

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL:
ARTIGOS 28 E 33 DA LEI 11.343/06

CLAUDIA CRISTINA CARVALHO LEME CAMPISTA

RIO DE JANEIRO

2008

CLAUDIA CRISTINA CARVALHO LEME CAMPISTA

A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL:
ARTIGOS 28 E 33 DA LEI 11.343/06

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Pompílio da Hora

RIO DE JANEIRO

2008

CLAUDIA CRISTINA CARVALHO LEME CAMPISTA

A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL:
ARTIGOS 28 E 33 DA LEI 11.343/06

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Nilo Pompílio da Hora – Presidente da Banca Examinadora
Professor Doutor – UFRJ - Orientador

Nélson Massini
Professor Doutor - UFRJ

Prof

À luz da minha vida, minha filha Maria Victória.

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”.

Eduardo Couture.

Ao meu orientador, Prof. ° Dr. Nilo Pompílio da Hora, pelos conselhos sempre úteis durante todo o trabalho e pela paciência e atenção dispensadas.

RESUMO

Campista, C.C. A política criminal de drogas no Brasil. 2008. F. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se as questões relevantes referentes à política criminal de drogas no Brasil. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos ideológicos da política criminal no Brasil, quais os modelos de fundamentação e suas bases ideológicas. Na segunda parte estuda-se alternativas para um sistema processual penal mais inclusivo, tendo como objetivo as garantias constitucionais embasado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, remete a uma reflexão sobre a descriminalização e despenalização para o usuário de drogas, e a intervenção mínima do direito penal na resolução das questões sociais. A terceira parte dedica-se ao tratamento dos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06, as questões controvertidas e problemáticas no que se refere a diferenciação entre usuário e traficante de drogas, a pluralidade de verbos, os casos para aplicação da individualização da pena e progressão e a equiparação ao crime hediondo preceituado na Constituição Federal de 1988.

Palavras-Chaves: Política Criminal de Drogas; Sistema Processual Penal Brasileiro; Garantias Constitucionais.

ABSTRACT

Campista, C.C. A política criminal de drogas no Brasil. 2008. 51f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analyzed in the relevant (questions) concerning the criminal policy of drugs in Brazil. For better understanding of the (theme), the first part back to the analysis of the ideological aspects of criminal policy in Brazil, what (their) models of reasoning or fundamentation, and what their ideological bases. In the second part is studying alternatives to a criminal justice system more inclusive, with the aim of constitutional guarantees supported by the principle of human dignity, refers to a reflection on the legalization and decriminalization for the drugs users, and the minimum intervention of criminal law in the resolution of social questions. The third part is dedicated to the treatment of - artigos 28 e 33 of the Lei nº 11.343/06, the contested questions and problems as regards the distinction between users and drug dealers, the plurality of verb, the case for applying the individualization of punishment and the treatment and progression to crime.

Keys-words: Criminal Policy of drugs; Minimum Intervencion of Criminal Law; Constitutional Garantees.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 UMA POLÍTICA CRIMINAL PROIBICIONISTA	12
2.1 As bases da política criminal de drogas no Brasil	16
2.1.1 <u>Movimento de lei e ordem</u>	17
2.1.2 <u>Ideologia da defesa social</u>	18
2.1.3 <u>Ideologia de segurança nacional</u>	18
3 DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO	19
3.1 Descriminalização	19
3.1 Tipos de descriminalização	20
3.2 Despenalização	22
3.3 Direito penal mínimo e o garantismo penal	15
4. ARTIGOS 28 E 33 DA LEI 11.343/06	19
4.1. Artigo 28 da Lei nº 11.343/06 - Questões relevantes	19
4.2. A difícil diferenciação entre usuário e traficante de drogas	24
4.3. Questões controvertidas do artigo 33 da Lei nº 11.343/06	36
4.4. A ideologia da diferenciação na nova lei de drogas	42
5. Equiparação do crime de tráfico ao crime hediondo	43
6. CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A primeira parte do trabalho propõe estudo sobre o processo de construção da política criminal de drogas no país. Suas bases ideológicas do projeto repressivo com os Movimentos de Lei e Ordem (MLO's), a Ideologia de Segurança Nacional (ISN) como a semente do direito penal do inimigo que hoje reveste da intervenção punitiva do estado. A partir dessas três estruturas repressivas, a política criminal de drogas no Brasil com esse embasamento, tendo o objetivo de conseguir por fim as drogas, trás o modelo belicista do sistema ideológico repressivo da ISN, configurando a distância de uma política pública de tutela e garantia dos direitos fundamentais, e após alguns anos de ditadura é promulgada em 1976 a Lei de Entorpecentes – 6.368/76- esta lei atendendo interesses internacionais, principalmente dos EUA, é confeccionada de acordo com critérios da época, que eram de prevenção, tratamento, reabilitação e repressão, elaborada no período ditatorial onde vigia o estado de exceção. Anos mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, só veio ratificar os princípios norteadores desta ideologia punitiva. Ressalta-se que a preocupação com o direito penal não reside na sua maior ou menor funcionalidade e, sim nos efeitos que possam alcançar o destinatário da norma penal.

