

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ISABELA RAMOS FRUTUOSO DELMONDES

**A (IN)COERÊNCIA NO TRATAMENTO PUNITIVO DESPENDIDO ÀS
CHAMADAS “MULAS DO TRÁFICO”**

**FLORIANÓPOLIS/SC
2015**

ISABELA RAMOS FRUTUOSO DELMONDES

**A (IN)COERÊNCIA NO TRATAMENTO PUNITIVO DESPENDIDO ÀS
CHAMADAS “MULAS DO TRÁFICO”**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado ao curso de Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa.

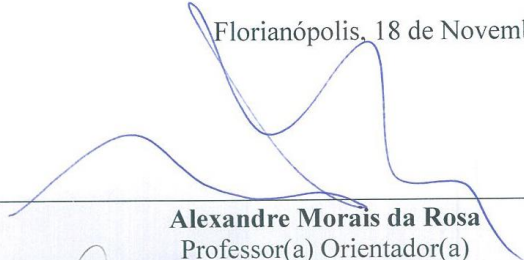
**FLORIANÓPOLIS/SC
2015**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

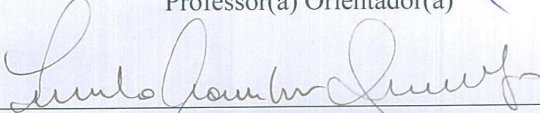
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A (in)coerência no tratamento punitivo despendido às chamadas "mulas do tráfico".**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Isabela Ramos Frutuoso Delmondes**, defendido em **18/11/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

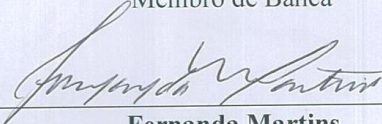
Florianópolis, 18 de Novembro de 2015



Alexandre Moraes da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Fernanda Mambrini Rudolfo
Membro de Banca



Fernanda Martins
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Isabela Ramos Frutuoso Delmondes**
RG: **001367039 / SSP-MS**
CPF:
Matrícula: **11100244**
Título do TCC: **A (in)coerência no tratamento punitivo despendido às chamadas "mulas do tráfico".**
Orientador(a): **Alexandre Morais da Rosa**

Eu, **Isabela Ramos Frutuoso Delmondes**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 18 de Novembro de 2015.

Isabela Delmondes

Isabela Ramos Frutuoso Delmondes

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Dorinha, pelo amor, incentivo e apoio incondicional, especialmente por estar ao meu lado nos momentos mais difíceis, não medindo esforços para me ajudar.

Ao meu pai, Fernando, não só pelo imenso apoio na conclusão da graduação, mas pelas inestimáveis lições de vida e aprendizados obtidos ao longo dos anos.

Ao meu irmão, Renan, pelo companheirismo de sempre e por tudo que representa.

Ao meu orientador, Doutor Alexandre Morais da Rosa, pela paciência, tempo e atenção dedicados.

Aos colegas e amigos que fiz ao longo do curso, por estarem comigo nesta caminhada, tornando-a mais fácil e divertida. Em especial, à Diana, que me agraciou com a sua amizade desde os primeiros encontros da faculdade; à Helena, pelos valiosos conselhos e por me aturar com tanta paciência; à Naiana, pelas boas lembranças; à Nicole, por me mostrar a importância das lutas; e à Priscila, a quem sou eternamente grata pela cumplicidade e pelos inumeráveis momentos estonteantes que passamos juntas. Esta caminhada não seria a mesma sem vocês.

Às minhas amigas de Campo Grande, as “askas”, por todos os momentos de alegria, prazer, risadas, diversão, cumplicidade e, principalmente, por estarem sempre presentes, ainda que à distância.

Por fim, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação.

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”

Rudolf Von Ihering

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar o crime de tráfico de drogas, em especial a conduta do agente que se restringe a transportar o material ilícito, adjetivado como “mula”; busca esclarecer se o tratamento punitivo despendido a ele é adequado. Para isso, buscou-se analisar a evolução legislativa do crime em questão, discorrendo acerca da política nacional de combate às drogas, bem como sobre os aspectos inovadores que salientam a nova Lei de Drogas. Em seguida, foi feito um breve exame das teorias que tratam do concurso de agentes, tendo sido aprofundada a teoria do domínio do fato e analisadas as diferentes formas do agente de realizar ou participar na empreitada criminosa. Ainda, fez-se o estudo discriminado do tipo penal previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, denominado “tipo misto alternativo”. Finalmente, foi feita uma análise jurisprudencial dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nesse ponto, discorreu-se sobre os argumentos utilizados para o afastamento da benesse do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 e, em seguida, destacou-se os posicionamentos favoráveis a tal aplicação. Viu-se, pois, que não há um entendimento pacificado acerca do tratamento punitivo aplicável à “mula”. A jurisprudência não trata da questão teórica do concurso de agentes em relação ao crime de tráfico de drogas, limitando-se a tipificar a conduta da “mula” como crime de tráfico, e aplicando-se a minorante em alguns casos. Sendo assim, verifica-se a necessidade de uma possível alteração do preceito legal, com vistas a especificar tal conduta.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. “Mula”.Concurso de agentes. Teoria do domínio do fato. Tratamento punitivo. Análise jurisprudencial. Alteração do preceito legal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 O PROIBICIONISMO DAS DROGAS E A LEI N. 11.343/06	8
2.1 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO COMBATE AO NARCOTRÁFICO	8
2.2 A POLÍTICA NACIONAL DE COMBATE ÀS DROGAS.....	13
2.3 ASPECTOS GERAIS DA LEI N. 11.343/06.....	21
3 CONCURSO DE AGENTES E O TRAFICANTE NA LEI 11.343/06	25
3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DO CONCURSO DE AGENTES	25
3.2 AUTORIA E O DOMÍNIO DO FATO.....	30
3.3 TRATAMENTO DISPENSADO AO TRAFICANTE PELO ART. 33 DA LEI 11.343/06	36
3.3.1 O artigo 33, § 1º, I, II e III	39
3.3.2 O artigo 33, §2º	41
3.3.3 O artigo 33, §3º	41
3.3.4 Causa de Diminuição da Pena do § 4º do artigo 33	42
4 A FIGURA DO “MULA”	46
4.1 ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À APLICAÇÃO DA MINORANTE.....	46
4.2 ENTENDIMENTO FAVORÁVEL À APLICAÇÃO DA BENESSE.....	53
4.3 CONTROVÉRSIAS NO TRATAMENTO PUNITIVO DESPENDIDO ÀS “MULAS” .	60
5 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso se vincula ao enfrentamento da questão das drogas pelo Estado Democrático Brasileiro, em especial a conduta daquele que, individualmente, realiza o transporte de pequenas quantidades de drogas, conforme suas possibilidades, adjetivado como “mula”.

Com efeito, a dinâmica do tráfico de drogas está baseada na colaboração de diversos atores, os quais ocupam posições distintas, sendo possível verificar uma clara divisão de poderes com implicações para o tipo de política de combate às drogas que deve ser observado.

O objeto principal deste trabalho é o tratamento punitivo despendido à figura da “mula” pela atual Lei n. 11.343/06¹, a qual não determina parâmetros seguros de diferenciação entre os diversos atores envolvidos no tráfico, resultando na aplicação de penas desproporcionais, que não retratam o contexto fático real.

Portanto, não se adentrará nas discussões relativas ao sujeito que participa da organização criminosa, tendo efetivo contato com os fornecedores e receptores, bem como daquele que carrega expressiva quantidade do material ilícito.

Como é consabido, o tráfico de drogas é um dos crimes contemporâneos que mais aflige a sociedade brasileira e os poderes constituídos, sendo tal assertiva corroborada pela intensa produção legislativa ao longo dos últimos tempos.

Essa histeria legislativa é decorrência da influência da política criminal americana que, ao propagar a necessidade do combate à traficância de forma energética, provocou a tendência ao recrudescimento das penas, com a vedação aos diversos tipos de liberdade e o tratamento diferenciado para a progressão de regime prisional.

O tema em análise não é recente, na medida em que a reprimenda às drogas esteve presente ao longo da história legislativa brasileira, desde as ordenações Filipinas. No entanto, em virtude da expansão do mercado e tráfico ilícito de drogas, iniciou-se o processo de proibicionismo e criminalização das drogas, implementados durante o século XX, mormente a partir da década de 60.

Nesse contexto surgem diversas legislações proibicionistas em relação às drogas, as quais redundaram na atual Lei n. 11.343/06.

¹ BRASIL, Lei n. 11.343, de 26 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 06 de novembro de 2015.

A atual Lei de Drogas intenciona punir de forma severa os traficantes. No entanto, verifica-se que o Brasil, por ser um país inserido na chamada “rota do tráfico”, possui um grande contingente de pessoas no efetivo carcerário em razão do exercício da função de “mula”, ou ainda, em decorrência do pequeno varejo, sendo que tais agentes, na maioria das vezes, não possuem responsabilidade pela organização criminosa.

Em verdade, os chamados “traficantes mulas” são comumente caracterizados como traficantes qualificados, pois a Lei de Drogas prevê causa de aumento para o tráfico interestadual e internacional, muito embora realizem funções inferiores no universo do crime em questão, praticamente uma terceirização do delito, arriscando a própria vida, como é o caso, por exemplo, daqueles que ingerem a droga.

Insta salientar que a presente monografia não questionará se deve ou não ocorrer a responsabilização penal da “mula”. Este trabalho pretende analisar o tratamento jurídico aplicado pelos tribunais superiores ao sujeito que exerce a função de mero transportador de droga, e ainda, busca esclarecer se essa resposta jurídica se mostra adequada às peculiaridades da conduta da “mula” ou se há necessidade de uma alteração legislativa.

Para tanto, o presente trabalho monográfico será dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo principiará com uma abordagem histórica da legislação penal brasileira. Na sequência, será feito um exame sobre a política criminal de drogas no Brasil, que resultou no endurecimento das penas dos crimes de tráfico de drogas. Ainda, discorrerá acerca da atual Lei n. 11.343/06, delineando sobre suas finalidades e diretrizes gerais.

No segundo capítulo será realizada uma análise das diversas propostas teóricas que buscam fixar limites entre a atuação de autores e partícipes. Feitas estas considerações, aprofundará a chamada “teoria do domínio do fato”, destacando os conceitos de autoria, autoria mediata, coautoria, participação e participação de menor importância. Por derradeiro, encerrará com o estudo discriminado do artigo 33 da Lei n. 11.343, que trata do crime de tráfico de drogas.

O terceiro capítulo analisará os argumentos utilizados no âmbito dos tribunais superiores, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com ênfase nos julgamentos ocorridos após 2011, para enquadrar as chamadas “mulas” no tipo legal do tráfico de drogas. Ainda, serão verificados os argumentos favoráveis à aplicação da benesse do § 4º do artigo 33, da Lei de Drogas. Em conclusão, buscar-se-á demonstrar a ausência de coerência no tratamento punitivo, bem como a inadequação da conduta praticada pela “mula” em relação às modalidades do concurso de agentes, evidenciando-se a necessidade de uma modificação legislativa.

2 O PROIBICIONISMO DAS DROGAS E A LEI N. 11.343/06

Antes de adentrar, especificamente, no crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, será feito um panorama histórico da legislação penal que trata da criminalização das drogas. Na sequência, será realizada uma análise da política criminal de drogas brasileira, que resultou no atual modelo proibicionista brasileiro. Serão feitas, ainda, algumas considerações sobre a atual Lei de Drogas, suas características, finalidades e seus princípios norteadores.

2.1 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO COMBATE AO NARCOTRÁFICO

A origem da criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes no Brasil aparece quando da instituição das Ordenações Filipinas, que em seu Livro V, Título LXXXIX, dispunha: “que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”².

O Código Criminal do Império (1830) não tratou da questão do consumo e tráfico de entorpecente, porém, o Regulamento, de 29 de setembro de 1851, disciplinou a matéria ao tratar da política sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos³.

Posteriormente, retomou-se o processo de criminalização com a Codificação da República. O Código de 1980 regulamentou os crimes contra a saúde e inseriu, no Título III, da Parte Especial (Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública), o delito de “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, submetendo o infrator à pena de multa⁴.

No entanto, o dispositivo supracitado foi insuficiente para combater a onda de toxicomania existente no país após 1914⁵. Diante do aumento do consumo de ópio e haxixe no início do século XX, incentivou-se a edição de novos regulamentos sobre o uso e a venda de substâncias psicotrópicas.

Destaca-se a consolidação das Leis Penais em 1932, que inovou a disciplina na matéria, “no sentido da densificação e da complexificação das condutas contra a saúde

² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 57-58.

³ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 84.

⁴ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 58-59.

⁵ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 84.

pública”, e alterou o artigo 159, “caput”, do Código de 1890, sendo acrescentados doze parágrafos, além da previsão de penas carcerária⁶.

O grande impulso na luta contra as drogas no Brasil ocorreu quando da autonomização das leis criminalizadoras, especialmente os Decretos n. 780, de 28 de abril de 1936 e n. 2.953, de agosto de 1938⁷. Além disso, o Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938, inspirado na Convenção de Genebra de 1936, introduziu o Brasil no modelo internacional de drogas e trouxe “a relação das substâncias consideradas entorpecentes, normas restritivas de sua produção, tráfico e consumo, bem como trata da internação e interdição civil dos toxicômanos⁸”.

Consoante Salo de Carvalho, embora exista a criminalização das drogas ao longo da história, apenas a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de “política proibicionista sistematizada”.

Posteriormente, com a promulgação do Código Penal, por meio do Decreto-Lei 2.848/40, o assunto foi tratado em seu artigo 281, com a denominação de “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”, senão veja-se:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis⁹.

Na sequência, o Decreto-Lei n. 4.720, de 21 de setembro de 1942, fixou as normas gerais para cultivo de plantas entorpecentes e para extração, transformações e purificação de princípios ativo-terapêutico e a Lei 4.451, de 4 de novembro de 1964, acrescentou ao tipo do art. 281, do Código Penal, a ação de *plantar*¹⁰.

Por sua vez, Salo de Carvalho entende que o ingresso definitivo do Brasil no cenário internacional de combate às drogas ocorreu somente após a Ditadura Militar, com a Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, subscrito por Castelo Branco¹¹.

⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 59.

⁷ Ibid., p. 60.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 84.

⁹ BRASIL, **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 24 de setembro de 2015.

¹⁰ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 85.

¹¹ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 61-62.

A partir dos anos sessenta, o discurso em torno das drogas começou a se alterar, tendo repercutido no atual modelo proibicionista brasileiro. Sobre esse período, marcado por vários acontecimentos sociais e políticos, descreveu Salo de Carvalho:

Com a popularização do consumo da maconha e do LSD durante a década de sessenta, mormente pelo fato de estar vinculado à contracultura e aos movimentos de contestação, o uso de entorpecentes aparece como instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas, criando as primeiras dificuldades às agências de controle penal¹².

Nesse contexto, merece destaque a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, criada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e promulgada pelo Brasil em 1964, que reflete o início da “transnacionalização do controle sobre entorpecentes”¹³, cuja finalidade, segundo Rosa del Olmo, era “dirimir as fronteiras nacionais para o controle da criminalidade”¹⁴.

Seguindo a tendência internacional de repressão, o Brasil editou o Decreto-Lei n. 159, que equiparou os entorpecentes às substâncias capazes de causar dependência física e psíquica¹⁵. Segundo Greco Filho, “o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto entorpecente o uso, por exemplo, dos anfetamínicos ou dos alucinógenos”¹⁶.

O Decreto-lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968, rompendo com a orientação internacional e o discurso de diferenciação, alterou o art. 281 do Código Penal¹⁷, incluindo novo parágrafo, com previsão de que “nas mesmas penas incorrem quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”¹⁸.

Posteriormente, a Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971, substituiu o Decreto-Lei n. 385 e regulamentou as medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica¹⁹. No entanto, como observa Salo de Carvalho, embora a lei mencionada tenha distinguido o dependente do traficante,

¹² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 62.

¹³ Ibid., p. 63.

¹⁴ OLMO, Rosa del, apud, CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 63.

¹⁵ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 66.

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 86.

¹⁷ BRASIL, **Decreto-lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

¹⁸ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 66.

¹⁹ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 4.

continuou a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade de 1 a 6 anos²⁰.

A Lei n 6.368/76²¹, por sua vez, rompe com a Lei anterior, na medida em que diferencia o tratamento punitivo entre porte e comércio de drogas ilícitas, além de apresentar alterações que evidenciam aprofundamento da repressão²², como o aumento da pena.

Em verdade, embora a legislação diferencie o tratamento penal despendido aos usuários e traficantes de drogas, na prática não há essa diferenciação de forma adequada, resultando prisões arbitrárias e duvidosas de usuários de drogas que são tratados como traficantes.

No artigo 12 da referida Lei, descreveu-se as condutas do comerciante de drogas, prevendo pena mais severa, de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão, nos seguintes termos:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Como se vê, a Lei n. 6.368/76 prevê 18 (dezoito) condutas que caracterizam tráfico de drogas, as quais se mantêm na legislação atual (Lei n. 11.343/06). De outra banda, no artigo 16²³, do mesmo diploma legal, era prevista a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa aos usuários.

