a reprovabilidade, por exemplo, de quem exporta ou importa entorpecente com aquele que “traz consigo” ou mesmo “tem em sua guarda” a mesma substância, principalmente quando não se tem a certeza, pelos elementos contidos no inquérito policial e nos descritos na denúncia, de que se este “trazer consigo” ou “ter em sua guarda” são ações que visaram o consumo próprio da substância, pretensamente, entorpecente pelo agente ou se este visou comerciá-la.

Indo no caminho desta suposta igualdade, o aplicador da norma estará tratando claramente os desiguais de forma igual, o que segue ao arrepio da igualdade substanciada, portanto, dos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena e, em última instância, do princípio supra constitucional da razoabilidade. Assim, o aplicador da norma incide em flagrante inconstitucionalidade, violando, portanto, diretamente o art. 5º, *caput*, I, XLVI, da Magna Carta.

Pensar de forma diversa seria, *mutatis mutandis*, ressuscitar a mesma idéia pretérita prescrita na redação antiga do art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/90 que determinava que todos os crimes hediondos seguissem o regime prisional integralmente fechado de cumprimento de pena, o que já era rechaçado, à época, pela doutrina majoritária e por parte da jurisprudência por ser determinada idéia inconstitucional por violar diretamente os referidos princípios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal atendendo aos reclames da doutrina majoritária e da jurisprudência (na época minoritária) mudou seu entendimento e declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/90 por ferir incisivamente os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena no julgamento do HC nº. 82.959/SP.

Sobre esse instante histórico marcante da jurisprudência do Pretório Excelso que iluminou, pondo uma pá de cal sobre o assunto, esta zona tormentosa que se deparavam os operadores do Direito, vale transcrever trecho da obra de Alexandre de Moraes:

Importante destacar, contudo, que, em novo julgamento, a composição atual do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, declarou a inconstitucionalidade do §1º, do art. 2º, da Lei nº. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que veda a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos e assemelhados. A favor do novo

posicionamento, votaram os Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence; enquanto os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim mantiveram o anterior posicionamento da Corte, no sentido da constitucionalidade do referido preceito (STF – Pleno – HC nº. 82.959/SP – Rel.min. Marco Aurélio, decisão: 23-2-06). Esse novo posicionamento tem aplicação imediata, aplicando-se, inclusive, aos processos em andamento, por ser lei penal mais benéfica. (MORAES, Alexandre de. SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação Penal Especial. 9.ed.. São Paulo: Atlas, 2006, p.75)

Dessa feita, observa-se que a parte do §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 que veda a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, contida no art. 44 do CP, de forma indistinta é inconstitucional por contrariar diretamente os mandamentos principiológicos constitucionais da isonomia, individualização da pena e da razoabilidade.

Isso porque se poderá chegar a inacreditável situação de igualar, tanto processualmente como também no momento de eventual condenação, um perigoso traficante internacional de drogas que a todo instante importa e exporta substâncias entorpecentes com a finalidade de lucro com um simples indivíduo que “trazia consigo” ou mesmo “mantinha em sua guarda” pequena quantidade de substância entorpecente para uma suposta mercancia de pequenas porções de lucro.

A doutrina já traz luzes a esta questão, senão veja-se:

A simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, parece-nos que, preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração minorante (esta orientada pela quantidade e/ou espécie da droga apreendida). (GOMES, Luiz Flávio *et al.* Lei de Drogas Comentada. 2.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 197) (grifou-se)

Assim, não resta dúvida que o magistrado pode afastar a vedação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 que trata indistintamente todos os acusados da prática de quaisquer dos núcleos do art. 33, “caput”, da Lei 11.343/06, por ser ela inconstitucional por ferir incisivamente os princípios constitucionais da isonomia, da individualização da pena e da razoabilidade, declarando o referido §4º inconstitucional *incidenter tantum* e aplicando a conversão de sanções do art. 44 do Código Penal, caso o (a) acusado (a) preencha os requisitos legais para tanto.

O órgão julgador poderá, inclusive, utilizar os mesmos fundamentos do STF no julgamento do HC nº. 82.959/SP, haja vista que a idéia para o afastamento da vedação referida é semelhante ao do julgado citado, fazendo uso da analogia *iuris*.

Procedendo dessa forma, o magistrado então pode aplicar, repita-se, a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, preenchendo o denunciado os requisitos do art. 44 do CP.

Assim, caso o processado preencha os pressupostos legais do art. 44 do Código Penal, merece que seja aplicada a conversão da sanção de segregação em restritiva de direitos que está descrita no mencionado dispositivo legal.

João Paulo Oliveira Dias de Carvalho é Defensor Público do Estado do Ceará, ex Defensor Público do Estado do Pará, onde foi Titular da Comarca de Belém, oficiando junto à 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Exerceu ainda, interinamente, a Coordenação de Política Criminal Metropolitana (Coordenação do NACRI - Núcleo Avançado de Atendimento Criminal da Defensoria Pública do Estado do Pará). Foi integrante da Comissão Organizada pela Defensoria Pública Geral do Estado do Pará em 2009 para propor sugestões alteradoras do Código de Processo Penal à Escola Superior da Defensoria Pública da União. É ex-Procurador do Banco do Nordeste do Brasil S/A, tendo sido lotado em Brasília / DF e atuado junto aos Tribunais Superiores, ao TRF da 1ª Região, ao TRT da 10ª Região, ao TJDF e ao TCU. É autor de artigos jurídicos.

BIBLIOGRAFIA

1. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.
2. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1 ed.. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.
3. GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antônio García – Pablos de. *Direito Penal – Parte Geral*. V. 2.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
4. GOMES, Luiz Flávio *et al.* *Lei de Drogas Comentada*. 2.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
5. GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas Comentada – Crimes e Regime Processual Penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
6. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed.. São Paulo: Atlas, 2005.
7. MORAES, Alexandre de. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 9.ed.. São Paulo: Atlas, 2006.
8. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
9. SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

Fonte: Artigo publicado na revista "Prática Jurídica" da Editora Consulex, na seção de "Prática de Processo Penal", edição N.º 86, de maio de 2009.