Na segunda parte, o estudo recai sobre a descriminalização e despenalização da conduta do usuário de drogas, partindo do discurso garantista com objetivo da redução de danos causados por excessivo e indiscriminado uso da punição do indivíduo, que vem atingindo à nossa sociedade brasileira. As medidas alternativas defendidas pelo garantismo penal visam minimizar a incongruência aparente nas políticas criminais até hoje, atingindo a nova lei de drogas que desenhou um perfil de prevenção mas, no quesito execução da pena o fundamento foi a intolerância. A aplicação da política de redução de danos visa uma abordagem de prevenção e não de repressão das drogas, é necessário entender a redução de danos em sentido amplo, nos aspectos sociais, culturais, políticos econômicos e sanitários. Outros itens como a individualização e progressão da pena também são importantes em uma política criminal social e, precisam ser acolhidos.

A última parte do trabalho realiza análise, com base no garantismo penal, na questão da tipicidade penal, buscando na lei as contradições apresentadas nos artigos 28 e 33. A pluralidade dos verbos presentes nos referidos artigos indicam uma tendência à uma interpretação errônea da tipicidade que, sem o devido cuidado, acaba por igualar as duas condutas. Outro ponto a ser

observado é a equiparação do crime de tráfico ao crime hediondo, causando conseqüências como a não progressão da pena.

1. UMA POLÍTICA CRIMINAL PROIBICIONISTA

A política de controle social tem que objetivar a pacificação da sociedade, tal e qual o direito. O controle da droga se dá por meio de proibição de consumo e venda, e a dificuldade em se tratar a questão de drogas no Brasil vem de muito tempo, todas as tentativas anteriores foram falhas onde a proibição não funciona, vide o exemplo dos EUA que optaram pelo *proibicionismo* e mesmo sem resultados positivos, continua exportando a idéia para outros países incluindo o nosso.

O proibicionismo cada vez mais segrega e marginaliza à medida que proíbe indistintamente sem deixar valer os princípios da igualdade, lesividade e proporcionalidade. A norma deste modelo cria conduta diversa da sociedade, para isso o garantismo pode auxiliar para delimitar o poder punitivo do Estado.

A Convenção de Haia foi o marco para o modelo proibicionista dos EUA tomar o mundo, passando pelas Convenções de Genebra e, em especial na Convenção das Nações Unidas onde fez com que os entorpecentes fossem amplamente controlados, desde sua produção ao comércio. Com isso, os EUA se tornaram o grande operador no controle sobre as drogas, daí em diante o que aconteceu foi a abrangência das drogas cada vez maior.

O modelo proibicionista dos EUA impõe controle aos modelos alternativos se baseando na moral e no sanitário-social, sendo a prova cabal da prevalência de seu poderio sob as demais culturas. Mesmo com resultados desastrosos na proibição de bebidas alcoólicas nos anos 20, este não deixou de operar no caminho da repressão como melhor solução para extirpar o problema do uso de drogas. Das bebidas para as drogas, assim os EUA encontram, ou pelo menos tentam, obstar o consumo de entorpecentes, mas o que realmente se vê é abertura do mercado ilícito das drogas, ao mesmo tempo eram implementados a política “war on drugs”.

Há uma corrente, do “livre arbítrio”, que pretende dissociar a criminalidade da pobreza, justificando o crime como resultado do desvio da conduta do indivíduo. Os EUA sustenta esta tese, o que parece no mínimo interessante visto que ele possui a classificação de pior país em distribuição de renda e com a maior índice de criminalidade, o que conclui-se que a criminalidade está claramente ligada à pobreza. Ademais, nos EUA o sistema penal tornou-se uma fábrica de dinheiro, tornando parte de sua economia, além de impor a política pautada na moral e nos bons

costumes, delimitou a abrangência dos usuários em nova medida de discriminação social, dando aos pobres e negros o título de drogados.

Foi a configuração da ideologia da diferenciação praticada pelos EUA de maneira manipuladora a fim de justificar a segregação imposta pelo modelo americano em voga, a idéia seria excluir os menos favorecidos mostrando à sociedade que estes são os inimigos que devem ser retiradas do convívio social em troca de uma sociedade livre da criminalidade e, mostrar para a sociedade de que não há outra maneira de obter esse resultado.

O Brasil também vem a sofrer os reflexos negativos da política americana de combate às drogas, que começa nos anos 60 com a ditadura militar, que já promovia perseguições políticas agora também motivadas pelas drogas, e o esforço em mostrar o poder estatal em controlar a sociedade com os atos institucionais, que curiosamente só fez aumentar o número de drogas circulando no país e, a partir dos anos 80, com o emprego da violência policial aliado ao aumento das penas e da militarização. Era a chamada *política da segregação* que prega a punição para os maus e divide a sociedade entre bons e maus.