Entretanto, embora tenha sido um avanço em relação à prevenção e repressão ao tráfico e ao uso ilícito de entorpecente, a Lei em comento, com o passar dos anos, não atendia aos reclames sociais e políticos, veja-se:

A legislação antidrogas anterior (lei 6.368/76) há muito estava a reclamar modificações em sua concepção com relação àquelas condutas que causam danos sociais a justificar a aplicação dos meios tradicionais de pena (prisão e multa), separando de forma mais racional aquelas situações em que a conduta do agente se volta mais contra ele próprio do que contra a sociedade, daquelas em que, ao

²⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 67.

²¹ BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de Outubro de 1976**. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 19 de Setembro de 2015.

²² CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 77.

²³ Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. (BRASIL, 1976)

contrário, o agente, cria um risco real, para a saúde pública em geral e, além disso, fomenta uma série de atividades criminosas que se desenvolvem no entorno do comércio de substâncias entorpecentes ilícitas²⁴

Diante desse cenário, foi promulgada a Lei n. 10.409/02 que, devido à péssima qualidade na definição dos crimes, teve vetado todo o Capítulo III – “Dos Crimes e das Penas”. Diante disso, estavam em vigor:

- a) No aspecto penal, a Lei n. 6.368/76, de modo que continuavam vigentes as condutas tipificadas pelos arts. 12 a 17, bem como a causa de aumento prevista no art. 18 e a dirimente estabelecida pelo art. 19, ou seja, todo o Capítulo III dessa Lei;
- b) Na parte processual, a Lei n. 10.409/2002, estando a matéria regulada nos seus Capítulos IV (Do procedimento penal) e V (Da instrução criminal)²⁵.

Em decorrência da mencionada coexistência de dois dispositivos legais, buscou-se, posteriormente, sintetizar ambas as leis, motivo pelo qual sobreveio a promulgação da atual Lei n. 11.343/06.

Finalmente, antes de adentrar à política criminal de drogas, que solidificou o proibicionismo da Lei n. 11.343/06, importante mencionar que a Constituição Federal de 1988, refletindo as normativas internacionais no tocante ao tratamento do delito de tráfico de drogas, conferiu tratamento severo ao tráfico, visto que o equiparou aos crimes hediondos, delitos “particularmente repulsivos”²⁶, além de enquadrá-lo nos “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”²⁷.

O rigor no tratamento do crime em comento manifesta-se, também, no inciso LI, ao dispor que o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado, se comprovado envolvimento com tráfico ilícito, independentemente se o crime cometido foi antes ou depois da naturalização - único delito em que há essa previsão. Essa exceção “demonstra a importância da diferenciação no tratamento desta espécie de delito em relação aos demais”²⁸.

Ademais, a Lei Maior dispôs no art. 243 e parágrafo único que as glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, assim como os bens decorrentes do

²⁴ SOUZA, Sergio Ricardo de. **A Nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006): Comentada e Anotada**. Rio de Janeiro: Impetus. 2006. p. 2-3.

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial**; 9 ed. – São Paulo: Saraiva. 2013. p. 668.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 315.

²⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 de Setembro de 2015.

²⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 105.

tráfico ilícito serão apreendidos, confiscados e revertidos a fundo especial com destinação específica.²⁹

Como se vê, o legislador constituinte originário, inspirado no discurso transnacional da droga, “fixou limites ao poder repressivo, mas, de forma inédita, projetou sistema criminalizador conformando o que se pode denominar Constituição Penal dirigente, dada a produção de normas de natureza penal programática”³⁰.

Portanto, tem-se que o tratamento conferido às drogas pela Constituição Federal se harmoniza com as diretrizes traçadas pela Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, solidificando a política repressiva da década de noventa³¹.

2.2 A POLÍTICA NACIONAL DE COMBATE ÀS DROGAS

De início, importante ter em mente que a denominada política criminal é um ramo da Política Jurídica³². Esta, por sua vez, tem a função de encontrar o direito adequado para cada época, de acordo com os padrões éticos e culturais de cada povo³³.

Dessa forma, segundo José Leal, a política criminal tem como finalidade o estudo e a prática das ações que mais propiciam o controle da criminalidade, e deve ser entendida como o conjunto de conhecimentos capazes de orientar o legislador, quando da criação da lei, bem como os operadores do direito, no momento da aplicação e execução de determinada norma³⁴.

Ademais, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli definem a política criminal como “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”³⁵.

²⁹ BRASIL, 1988.

³⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 104.

³¹ Ibid., p. 106.

³² LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Nova política criminal e controle do crime de tráfico ilícito de drogas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 42, jun. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1920#_ftn1>. Acesso em: 01 de outubro de 2015.

³³ MELO, Osvaldo Ferreira de. apud LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José, 2007.

³⁴ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José, op.cit.

³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique apud LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José, 2007.

No mesmo sentido, Heleno Cláudio Fragoso entende a política criminal como sendo a atividade que busca determinar os “meios mais adequados para o controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a Criminologia”³⁶.

Diante do exposto, constata-se que a política criminal, no que se refere às drogas, é uma importante ferramenta do controle de criminalidade, na medida em que orienta as ações relacionadas à justiça criminal, podendo interferir na forma como ocorre a repressão na tutela de bens jurídicos específicos.

Ao longo da história, verifica-se que a repressão no tratamento penal das drogas no Brasil não possui uma linearidade; pelo contrário, é repleta de “descontinuidades dos discursos legitimadores das políticas proibicionistas”³⁷. Diante disso, para maior compreensão do processo de solidificação da política criminal de drogas na legislação brasileira em vigor, imperioso fazer uma retrospectiva histórica, a fim de mostrar a respectiva evolução.

Com efeito, a partir dos anos sessenta, o problema da droga passou a demandar a implementação de políticas de repressão à delinquência. Naquela época, com a popularização do consumo da droga e do LSD, associado aos movimentos de contra cultura, tornou o consumo de drogas uma forma de contestação à política belicista norte americana, fazendo surgir as primeiras dificuldades às agências de controle penal. No entanto, esse consumo de drogas havia ganhado espaço e aumentado sua visibilidade, gerando o “pânico social” que deflagrará intensa produção legislativa na área penal³⁸.

O atual modelo de proibicionismo é caracterizado pela transnacionalidade, em que é possível se verificar uma espécie de identidade entre as legislações mundiais. Conforme entende Rosa del Olmo³⁹, a globalização da repressão às drogas se insere no projeto de transnacionalização do controle social, cuja finalidade é dirimir as fronteiras nacionais para o combate à criminalidade. Contudo, “como todo processo de universalização cultural e/ou econômico, os argumentos centrais para a repressão da delinquência passam a ser invocados de forma autônoma e distante das especificidades locais”⁴⁰.

Como consequência, evidencia-se a discrepância entre a política governamental, no que tange ao tratamento das drogas e o contexto social, situação esta que acompanhará a política criminal durante toda a história do proibicionismo, inclusive nos dias atuais, em que é possível verificar controvérsias e equívocos na legislação que aborda o assunto.

³⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 18.

³⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 56.

³⁸ *Ibid.*, p. 62-63.

³⁹ DEL OLMO, Rosa apud CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 63.

⁴⁰ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 63.

Ressalta-se que, ainda nos anos sessenta, a estratégia de globalização do controle penal sobre as drogas ilícitas obteve êxito com a ratificação, por mais de cem países, da Convenção Única sobre Estupefacientes, sendo que a consolidação ocorreu com a aprovação do Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, em 1971⁴¹.

Como observou Salo de Carvalho, a Convenção Única sobre Estupefacientes formalizou o processo de transnacionalização do controle das drogas, buscando integrar as agências internacionais e os sistemas repressivos dos Estados signatários, para o desenvolvimento harmônico de instrumentos de repressão⁴².

Nesse cenário, emerge o “modelo-sanitário-jurídico” de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, com fundamento na ideologia da diferenciação⁴³, isto é, em duplo discurso sobre a droga, cuja principal característica “é traçar nítida distinção entre *consumidor* e *traficante*, ou seja, entre *doente* e *delinquente*, respectivamente”⁴⁴. Sobre o tema, Salo de Carvalho afirma:

Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médio-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitaria em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo da dependência.⁴⁵

Ainda, segundo Rosa del Olmo,

O problema da droga se apresentava como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estava atacando tantos “filhos de boa família”⁴⁶.

Retornando à legislação, importante destacar que, em decorrência do princípio da taxatividade, o artigo 281 do Código Penal (1940)⁴⁷, proporcionava a punição exclusiva do comerciante de drogas, notadamente porque o Supremo Tribunal Federal entendia pela não abrangência aos consumidores.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 68.

⁴² *Ibid.*, p.103.

⁴³ A ideologia da diferenciação é uma expressão cunhada por Rosa del Olmo, a qual permite verificar o duplo discurso sobre a droga, chamado de médico-jurídico, por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes (o modelo médico-sanitário e o modelo ético-jurídico).

⁴⁴ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁵ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 64

⁴⁶ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da Droga**. Trad.: Teresa Ottoni. Rio de Janeiro. Renavan. 1990. p. 34.

⁴⁷ BRASIL, 1940.

No entanto, contrariando a orientação internacional e rompendo com o discurso de diferenciação, o Decreto-Lei n. 385/68 modificou o artigo 281, criminalizando o usuário com pena idêntica àquela destinada ao traficante. Com isso, houve o acréscimo do § 1º, que estabeleceu que “nas mesmas [do artigo 281] penas incorre quem ilegalmente: (...) III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.”⁴⁸

Nesse ponto, “o legislador brasileiro optou pela medida drástica de identificar, na mesma categoria, todos os envolvidos com tóxicos, independentemente do grau da sua participação”⁴⁹.

Com relação à Lei n. 5.726/71, esta redefiniu as hipóteses de criminalização e modificou o rito processual. Contudo, embora não mais considerasse o dependente como criminoso, continuava a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade de 1 a 6 anos⁵⁰.

Ademais, a referida lei “preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereotipo de dependência) e do traficante como delinquente (estereotipo criminoso)”. Ainda assim, pode-se dizer que a Lei supramencionada avançou em relação às legislações anteriores, pois iniciou o processo de mudança no modelo repressivo que se consolidará com a Lei n. 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei n. 11.343/06.⁵¹

Posteriormente, houve a ruptura do modelo médico-jurídico, o qual, apesar de ter influenciado as legislações proibicionistas, até mesmo a atual lei de tóxicos, acabou perdendo a força frente às novas necessidades da política beligerante. Nesse sentido, Salo de Carvalho explica que

A escassez do discurso médico-jurídico, no que concernia à densificação do processo de repressão, permite a elaboração de sistema preponderantemente jurídico, baseado em severa punição que, não obstante manter resquícios do antigo sistema, cria condições para o nascimento do discurso jurídico-político.⁵²

⁴⁸ BRASIL, 1968.

⁴⁹ BARRETO, João de Deus Lacerda Menna apud CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 66.

⁵⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 67.

⁵¹ Ibid., p. 67.

⁵² Ibid., p. 69.

Assim, com o advento da Lei n. 6.368/76, o discurso jurídico-político belicista tornou-se o modelo oficial do repressivismo brasileiro⁵³. A distinção dessa Lei para as anteriores está relacionada “à graduação das penas, cujo efeito reflexo será a distinção do modelo político-criminal configurador do estereótipo do narcotraficante”.⁵⁴

Com efeito, pode-se dizer que com a Lei n. 6.368/76 foi instaurado, definitivamente, o modelo repressivo contra drogas no Brasil, com a influência de duas convenções da Organização das Nações Unidas sobre a matéria: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 e o Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971⁵⁵.

Na lição de Salo de Carvalho, a institucionalização do discurso jurídico-político nos países produtores, ou no caso do Brasil, por ser rota de passagem do comércio internacional, por meio da transferência do problema doméstico dos países consumidores, acarretará na instauração de um modelo genocida de segurança pública, em razão da criação de situações de “guerras internas”⁵⁶. Ainda sobre o tema, Rosa del Olmo entende que:

A cômoda posição das agências centrais produziu resultados desastrosos porque, sendo exportado e imposto do centro à periferia, o discurso jurídico-político ignorava a alteridade, ou seja, estava alheio (ou pouco preocupado) à historicidade, às questões sociais, políticas e econômicas, bem como à relação cultural entre a droga e os grupos sociais envolvidos. Na América Latina, efeito bélico exemplar ocorreu com o etnocídio resultante da inclusão da folha de coca nas listagens de drogas ilícitas a eliminar, com a destruição de culturas seculares entre os povos andinos⁵⁷.

Dessa forma, em relação à política criminal das drogas, tem-se que a Lei n. 6.368/76 manteve o histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor e traficante, bem como os estereótipos de consumidor-doente e traficante-delinquente. “Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública”, agregou-se à figura do traficante o “papel (político) do inimigo interno”, o que seria utilizado como justificativa para a exacerbação de pena, especialmente na quantidade e na forma de execução, que ocorreram a partir do final da década de setenta.⁵⁸

Frisa-se, ainda, que permeiam a legislação em comento os binômios dependência-tratamento e tráfico-repressão, sendo que, apesar de aparecerem integrados ao texto, verifica-

⁵³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013. p. 71.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 69.

⁵⁵ KARAM, Maria Lúcia. Lei 11.343/06: novos e repetidos danos aos direitos fundamentais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: Ano 14 n. 167, out. 2006.

⁵⁶ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁷ DEL OLMO, Rosa, *apud*, CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁸ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 72.

se, na realidade operativa do sistema repressivo, a criação de dois estatutos proibitivos diferenciados, “moldados conforme a lógica médico-psiquiátrica ou jurídico-política, disciplinando sanções e medida autônomas aos sujeitos criminalizados”⁵⁹.

De fato, a partir da Lei n. 6.368/76, solidificando-se com a atual Lei n. 11.343/06, o legislador ousou em ampliar ao máximo o rol de condutas que configuram tráfico de drogas, a fim de punir o maior número de sujeitos envolvidos no tráfico de drogas.

Outrossim, conforme salienta Salo de Carvalho, na sanção prevista no artigo 12⁶⁰, da Lei n. 6.368/76, é possível encontrar a resposta penal para todas as hipóteses de comércio ilegal de drogas, em razão da estrutura genérica das cláusulas de criminalização⁶¹, sendo que quase não houve alteração em relação a tais condutas no artigo 33⁶², da Lei n. 11.343/06.

No entanto, é flagrante o equívoco da referida Lei, na medida em que a única possibilidade de enquadramento do pequeno vendedor de drogas seria o artigo 12, visto que não havia qualquer previsão de causa especial de diminuição de pena para a conduta de menor potencial danoso ao bem jurídico tutelado, bem como a inexistência de tipo autônomo ou de especificação de modalidades menos significativas de comércio de drogas⁶³.

Segundo Salo de Carvalho⁶⁴, com a redemocratização, pensou-se em um novo cenário para a política criminal, inclusive em matéria de repressão penal, notadamente em razão do desejo de ruptura com as políticas autoritárias, assim como pela eleição da Assembleia Nacional Constituinte e a promulgação da Constituição Cidadã em 1988. Contudo, o autor salienta que ao contrário do que se imaginava, houve o aprimoramento do modelo beligerante, o que desencadeou perplexidade aos movimentos político-criminais e criminológicos críticos que entendiam a Constituição como uma forma de limitar, e não potencializar a violência institucional programada. Cabe Registrar a sua lição:

⁵⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 75.

⁶⁰ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. [...] (BRASIL, 1976).

⁶¹ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 78-79.

⁶² Art. 33. 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; Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

⁶³ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 79.

⁶⁴ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 104.

A partir do processo de redemocratização, apesar do crescimento das expectativas de abertura do enclausuramento na questão das drogas, por mais paradoxal que possa parecer, houve um recrudescimento desta base ideológica com a reconfiguração de sua apresentação ao público consumidor do sistema penal.⁶⁵

Com efeito, o sistema de controle de drogas ilícitas no Brasil se mostrou complexo, especialmente após a inadequação histórica da Lei n. 6.368/76, aliada à publicação de inúmeros estatutos penais e pela publicação parcial da Lei n. 10.409/02.

Pode-se dizer que a Lei n. 11.343/06 manteve o alto grau de proibicionismo e de repressão no Brasil em relação ao “inimigo interno”. Igualmente, Salo de Carvalho entende que, apesar de alterações perceptíveis no modelo legal de incriminação, como o desdobramento da incriminação do comércio ilegal em diferentes hipóteses típicas, bem como o processo de descarcerização do porte de drogas para uso pessoal, “é possível afirmar que a base ideológica [ideologia da diferenciação] da Lei n. 11.383/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei n. 6.368/76”⁶⁶.

No ponto, conforme o mesmo autor, embora possuam a mesma base ideológica, é possível estabelecer distinções entre ambas as leis, desta forma:

Se na Lei 6.368/76 há nítida sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interno), cujo efeito foi densificar a repressão ao comércio ilícito e suavizar a resposta penal aos usuários e dependentes, a Lei 11.343/06 nivela a importância de tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente, com aplicação de penas e medidas.⁶⁷

Pois bem. Com a promulgação da Lei n. 11.343/06 houve o agravamento das sanções previstas para os traficantes, pois se elevou a pena base de três para cinco anos, permanecendo sua equiparação ao crime hediondo e, com isso, sendo vedada a concessão de sursis, graça ou anistia, além de ser proibida a liberdade provisória, dentre outros gravames.

