

# A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006

Victor Matheus MOLINA<sup>1</sup>  
Guilherme Paes GUERRA<sup>2</sup>

**RESUMO:** A causa especial de diminuição de pena criada pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 mostra-se inconstitucional, tendo em vista o comando do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, e o princípio da proporcionalidade. Eis que o aludido dispositivo não guarda relação de proporcionalidade entre a gravidade da ofensa ao bem jurídico tutelado e a respectiva sanção penal, no que diz respeito aos delitos previstos no artigo 33, “caput”, e § 1º, da sobredita Lei, pois não há possibilidade de se conceder tal benefício em crimes de menor lesividade, até mesmo em infrações penais de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95, art. 61), ainda que o sujeito ativo esteja em situação idêntica àquela prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. É, portanto, desproporcional tratar menos severamente o autor de um crime equiparado a hediondo do que o autor de outros crimes de inferior reprovabilidade.

**Palavras-chave:** Tráfico de Drogas. Minorante. Inconstitucionalidade. Princípio da Proporcionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa à demonstração científica da inconstitucionalidade da causa de diminuição de pena criada pela Lei 11.343/06 em favor dos que cometem os crimes definidos no artigo 33, “caput”, e § 1º, desta Lei.

---

<sup>1</sup> Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: victormolina@stetnet.com.br.

<sup>2</sup> Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: catengas@hotmail.com.

Destina-se, destarte, diante da ofensa à Lei Maior, a ponderar a inaplicabilidade da benesse no caso concreto pela via difusa e, quiçá, ensejar a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade para que, então, o Supremo Tribunal Federal declare, com efeito *erga omnes*, a inconstitucionalidade do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, acarretando sua automática extirpação do ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, sustenta-se a inconstitucionalidade do dispositivo por meio de uma interpretação em consonância com o espírito do Constituinte e à luz da sistemática principiológica que norteia a aplicação do Direito.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 prevê uma causa especial de diminuição de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) para os delitos definidos no “caput” e no § 1º deste artigo, desde que o agente seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, proibindo-se a conversão em penas restritivas de direitos.

Cuida-se, com exceção da vedação da conversão em penas restritivas de direitos, de *novatio legis in mellius* que retroage para alcançar fatos anteriores, praticados sob a égide da Lei 6.368/76, inclusive os decididos por sentença condenatória transitada em julgado, por força do disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e no parágrafo único do artigo 2º do Código Penal (manifestação da exceção ao princípio da irretroatividade das leis penais).

Cumprе ressaltar que o legislador condicionou a concessão do benefício à presença de quatro requisitos de caráter pessoal do sujeito ativo, a saber: a) a primariedade; b) os bons antecedentes; c) a não dedicação a atividades criminosas; e d) a não participação em organização criminosa.

Note-se que, embora a primariedade e os bons antecedentes sejam facilmente demonstrados por meio de certidões e folha de antecedentes criminais, árdua é a colheita da prova de que o agente não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa (ainda que se considere o fato de o agente ser primário e possuidor de bons antecedentes como um forte indício para presumir que ele não se dedica a atividades criminosas).

Saliente-se, por oportuno, que o ônus da prova, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal – com a redação dada pela Lei 11.690/08 –, incumbe àquele que suscitar a existência das condições previstas no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas para fins de concessão do benefício.

Observa-se, ainda, que o legislador, inapropriadamente, considerou a primariedade e os bons antecedentes – circunstâncias judiciais, que devem ser analisadas no momento da fixação da pena-base – como causas de diminuição de pena.

Desse modo, permite-se, por conta da proibição de se considerar a mesma circunstância em mais de uma fase da dosimetria penal (vedação do *bis in idem*) e em virtude de o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 ser norma especial em relação ao artigo 68 do Código Penal (*lex specialis derogat generalis*), que o juiz considere tais circunstâncias na terceira fase da aplicação de pena do sistema trifásico adotado pelo Código e, com isso, aplique a sanção penal aquém do mínimo legal, podendo-se até chegar à fixação da pena em um ano e oito meses de reclusão.

A inovação legislativa é flagrantemente despropositada e fere o texto constitucional.

De primeiro, a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) para traficantes de drogas afronta patentemente o espírito do Constituinte, expressado no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, segundo o qual os crimes hediondos e os a estes equiparados devem receber tratamento jurídico-penal mais rigoroso do legislador infraconstitucional, ao determinar que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Ora, se a própria Constituição ordena maior rigorismo da lei em relação aos crimes hediondos equiparados, mostra-se manifestamente inconstitucional a

disposição legal que, sem plausibilidade jurídica alguma, abranda a pena de traficantes de drogas primários, de bons antecedentes, que não se dedicam a atividades criminosas e não integram organização criminosa.

Demais disso, a minorante viola o princípio da proporcionalidade na medida em que permite a redução da pena, inclusive aquém do mínimo legal, de traficantes de drogas primários e de bons antecedentes, não sendo possível, em nosso ordenamento jurídico, a aplicação de tal benefício a outros criminosos, também primários e portadores de bons antecedentes, mesmo que se trate de crime de menor potencial ofensivo ou contravenção penal.

Nessa esteira, preleciona Fernando Capez (2008, p. 738):

Desse modo, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo que o sistema penal, levando em conta uma mesma circunstância (antecedentes), traga um benefício imerecido ao autor de um crime equiparado a hediondo, possibilitando que a sua pena seja diminuída de 1/6 a 2/3, inclusive aquém do mínimo legal, quando os demais jurisdicionados, autores de crimes de menor repulsa social (injúria, calúnia, bigamia etc.) e portadores de bons antecedentes, sejam contemplados apenas com uma circunstância judicial (art. 59, *caput*), cujo limite mínimo de pena jamais poderá ser alterado.

Assim, cristalina é a inconstitucionalidade do tratamento penal concedido pela nova Lei de Drogas aos autores de tráfico ilícito de entorpecentes que preencherem os requisitos do art. 33, § 4º, haja vista que o ordenamento não autoriza semelhante tratamento a autores de crimes de menor gravidade, não havendo, portanto, proporcionalidade entre o mal social causado pela prática do crime de tráfico de drogas e a reprimenda correspondente.

### **3 CONCLUSÃO**

Em suma, porquanto o artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 contraria o disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e viola o princípio da proporcionalidade, conclui-se, por meio de uma interpretação teleológica da Lei Ápice, por sua inconstitucionalidade, não devendo, por isso, ter aplicabilidade no caso concreto.

## **BIBLIOGRAFIA**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.