No Brasil, a primeira sinalização sobre drogas foi nas Ordenações Filipinas, em 1603, onde incriminava quem portava, usava e vendia substâncias tidas como tóxicas e, as penas eram de confisco e degredo para a África. Ao passar dos anos, até chegar no Código Penal Republicano, de 1890, onde foi o primeiro diploma incriminador brasileiro que deixou expressamente disposto sobre a proibição às substância venenosas (artigo 159). Em 1912, com a Conferência Internacional do Ópio, em Haia, o Brasil aderiu ao modelo sanitarista que pouco a pouco foi se delineando no país. Mais tarde, com o Código Penal de 1940 ficaria confirmada a influência sofrida pelos modelos internacionais de combate e controle às drogas com a opção por não se criminalizá-las.

Mas com a chegada do Golpe Militar tudo mudou, este foi o marco teórico do antes e depois de 1964 para a questão das drogas no Brasil. Aqui como no resto do mundo, passou-se a achar que as drogas tinham ligação com os movimentos de políticas democráticas e, neste momento entra em cena a militarização, e assim o modelo bélico da ideologia de segurança nacional que elegeu os comunistas e os traficantes de drogas como os inimigos internos.

A equiparação do usuário ao traficante de drogas veio com a Lei nº 5.726/71, neste contexto a política criminal no Brasil se potencializou com base ideológica tripla: Ideologia da

Defesa Nacional, Ideologia de Segurança Nacional e Movimentos de Lei e Ordem e, com a Lei nº 6.368/76, houve a distinção das condutas de usuário e traficante mas com a problemática da multiplicação dos verbos.

Adotada como a corrente de pensamento da política criminal do século XX, a Nova Defesa Social pautada na moderação e, ao contrário da linha de raciocínio dos Movimentos de Lei e Ordem, lança um olhar crítico às instituições do momento, pautada em um sistema penal de proteção aos direitos do homem, e com a pretensão de um direito penal democrático, teria sido bem sucedida se tivesse a pretensão de mudanças gerais. Nos anos 60, com a chegada de novos pensamentos críticos da criminologia, logo deixou de existir.

Após a Reforma Penal de 84, com a suspensão do modelo binário e com a implantação do vicariante: pena ou medida de segurança e, prevendo as sanções restritivas de direito como substitutivas da pena de prisão, renovaram-se as esperanças com a Constituição Federal de 88 que estava por vir, ao contrário de que pensavam só fez complicar a questão penal no Brasil, com a equiparação ao crime hediondo do tráfico de drogas em seu art.5, inciso XLIII. Com a adesão ao controle internacional na Convenção das Nações Unidas, criou-se um modelo mais repressivo com conseqüências desastrosas para a população carcerária que só fazia crescer tal qual a dos EUA. E, em relação às convenções internacionais sobre drogas, mais específico das Organizações da Nações Unidas, qualquer país pode deixar de aplicar os tratados internacionais se revogar sua adesão, fazendo prevalecer a carta constitucional considerando os princípios da intimidade e da liberdade individual.

As causas sociais foram mascaradas para que não justificassem a incidência do avanço da criminalidade, o resultado não poderia deixar de outro: superlotação nos presídios, cada vez mais incursões nas comunidades para ratificar as ações policiais, com a desculpa de estar cumprindo o dever frente a sociedade.

Em meio a esta conjuntura, vieram os Juizados Especiais Criminais – JEC'S - aparentemente demonstrando apreço às medidas alternativas ao criar a despenalização com os institutos: transação e suspensão condicional e, tão logo nesta esteira, veio a edição da Lei 9.714/98, a lei que preceitua as penas alternativas alterando assim o art. 44 do Código Penal Brasileiro. Mais um grande passo no caminho do garantismo penal, conseguir que as penas alternativas fossem consagradas a todos sem distinção de classe e cor, tornando eficazes e viáveis

em nosso ordenamento, pois é sabido que as prisões não diminuem a criminalidade nem muito menos a reincidência, e a grosso modo pode-se dizer que apenas contribuem para a maximização da criminalidade.

O Brasil na década de 90, através do CONFEN apresentou o PL 4.591/94, que era a tentativa de romper com critérios anteriores e vislumbrar um sistema coeso, coerente e possível de se efetivar frente aos problemas no assunto “drogas – uso pessoal”.

O projeto Plano de Prevenção Integral, diferente do que apresentava à Lei 6.368/76, pretendia realmente auxiliar o dependente ou o quase dependente, ou seja, tinha como finalidade não deixar que o indivíduo se tornasse dependente, seja de droga lícita ou ilícita, ou quando já o era, que tivesse tratamento adequado possibilitando não ter maiores problemas de saúde.