Além disso, embora a norma preveja uma série de núcleos, todos acabam redundando na mesma sanção penal. Inexistem tipos intermediários, capazes de estabelecer um *quantum* de pena proporcional ao ilícito cometido. Esta situação gera, pois, uma premente

⁶⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 83.

⁶⁶ Ibid., p. 140.

⁶⁷ Ibid., p. 141.

injustiça, abrindo-se lastro ao sancionamento idêntico, por exemplo, do mero transportador de drogas e do traficante de alto escalão. Na lição de Salo de Carvalho:

A análise dos verbos nucleares do art.33 da lei de Entorpecentes possibilita visualizar a significativa diferença entre as ações importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, vender e expor à venda em relação as de adquirir, oferecer, preparar, fornecer gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar e entregar a consumo. Todavia, apesar da distinta lesão ao bem jurídico tutelado (saúde pública), a quantidade de pena imposta é idêntica: reclusão de 05 a 15 anos e pagamento de 500 a 1500 dias-multa. [...] Para que se possa dar a real dimensão do problema, necessário ter presente os consensos jurisprudenciais no que dizia respeito aos danos gerados pela punibilidade indiscriminada de condutas notadamente diferenciadas em termos de ofensividade social, mas que por opção política criminal eram previstas conjuntamente no art.12 da lei 6368/76. Com a nova lei o problema persiste, agravado pelo aumento da resposta penal.⁶⁸

O equívoco da legislação em comento é a ausência de proporcionalidade entre as condutas, visto que, por exemplo, a lesividade do indivíduo que “importa” ou “exporta” drogas, não é a mesma daquele que apenas “traz consigo”. Com isso, ocorre a generalização dos casos, em que o pequeno e o grande traficante recebem idênticas penas.

Em análise à Lei anterior, a qual igualmente definia como tráfico diversas condutas distintas, Salo de Carvalho explica que o magistrado deveria contornar o problema, dosando a pena no momento de aplicação ao caso concreto. Contudo, salienta que:

Segundo a dogmática penal que enfrentou o tema, é na elasticidade da pena reclusiva, estabelecida (entre 3 e 5 anos), que o magistrado no caso concreto, dosaria a pena, adequando-a ao sujeito incriminado, seguindo o método tripartite de aplicação da pena, sobretudo na primeira fase da avaliação das circunstâncias judiciais como culpabilidade e as consequências do delito. Todavia, a prática forense acabou por revelar a aplicação genérica de penalidades severas, sem a diferenciação do pequeno e do grande comerciante de droga, sobretudo porque a população-alvo da incidência das agências de controle penal acaba sendo, invariavelmente, a juventude pobre recrutada para a prática do pequeno varejo.⁶⁹

Diante do exposto, conclui-se que o discurso jurídico do proibicionismo resultou no endurecimento das penas dos crimes de tráfico de drogas, na vedação de diversos benefícios legais, ante a sua equiparação aos crimes hediondos, assim como na ausência de distinção entre os diversos níveis de traficância, ensejando a aplicação de penas desproporcionais e severas. Verifica-se, portanto, que a finalidade almejada pela política criminal, qual seja, o combate à criminalidade, não foi alcançada.

⁶⁸ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Estudo Criminológico de Dogmático da Lei 11343/2006. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 204-205.

⁶⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 79.

2.3 ASPECTOS GERAIS DA LEI N. 11.343/06

A Lei n. 11.343/06 foi sancionada em 23 de agosto de 2006, sendo originária do Projeto de Lei n. 115/02 do Senado Federal, elaborado pelo Grupo de Trabalho – Subcomissão – Crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro (Grupo 3), em 06 de maio de 2002. Em 20 de agosto de 2002, foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão, recebendo o número 7.134/02⁷⁰.

A nova lei, composta por 75 artigos e dividida em 6 títulos, possui aplicação no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou seja, com caráter nacional e não apenas caráter federal. Em seu preâmbulo, estabelece suas atribuições, dispondo que:

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.⁷¹

Conforme prescreve o artigo 1º, a lei em estudo instituiu o Sisnad – Sistema Nacional de Políticas Públicas, estrutura administrativa cujo objetivo era disciplinar em todo o país, de modo abrangente, a problemática social das drogas, que se constitui em uma das questões que mais afligem a sociedade⁷². Ademais, importante mencionar que houve uma preocupação do texto legal para que todos os meandros sociais que envolvem as drogas fossem abrangidos pela Lei⁷³, impondo ao Sisnad o escopo de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades de prevenção, atenção, reinserção social e de repressão do uso de drogas⁷⁴.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo mencionado, dispõe que “para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.⁷⁵

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2013, p. 21.

⁷¹ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 04/10/2015.

⁷² BIZZOTTO, Alexandre. Andreia de Brito Rodrigues. **Nova Lei de Drogas**: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007, p. 1.

⁷³ Ibid., p. 9.

⁷⁴ BRASIL, 2006.

⁷⁵ BRASIL, 2006.

Em oposição à revogada Lei n. 6.368/76, verifica-se que a atual lei alterou a expressão “substância entorpecente que determine dependência química ou psíquica”, para a terminologia “droga”. A unificação da nomenclatura evita confusões conceituais e torna a interpretação dos dispositivos mais transparente, podendo-se afirmar que droga é “toda substância que, introduzida no organismo, provoca alguma alteração de ordem física e/ou mental”, sendo que essas alterações podem causar problemas fisiológicos e/ou psicológicos, alterando, não apenas o estado físico, mas também o comportamento⁷⁶.

Constata-se que, por opção consciente, a lei expressamente afirma que os delitos de tráfico de entorpecentes e correlatos são norma penal em branco, notadamente porque determina que cabe à lei ou listas administrativas, estabelecerem a definição do tipo de substância que pode ser considerada droga. Nesse diapasão, compete à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão governamental vinculado ao Ministério da Saúde, o controle das drogas, editando a relação das substâncias que causem dependência⁷⁷.

A respeito da utilização das normas penais em branco para a definição do que seja droga, há críticas no tocante à delegação da tarefa de classificar determinada substância como droga a um ente não legislativo, visto que a restrição da liberdade humana se daria por criação executiva, pautada na conveniência/oportunidade, em detrimento da transparência dialética do processo legislativo⁷⁸.

Convém anotar que o intuito do legislador, segundo a justificativa do Relator no Projeto n. 7.134/2002, era estabelecer um tratamento diferenciado entre usuário e dependente, em relação ao traficante. Assim, buscou-se tratar o usuário no âmbito da saúde pública, enquanto atribuiu-se uma resposta penal mais severa aos traficantes⁷⁹.

Dentre as inovações trazidas pela nova Lei, destaca-se a despenalização do crime de porte para consumo de drogas⁸⁰, conduta prevista no artigo 28⁸¹, em razão de não mais existir a previsão da pena privativa de liberdade para o usuário, passando, este, a receber as

⁷⁶ PERILLO, Luís A apud BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. 2007, p. 5.

⁷⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 120-121.

⁷⁸ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007, p. 5-6.

⁷⁹ “Nesse sentido, procuramos, no Substitutivo, separar usuário ou dependente do traficante. Para os primeiros, formulamos uma Política que busca inseri-los no âmbito da saúde pública. Para os segundos, atendendo ao clamor da sociedade brasileira, mantivemos as medidas de caráter repressivo, melhorando, no entanto, a redação de alguns dispositivos que não estavam de acordo com o sistema de penas brasileiro”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/197758.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

⁸⁰ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito, op. cit., p. 39.

⁸¹ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006).

penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa, tendo criado penas próprias e específicas⁸². Nesse ponto, constata-se que, em relação à Lei anterior, houve um abrandamento do controle penal no que tange ao usuário de drogas.

Consoante Salo de Carvalho⁸³, apesar do processo de descarcerização promovido pela nova Lei, ante a vedação taxativa de qualquer tipo de prisão, facultou a punição dobrada do consumidor e/ou do dependente com pena restritiva de direito e medida educativa. Dessa forma, esclarece o autor:

Fortalece, portanto, o discurso psiquiátrico de origem etiológica, no qual inexistente diferenciação entre usuário e dependente. Ademais, facilita a implementação de projetos autoritários que retiram da pessoa envolvida com drogas seu status de sujeito, negando-lhe capacidade de fala e de escuta – v.g. Justiça Terapêutica.

Além disso, a Lei inovou ao tipificar conduta daquele que planta pequena quantidade para consumo pessoal (art. 28, § 1º), novidade, esta, bem-vinda, porquanto não havia dispositivo similar na legislação anterior, o que permitia interpretação gramatical de incidência do crime disposto no art. 12, da Lei n. 6.368/78, ainda que o objeto fosse para consumo⁸⁴.

Há de se observar que a Lei n. 11.343/06 buscou corrigir o exagero da lei anterior, passando a prever hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, §3º), conduta esta que, anteriormente, era caracterizada como tráfico⁸⁵.

Por outro lado, os comerciantes de entorpecentes passaram a receber um tratamento penal mais severo, notadamente porque a pena mínima do “caput”, que era de 3 anos, foi recrudescida para 5 anos, aumentando-se, também, a margem mínima e a máxima para a aplicação da pena de multa, que era de 50 a 360 dias-multa, e passou a ser de 500 a 1.500 dias-multa⁸⁶.

Sobre o tema, Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues salientam que o legislador atuou com “desproporcionalidade ao impor pena abstrata mínima próxima a homicídio simples e superior ao homicídio qualificado, denotando todo o despreparo com o valor humano ao se priorizar a carga emocional simbólica na elaboração legislativa”.⁸⁷

⁸² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial**; 9 ed. – São Paulo: Saraiva. 2013, p. 670.

⁸³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 455.

⁸⁴ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007, p. 44.

⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 198.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 170.

⁸⁷ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito, *op. cit.*, p. 63.

Ademais, segundo Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacila, aumentaram-se as penas para os crimes equiparados ao tráfico de entorpecente e, em contrapartida, abrandaram-se as consequências penais para os usuários, fato este que, por si só, não tem o condão de solucionar a violência em torno das drogas⁸⁸.

⁸⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013, p. 320.

3 CONCURSO DE AGENTES E O TRAFICANTE NA LEI 11.343/06

Neste capítulo será feito um estudo sobre as diversas teorias que tratam do concurso de agentes, analisando-se as distinções entre conceitos de autoria e participação. Em um segundo momento, tratar-se-á, especificamente, dos postulados da moderna teoria do domínio do fato, hoje dominante na dogmática penal, discorrendo acerca das formas de contribuição na realização da ação criminosa. Na sequência, será analisado individualmente o tipo penal do tráfico de drogas, previsto no art. 33, da Lei n. 11.343.

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DO CONCURSO DE AGENTES

Anteriormente à análise do tipo previsto no artigo 33, da Lei n. 11.343/06, imperioso ter presente que o fato punível pode ser obra de um ou mais agentes, sendo que dessa reunião de sujeitos na prática da ação delituosa surge o chamado “*concursum delinquentium*”.

Nesse ponto, destaca-se que faremos a análise do concurso eventual, próprio dos crimes passíveis de serem praticados por uma única pessoa, os crimes unissubjetivos. Não nos deteremos sobre o concurso necessário, na hipótese dos crimes plurissubjetivos, os quais só podem ser executados por duas ou mais pessoas, visto que não apresentam as diferenciações que interessam serem examinadas⁸⁹.

No ordenamento jurídico penal brasileiro, a distinção entre autor e partícipe é produto do desenvolvimento histórico de diversas propostas teóricas, que buscam fixar limite entre a atuação de autores e partícipes. Analisando-se o artigo 29, do Código Penal, é possível concluir que o conceito unitário (ou monista) do autor, pelo menos de modo formal, ainda prevalece no Brasil, senão veja-se:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave⁹⁰.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 488.

⁹⁰ BRASIL, 1940.

A teoria monística foi adotada pelo Código Penal (CP) de 1940, tendo sido acolhida pela reforma de 1984. Essa teoria não faz distinção entre autor e partícipe, estabelecendo que “todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente”.⁹¹

A respeito do mencionado tipo penal (artigo 29, CP), Nilo Batista⁹² entende que a expressão “de qualquer modo”, em princípio, tem o propósito de nivelar as penas de todas as formas de concurso, e faz referência a quem concorre para o crime, seja por autoria direta, autoria mediata, co-autoria ou participação.

Esse nivelamento decorre da própria lei, pois, como lembra o autor, a palavra concorrer não é sinônimo perfeito de “concausar”, e “contribuir, mesmo dolosamente, com uma condição para o evento, não significa, por si, mesmo em tipos orientados causalmente, ‘executar’ o tipo, ser o autor”⁹³.

Ocorre que, embora não faça a distinção entre autor, co-autor e partícipe, referido dispositivo estabeleceu alguns critérios disciplinando graus de participação, na medida em que a aplicação da pena será conforme a culpabilidade de cada sujeito (arts. 29 e 59, do Código Penal)⁹⁴.

Portanto, com a inclusão da cláusula “na medida de sua culpabilidade”, após a reforma de 1984, “só por exceção não haverá diverso merecimento de pena aplicada”.⁹⁵

A respeito do conceito de autoria, Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde explicam:

O conceito de autoria não pode circunscrever-se a quem pratica pessoal e diretamente a figura delituosa, mas deve compreender também quem se serve de outrem como “instrumento” (autoria mediata). É possível igualmente que mais de uma pessoa pratique a mesma infração penal, ignorando que colabora na ação de outrem (autoria colateral), ou, então, consciente e voluntariamente coopere no empreendimento criminoso, quer praticando atos de execução (co-autoria), quer instigando, induzindo ou auxiliando (participação) na realização de uma conduta punível.

Pois bem. Existem diversas teorias que buscam definir o conceito de autor, bem como fixar os limites entre autoria e a participação, porém, todas mostram insuficiências mais ou menos aparentes.

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 490.

⁹² BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 45.

⁹³ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 40-41.

⁹⁴ BRASIL, 1940.

⁹⁵ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 45.

Assim, considerando a complexidade do estudo da autoria, antes de adentrarmos nas definições dos sujeitos que atuam na ação criminosa, deve-se fazer uma análise das teorias que versam sobre o tema.

Como visto, para a teoria monista, não há distinção entre autor e partícipe, considerando autor todo indivíduo que de qualquer forma contribua para o fato. Outrossim, Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde afirmam que essa teoria não distingue autor, partícipe, instigação e cumplicidade, considerando autor “todo aquele que concorre para o crime, causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente”, ou seja, ainda que “o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível”.⁹⁶

A teoria extensiva, por sua vez, não distingue autoria e participação. Essa teoria estabelece o conceito extensivo de autor e, diferentemente da teoria monista, reconhece o tratamento diferenciado do cúmplice e o instigador como formas de limitar a punibilidade do agente. Os doutrinadores Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde analisam a figura do autor sob essa teoria:

É autor todo aquele que contribui com alguma causa para o resultado. Para ela, instigador e cúmplice são igualmente autores já que não distingue a importância da contribuição causal de uns e outros. Porém, não se pode ignorar, existem preceitos especiais sobre a participação, deixando claro que esta deve ser tratada diferentemente da autoria. Assim, para essa teoria, o tratamento diferenciado a cúmplice e instigador constitui causa de restrição ou limitação da punibilidade.

Prosseguindo no estudo, a teoria restritiva (objetiva ou dualista) tem mérito de ser primeira a tentar fundamentar a distinção entre autor e partícipe na relação com a conduta típica. Segundo essa teoria, “autor é aquele que realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, o que pratica o verbo núcleo do tipo”, e, “ao contrário do conceito extensivo de autor, nem todo o que interpõe uma causa realiza o tipo penal, pois ‘causação não é igual realização do delito’”.⁹⁷

Destaca-se que essa teoria foi complementada pela Teoria objetiva de participação, que se ramifica em: objetivo formal e objetivo material.

Manifestando-se sobre o critério formal-objetivo, assevera Nilo Batista:

Segundo um critério formal-objetivo, seria autor aquele que realizasse a ação executiva, a “ação principal” do delito, a ação (depois de Beling) típica. Segundo este critério, é autor aquele que realiza, com a própria conduta, o modelo legal do

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 488.

⁹⁷ Ibid., p. 495.

crime (“*coluicherealizza, conlapropriacondotta, il modello legale del reato*”). Nessa ordem de ideias, partícipe seria aquele que “não executa o tipo legal, mas (cuja conduta) constitui tão-só uma ação prévia ou preparatória”.⁹⁸

Vê-se, pois, que o critério formal-objetivo define o autor como sendo o sujeito que realiza a conduta descrita no tipo penal, isto é, pratica o verbo nuclear; por outro lado, o partícipe seria aquele que, embora não realize a conduta nuclear, contribui de qualquer forma para a execução do delito.

Conforme salienta Nilo Batista, o fracasso dessa teoria ocorre no confronto com a autoria mediata, na qual o autor não realiza ato de execução. Isso porque “a filiação da autoria à realização pessoal da atividade executiva não se compatibiliza com a realidade, porque omite, como diz Roxin, a consideração da ‘estruturação do transcurso do sucesso’”⁹⁹.