Oposto ao Projeto de Lei 4.591/94, e paralelo ao que previa a lei 6.368/76 e que teve continuidade na lei 10.409/02, não teve chance ao modelo da prevalência do Estado à do direito e, o que mais chama atenção é que o fato “uso pessoal” não constitui crime e sim uma infração sem vítima, trata-se de autolesão, sendo indiscutível o caráter punitivo e tal qual a intervenção penal neste assunto, esfera privada e íntima da pessoa, onde percebe-se que é mais uma falácia do direito penal que tenta justificar suas ações sem nexo causal.

Passados alguns anos, em 2002 com a Lei 10.409, trouxe o objetivo de reforçar a repressão ao entorpecente, nos mesmos moldes do proibicionismo com penas mais graves, a exceção da consideração de não mais punir o usuário com a privação de liberdade mas, sim com medidas sócio-educativas e penas alternativas tais como pagamento de multas e prestação de serviços à comunidade, como exemplo de transação penal admitida nos crimes de menor potencial ofensivo pela Lei 9.099/95.

A ambigüidade da lei nº 11.343/06, faz com que consiga-se achar várias e diferentes interpretações para as condutas dos artigos 28 e 33, pois ao mesmo que trata o caso drogas com caráter preventivo determinando políticas de redução de danos, elencado nos artigos 19, 20 e 21, se contrapõe à medida que determina punição a conduta do usuário de drogas e, quanto ao tratamento do traficante de drogas expostas no art. 33. Quer dizer, previne-se equiparando usuário à traficante, ou então classificando dependente como criminoso?

Uma política criminal quando adota uma principiologia, o alvo principal tem que ser o bem estar da sociedade e os benefícios que ela (sociedade) terá com seu método. As políticas

criminais com o tempo serviram para mascarar os problemas das drogas, deixando a sociedade sem saber o que realmente estava acontecendo, e sem pensar que essas atitudes poderiam levar à sociedade ao colapso social, criando uma falsa idéia de que punindo estaria salvando a sociedade daquele delinqüente. Isso denota o sistema penal cada vez menos deverá intervir e, se o fizer que seja de forma legítima e embasado por preceitos constitucionais.

As ciências jurídicas são autônomas entre si, mas precisam ter na Constituição Federal sua limitação, no caso do direito penal e do direito processual penal o que se vê é que eles estão à margem da Carta Maior e, com isso conseqüentemente o resultado é a maximização dos danos causados. No entanto no art.5º da constituição federal : *XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;* e o que aconteceu foi uma disparidade no conceito de crime hediondo e do que seria de menor potencial ofensivo.

1.1 As bases da política criminal no Brasil

Pode-se dizer que divide-se em três as bases ideológicas da política criminal de drogas do Brasil: 1) movimentos de lei e ordem; 2) ideologia da defesa social; 3) ideologia de segurança nacional.

1.1.1 Movimentos de lei e ordem (MLO)

Oposto à Defesa Social e ligado à política do medo e fundamentado na ideologia da repressão, busca através de punições severas e extremadas para a resolução da questão da criminalidade na sociedade. Com a ajuda da mídia conseguem impor o pensamento de que solução está em punir com penas máximas e sem chance de individualização da pena, sendo a única e eficaz alternativa de acabar com os criminosos, regimes rigorosos como o Regime Disciplinas Diferenciado (RDD).

Esta política criminal defende um tipo de luta contra a criminalidade forma irresponsável, ameaçando o estado democrático de direito com a ideologia do medo.

Seus idealizadores buscam o direito penal, como se fosse o único a ter capacidade de resolver os males da sociedade, mas o resultado apresentado é o crescimento desenfreado da criminalidade bem como a reincidência.

Sua característica mais marcante é o poder do discurso criminalizador onde cria uma realidade fictícia para justificar as medidas repressivas, atribuindo à força intimidatória do direito penal a possibilidade da redução da criminalidade, é a fabricação de situações de extrema violência para ratificar a implementação dessas medidas penais.

1.1.2 Ideologia da defesa social

O cerne deste tipo de ideologia está na racionalidade, tendo como pressuposto os conceitos de criminalidade e crime. Seu método é de maximização do sistema de repressão penal, pois só assim acredita-se erradicação da criminalidade, prezando também pela irradiação além fronteiras autolegitimando o Estado como sendo o portador da defesa social.

Vê o delinqüente como um elemento negativo da sociedade e, na pena apenas uma função de prevenir o crime, e ao direito penal atender ao interesse social que é de proteger a sociedade - “a ideologia da defesa social sintetiza, desta forma, o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o Direito Penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal ('proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualmente aplicada para os infratores') e à pena (controle à criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral – intimidação - e especial – ressocialização)”¹

1.1.3 Ideologia de segurança nacional (ISN)

Embora tendo o mesmo conceito de repressão da IDS, externa-se em dimensão diferente daquela, visa atingir os blocos políticos ou nações tratando-os como inimigo,

¹ANDRADE, Dogmática e Sistema Penal: Em busca da Segurança Jurídica Prometida *apud* Salo de Carvalho – A Política Criminal de Drogas no Brasil, Rio de Janeiro, 2007, p.36.

justificando assim seu pensamento belicista. Sustentando a renúncia de elementos limitadores da atuação estatal

É a partir dessas três estruturas ideológicas repressivas que a Lei nº 11.343/06 também com reflexos da antiga lei de drogas que se forma a política criminal de drogas no Brasil, pautada no discurso do inimigo e bélico-defensista da IDS e do bipolar da ISN, que se desenvolvia desde a década de 60 e, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve a ratificação dos princípios basilares destas ideologias.

No Brasil, esta ideologia firmou-se no período militar, com exemplo dos Atos Institucionais em benefício da segurança nacional do país.

2 DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO

A política criminal alternativa exalta a descriminalização e a descodificação, prezando pela diminuição do sistema carcerário e, pelo limite ao uso do sistema penal nas questões da criminalidade, é uma forma de fazer valer os princípios da intimidade e liberdade individual presentes na Constituição Federal, como uma saída para alegar revisão de sua ratificação à convenções internacionais de repressão e controle das drogas ilícitas.

As idéias garantistas gerariam conseqüências para diversos setores, tais como: 1) políticas sociais; 2) a descriminalização das drogas para alcançar diretamente o crime organizado, sem dinheiro acabaria falindo e, conseqüentemente, a disseminação do tráfico.

As medidas alternativas poriam a termo o sistema punitivo-repressivo, pois se a intenção do Estado é que aquele usuário de drogas deixe de consumir o entorpecente, o mínimo que o sistema tem a fazer é mostrar da maneira social que existe chance dele reparar o dano que fez a si mesmo.

Necessário reafirmar que a finalidade da pena não é contribuir para a reincidência e sim, atuar como auxiliar, assim ensina Nils Christie: “(...) *En los últimos años hemos observado un mayor interés por la aplicación de medidas no penales, como una alternativa al castigo, la mayoría de las cuales se basa en discusiones directas entre las partes, que con frecuencia terminan en acuerdos de reparación del daño causado. Este cambio va desde el uso monopolístico de la pena por parte del estado hacia los intentos por permitir que las partes tengan oportunidad de encontrarse y buscar por sí mismos formas de reparar el daño. Estas ideas en conjunto se llaman “ ideas abolicionistas”, aunque algunas veces se la encuentra bajo denominaciones como “descarcelación o descriminalización”.* ²

2.1 Descriminalização

O que se entende por descriminalizar nas palavras de Hulsman: “(...) o ato e atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para

²CHRISTIE, *apud* CARVALHO, 2007, p.114.

aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do juiz).”³

2.1.1 Tipos de descriminalização

Seja maximizando ou minimizando o sistema punitivo conseqüentemente alcançaria mudanças na política criminal também, independente da via legislativa ou judicial. Pela forma de descriminalização legislativa existem três modos distintos: 1) em sentido estrito – onde se retira o tipo penal conhecido como *abolitio criminis*; 2) parcial – onde transfere para outra esfera do direito, ou seja, permanece ilícito mas, a sanção deixa de ser penal.

Segundo Luís Regis Prado, a *abolitio criminis* acontece com o advento da lei nova que faz com se descaracterize o fato como punível, afastando portanto, os seus efeitos penais mas não os civis.

No caso de *abolitio criminis* o que acontece é que determinada conduta com o passar do tempo não é mais considerada como fato tipificado e o legislador tendo conhecimento retira a sua previsão, ou seja, é uma extinção da punibilidade conforme disposto no artigo 107 do Código Penal, e que produzirá efeitos até depois da execução da sanção penal retirando então os efeitos penais da condenação (art.2º, parágrafo único do CP), é raro de acontecer mesmo tendo ciência de muitas coisas mudam no decorrer dos tempos.

A questão suscitada é de como beneficiar o réu, de modo unitário ou diferenciado. Na primeira só retroagirá se considerada integralmente e, na segunda pode ser adotada parte da lei nova conjugada com a anterior.

Pela Lei de Execução Penal - LEP, a aplicação é da lei nova que beneficiar o condenado, essas medidas despenalizadoras tem natureza mista, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal entendeu ser nulo a retroatividade por não se aplicar o art. 76 e 89 da Lei 9.099/95.