De outra banda, o critério material-objetivo entende que a distinção entre autor e partícipe está relacionada com a relevância das respectivas condutas para a execução do delito. Consoante Nilo Batista, o ponto de partida dessa teoria “reside na possibilidade de perceber-se diferença de valor causal entre a atuação do autor e do partícipe”.¹⁰⁰

Como observa o autor, o mérito dessa teoria está no questionamento à causalidade “absolutizada” pela equivalência dos antecedentes, destacando que a “conduta de propiciar a arma pode ser considerada tão causal quanto a de ferir a vítima, mas o direito não pode esgotar a sua apreciação neste aspecto, sem um processo de quantificação física e valorativa revelador de uma diferença que não pode ser ignorada”.¹⁰¹

Por oportuno, ressalta-se que a figura da participação de menor importância, prevista no artigo 29, §1º, do Código Penal, recomenda essa apreciação valorativa.¹⁰²

Para a teoria subjetiva, a diferenciação entre autor e partícipe reside no critério da vontade, de forma que autor é o sujeito que realiza uma contribuição causal ao fato, seja qual for o conteúdo, atuando com “vontade de autor”; enquanto o partícipe é aquele que pretende o fato como alheio, possuindo unicamente “vontade de partícipe”.¹⁰³

No mesmo sentido, Nilo Batista afirma que “a distinção entre autor e partícipe residiria em que o primeiro atua com vontade de autor, e deseja a ação como própria, enquanto o segundo atua com vontade de partícipe, seja de instigador ou cúmplice, e deseja a

⁹⁸ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 60.

⁹⁹ Ibid., p. 64-65.

¹⁰⁰ Ibid., p. 65-66.

¹⁰¹ Ibid., p. 67.

¹⁰² Ibid., p. 67.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 467.

ação como alheia”.

Ainda, na lição de Juarez Cirino dos Santos:

A teoria subjetiva identifica autor e partícipe pelo critério da vontade: a) a autoria pressupõe contribuição causal realizada com vontade de autor e, portanto, o autor quer o fato como próprio, ou seja, age com chamado *animus autoris*, mesmo sem realizar a ação típica; b) a participação pressupõe contribuição causal realizada com vontade de partícipe e, portanto, o partícipe quer o fato como alheio, ou seja, age com o chamado *animus socii*, apesar de realizar ação típica.¹⁰⁴

Por derradeiro, tem-se a teoria do domínio do fato que, por sua relevância com o objetivo principal do presente estudo, estudaremos essa teoria no próximo item, a parte, muito embora ele esteja alocado como mais uma das teorias acerca do assunto autoria.

Retomando o artigo 29 do Código Penal, conclui-se que a Legislação Brasileira adotou, como regra, a teoria monista, ainda que de forma temperada, e determinou que todos os participantes incorressem nas sanções do mesmo tipo penal. Excepcionalmente, adotou a teoria restritiva do autor, baseada no critério objetivo formal do fato típico, distinguindo a atuação de autor e partícipe, “permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida de sua culpabilidade perfeitamente individualizada”.¹⁰⁵

Acerca da teoria adotada pela legislação penal brasileira, Juarez Cirino dos Santos ensina:

A lei penal brasileira assume, em princípio, um conceito *unitário* de autor, mas a adoção legal de critérios de distinção entre *autor* e *partícipe* transforma, na prática judicial, o paradigma *monístico* em paradigma *diferenciador*, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação como, por exemplo, a teoria do *domínio do fato*, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal – aliás, a Exposição de Motivos reconhece que o legislador decidiu “*optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação*” reclamada pela doutrina por causa de decisões injustas.¹⁰⁶

Portanto, considerando que autoria e participação possuem tratamento jurídico diverso, devem ser analisados separadamente. Diante disso, estudaremos no próximo item as categorias mencionadas segundo os postulados da moderna teoria do domínio do fato, hoje dominante na dogmática penal, a qual mistura critérios objetivos e subjetivos, e é

¹⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 277.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 490.

¹⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino, op. cit., p. 280.

perfeitamente compatível com a disciplina legal de autoria e participação.

3.2 AUTORIA E O DOMÍNIO DO FATO

A teoria do domínio do fato possibilita compreender melhor as formas específicas de realização ou de contribuição para a realização do fato típico, compreendidas sob as categorias de autoria e de participação, tais como:

a) autoria direta (realização pessoal das características do tipo), mediata (utilização de outrem como instrumento para realização do tipo) e coletivo (decisão comum e realização comum do fato típico); b) participação em fato principal doloso de outrem, sob as formas de instigação (determinação dolosa a fato doloso de outrem) e de cumplicidade (ajuda dolosa a fato principal doloso de outrem)¹⁰⁷.

Segundo Juarez Cirino, a ideia básica da teoria supramencionada pode ser assim enunciada: o autor domina a realização do fato típico, controlando a continuidade ou a paralização da ação típica; o partícipe não domina a realização do fato típico, não tem controle sobre a continuidade ou paralização da ação típica¹⁰⁸. Ciente de tais critérios, passamos a analisar as formas específicas de autoria, dentre as quais se destaca a autoria direta, mediata e a co-autoria.

A autoria direta é aquela caracterizada pela realização da ação típica de forma pessoal pelo autor, o qual detém, com exclusividade, o domínio do fato. Neste caso, em que ocorre a pessoal realização da conduta, a questão da autoria se reduz ao problema criminalístico de identificação da pessoa física do autor, resolvida integralmente pelo conceito *restritivo* de autor, absorvido pela teoria do *domínio do fato*¹⁰⁹.

No tocante à figura do autor, leciona Nilo Batista:

É autor direto aquele que tem o domínio do fato (Tatherrschaft), na forma do domínio da ação (Handlungsherrschaft), pela pessoal e dolosa realização da conduta típica. Por realização pessoal se deve entender a execução de própria mão da ação típica. Por realização dolosa se exprimem consciência e vontade a respeito dos elementos objetivos do tipo. O conceito que se propõe não situa como dado essencial à subsunção da conduta ao tipo, e, como decorrência, o domínio do fato (na forma de domínio da ação) e sim precisamente o oposto. Não-autores podem ver suas condutas subsumíveis na descrição legal; a diferença específica a incidir sobre o gênero reside em que só o autor possui o domínio do fato. Incorpora-se assim, de modo subordinado a uma visão finalista da matéria, a contribuição incontestável do critério formal-objetivo. Porém, o domínio do fato (na forma de domínio da ação) é

¹⁰⁷SANTOS, Juarez Cirino. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 279-280.

¹⁰⁸ Ibid., p. 279.

¹⁰⁹ Ibid., p. 280-281.

apenas o elemento geral do autor (das generaleTätermerkmal), ao qual se deverão agregar, como ensina Welzer, os elementos especiais de autoria (die speziellentäterschaftlichenMerkmale). Tais elementos especiais da autoria se relacionam, por um lado, com os elementos especiais do tipo subjetivo, como a intenção (o antigo dolo específico), a tendência libidinosa nos crimes contra os costumes, e os chamados momentos de ânimo (particulares motivações etc).¹¹⁰

Aliás, na lição de Roxin¹¹¹, nos delitos de dever, a autoria está limitada ao sujeito que viola o dever extrapenal ao qual devia obediência, sendo que “quem não é portador desse dever, ainda quando domine o decurso do acontecimento, apenas interessa como partícipe”. Por outro lado, os crimes culposos não apresentam diferenças entre autor e partícipe, considerando como autoria toda contribuição causal culposa (ou seja, violação do dever objetivo de cuidado) para o resultado.

Por sua vez, a co-autoria é uma forma de autoria, na qual, várias pessoas, conjuntamente, realizam uma mesma infração penal. Tal figura cooperativa fundamenta-se no princípio da divisão do trabalho, em que o domínio do fato concreto pertence aos vários intervenientes, os quais desempenham uma função fundamental na consecução do objetivo comum.¹¹²

O fundamento da co-autoria reside também no domínio do fato, ou, ainda, como conceituou Roxin¹¹³, “no domínio funcional do fato”. Desprovido deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade).

O atributo supramencionado não tem relação com a execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, mas no fato de que o co-autor deve possuir reais interferências sobre o *Se* e o *Como* do fato; apenas, face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso¹¹⁴.

Na lição de Stratenwerh¹¹⁵, a co-autoria possui duas exigências, quais sejam: a comum resolução para o fato e a comum (sob divisão de trabalho) realização dessa resolução.

A comum resolução para o fato significa um acordo recíproco de vontade, no sentido de que o co-autor deve ter a consciência e vontade de integrar-se cooperativamente a uma empresa comum, sendo dispensável “ajuste prévio”. “Não basta, pois, ao co-autor, que seja ele co-detentor da resolução comum para o fato, acima examinada; é de mister, já que se

¹¹⁰ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 77.

¹¹¹ ROXIN apud BATISTA, Nilo, op. cit., p. 79.

¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 501.

¹¹³ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 101.

¹¹⁴ Ibid., p. 101-102.

¹¹⁵ STRATENWERH apud BATISTA, Nilo, op. cit., p. 102.

trata de um autor, que realize tal resolução, e isto se dá quando disponha ele do domínio funcional do fato”.¹¹⁶

Há de se observar, ainda, a evidente existência de co-autoria nos casos de “execução fracionada”, como nas hipóteses em que um aciona o modo e outro realiza o núcleo da conduta típica, como, por exemplo, no caso do roubo, em que A imobiliza a vítima, e B procede à subtração de seus pertences. Todavia, há casos mais complexos, em que

Importará sempre, considerando-se a situação concreta, verificar se o co-autor era detentor do domínio funcional do fato, se poderia interferir sobre o seu Se e o seu Como, se sua posição estrutural no decurso do acontecimento lhe permitira interromper ou anuir em que prosseguisse a realização delitiva, se sua desistência corresponderia ao fracasso daquele fato (tudo isso tendo como pressuposto seu enlace na comum resolução). Aqui poderia nos ser útil, como uma espécie de teste de comprovação, o conceito de domínio da configuração (Gestaltungsherrschaft): ao contrário da cooperação do partícipe, a cooperação do co-autor, se mentalmente suprimida, afetaria a configuração total do acontecimento.¹¹⁷

Nesse ponto, importante destacar alguns casos específicos, tais como o vigia, sujeito que vela para que o fato se realize, o qual é considerado pela doutrina brasileira como partícipe. De igual modo, aquele que fornece meios de execução, como quem propicia arma ao autor de homicídio ou lesões, não é considerado co-autor, mas partícipe, uma vez que não detém o domínio funcional do fato.¹¹⁸

A ausência do acordo de vontades, que consubstancia requisito para a comum resolução para o fato, citada anteriormente como um dos requisitos para a configuração co-autoria, importa na existência de autoria colateral. Sobre o assunto, Nilo Batista salienta que

Tem cidadania jurídico-penal brasileira a chamada autoria colateral, que se dá, na lição de Hungria, quando inexistente o que ele chama de “vínculo psicológico que une as atividades em concurso”, ou, na lição de Fragoso, “se falta a consciência de cooperar na ação comum”, assinalando ser ela “rara nos crimes dolosos, mas frequente nos crimes culposos”. Quando não haja, portanto, o acordo de vontades (tácito ou expresso) que consubstancia o requisito da comum resolução para o fato, não haverá co-autoria, e sim autoria colateral. É o exemplo tradicional de duas pessoas que, sem conhecimento uma atividade da outra, ministram doses de veneno a uma terceira, que vem a falecer¹¹⁹.

Destaca-se que a autoria mediada, do mesmo modo que a co-autoria, é uma modalidade de autoria, que compreende a realização da ação típica por meio da utilização de

¹¹⁶ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 103-104.

¹¹⁷ Ibid., p. 105.

¹¹⁸ Ibid., p. 110-113.

¹¹⁹ Ibid., p. 114

terceiro, que atua como instrumento em posição subordinada ao poder do autor mediato, além de atuar sem culpabilidade.

A base dessa teoria está no domínio do fato, sob forma de domínio da vontade, e fundamenta-se na manipulação do decurso do fato por meio de um terceiro alheio submetido. Por outro lado,

Pode ocorrer, entretanto, que o executor do fato também domine, pelo menos como um domínio físico da ação. Nesses casos, segundo a lição de Wessels, “a delimitação (entre autoria mediata e participação por instigação) depende de se o domínio da ação do agente imediato está ou não sobrepondo pelo domínio da vontade da mandante”. Será decisiva sempre, a nosso ver, a ignorância do instrumento a respeito da direção final extrema de sua conduta.¹²⁰

Ademais, segundo essa teoria, todo o processo de realização da ação típica deve apresentar-se como obra do “homem de trás”, sendo o domínio do fato o elemento decisivo para determinar sua responsabilização. Os pressupostos necessários de punibilidade devem encontrar-se na pessoa do “homem de trás”, no autor mediato, e não no executor, autor imediato.¹²¹

Na lição de Bitencourt¹²², a referida teoria encontra seus limites quando o executor realiza um comportamento conscientemente doloso, momento em que o “homem de trás” deixa de ter o domínio do fato, podendo enquadrar-se como co-autor, ou então fica na condição de partícipe.

O agente pode, ainda, contribuir para a ação delituosa sob a forma de participação, espécie do gênero concurso de agentes, a qual é acessória e dependente de um fato principal. Isso porque, “o partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida”¹²³. Essa colaboração, na doutrina brasileira, manifesta-se por meio da instigação e cumplicidade.

Nas palavras do doutrinador Nilo Batista:

A participação consiste em livre e dolosa colaboração no delito brasileiro (como na maior parte dos sistemas legislativos), por duas formas fundamentais: a instigação e a cumplicidade (que o legislador brasileiro quis chamar de auxílio). Em grandes linhas, que oportunamente merecerão exame pormenorizado, pode-se dizer que a

¹²⁰ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 131.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 499-500.

¹²² Ibid., p. 500.

¹²³ Ibid., p. 502.

instigação (que se subdividirá em determinação e instigação em sentido estrito), corresponde à colaboração espiritual no delito alheio, enquanto a cumplicidade corresponde à colaboração material. Essa colaboração no delito alheio certamente supõe que o partícipe não detém, de nenhuma forma, o domínio do fato.¹²⁴

Prossegue o autor¹²⁵ asseverando que a participação é uma conduta dolosa, ou, ao menos, um dolo eventual, que compreende conhecer e querer a colaboração prestada a um ilícito doloso. Ademais, a participação dolosa dirigida a um crime culposo acarretaria na hipótese de autoria mediata.

Frisa-se que, qualquer que seja a forma de participação, é indispensável a presença de dois requisitos: “eficácia causal e consciência de participar na ação de outrem”¹²⁶.

Portanto, tem-se que a ação do partícipe deve contribuir, efetivamente, para o resultado delituoso, uma vez que não se pune a participação, na ausência de tentativa de delito. Além disso, como ensina Hungria¹²⁷, “para que o partícipe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem”.

Pois bem, ocorre instigação quando o partícipe influencia no processo de formação da vontade, provocando a resolução criminosa do fato, contudo, não participa da execução, tampouco detém o domínio do fato. Por sua vez, a cumplicidade exterioriza a sua contribuição através de um comportamento. Segundo Welzel, citado por Bitencourt¹²⁸ “tem que favorecer (objetivamente) o fato principal e este favorecimento ser querido (subjetivamente) pelo cúmplice, para o qual basta o dolo eventual”.

No Brasil, conforme se depreende do artigo 31¹²⁹, do Código Penal, a participação possui natureza acessória, sendo reconhecida sua subordinação em relação ao cometimento do delito principal. Ademais, a teoria predominante para fundamentar a punibilidade da participação é o princípio da “acessoriedade limitada”, a qual exige que a conduta principal seja típica e antijurídica, não sendo necessário que o autor seja culpável.

Por fim, adentra-se na figura da participação de menor importância, esculpida no § 1º, do artigo 29, do Código Penal, veja-se:

¹²⁴BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 157.

¹²⁵BATISTA, Nilo, op. cit., p. 158.

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 504.

¹²⁷ HUNGRIA, Nelson apud BATISTA, Nilo, op. cit., p. 159.

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 504.

¹²⁹Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (BRASIL, 1940).

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.
 § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

Importante esclarecer que a diminuição do artigo mencionado é referente ao sujeito que atua na condição de partícipe, excluindo-se a figura do co-autor, tendo em vista que este contribui diretamente na execução do delito, de forma que sua contribuição não pode ser considerada de menor importância. Assim, como mencionado anteriormente, o co-autor responde pelo delito descrito no “caput” do artigo 29, do Código Penal, conforme a sua culpabilidade.

Por outro lado, o partícipe que houver tido “participação de menor importância” poderá ter sua pena reduzida de um sexto a um terço, podendo ficar aquém do limite mínimo cominado, nos termos do artigo 29, § 1.¹³⁰

Findas as considerações, depreende-se que a legislação brasileira estabeleceu critérios para a aplicação da pena, disciplinando graus de participação, notadamente pelo fato de o artigo 29, do Código Penal, determinar que a aplicação da pena deva ser feita conforme a culpabilidade de cada sujeito.

Pode-se concluir que a configuração da autoria não se restringe à verificação do sujeito que executa a conduta descrita na norma penal. O autor deve possuir o domínio da realização do fato típico, controlando a continuidade ou a sua paralização. Este domínio do fato fundamenta, em especial, a configuração de autoria no caso do indivíduo que, utilizando-se de outro como mero instrumento, pratica o fato criminoso (autoria mediata).