Alguns autores, como o Luiz Flávio Gomes, dizem que houve no art. 28 *abolitio criminis*, e outra parte da doutrina acredita ter havido uma *novatio legis in melius*, ou seja, sem descriminalização sendo apenas uma condição mais benéfica para o condenado. A punibilidade

³HULSMAN, *apud* CARVALHO, 2007, p.115.

existe, mesmo que de forma educativa e socializadora, a tipicidade e a antijuridicidade estão presentes apenas houve pena mais branda. Nesta linha encontra-se assentado a decisão do Supremo Tribunal Federal :

*EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado.*⁴

Pela via judicial, o operador do direito tem que se ater a questões de aplicação constitucional, dando preferência a relevância dos direitos e garantias constitucionais frente à pena imputada, onde cada vez mais são criadas leis que dificultam a interpretação do operador, no que tange ao uso pessoal de drogas, e muitas das vezes essas leis atrapalham a aplicação dos princípios e garantias fundamentais, fazendo com que em alguns casos se configure uma lesão maior do que deveria ter sido imposta. Ou seja, ao mesmo que precisa ser punido também precisa ter resguardado seus direitos e garantias.

Isso mostra claramente que, condutas que não oferecem risco ou mesmo apresentando que ele não seja de forma grave, devem ser flexibilizados pela interpretação judicial, esse é o foco do garantismo, a plena eficácia dos direitos e garantias fundamentais como descriminalização por interpretação.

No Código de Processo Penal, em seu artigo 157, permite a livre convicção do magistrado, com razoabilidade e possibilidade no seu fundamento. Importante ressaltar que, pela interpretação judicial, a lei pode deixar de ser aplicada ou invalidada, por excludente ou por discordância da lei em face da Constituição Federal.

“Descriminalizar, portanto, não significa liberalizar. Ao contrário, descriminalizar implica em abrir espaços para a criação de mecanismos não penais de controle sobre a produção, a

⁴ STF - RE 430.105, rel. Mm. Sepúlveda Pertence, j.13.02.07.

distribuição e o consumo de drogas, eliminando um sistema contra produtor e de graves efeitos negativos, em prol da intervenção de outros instrumentos, menos perniciosos e mais adequados, na busca de caminhos mais racionais e mais eficazes para tratar essa questão.”⁵

A descriminalização das drogas é uma questão muito interessante, pois começa a delinear um caminho para a efetivação do garantismo penal e, conseqüentemente a redução de danos e, quem sabe, abrir mudanças na política criminal, que por toda sua história segrega mais do que recupera. Deixando de lado o olhar militarista sob o usuário ou dependente químico, como sendo inimigo da sociedade, como sendo o reflexo de uma sociedade doente, seja por falta de oportunidade ou por descaso das autoridades, a solução não é trancá-lo em uma sela e “acreditar” que assim está resolvida a questão. Esse raciocínio não convence mais, a técnica proibicionista é ultrapassada e com resultados insuficientes para a sociedade, vide como exemplo os EUA que insistem em permanecer no modelo proibicionista, mesmo após anos de insuficiência contra a criminalidade no país, e com o contexto mundial em não mais operar com essas técnicas repressivas.

2.2. Despenalização

A despenalização não se restringe a descodificação, mas também em mudar a estrutura do direito penal e processual penal, fazendo com que a política criminal acompanhe os princípios humanistas do garantismo, ao contrário resultaria em regressão aos tempos onde punir era legítimo.

O Supremo Tribunal Federal já tem pronunciamento a respeito:

“Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.” “O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).”

“Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “*rigor técnico*”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “*Dos Crimes e das Penas*”,

⁵KARAM, apud CARVALHO, 2007, p.176.

só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).”

“Ao uso da expressão “*reincidência*”, também não se pode emprestar um sentido “*popular*”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12).” Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os **crimes** de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).”

“Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.” “Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis*(C.Penal, art. 107).”⁶

Beccaria já dizia “(...) a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado (...) Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos é necessário, portanto escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente menos cruel no corpo do culpado.”⁷ É necessário que o delituoso que já praticou o ato conscientize-se do que fez e, para isso não é necessário morrer na prisão, nem tampouco conviver com homicidas, as penas alternativas tem o cunho de tratar o individuo dignamente para alcançar a sua ressocialização.

É preciso que os delitos sejam separados, cada um tem o seu tratamento dentro da máxima proporcionalidade, para crimes leves as penas alternativas e, para crimes graves penas a sua altura, de um jeito ou de outro as garantias constitucionais tem de ser preservadas.

Michel Foucault lembra em seu livro Vigiar e Punir, que existem seis bons motivos para utilizar-se da proporcionalidade: 1) ser menos punitivo possível, pois não é a força do castigo que dará certeza de que aquele indivíduo não voltará a praticá-lo, a exata relação entre a natureza do delito e a natureza da punição; 2) deve existir mecânica das forças, a desvantagem tem que ser mais forte que vantagem; 3) haver modulação temporal, pena proporcional a cada caso; 4) pena como sinal obstáculo, fim das penas inúteis; 5) economia da publicidade, o fatos falam por si; 6) discurso, ou seja, o resultado aparecerá para a sociedade de que o crime não compensa.⁸

⁶STF, 1ª Turma, RE 430.105/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007.