Outrossim, além do domínio do fato, a figura do autor deve-se abranger os elementos especiais de autoria, os quais se relacionam com os elementos especiais do tipo subjetivo, como, por exemplo, a intenção do agente, a tendência libidinosa e as particulares motivações.

Depreende-se, ainda, que o co-autor, da mesma forma que o autor, deve possuir o chamado domínio funcional do fato; contudo, não é necessário efetuar a execução pessoal da conduta típica, bastando possuir real interferência na condução do fato, juntamente com os demais co-autores.

Por derradeiro, infere-se que o partícipe é o sujeito que não executa o tipo legal, mas colabora na execução deste, por meio de conduta que configura ação prévia ou preparatória, sendo que referida conduta deve ocorrer de forma livre e consciente, e ainda,

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 515.

contribuir efetivamente para o resultado.

3.3 TRATAMENTO DISPENSADO AO TRAFICANTE PELO ART. 33 DA LEI 11.343/06

Após o estudo das figuras que contribuem para a prática do fato delituoso, o presente item analisará, especificamente, o tipo penal do tráfico de drogas, previsto no art. 33, da Lei n. 11.343. O objetivo é compreender os requisitos do tipo penal, a fim de entender a conduta da figura conhecida como “mula”. Assim, nas linhas que seguem serão revisados os comentários sobre a definição do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*) e figuras a ele equiparadas (art. 33, § 1º), a inovação do § 2º e do § 3º, bem como sobre a benesse do § 4º.

O tipo penal em questão prevê 18 (dezoito) condutas diversas possíveis de caracterizar o delito de tráfico de entorpecente. Aliás, conforme abordado no item anterior, a lei atual manteve os mesmos verbos do revogado artigo 12, da Lei n. 6.368/66¹³¹, *in verbis*:

Art. 33. 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: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.¹³²

Trata-se de crime doloso, não se exigindo nenhum fim especial para a sua caracterização. O sujeito passivo é a coletividade, que se vê exposta a perigo pela prática de uma das condutas descritas no tipo penal, e o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde que seja imputável e pratique uma das condutas previstas no tipo¹³³.

As condutas são: *importar* (trazer para dentro do Brasil), *exportar* (levar para fora do Brasil), *remeter* (enviar a algum lugar), *preparar* (obter algo por meio da composição de elementos), *produzir* (dar origem a algo), *fabricar* (produzir em maior escala, valendo-se de equipamentos e máquinas próprias), *adquirir* (obter mediante certo preço), *vender* (alienar por determinado preço), *expor à venda* (colocar à mostra para alienação), *oferecer* (ofertar como presente), *ter em depósito* (manter em reservatório ou armazém), *transportar* (levar de um lugar a outro), *trazer consigo* (transportar junto ao corpo), *guardar* (tomar conta de algo), *prescrever* (receitar), *ministrar* (aplicar), *entregar a consumo* (confiar a alguém para gastar)

¹³¹ BRASIL, 1976.

¹³² BRASIL, 1940.

¹³³ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 172-173.

ou *fornecer* (abastecer).¹³⁴

Como bem observou Vicente Greco Filho¹³⁵, os dezoito núcleos do tipo, contidos no “caput” do art. 33, descrevem condutas que podem ser praticadas de forma isolada ou sequencial, sendo que algumas poderiam configurar atos preparatórios de outras e estas, por sua vez, exaurimento de anteriores. Com efeito, o legislador buscou dar a proteção social mais ampla possível.

Ademais, todas as condutas mencionadas passam a ter o complemento “ainda que gratuitamente”, isto é, sem a cobrança de qualquer preço ou valor. Por sua vez, a expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” constitui elemento normativo do tipo, sendo que o não preenchimento deste requisito transforma o fato em atípico¹³⁶.

Segundo a doutrina, o crime do artigo 33 é um delito do tipo misto alternativo, de ação múltipla ou de conteúdo variado, definido como “o tipo penal que contém diversas modalidades de condutas expressadas por núcleos do tipo variados, sendo que, ainda que sejam praticadas mais de uma conduta prevista no tipo único, haverá apenas um crime”¹³⁷. Vale transcrever a lição de Rangel e Bacila:

Muito mais do que o comércio de drogas, a palavra *tráfico* superou o seu sentido estrito e compreendido no dicionário para expressar no tipo do artigo 33, caput, também as variadas formas de produção, preparo e oferta da droga. **Princípio da Alternatividade.** O tipo do art.33 é **tipo de ação múltipla**; ainda que o agente pratique mais de uma ação descrita no tipo através dos verbos, somente responde por um crime. Assim, se o agente adquire a droga, traz consigo e a guarda, praticando três verbos, responde somente por uma pena prevista para o tipo, pois, caso contrário, estar-se-ia punindo mais de uma vez por lesão ou perigo de lesão a um único bem jurídico, ferindo-se o princípio do *ne bis in idem*.¹³⁸

No que tange ao bem jurídico, importante asseverar que não há unanimidade acerca do bem jurídico tutelado no tráfico de drogas. Alguns autores entendem que há vários bens jurídicos tutelados, como “incolumidade pública, vida, saúde, família, integridade física e segurança nacional”, outros entendem que é exclusivamente a saúde pública e, ainda, há os que defendem a saúde pública, de forma imediata, e a incolumidade pública, de forma

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 311.

¹³⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 174.

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 313.

¹³⁷ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007, p. 54.

¹³⁸ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 75.

mediata¹³⁹.

Como bem observou Vicente Greco Filho, na identificação do bem jurídico tutelado por uma norma, haverá *sempre* mais de um a ser considerado. Diante disso, busca-se, para a interpretação dos dispositivos legais, tutelar o bem *predominantemente* protegido, pois todo delito ofende, em seus reflexos, mais de um bem jurídico merecedor de proteção, o qual, eventualmente, já é consagrado como núcleo de outra norma incriminadora.¹⁴⁰

No caso da lei comentada, o sujeito passivo do tráfico de drogas é a coletividade e o bem jurídico tutelado é a saúde pública, isto é, a saúde das pessoas como um bem geral e não de um indivíduo, especificamente.¹⁴¹ Afinal, a “deterioração causada pela droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social”.¹⁴²

Importante ressaltar que a prática de uma das condutas do tipo penal, além de violar a saúde pública, pode respingar, ainda, em outros bens jurídicos penalmente tutelados, mormente naqueles que envolvam precipuamente a preservação da pessoa física¹⁴³.

Aponta-se, também, que conforme a doutrina majoritária, as condutas arroladas são de perigo abstrato, pois independe da efetiva lesão à saúde pública¹⁴⁴. Para a existência do delito, portanto, não há necessidade de ocorrência do dano, mormente visto que o próprio perigo é presumido de forma absoluta, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos.¹⁴⁵

Ademais, na lição de Vicente Greco Filho, o artigo não possui elemento subjetivo do tipo ou dolo específico, não sendo necessário o fim de tráfico ou de comércio, de forma que, excluindo-se as hipóteses previstas no art. 28, qualquer outra finalidade do agente determina a incidência do artigo 33, inclusive a distribuição.¹⁴⁶

No entanto, o entendimento de Nucci é no sentido de que houve uma distorção legislativa, pois se o portador não conseguir provar que a droga é para o consumo, pode terminar indevidamente punido pelo tráfico. Para o autor, “deveria haver uma finalidade específica para o tráfico, consistente na intenção de comercializar drogas ilícitas”.¹⁴⁷

¹³⁹ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 73.

¹⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 104.

¹⁴¹ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto, op. cit., p. 74.

¹⁴² GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p.171.

¹⁴³ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007, p. 56.

¹⁴⁴ Ibid., p. 56.

¹⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p.172.

¹⁴⁶ Ibid., p. 173.

¹⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 312-313.

Por fim, ressalta-se que para a caracterização do crime, não basta apenas analisar a natureza e a quantidade de droga, devendo-se ponderar acerca do local em que se desenvolveu a conduta criminosa, as condições, as circunstâncias sociais e pessoais do acusado, além dos antecedentes (conforme determina o artigo 28, § 2º, da própria lei).

3.3.1 O artigo 33, § 1º, I, II e III

Feitas essas considerações, avançamos para a análise das figuras equiparadas ou assemelhadas ao tráfico e, portanto, equiparadas ao crime hediondo¹⁴⁸, previstas no § 1º, incisos I, II, e III. Convém lembrar, ainda, que tais delitos possuem as mesmas penas privativas de liberdade e de multa do crime do artigo 33, “caput”, da Lei n. 11.343./06.

Veja-se, pois:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas.

Sem embargo, nota-se que todos os núcleos do tipo prescrito são idênticos aos examinados quando da análise do *caput*, do artigo 33, da lei em análise, de forma que, em relação às condutas, aplicam-se as colocações feitas anteriormente, notadamente quanto ao princípio da alternatividade.

Matéria-prima é a substância bruta da qual se extrai qualquer produto; *insumo* é qualquer elemento participante do processo de formação de determinado produto; e *produto químico* se refere à substância química qualquer, pura ou composta, utilizada em laboratório.¹⁴⁹

Segundo a doutrina¹⁵⁰, a distinção essencial em relação ao dispositivo anterior está no objeto material que, no delito do artigo 33, *caput*, é a droga, e no presente tipo, a matéria-prima, insumo, ou produto químico destinado à preparação da droga. Ademais, destaca-se que palavras *insumo* ou *produto químico* foram acrescentadas pela lei atual, “deixando claro que o

¹⁴⁸ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007, p.66.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 322.

¹⁵⁰ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais.** 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 96.

objeto da ação é a *matéria-prima* utilizada na preparação da droga juntamente com o *produto químico* e seus insumos”.¹⁵¹

Importante mencionar também, que a expressão “destinado à preparação de droga” não deve ser entendida como dolo específico. Isto é, a configuração do crime não exige que o agente pretenda utilizar a droga para tal fim, bastando que saiba que possui qualidades para tal.¹⁵²

Na sequência, dispõe o inciso II, do mesmo diploma legal: “II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”.

Nesse inciso, o objeto do tipo é a semente ou planta que constitui matéria-prima para a preparação da droga¹⁵³, sobre a qual recaí as condutas de semear, cultivar ou colher. *Semear* é referível ao ato de espalhar sementes para que germinem; a conduta de *cultivar* substancia-se na prática de atos que propiciem condições para o desenvolvimento da planta; e a *colheita*, por sua vez, baseia-se em recolher o que a planta produz¹⁵⁴.

Vale lembrar, ainda, que o art. 243 da Constituição Federal determina que as propriedades, onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e programas de habitação popular¹⁵⁵.

Ainda, nos termos do inciso III:

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Nesse delito, contata-se que são incriminadas duas condutas: a primeira se refere ao ato de utilizar o local ou bem de qualquer natureza na condição de possuidor, administrador, guardião ou vigilante, e a segunda diz respeito a dar o assentimento para que outra pessoa utilize o local, a título oneroso ou gratuito, para fins de tráfico de drogas¹⁵⁶.

¹⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 188.

¹⁵² RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 96.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 99.

¹⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 322.

¹⁵⁵ Artigo 243: As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º (BRASIL, 1988).

¹⁵⁶ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007, p. 68.

Imperioso salientar que, conforme Vicente Greco Filho, as formas previstas no inciso III caracterizam-se como facilitação de uso de drogas, e poderiam enquadrar-se como co-autoria de outras condutas previstas no *caput*, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06. Dessa forma, o inciso mencionado é figura subsidiária, para o caso de não restar comprovada a participação¹⁵⁷.

Aliás, a configuração do presente tipo penal depende do conhecimento que o local é utilizado para o consumo de drogas, exigindo-se a existência de vínculo psicológico entre a utilização indevida e quem tenha a disponibilidade sobre o imóvel. Assim, o fato de ser proprietário, por si só, não é suficiente para caracterizar a responsabilidade¹⁵⁸.

Ademais, não há relevância no fato de a posse ser legítima ou ilegítima, bastando que o sujeito possa utilizar-se do local, ou que tenha condições de consentir que outro o utilize. No entanto, a cessão do local deve ser para prática do tráfico ilícito, uma vez que se for para o uso indevido de droga, poderá configurar o tipo do § 2º, na modalidade auxílio¹⁵⁹.

Ressalta-se, por fim, que não se trata de crime equiparado a hediondo, em razão da exclusão das vedações de benefícios encontradas no art. 44 da Lei n. 11.343/06¹⁶⁰.

3.3.2 O artigo 33, §2º

Em comparação com as leis anteriores, tem-se que o delito do artigo 33, §2º, na lei atual, foi considerado figura abrandada, visto que no sistema da Lei n. 5.726, era figura quase equiparada a hediondo, enquanto na Lei n. 6.368 era figura equiparada¹⁶¹. Dispõe o seguinte:

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

Induzir é criar uma ideia, até então inexistente, na cabeça de alguém, para consumir droga; *instigar* é aumentar uma ideia que já existe; e *auxiliar* é prestar apoio material¹⁶².

¹⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p 192

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 192.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 192.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 325.

¹⁶¹ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 194.

¹⁶² RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 106.

Em relação ao presente tipo penal, é imperioso destacar que a ação delituosa deve ser dirigida a uma pessoa determinada, não bastando a “propaganda” genérica sem destinação específica. Ademais, no caso de grupos, é possível sua configuração desde que existente vínculo entre a instigação e o induzimento e o uso do tóxico¹⁶³.

3.3.3 O artigo 33, §3º

O crime em comento é novo e procura corrigir o exagero da lei anterior, que caracterizava como tráfico a conduta da pessoa que oferece drogas sem objetivo de lucro para pessoa de seu relacionamento e, conseqüentemente, aplicavam-se as conseqüências da quantidade da pena e a qualificação como crime hediondo¹⁶⁴. Prevê o artigo 33, §3º:

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

A ação de *oferecer* consubstancia com o oferecimento, ou seja, no ato de sugerir e disponibilizar a utilização, ainda que não haja aceitação¹⁶⁵. Segundo a doutrina¹⁶⁶, para a configuração desta figura abrandada devem-se estar presentes, concomitantemente, quatro requisitos, quais sejam: a) eventualidade (sem continuidade ou frequência); b) sem objetivo de lucro; c) atingir pessoa do relacionamento do agente; d) ter a finalidade de consumir a droga em conjunto.

Destaca-se, também, que não impedem o privilégio, o oferecimento para mais de uma pessoa, desde que “eventual, sem fim de lucro, sejam pessoas de relacionamento do agente e haja o consumo de todos juntos”, assim como a prática de atos indispensáveis ao consumo, tais como adquirir e trazer consigo¹⁶⁷.

3.3.4 Causa de Diminuição da Pena do § 4º do artigo 33

Prosseguindo no estudo do artigo 33, passa-se à análise da benesse legal do §4º do

¹⁶³ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 196.

¹⁶⁴ Ibid., p. 198.

¹⁶⁵ Ibid., p. 198.

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 326.

¹⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 199.

art. 33, do mesmo diploma legal, denominada como “tráfico privilegiado”:

§ 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).

Depreende-se da figura supracitada, que o legislador optou em favorecer aquelas pessoas cuja participação no tráfico seja apenas de maneira ocasional, ou ainda, consoante Nucci, “visando à redução da punição do traficante de primeira viagem”.¹⁶⁸

Segundo o doutrinador Greco Filho, esse dispositivo “prevê alternativa para o juiz na adequação da pena às diversas formas de participação na atividade criminosa, ampliando, pois, o poder dele na determinação da culpabilidade de cada um, nos termos da parte final do artigo 29, do Código Penal”¹⁶⁹.

A norma penal lista quatro requisitos que devem coexistir para a incidência do dispositivo, quais sejam: ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar à atividade criminosa e não integrar organização criminosa.

Na lição de Luiz Flávio Gomes¹⁷⁰:

[52]. **Direito subjetivo do réu**

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).

Considera-se primário o indivíduo que não é reincidente, ou seja, não cometeu novo delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no lapso temporal de cinco anos (artigos 63 e 64 do Código Penal).¹⁷¹

Acerca dos bons antecedentes, estes se referem ao sujeito que não ostenta condenações penais transitadas em julgado que caracterizem reincidência.¹⁷²

Ademais, segundo a doutrina, há dificuldade em compreender a previsão de “não se dedicar às atividades criminosas”, notadamente porque se o sujeito já é reincidente ou tem

¹⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 327.

¹⁶⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 199.

¹⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio, **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2013, p. 178.

¹⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 327.

¹⁷² BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei de Drogas**: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007, p. 73.

maus antecedentes, presume-se que se dedique à atividade criminosa.¹⁷³

Imprescindível destacar o problema acerca dos conceitos de “dedicar-se” ou de “integrar-se”. Conforme salienta Greco Filho¹⁷⁴:

Dedicar-se, segundo os dicionários, é “consagrar sua afeição e/ou seus serviços a alguém; consagrar-se; dar-se”, o que significa certo grau de habitualidade, ainda que não exclusiva; integrar significa “juntar-se; fazer parte integrante, participar de”. E essa circunstância, ainda que não com exclusiva habitualidade e a participação como membro de organização criminosa, devem ser provadas suficientemente para a exclusão do benefício.

Aliás, considerando que nosso ordenamento jurídico não traz a definição de organização criminosa¹⁷⁵, Vicente Greco Filho apontou os elementos necessários para o reconhecimento de uma organização criminosa, quais sejam:

1. Estrutura organizacional, com células relativamente estanques, de modo que uma não tem a identificação dos componentes da outra.
2. Especialização de tarefas, de modo que cada uma exerce uma atividade predominante. Tomando como exemplo uma organização criminosa para o tráfico ilícito de entorpecentes, dir-se-ia que tem atividade definida o importador, o transportador, o destilador, o financeiro, o traficante, de área e distribuidor e o traficante local, como uma rede, das artérias aos vasos capilares.
3. A existência de vários níveis de hierarquia, em que os subordinados nem sempre, ou quase nunca conhecem a identidade da chefia, de dois ou mais escalões superiores ou ainda que conheçam a chefia mais elevada não têm contato direto com ela e não podem fornecer provas a respeito.
4. A possível existência de infiltração de membros da organização em atividades públicas, no poder executivo, legislativo, Ministério Público e judiciário e corrupção de agentes públicos.
5. A tendência de durabilidade.
6. A conexão com outras organizações, no mesmo ramo ou em ramo diferente, quando não a atividade em vários ramos.
7. A coação, mediante violência, chantagem ou aproveitamento da condição de pessoas não participantes, mas que passam a ser auxiliares ou conviventes e que vivem sob a imposição de grave dano em caso de delação.
8. Mais de três pessoas.¹⁷⁶

Importante mencionar, ainda, que o parágrafo vedou a possibilidade de substituição da reprimenda por penas restritivas de direitos. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256, em 1º de setembro de 2010, reconheceu sua inconstitucionalidade, e o Senado Federal, por meio da Resolução 05/2012, suprimiu a

¹⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 327.

¹⁷⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 200.

¹⁷⁵ Ibid., p. 200.

¹⁷⁶ Ibid., p. 203.

expressão original da Lei “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”.¹⁷⁷

Finalmente, embora exista entendimento contrário, Luiz Flávio Gomes entende que, preenchidos os requisitos, o magistrado deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade limitada à fração minorante¹⁷⁸.

¹⁷⁷ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas**: comentários penais e processuais. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 110.

¹⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio, **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2013, p. 178.

4 A FIGURA DO “MULA”

No presente capítulo, com o objetivo de dar cunho mais prático ao presente trabalho, será feita uma análise do tratamento penal dispensado às mulas, com ênfase nos julgados dos tribunais superiores. Serão abordados os fundamentos utilizados pelos julgamentos para afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Após, verificar-se-á quais são os argumentos adotados para embasar a aplicação de tal benesse aos sujeitos na condição de “mula”. Superada essa constatação, far-se-á um exame sobre as controvérsias jurisprudenciais, bem como acerca da necessidade de se criar um novo tipo legal.

4.1 ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À APLICAÇÃO DA MINORANTE

A respeito da pena aplicada às mulas, constata-se que os tribunais superiores não possuem um posicionamento pacificado em relação à aplicação ou não da minorante, variando o entendimento de acordo com diversos fatores, principalmente no fato de o sujeito integrar ou não a organização criminosa.

Da análise dos julgados, verifica-se que o fundamento utilizado para afastar a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 cinge-se, basicamente, no entendimento de que o réu, ao atuar na condição de “mula”, integrava a organização criminosa destinada ao tráfico de drogas. Sendo assim, conclui-se que a atuação do sujeito na ação criminosa na função de “mula”, por si só, acarretaria vedação à aplicação da benesse.

Em um primeiro momento, observa-se que o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a “mula” integra organização criminosa, na medida em que seu trabalho seria condição *sine qua non* para o tráfico internacional.

No ponto, confira-se a notícia do julgamento trazida no informativo nº 661 do Pretório Excelso, *in verbis*¹⁷⁹:

Em conclusão de julgamento, a 2ª Turma, por maioria, denegou *habeas corpus* em que pretendida a aplicação, em favor de condenada por tráfico de entorpecentes pelo transporte de 951g de cocaína, a causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da

¹⁷⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 661. “**Mula**” e **causa de diminuição de pena**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília. 9 a 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-661-do-stf-2012,36520.html>>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

Lei 11.343/2006. No caso, as instâncias de origem, embora tivessem reconhecido que a ré seria primária, com bons antecedentes e que não se dedicaria à atividade criminosa, concluíram que, de fato, ela integraria organização criminosa e, portanto, não teria jus à citada causa de diminuição — v. Informativo 618. Considerou-se que o tráfico internacional não existiria sem o transporte da droga pelas chamadas “mulas”. **O Ministro Gilmar Mendes ressaltou que a “mula”, de fato, integraria a organização criminosa, na medida em que seu trabalho seria condição sine qua non para a narcotraficância internacional.** Pressupunha, assim, que toda organização criminosa estruturar-se-ia a partir de divisão de tarefas que objetivasse um fim comum. Assim, inegável que esta tarefa de transporte estaria inserida nesse contexto como essencial. **Além disso, asseverou que o legislador não teria intenção de dispensar tratamento menos rigoroso ao “traficante mula” ou, ainda, a outros com “participação de menor importância” e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se esse fosse o propósito, certamente consubstanciaria elemento do tipo. Ter-se-ia, então, um tipo penal derivado.** Vencido o Min. Ayres Britto, relator, que deferia a ordem. HC 101265/SP, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 10.4.2012. (HC-101265) (Grifo nosso).

Essa foi a conclusão extraída da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 101265, em que a acusada, Tailandesa, à época dos fatos com 22 anos de idade, foi presa em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos, quando tentava embarcar em voo para a Tailândia com 951,2g de cocaína.

Nesse caso, o Ministro Joaquim Barbosa manteve a decisão da instância inferior, corroborando com o entendimento de que a “mula” integraria a organização criminosa e, portanto, seria vedada a aplicação da benesse. Confira-se:

Habeas Corpus. Tráfico transnacional de drogas. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Não preenchimento dos requisitos cumulativos. Participação da paciente em organização criminosa devidamente reconhecida pelas instâncias inferiores. Necessidade de reexame fático e probatório. Inviabilidade. Ordem denegada. Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é necessário que o agente, cumulativamente, seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. **No caso em análise, o reconhecimento de que a paciente integra organização criminosa, considerando-se os concretos elementos probatórios coligidos nos autos, é circunstância suficiente a obstar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.** A discussão sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas pelas instâncias inferiores exige a realização de minucioso reexame do lastro fático-probatório dos autos de origem, o que, como se sabe, é incompatível com a restrita via processual do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória. Precedentes. Ordem denegada (Grifo nosso).¹⁸⁰

Por oportuno, transcreve-se trecho da fundamentação do voto supracitado:

¹⁸⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 101265**, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Publicado em 06-08-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629958>>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

Ipsa facto, nessa linha de raciocínio, a “mula”, de fato, integra a organização criminosa “na medida em que seu trabalho é uma condição sine qua non para a narcotraficância internacional”. Pressupondo, assim, que toda organização criminosa estrutura-se a partir de uma divisão de tarefas que objetiva um fim comum, é inegável que esta tarefa – de transporte – está inserida nesse contexto como essencial. E, em princípio, diferentemente da referência à “atividade criminosa” em que o legislador exigiu “dedicação”, ou seja, habitualidade, reiteração de condutas, tal condição não é essencial no caso do “integrar organização criminosa”. Aliás, se assim fosse, desnecessário o próprio requisito, pois já contido na “atividade criminosa”. **Além disso, não me parece verdadeiro pressupor que o legislador intencionou com a regra dispensar tratamento menos rigoroso ao “traficante mula” ou, ainda, aos outros com “participação de menor importância” e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se essa fosse a intenção, certamente, consubstanciaria uma elementar do tipo. Teríamos, então, um tipo penal derivado** (Grifo nosso).

Como se vê, o *writ* considerou que o transporte de droga realizado pelas chamadas “mulas” é essencial para a existência do tráfico internacional. Assim, estabeleceu que o trabalho do sujeito nessa função é condição *sine qua non* para a configuração do tráfico de drogas, sendo vedada a aplicação da causa especial de diminuição, na medida em que integraria a organização criminosa.

Destaca-se, ainda, que o Ministro Joaquim Barbosa ressaltou que o legislador não intencionou dispensar tratamento menor rigoroso à “mula” ao incluir a minorante; caso contrário, seria um tipo penal derivado, na medida em que consolidaria uma elementar do tipo.

Por sua vez, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante (HC 123430), considerou que o transporte de expressiva quantidade de droga, qual seja, 2.190g de cocaína, no exercício da função de “mula”, afasta o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO A PENA INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. [...] 2. **In casu, a paciente, na condição de “mula”, foi surpreendida transportando expressiva quantidade de droga ao exterior. Tal fato afasta o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, conforme parecer ministerial: “as instâncias ordinárias com base no acervo fático-probatório, evidenciaram que a paciente integrava organização criminosa ou, ao menos, dedicava-se a atividades criminosas, desautorizando a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, uma vez que o redutor é incompatível com ambas as condições.** A revisão de tal entendimento é inviável de ser realizada na via estreita do writ, por exigir dilação probatória. Contra a pretensão da paciente, é importante argumentar que o transportador da droga é elemento essencial na dinâmica do tráfico, pois sem a pessoa que conduza a

droga ao seu local de destino fica inviabilizado o seu comércio [...]” (Grifo nosso)¹⁸¹

Na hipótese, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região havia entendido que as “mulas” integram a organização criminosa, sob argumento de que aquele que auxilia no transporte da droga, muitas vezes em face se situação de miserabilidade, embora não faça parte do grupo criminoso, como organização, “é contratado por uma organização criminosa para servir como portador da droga e, portanto, integra essa organização”.

Em face da citada decisão, o impetrante pugnou pela aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06; contudo, o Ministro Luiz Fux entendeu correta a decisão que negou a aplicação da benesse, asseverando que

In casu, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reformou a sentença para afastar incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas apresentando fatos concretos a embasar a conclusão de que a paciente integra organização criminosa, notadamente, a sua condição de “mula” no transporte da droga.

Em conclusão, julgou-se extinto o *habeas corpus*, sob argumento de que eventual discussão, sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível.

Nos mesmos moldes do mencionado entendimento do Supremo Tribunal Federal, há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considerando que a “mula” pertence à organização criminosa, sendo ela necessária para o tráfico internacional.

Com efeito, verifica-se que diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça mencionam o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *writ* n. 101.265/SP, analisado anteriormente, aduzindo que o redutor não deve sempre ser aplicado às chamadas “mulas”.

Corroborando tal assertiva, colhe-se de julgado da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECORRENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DESCONSTITUIÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. ALEGAÇÃO DE QUE A MINORANTE DO ART.

¹⁸¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 123430**, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Publicado em 18-11-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7261705>>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 DEVE SER APLICADA ÀS DENOMINADAS "MULAS". TESE REFUTADA PELO STF NO HC Nº 101.265/SP. TAREFA INDISPENSÁVEL AO TRÁFICO INTERNACIONAL ORGANIZADO. SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- Se as instâncias ordinárias entenderam que o recorrente integrava organização criminosa não há como rever tal entendimento na via do recurso especial, uma vez que a desconstituição do que lá ficou decidido implicaria, necessariamente, no revolvimento do conjunto fático-probatório. Súmula n. 7/STJ.

- **"A alegação de que a minorante trazida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 deve sempre ser aplicada às denominadas mulas foi refutada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do writ nº 101.265/SP, tendo, ao contrário, se assentado que a "mula" integra a organização criminosa, na medida em que seu trabalho é condição "sinequa non" para o tráfico internacional" (AgRg no HC n. 226.549/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 23/8/2012).** Agravo regimental desprovido (Grifo nosso).¹⁸²

Outrossim, é a conclusão extraída do recente julgamento do AgRg no AREsp 525.174/SP¹⁸³, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que o sujeito, atuando na condição de "mula", foi preso em flagrante nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, trazendo consigo 70 cápsulas constantes de 1.164g de substância entorpecente conhecida como cocaína.

Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão do Tribunal *a quo*, salientando que é inviável a aplicação da causa de diminuição à "mula", pois esta pertence à organização criminosa e é necessária para o tráfico internacional.

Por oportuno, transcreve-se trecho do referido julgado:

Em relação ao pleito de diminuição da pena, nos moldes do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal a quo fundamentou corretamente o não reconhecimento da causa de diminuição, nos mesmos moldes do entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, acompanhado por esta Corte, de que a **"mula" pertence à organização criminosa, sendo ela necessária para o tráfico internacional** (Grifo nosso).

Ainda, no julgamento do AgRg no AREsp 550.261/SP, o Ministro Gurgel de Faria considerou que a "mula" integraria a organização criminosa. Na hipótese, o sujeito, mediante a promessa de pagamento de 4 mil euros, ingeriu 486,50g de cocaína, acondicionadas em 50 cápsulas, nas dependências do Aeroporto de Campinas/SP, com o objetivo de transportá-las até Lisboa/Portugal.

¹⁸²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 405.650/SP**. Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE). Sexta turma. Publicado em 27/05/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303285850&dt_publicacao=27/05/2014. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

¹⁸³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 525.174/SP**. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma. Publicado em 18/08/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401280613&dt_publicacao=18/08/2015. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

A respeito, extrai-se do corpo do voto:

No caso, as instâncias ordinárias, após o exame dos elementos probatórios acostados aos autos, **concluíram que o agravante pertencia à organização criminosa, visto que no exercício da função de "mula", mediante a promessa de pagamento de 4 (quatro) mil euros, ingeriu 486,50g de cocaína, acondicionadas em 50 cápsulas, nas dependências do Aeroporto de Viracopos, em Campinas/SP, com o objetivo de transportá-las até Lisboa/Portugal.**

Registro, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que os agentes que atuam na condição de "mula" promovem a conexão entre os membros da organização criminosa, facilitando o transporte da droga de um país para o outro, de forma que não se enquadram na condição de pequeno traficante, exigida para o deferimento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (Grifo nosso).¹⁸⁴

Como se vê, o relator não deferiu a causa de diminuição de pena sob o argumento de que as “mulas” não se enquadram na condição de pequenos traficantes, uma vez que promovem a conexão entre os membros da organização criminosa, facilitando o transporte da droga entre países.

No mesmo sentido, importante salientar a conclusão resultante do julgamento proferido nos autos AgRg no AREsp 699.471/MG, em 15/09/2015¹⁸⁵, em que o sujeito, no exercício da função de “mula”, foi preso ao desembarcar na rodoviária de Belo Horizonte, proveniente do Estado do Mato Grosso do Sul, com 910,4g de cocaína, transportada no seu trato digestivo. Veja-se:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA EXPRESSIVA DA DROGA APREENDIDA. ATUAÇÃO COMO "MULA". CIRCUNSTÂNCIAS CARACTERIZADORAS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE ILÍCITA.

1. A análise da questão trazida nas razões do recurso especial prescinde, in casu, do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, havendo a necessidade apenas de nova valoração jurídica dos fatos incontroversos delimitados pelas instâncias de origem

2. Na espécie, o recorrido foi preso, ao desembarcar na rodoviária de Belo Horizonte proveniente do Estado do Mato Grosso do Sul, com elevada quantidade de drogas, de alto poder alucinógeno e viciante - cocaína, 910,4g (novecentos e dez gramas e quarenta centigramas), transportada no seu trato digestivo, circunstância, de caráter objetivo, que tem o condão de impedir a aplicação do benefício previsto no art. 33, 4º, da Lei de Entorpecentes. Precedentes.

¹⁸⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 550.261/SP**. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma. Publicado em 03/08/2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401777789&dt_publicacao=03/08/2015.

Acesso em: 10 de novembro de 2015.

¹⁸⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 699.471/MG**, Rel. Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma. Publicado em 02/10/2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500986716&dt_publicacao=02/10/2015.

Acesso em: 10 de novembro de 2015.

3. Na linha da jurisprudência desta Corte de Justiça, os agentes que atuam na condição de "mula" promovem a conexão entre os membros da organização criminosa, facilitando o transporte da droga, de forma que não se enquadram na condição de pequeno traficante, exigida para o deferimento do benefício previsto na Lei n. 11.343/2006.

4. Agravo regimental a que se dá provimento (Grifo nosso).

Colhe-se do mencionado *writ*:

Na espécie, o recorrido foi preso ao desembarcar na rodoviária de Belo Horizonte, proveniente do Estado do Mato Grosso do Sul, com elevada quantidade de drogas, de alto poder alucinógeno e viciante – cocaína, 910,4g (novecentos e dez gramas e quarenta centigramas), transportada no seu trato digestivo. **A referida circunstância, de caráter objetivo, pode ser ponderada para impedir a aplicação do benefício da causa de diminuição prevista no artigo 33, 4º, da lei antidrogas**, conforme jurisprudência desta Corte de Justiça[...].

Ademais, **também na linha da jurisprudência desta Corte de Justiça, os agentes que atuam na condição de "mula" promovem a conexão entre os membros da organização criminosa, facilitando o transporte da droga, de forma que não se enquadram na condição de pequeno traficante, exigida para o deferimento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006**[...].