⁷BECCARIA, Cesare, Dos Delitos e Das Penas, p. 49.

⁸FOUCAULT, Michel, Vigiar e Punir, p.88.

Foucault resume, dizendo que a prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica pena-efeito, pena-representação, pena-função geral, pena-sinal e discurso. Ela é escuridão, violência e a suspeita⁹ e, no mesmo raciocínio segue Beccaria que ressalta aceitação da especificidade e a variedade das penas.

Claus Roxin, ao propor o princípio da insignificância ou da bagatela, tinha o intuito de além de desafogar o judiciário, também delimitar a área de atuação do Direito Penal, fazendo com que obtivesse maior facilidade ao julgar um caso concreto, pois quanto maior a generalidade menor será a eficiência. As condutas de porte de drogas onde se verifica uma quantidade ideal para o uso pessoal configura atipicidade da conduta, pois não há ofensa ao bem jurídico tutelado.

Esse princípio da insignificância tem muita relação com o princípio da intervenção mínima, autorizando à política criminal a colocar limites no campo de atuação do Direito Penal, contrário disso o resultado é excesso punitivo cada vez mais abrangente e a utilização indiscriminadamente de penas restritivas de liberdade.

2.3. Direito penal mínimo e o garantismo

O direito penal mínimo ou principio da intervenção mínima, dá ao garantismo base para intervir pela descriminalização resultando na redução de danos, é a técnica para tutelar os direitos fundamentais, propondo ao ordenamento jurídico penal a redução dos mecanismos punitivos do Estado ao mínimo necessário. Assim, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos, tendo como finalidade a tutela dos direitos fundamentais, mas para chegar ao seu fim é necessário que o garantismo seja reconhecido como real efetivado, estando embasado em alguns princípios tais como o da jurisdicionalidade; da inderrogabilidade do juízo; presunção de inocência; contraditório e da separação das atividades de julgar e acusar.

O direito penal só deve sancionar as condutas mais graves e perigosas que lesem profundamente os bens jurídicos de maior relevância, deixando de se preocupar com toda e qualquer conduta lesiva, ou seja, o direito penal deve ser a '*ultima ratio*', limitando e orientando o

⁹FOUCAULT, Michel, Vigiar e Punir, p.95.

poder incriminador do Estado. O direito penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito.

Conforme a lição de FERRAJOLI, "a palavra garantismo pode ser compreendida sob três acepções: pela primeira, garantismo designa um modelo normativo de direito, quanto ao Direito Penal, de extrema legalidade, próprio do Estado de Direito. No plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Em consequência, é garantista todo o sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo e satisfaz de maneira efetiva".¹⁰

A liberdade do cidadão não pode ser ameaçada pelo direito penal, há de ser amplamente preservada e, também se sabe que a pena deve existir, mas com limitações ao campo de ação. Além do mais, a aplicação do garantismo refletiria para sociedade positivamente, por exemplo: a) diminuição da população carcerária - com isso geraria economia para os cofres públicos que poderiam optar por reverter os gastos em políticas de incentivo para a não incidência gerando empregos e, diminuindo a propagação de doenças entre eles; b) um forte golpe no comércio de drogas que ao serem descriminalizadas passariam de não lícitas para lícitas e assim acabaria com o comércio ilegal conseqüentemente com os traficantes e seu poderio.

A suscitação de políticas alternativas é polêmica, pois abrange questões de várias esferas tais como social, econômico, cultural, político, sanitário. Os exemplos de sistemas antiproibicionistas podemos citar a despenalização do usuário e a despenalização do uso de drogas. Despenalização do uso de drogas: onde se diminui sem descriminalizá-lo, já na retira-se do rol de condutas tipificadas, por lei ou por interpretação judicial, esta tem base no abolicionismo de Hulsman, visando reduzir os efeitos da criminalização. Ressalta-se que a descriminalização não poria a termo toda a problemática do proibicionismo, por ser de grande vulto, somente seria transição para superar o modelo proibicionista.

A política de redução de danos visa minimizar os efeitos negativos do uso de drogas e, também prevenir seu uso; não deixa de ser estratégia com visão de saúde pública, diferentemente

¹⁰ FERRAJOLI, *apud* CARVALHO, p. 42.

da política adotada nos EUA e Suécia, que é a de redução da oferta bem mais agressiva e ineficaz. A atenção tem que se voltar para o dano associado ao uso.

Uma das dificuldades evidentes para se concretizar a utilização dos PRD'S é o conflito existente entre o pragmatismo da saúde pública e objetivismo do sistema jurídico-criminal. Difícil fazer com que o mesmo sistema que pune severamente o uso de drogas, possa viabilizar a possibilidade do uso.

Ao garantismo questiona-se a verdade em suas perspectivas, buscando entender suas finalidades e, se realmente resolverão ou ao mesmo reduzirão o quadro existente no país. Muito se discute sobre a implantação total desse sistema, pois algumas tendências já são detectadas atualmente, inclusive na lei 11.343/06.