Assim, diante das circunstâncias delineadas admitidas pelas instâncias ordinárias, **não vejo como manter a conclusão do Tribunal ordinário, no sentido de fazer incidir em favor do recorrido a causa especial de diminuição da pena, uma vez que o agravado se dedica à atividade criminosa do tráfico, razão pela qual deve ser afastado o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006** (Grifo nosso).

Constata-se que, para o Ministro Gurgel de Faria, o transporte de grande quantidade de droga, na condição de “mula”, é circunstância de caráter objetivo capaz de ser ponderada para impedir o benefício do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Além disso, entendeu que as mulas não se enquadram na condição de pequeno traficante e, considerando que o objetivo do legislador foi dar tratamento diferenciado a este traficante ocasional, deve ser afastado o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Nesse diapasão, é a conclusão do julgamento do AgRg no REsp 1423806/SP¹⁸⁶, em que consignou que a “mula”, transportando em sua bagagem 2.100,00g de cocaína, não se enquadra na condição de pequeno traficante, pois promove a conexão entre os membros da organização criminosa, facilitando o transporte da droga. Confira-se:

[...] No caso, as instâncias ordinárias, após o exame dos elementos probatórios acostados aos autos, concluíram que o agravante pertencia a organização criminosa, visto que no exercício da função de "mula", mediante a promessa de pagamento, transportava um pouco mais de 2.100,00g (dois mil e cem gramas) de cocaína,

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1423806/SP**, Rel. Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma. Publicado em 20/08/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303988392&dt_publicacao=20/08/2015>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

acondicionadas em sua bagagem, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, em São Paulo/SP.

Registro, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que os agentes que atuam na condição de "mula" promovem a conexão entre os membros da organização criminosa, facilitando o transporte da droga de um país para o outro, de forma que não se enquadram na condição de pequeno traficante, exigida para o deferimento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (Grifo nosso)

Como visto, os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça salientam que o legislador, ao instituir a minorante, visou abranger o sujeito de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, e não os agentes que atuam na condição de mula, promovendo a conexão entre os membros da organização criminosa, e facilitando o transporte de droga entre os países.

Finalmente, pode-se concluir que há julgados dos tribunais superiores, notadamente da Primeira e Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e da Quinta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que ocorre o afastamento da aplicação do minorante do § 4º do art. 33 às chamadas “mulas”, com fundamento no fato de que atuação nesta função, por si só, acarretaria o não enquadramento nas condições exigidas para o deferimento do benefício.

4.2 ENTENDIMENTO FAVORÁVEL À APLICAÇÃO DA BENESSE

A posição do item anterior restou abrandada com a possibilidade de aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

Com efeito, há julgados do Supremo Tribunal Federal que passaram a adotar uma orientação diferenciada ao entender que as circunstâncias do delito, como o ingresso do sujeito no Brasil, supostamente agindo como "mula" para o comércio ilícito da droga, não leva à conclusão, por si só, de que ele integraria organização criminosa.

Essa é a conclusão extraída de julgamento realizado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (HC 124107)¹⁸⁷, em que se discutia o caso de nigerianos que haviam sido presos em flagrante delito no aeroporto de Guarulhos/SP quando tentavam embarcar para a cidade de Luanda, na Angola, levando consigo aproximadamente 1kg de cocaína cada um.

Nesse caso, as instâncias ordinárias afastaram a incidência da causa de diminuição

¹⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124107**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma.

Publicado em 24/11/2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7303911>>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao argumento de que os acusados integrariam organização criminosa, já que recrutados para transportar drogas ao exterior (mulas do tráfico).

No entanto, contrariando tal entendimento, o Ministro Dias Toffoli asseverou que o exercício da função de “mula”, unicamente para o transporte da droga, não traduz adesão à estrutura da organização criminosa. Veja-se, pois:

Na espécie, as instâncias ordinárias afastaram a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ao argumento de que os pacientes integravam organização criminosa, sem, contudo, se ampararem em base empírica idônea[...].

Assim sendo, não há como negar que a aplicação da causa de diminuição de pena pretendida (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) foi vedada aos pacientes com base em mera conjectura ou ilação de que integravam organização criminosa, já que foram recrutados na função de mulas do tráfico para o transporte de drogas ao exterior.

É bem verdade que o exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga (Grifo nosso).

Em conclusão, o julgador concedeu, de ofício, a ordem para o fim de, reconhecida a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, determinar ao juízo processante que fixe, em relação aos pacientes, o *quantum* de redução pertinente na espécie.

No mesmo sentido, foi o entendimento adotado pela mesma Turma no julgamento do RHC 123119¹⁸⁸. Tratava-se de um angolano, passando por dificuldades financeiras, veio a ser recrutado por um nigeriano para vir ao Brasil com o único propósito de transportar drogas ao exterior, tendo sido flagrado na posse de 1.680g de cocaína, no momento em que se preparava para embarcar em voo internacional com destino à África do Sul.

O Ministro Dias Toffoli consignou que as circunstâncias do caso, embora possam concluir pela transnacionalidade, não caracterizam, por si só, adesão à organização criminosa. Além disso, asseverou que a existência de vindas pretéritas ao Brasil, ainda que sem justificativa convincente, não autoriza a conclusão de que o tenha feito com o intuito de transportar drogas. Leia-se:

Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico transnacional de drogas. Artigo 33,

¹⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 123119**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma. Publicado em 17/11/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7250969>>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

caput, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006. “Mula”. Aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Admissibilidade. Inexistência de prova de que o recorrente integre organização criminosa. Impossibilidade de negar a incidência da causa de diminuição de pena com base em ilações ou conjecturas. Precedentes. Recurso provido. 1. Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que o réu integre organização criminosa. Precedentes. **2. O exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga.** 3. Recurso provido para o fim de, reconhecida a incidência da causa de diminuição de pena em questão, determinar ao juízo das execuções criminais que fixe o quantum de redução pertinente.

Colhe-se da íntegra do acórdão:

O recorrente, de acordo com a sentença, é angolano, estava em dificuldades financeiras, veio a ser recrutado por um nigeriano para vir ao Brasil com o único propósito de transportar drogas ao exterior, e foi flagrado na posse de 1.680 g (mil seiscentos e oitenta gramas) de cocaína, no momento em que se preparava para embarcar em voo internacional com destino à África do Sul.

Esse fato, que justifica o reconhecimento da causa de aumento de pena por transnacionalidade do tráfico, não leva, por si só, à conclusão de que o recorrente integrava organização criminosa.

O exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga[...].

Não me olvido que o recorrente registra, a despeito de sua precária condição econômica, outras três viagens anteriores ao Brasil, em relação às quais, ao ser questionado sobre a sua real finalidade, optou por permanecer em silêncio (anexo 1, fl. 32).

De qualquer forma, a ausência de explicação convincente para suas vindas pretéritas ao Brasil não autoriza a conclusão de que o tenha feito com o propósito de transportar droga. Trata-se de mera conjectura, que somente seria erigida à condição de prova se houvesse base empírica idônea a demonstrá-la, inexistente na espécie. (Grifei)

Nesse diapasão, a Ministra Rosa Weber proferiu a decisão do RHC 118008¹⁸⁹, 1ª Turma, sendo favorável à aplicação da benesse, ressaltando que, diante da insuficiência de indícios de maior responsabilidade ou envolvimento da “mula” com o grupo criminoso, pertinente encontra-se a aplicação da causa de diminuição mencionada.

Consignou, ainda, que a quantidade e a variedade da droga apreendida podem ser validamente valoradas no dimensionamento do percentual de redução da pena, quando da aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 118008**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma.

Publicado em 19/11/2013. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4881968>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. **2. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Inobstante a gravidade dos delitos imputados ao Recorrente, os elementos disponíveis estão a aconselhar, à falta de dados empíricos embasadores da exclusão da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.346/2006, o restabelecimento da sentença de primeiro grau que a aplicou. Tudo indica tratar-se, o Recorrente, de “mula” ou pequeno traficante, presentes apenas ilações ou conjecturas de envolvimento com grupo criminoso ou dedicação às atividades criminosas.** 4. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente provido (Grifo nosso).

Por oportuno, extrai-se trecho do acórdão supracitado:

Revelam os autos que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciarem a minorante, concluíram - a partir da quantidade e da natureza da droga detectada, e para afastar a redução legal da reprimenda-, pelo envolvimento do Recorrente com membros de organização criminosa e/ou sua dedicação a atividades criminosas, mediante ilações, sem qualquer base em dado empírico.

É verdade que a quantidade e a variedade da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, podem ser validamente valoradas para os efeitos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em especial no dimensionamento do percentual de redução da pena nele previsto. Na espécie, contudo, inobstante a gravidade dos delitos imputados ao Recorrente, tudo leva a crer, pelos elementos descritos, que se trata de “mula” ou pequeno traficante, ausentes indícios de envolvimento maior, ou com maior grau de responsabilidade, com grupo criminoso, ou de dedicação ao crime, a aconselhar a priorização do quanto avaliado pelo magistrado de primeiro grau. (Grifo nosso).

Cabe salientar a conclusão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 108388¹⁹⁰, em que o Ministro Gilmar Mendes considerou inadequado afastar a minorante com o intuito de inibir futuras ações de traficâncias.

O eminente relator asseverou, ainda, que o legislador, ao inserir a redação contida no § 4º do artigo 33, intencionou distinguir o traficante contumaz e profissional daquele iniciante na vida criminosa, assim como do sujeito que se aventura na vida da traficância por

¹⁹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 108388**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma. Publicado em 22/04/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3674433>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

motivos que se confundem com a sua própria sobrevivência e/ou de sua família.

Destaca-se da fundamentação:

Em voto-vista, manifestei-me, na mesma linha de pensamento do Relator, no sentido de que **“não consigo fixar aprioristicamente que, ao se rotular o indivíduo como mula, sempre se estará diante do óbice de integrar organização criminosa. Penso que a diferenciação deve ser feita caso a caso, a partir de dados objetivos do processo”**. No presente habeas corpus, tenho para mim que assiste razão à defesa, ao afirmar que a paciente serviu apenas de “mula” e de forma eventual para prática do tráfico de drogas. O Juízo de origem concedeu a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. O TRF da 3ª Região entendeu diversamente e afastou a causa de redução de pena. **Ocorre que o reconhecimento, pela Corte federal, de que a paciente integra organização criminosa não se pautou em elementos concretos, considerando a dinâmica dos fatos, mas em meras ilações ou conjecturas.**Ora, o “contato com agentes de organização criminosa a revelar propensão criminosa” e a interpretação do TRF da 3ª Região no sentido de concluir pela “capacidade para delinquir”, bem como a conclusão de “que as circunstâncias do delito desacreditam a hipótese de deliberação de prática de apenas uma infração”, são premissas não derivadas das provas colhidas na persecução penal como, paradoxalmente, tanto a sentença condenatória como o próprio voto, deixam transparecer. **Justificar a não concessão do redutor, buscando a penação mais severa aos agentes, com intuito de inibir futuras ações de traficância, por si só, não garante a falência das organizações criminosas. Tudo indica que a intenção do legislador, ao inserir a redação contida no § 4º do artigo 33, foi distinguir o traficante contumaz e profissional daquele iniciante na vida criminosa, bem como do que se aventura na vida da traficância por motivos que, por vezes, confundem-se com a sua própria sobrevivência e/ou de sua família. Daí, acredito essencial, para legitimar o afastamento do redutor, fundamentação corroborada em elementos capazes de afastar um dos requisitos legais, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da pena e de fundamentação das decisões judiciais.** Destarte, por vislumbrar que a paciente preenche os requisitos legais (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), voto pela concessão parcial da ordem para restabelecer a sentença proferida pelo Juízo de origem que — ao concluir tratar-se de ré primária, portadora de bons antecedentes, não tendo restado comprovado, do conjunto probatório, que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa — aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no patamar de ¼ (um quarto) (Grifo nosso).

Como se vê, o mencionado julgamento corrobora com o entendimento de que a condição de mula, por si só, não legitima o afastamento da causa de diminuição, por integrar organização criminosa. Para o relator, é essencial a demonstração de elementos probatórios capazes de afastar um dos requisitos legais, sob pena violação ao princípio da individualização da pena e de fundamentação da decisões judiciais.

Por sua vez, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 282.396¹⁹¹, mencionando julgado do Supremo Tribunal Federal (HC 124.107), adotou posicionamento no sentido de que o

¹⁹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 282.396/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA. Publicado em 24/02/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303789060&dt_publicacao=24/02/2015> Acesso em: 10 de novembro de 2015.

exercício da função de mula não configura, por si só, adesão à organização criminosa. Veja-se:

[...] VI - Ademais, "descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa.

5. O exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa (STF - HC n. 124.107, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 24/11/2014).

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena do paciente, utilizando as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade da droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo, **desconsiderando o argumento de que o exercício da função de mula, por si só, comprovaria que ele se dedica a organização criminosa.** (Grifo nosso).

Ainda, convém destacar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 144.293/SP¹⁹², 6ª Turma, já havia emanado posicionamento favorável à aplicação da benesse às mulas, asseverando que a condição de "mula" não tem o pendor de excluir a incidência da causa de diminuição. Ademais, no mencionado julgamento, o Ministro Og Fernandes asseverou que a causa de diminuição visa, justamente, abarcar sujeitos na condição de “mula”.

Confere-se desse julgado:

Ultrapassada essa questão, **tenho que o fato de a paciente ter sido considerada, por ambas as instâncias ordinárias, como "mula" não tem o pendor de excluir a incidência da referida causa de diminuição. Isso porque a mens legis visava abarcar exatamente pessoas como a ora paciente [...].** (Grifo nosso).

Por fim, cumpre anotar que o Superior Tribunal de Justiça tem assentado o entendimento de que quando presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, devem ser consideradas na escolha da fração de diminuição de pena as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. Ademais, o fato de exercer a função de “mula” para a traficância é um fato que autorizaria a aplicação da fração em patamar inferior ao máximo.

Ilustrativamente:

¹⁹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 144.293/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA. Publicado em 09/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901541767&dt_publicacao=09/08/2010>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. 2. OFENSA AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PATAMAR FIXADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO CRIMINOSO. [...] 5. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O aumento da pena-base foi devidamente fundamentado em razão da quantidade e natureza da droga apreendida - aproximadamente 2.520g (dois mil quinhentos e vinte gramas) de cocaína -, não havendo, portanto, violação do art. 59 do Código Penal, tampouco do art. 42 da Lei de Drogas.

2. Igualmente, não há se falar em violação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois a fração de diminuição da pena, estabelecida em 1/6 (um sexto), mostrou-se adequada às circunstâncias do fato criminoso, haja vista constar dos autos que a recorrente atuava como "mula" para o tráfico internacional de drogas.

3. Mantida a pena acima de 4 (quatro) anos de reclusão, inviável se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto não preenchido o requisito objetivo.

4. Devidamente justificado o regime fechado, em razão da quantidade e qualidade da droga, não se verifica violação ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifei)¹⁹³

E ainda:

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIMINUIÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do patamar de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, tendo em vista que a recorrente se tratava de "mula" que carregava no interior de seu organismo grande quantidade de cocaína.

3. Recurso improvido.¹⁹⁴

Depreende-se assim, que o juiz deve determinar a fração da redução da pena considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, bem como a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente, conforme

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 494.314/SP**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA. Publicado em 21/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400705547&dt_publicacao=21/08/2014> Acesso em: 10 de novembro de 2015.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 35.801/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA. Publicado em 16/10/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300536386&dt_publicacao=16/10/2013.> Acesso em: 10 de novembro de 2015.

disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

Além disso, não há se falar em ilegalidade na aplicação do percentual de diminuição em patamar mínimo, quando o agente atuou na função de “mula”, carregando grande quantidade de droga no interior do seu organismo.

Portanto, após a análise dos julgamentos favoráveis à aplicação da benesse, constata-se as mesmas Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que emanaram entendimento contrário à aplicação da benesse no primeiro item, adotaram, em casos semelhantes, posição favorável a tal minorante. Diante disso, será abordada no item seguinte a questão das controvérsias no tratamento punitivo aplicado às chamadas “mulas”.

4.3 CONTROVÉRSIAS NO TRATAMENTO PUNITIVO DESPENDIDO ÀS “MULAS”

Importante ter presente que a dinâmica do tráfico de drogas envolve a atuação de diversos atores, assim como a divisão de poderes e a repartição desigual dos lucros. A fim de compreender esses distintos papéis, faz-se necessária a definição da figura da “mula”.

De uma maneira geral, as pessoas na condição de “mula” são “contratadas para o transporte da droga que desconhecem a identidade de seus contratantes, destinatários, fornecedores, justamente com a finalidade de preservar os próprios membros da associação, no caso de eventual prisão”.¹⁹⁵

O envolvimento dessas pessoas com o comércio espúrio ocorre por inúmeras circunstâncias, notadamente por conta da penúria econômica. A atividade consiste no transporte de droga por meio de bagagens e, em casos mais extremos, pelos orifícios, ou, ainda, pela ingestão da droga, encapsulada ou em forma de pacotes, embrulhada com plásticos.

Conforme mencionado anteriormente, o crime de tráfico de drogas possui 18 (dezoito) condutas proibidas, dentre os quais se destaca o verbo “transportar”, sendo classificado como crime de tipo misto alternativo, em que haverá a aplicação da mesma reprimenda penal mesmo havendo a prática de mais de uma conduta, isto é, mais de um verbo contido no tipo.

Em relação ao verbo “transportar”, Vicente Greco Filho¹⁹⁶ traz a seguinte

¹⁹⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **ACR 5001948-09.2012.404.7117**. Sétima Turma. Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanchotene. Juntado aos autos em 16/01/2014.

¹⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011, p. 177.

definição:

“Transportar” é conduzir de um local para outro, em nome pessoal ou de terceiro. Pressupõe o uso de algum meio de deslocação da droga, porque se esta for levada junto ao agente condindir-se-a com “trazer consigo”, que é modalidade de “transportar”, na hipótese em que o indivíduo conduz pessoalmente a droga..

Destaca-se, ainda, o conceito de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues¹⁹⁷:

Transportar: transportar é a conduta de deslocar-se com a substância, utilizando-se meios que não o próprio corpo, pois nesse caso se trata do trazer consigo. Na qualidade de crime permanente, consuma-se com o efetivo deslocamento. Bastante prudência é exigida do aplicador do direito para se apurar o dolo na conduta (conhecimento + vontade), evitando-se a responsabilização de pessoas usadas para o transporte, sem o conhecimento da droga. A doutrina entende inadmissível a tentativa.

Constatou-se, ainda, que o § 4º do artigo 33, estabelece a possibilidade de redução de pena no caso de pessoas primárias, com bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas e não façam parte de organização criminosa.¹⁹⁸

Sendo assim, verifica-se que pela legislação atual, a conduta daquele que transporta o material ilícito, adjetivado como “mula”, incide nas sanções do tipo do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, e que, caso o agente cumpra com os requisitos estabelecidos pelo §4º, poderá ter a sua pena reduzida.

Em tese, essa minorante seria suficiente para oferecer tratamento diferenciado aos traficantes de droga de menor escalão, ou seja, aqueles que realizam a atividade de varejo, os "aviões", e as chamadas "mulas". Contudo, na prática, a aplicação desses critérios permanece de completa discricionariedade do magistrado, sendo que a jurisprudência não possui parâmetros para a aplicação da pena.

Pode-se dizer que a ausência de critérios legais para determinar a participação da “mula” na organização criminosa tem sido, na grande maioria dos casos, causa de desigualdade na aplicação do instituto.

De sorte do que foi pesquisado, constata-se que os tribunais superiores enquadram a atividade daquele que age como “mula”, como incurso no crime de tráfico de drogas, sendo

¹⁹⁷ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007, p. 61.

¹⁹⁸ § 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, 1940)

que há incongruências em relação à aplicação §4º.

Existem, pois, decisões contrárias à aplicação da benesse e, conseqüentemente, que enquadram a “mula” no *caput*, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06. No ponto, importante salientar que os critérios utilizados, como por exemplo, o hábito de se verificar apenas a quantidade de droga transportada para determinar se a pessoa integra ou não a organização criminosa, sem atenção ao contexto fático, afastam o princípio da individualização da pena e ocultam a realidade bem mais complexa.

Por outro lado, há julgamentos favoráveis à aplicação da causa de diminuição de pena prevista, § 4º, do mesmo tipo penal. Nesses casos, há o entendimento de que a simples atuação como “mula”, desacompanhada de indícios de maior responsabilidade ou envolvimento com o grupo criminoso, permite a aplicação da causa de diminuição.

Frisa-se que essa incoerência de tratamento punitivo ocorreu, inclusive, em julgamentos realizados pelas mesmas Turmas, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça.

Retomando a teoria do concurso de agentes, examinada nos itens 2.1 e 2.2 do presente trabalho, observa-se que o artigo 29, do Código Penal, embora não tenha feito distinção entre autor e partícipe, estabeleceu que “todo aquele que concorre para o crime, causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente”.¹⁹⁹

Note-se que referido dispositivo estabeleceu critérios, disciplinando graus de participação na empreitada criminosa, considerando que aplicação da pena aos envolvidos no delito será conforme a culpabilidade de cada agente.

A teoria do domínio do fato, por sua vez, possibilita compreender as formas específicas de contribuição para a realização do fato criminoso, quais sejam: autoria (direta, mediata e co-autoria), participação e participação de menor importância.

Segundo essa teoria, o autor domina a realização do fato criminoso, sendo capaz de controlar a continuidade e a paralização da conduta típica²⁰⁰. Ainda, além do domínio da ação, considerado elemento geral do autor, há entendimento de que deve haver os elementos especiais de autoria, que se relacionam com o tipo subjetivo²⁰¹. O partícipe, por sua vez, não executa o tipo penal, mas sua conduta constitui apenas uma ação prévia ou preparatória²⁰².

Vê-se, portanto, que a responsabilização penal por um fato criminoso requer que o

¹⁹⁹ BRASIL, 1940.

²⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000, p. 279.

²⁰¹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 79.

²⁰² *Ibid.*, p. 60.

sujeito tenha realizado ou contribuído para a realização da ação delituosa, estando incurso em uma das modalidades supracitadas.

Entretanto, conforme estudado ainda neste capítulo, as decisões dos tribunais superiores não definem a conduta praticada pela “mula” em nenhuma das formas do concurso de agentes.

Em se tratando da atividade exercida pela “mula”, evidente que esta não detém o domínio do fato ou do planejamento da ação criminosa. Pelo contrário, atua como “empregado” do tráfico, sendo paga tão somente para efetuar o transporte da droga. E ainda, ocupa “cargo” de baixa relevância na dinâmica do tráfico, posto que seus integrantes são facilmente substituíveis.

Em contraposição à hipótese de que a “mula” seria capaz de cessar a realização do fato criminoso e, portanto, considerada autora do crime, observa-se que ela não possui qualquer disponibilidade sobre a droga, pois esta não lhe pertence.

De fato, a aplicação do § 4º do artigo 33 poderia ser considerada um benefício concedido à figura da “mula”. Contudo, verifica-se que sua conduta não é compatível com a aplicação do redutor, pois este possui aplicabilidade às pessoas que preencherem determinados requisitos de caráter pessoal, e não em razão da conduta realizada. Sendo assim, mostra-se adequado outro tratamento punitivo, ou melhor, um tipo penal específico para o agente que atua como mero transportador.

Importante salientar que a conduta da “mula” guarda similitude com o crime de favorecimento real, tipificado no artigo 349 do Código Penal²⁰³, embora não o seja. Confira-se: “Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.”

Observa-se que o crime de favorecimento real possui pena máxima de um ano de detenção, razão pela qual é classificado como delito de menor potencial ofensivo. Assim, se o agente for primário e não tiver sido beneficiado com a transação penal há menos de cinco anos, bem como assumir o compromisso de comparecer ao juizado, não poderá se preso em flagrante e fará jus à transação penal. Além disso, mesmo que não faça jus à transação penal, o agente poderá ser beneficiado com a suspensão condicional do processo.²⁰⁴

Como se vê, o agente que pratica o crime de favorecimento real possui pena diversa da do autor do crime a quem prestou auxílio, e ainda possui benefícios próprios das

²⁰³ BRASIL, 1940.

²⁰⁴BRASIL. **Lei. n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

infrações de menor potencial ofensivo.

Nesse diapasão, é possível analisar a função da “mula” como uma hipótese de favorecimento real, em que auxilia de qualquer maneira a construção do crime de tráfico de drogas, motivo pelo qual deveria receber uma pena proporcional.

Com efeito, o resultado jurídico pela aplicação do § 4º pode ser entendido como uma forma de mascarar a ausência de definição jurídica. Como visto, essa resposta é incompatível à conduta da “mula”, pois não é aplicada sob o ponto de vista dogmático, mas sim em decorrência das condições pessoais do agente (primariedade, não dedicação ao tráfico, bons antecedentes, não tomar parte de organização criminosa). Dessa forma, no caso da reincidência, por exemplo, estaria afastada a aplicação de tal benesse.

Em verdade, independentemente das duas posições adotadas pela jurisprudência, constata-se que a conduta da “mula” não é autenticamente compatível com nenhuma das formas de realização do crime descritas nos itens 2.1 e 2.2 deste trabalho monográfico.

Como bem salientou o parecer elaborado no âmbito do Projeto Justiça Criminal do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania²⁰⁵, a legislação brasileira não distingue a simples “mula” da pessoa em posição de comando, motivo pelo qual é oportuno alcançar mudanças legislativas e de políticas públicas, a fim de tratar de maneira justa e equitativa a figura da “mula” na realidade brasileira. Confira-se:

Legislações que diferenciem com critérios realistas e justos a figura da "mula", que não ocupa posições de alto comando, são um dos passos fundamentais para reformar o sistema penitenciário e diminuir o encarceramento em massa. Além disso, admitir essa diferenciação no sistema penal brasileiro significaria avançar em direção a uma política pública com viés de gênero, voltada para combater desigualdades e dirimir injustiças sociais [...]. A legislação brasileira não logra diferenciar de maneira adequada nem sequer a posição ocupada pelos agentes envolvidos com o tráfico de drogas. **A criação de tipos penais distintos para cada uma das condutas é uma das soluções recomendadas para separar entre os graus de ofensividade, especialmente considerando se o crime foi cometido com ou sem violência** (Grifo nosso).

Portanto, é possível concluir que há uma incoerência do sistema penal em relação à aplicação do artigo 29 do Código Penal ao tipo penal do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, razão pela qual se mostra necessária a criação de um novo tipo legal ou um tratamento penal mais adequado à conduta da “mula” na dinâmica do tráfico de drogas.

²⁰⁵ SOUZA, Luísa Luz de. **As consequências do discurso punitivo contra as mulheres "mulas" do tráfico internacional de drogas: ideias para a reformulação da política de enfrentamento às drogas no Brasil**. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2013. Disponível em: <<http://itc.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Mulas.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

5 CONCLUSÃO

Durante o curso do presente trabalho, buscou-se analisar o tratamento punitivo dispensado ao sujeito que se limita a transportar a droga, vulgarmente conhecido como “mula”, a fim de verificar se é adequado à sua conduta. Sugeriu-se, pois, a necessidade de uma adequação legislativa no crime de tráfico de drogas.

Para tanto, iniciou-se pela evolução da legislação brasileira no que diz respeito à criminalização das drogas, procurando, ainda, efetuar uma análise sobre a evolução do pensamento jurídico sobre o tema.

Em seguida, discorrendo acerca das políticas de enfrentamento ao narcotráfico, que direcionaram o repressivismo do tipo do tráfico de drogas, verificou-se que, paulatinamente, diversas condutas foram acrescentadas ao tipo penal do tráfico de drogas, em decorrência de uma política criminal que atendeu ao clamor social e recrudescer as penas. Viu-se, assim, que a política criminal desenvolvida não atendeu ao propósito de combate à criminalidade.

Tratou-se, rapidamente, acerca dos aspectos gerais da atual Lei n. 11.343/06, esclarecendo as intenções do legislador com a inovação legislativa, notadamente o tratamento diferenciado entre usuário e traficante. Além disso, verificaram-se as diferenças em relação à sua antecessora (Lei n. 6.368/76) e as principais inovações trazidas pela nova Lei, destacando-se o abrandamento do controle penal em relação aos usuários de drogas e a aplicação de um tratamento penal mais severo aos traficantes.

No segundo capítulo, analisou-se as diversas teorias que buscaram definir o conceito de autor, quais sejam: teoria monista; teoria extensiva; teoria restritiva (objetiva ou dualista); teoria objetiva de participação, que se ramifica em: objetivo formal e objetivo material; teoria subjetiva; e teoria do domínio do fato.

Após, por meio de um estudo individualizado da teoria do domínio do fato, apurou-se as diversas formas de colaboração na realização do fato delituoso. Como visto, configura-se autoria quando o agente domina a realização do fato típico, possuindo o controle da continuidade ou paralisação da ação, independentemente na execução direta da conduta descrita no tipo penal. Por sua vez, o partícipe não executa o fato típico, tampouco detém esse controle sobre a empreitada criminosa, mas sua conduta deve contribuir efetivamente para o resultado.

Seguindo, foi objeto de análise o tipo penal do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput), e figuras a ele equiparadas (art. 33, § 1º), a inovação do § 2º e do § 3º, bem como sobre a benesse do § 4º. Aqui, buscou-se apurar os requisitos para a configuração do crime em comento.

Finalmente, no terceiro capítulo, foi feita uma análise do tratamento penal dispensado às “mulas” pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Constatou-se que a jurisprudência não é uníssona na aplicação da pena, variando sobre a incidência ou não da aplicação da benesse do § 4º.

De início, foram analisados os fundamentos utilizados para afastar a incidência do redutor, destacando-se o entendimento de que é inviável a aplicação da causa de diminuição à “mula”, pois esta pertence à organização criminosa e sua função é condição necessária para a existência do tráfico.

Na sequência, observou-se a existência de julgados dos mesmos tribunais adotando posicionamento favorável à aplicação da benesse. Nesses casos, entendeu-se que o exercício da função de “mula”, desprovido de elementos que comprovem a integração na organização criminosa, autoriza a aplicação do redutor.

Ocorre que, conforme visto anteriormente, o agente pode contribuir para a realização do fato criminoso de diversas maneiras. No entanto, a jurisprudência analisada não define a figura da “mula” em nenhuma das modalidades de participação no fato criminoso.

De fato, a conduta da “mula” não se enquadra intimamente em nenhuma das formas de autoria ou participação. A aplicação da benesse é uma resposta penal que visa o abrandamento da pena às simples “mulas”; contudo, tal benefício é em decorrência das condições pessoais do agente, não tendo relação com a conduta propriamente dita. Assim, caso o agente tenha atuado na condição de “mula”, mas seja reincidente, automaticamente irá responder pelo *caput* do artigo 33, da Lei de Drogas.

Portanto, entende-se que deveria haver um tratamento penal diferenciado entre a figura da “mula” e o traficante de alto comando, razão pela qual a legislação penal brasileira precisa evoluir no sentido de criar um tipo penal específico para a conduta da “mula”, aplicando-se critérios realistas e proporcionais.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL, **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 24 de setembro de 2015.
- _____, **Decreto-lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968**. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.
- _____. **Lei nº 6.368, de 21 de Outubro de 1976**. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 19 de Setembro de 2015.
- _____. **Constituição Federal de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 de Setembro de 2015.
- _____. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2015.
- _____. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, **Relatório sobre o PLS n. 115/2002**. Paulo Pimenta (relator), 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/197758.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.
- _____. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em: 04/10/2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. HC 144.293/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA. Publicado em 09/08/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901541767&dt_publicacao=09/08/2010. Acesso em: 10 de novembro de 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 661. “Mula” e causa de diminuição de pena. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília. 9 a 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-661-do-stf-2012,36520.html>>. Acesso em: 26 de outubro de 2015
- _____. Supremo Tribunal Federal. HC 101265, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Publicado em 06-08-2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629958>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____.Supremo Tribunal Federal. HC 108388, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma. Publicado em 22/04/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3674433>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____.Supremo Tribunal Federal. RHC 118008, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma. Publicado em 19/11/2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4881968>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____.Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ACR 5001948-09.2012.404.7117. Sétima Turma. Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanchotene. Juntado aos autos em 16/01/2014. Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41389885166998241110000000007&evento=41389885166998241110000000003&key=5d197be55a37ca7f591677b1c40cededd9be380f4522231756e230109523a7ea. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 405.650/SP. Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE). Sexta turma. Publicado em 27/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 494.314/SP**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA. Publicado em 21/08/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400705547&dt_publicacao=21/08/2014. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____.Supremo Tribunal Federal. RHC 123119, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma. Publicado em 17/11/2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7250969>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 123430, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Publicado em 18-11-2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7261705>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 124107, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma. Publicado em 24/11/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7303911>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____.Superior Tribunal de Justiça. HC 282.396/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA. Publicado em 24/02/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303789060&dt_publicacao=24/02/2015. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 550.261/SP. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma. Publicado em 03/08/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401777789&dt_publicacao=03/08/2015. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 525.174/SP. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma. Publicado em 18/08/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401280613&dt_publicacao=18/08/2015. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1423806/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma. Publicado em 20/08/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303988392&dt_publicacao=20/08/2015>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 699.471/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma. Publicado em 02/10/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500986716&dt_publicacao=02/10/2015. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 4: legislação penal especial; 9 ed. – São Paulo: Saraiva. 2013.

CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343). São Paulo: editora Saraiva, 2013.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da Droga**. Trad.: Teresa Ottoni. Rio de Janeiro. Renavan. 1990.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 14 ed., São Paulo, Saraiva. 2011.

GOMES, Luiz Flávio, **Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343**, de 23.08.2006. 2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Lei 11.343/06: novos e repetidos danos aos direitos fundamentais**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Ano 14 n. 167, out. 2006.

LEAL. João José; LEAL, Rodrigo José. Nova política criminal e controle do crime de tráfico ilícito de drogas. In. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 42, jun. 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1920#_ftn1>. Acesso em: 01 de outubro de 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000.

SOUZA, Luísa Luz de. **As consequências do discurso punitivo contra as mulheres "mulas" do tráfico internacional de drogas:** ideias para a reformulação da política de enfrentamento às drogas no Brasil. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2013. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Mulas.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **A Nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006):** Comentada e Anotada. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.