A criminalização tomou forma, ganhou dimensões jamais pensadas, demonstrando ser um caminho sem volta e sem solução. O ponto crucial seria compreender que o direito penal sozinho, não pode e não consegue resolver tudo, a justiça criminal precisa ser resguardada e, que qualquer sistema empregado para solucionar o assunto “drogas” precisa ter fundamentos na legitimidade, portanto na Constituição Federal, sem isso não há garantias de efetividade seja qual for o modelo adotado.

O princípio da intervenção mínima foi produzido na ocasião da ascensão da burguesia, reagindo contra o absolutismo, e como Beccaria advertia “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que elas possam resultar, mas criar outros novos”, não está descrito expressamente na Constituição nem no Código penal, não obstante, impõe-se ao magistrado como se suma importância a sua utilidade no Direito Penal. A este princípio cabe relacionar duas características : a da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Outro princípio que merece atenção na questão da correlação é o da humanidade, que vê a pena com racionalidade e proporcionalidade, onde a pena implicada tem que ser compatível para que não abre precedente para mais relevância social do que merece.

Basicamente, o que se pretende com este e outros princípios é a garantia da ordem pública mediante as garantias individuais, seja para o usuário ou para o traficante de drogas. Difícil aceitar que ainda existam correntes doutrinárias mascaradas com o modelo de repressão com de anos atrás e, inaceitável que a jurisprudência insista em não aceitar novos pensamentos pautados na dignidade da pessoa humana ocasionando em suas decisões paralelos ao entendimento atual.

3 OS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI N° 11.343/06

Com o advento da Lei nº 11.343/06, trouxe consigo a esperança de melhorar a política criminal de drogas no Brasil e, resolver pelo menos algumas questões das leis anteriores, 6.368/76 e 10.409/02, que deixaram a desejar. Dentre outras coisas, merece nossa atenção a sanção aos usuários de drogas, e o aumento da pena para o tráfico, a diferenciação entre usuário e traficante, os artigos 28 e 33 da respectivamente da lei e seus reflexos.

3.1 Artigo 28 da lei nº 11.343/06 – Questões relevantes

O art. 28 da nova lei de drogas, presente na parte de prevenção da Lei, dá a entender que a ressocialização e prevenção e perigo abstrato são argumentos para, ou seja, consuma-se por qualquer um dos verbos do tipo e, também realizando a descarceirização do usuário de drogas, passando a acolher medidas de prevenção para coibir o uso de drogas, a lei dá uma nova visão do que é ser usuário e como será penalizado, além de permitir a transação penal.

A jurisprudência brasileira ainda não é unânime, na questão da aceitação da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, já existem julgados fundamentados na invocação dos princípios da intimidade, igualdade e da ofensividade. Porém, existem três vertentes para o fato: 1) do Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma – RE 430.105/RJ, rel. Ministro Sepúlveda Pertence), entendendo que não há descriminalização da conduta, permanecendo como crime; 2) de Luiz Flávio Gomes, aceitando tratar-se de uma infração *sui generis onde o usuário deixa de ser criminoso passando a ser considerado autor de um ilícito, a nova lei então passa a criar uma infração sui generis como assemelha* “(...) diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração sui generis. Não se trata de “crime” nem de “contravenção penal” porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de drogas não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, “sui generis”. (...)”¹¹ e 3) de Alice Bianchini, que entende não ser crime e, que a questão não deve ser tratada no âmbito do Direito Penal.

Do ponto de vista legal, o artigo 28 da lei nº 11.343/06 classifica a conduta como infração diferentemente do que preceitua o direito constitucional brasileiro, onde não deve ser punido por crime de perigo abstrato e sem atingir à terceiros.

¹¹GOMES, Luiz Flávio, Porte de Drogas Para Uso Próprio : É Crime?

Pelo princípio da ofensividade não existe crime sem ofensa ao bem jurídico, ou seja, sem uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico fica excluída a tipicidade da conduta. E não basta ser somente concreta, tem que ser além de concreta desvaliosa.

Com o princípio da intimidade preserva-se o direito do indivíduo, aqui no caso o usuário, de usá-la da forma que achar pertinente, o Estado não pode coagi-lo ou proibi-lo a praticar conduta seja ela qual for. E, o princípio da igualdade pauta-se na questão de que existem outras drogas tão perigosas quanto os entorpecentes, que não são reguladas nem tampouco incrimináveis perante o ordenamento jurídico penal brasileiro. O assunto, a partir da visão destes princípios passa a ser de relevância no campo da saúde pública.

Então vejamos o **artigo 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.

Salo de Carvalho levanta a questão da inconstitucionalidade do art. 28, levando em consideração que o porte de drogas para uso pessoal foge a esfera coletiva, e que sendo assim, não seria problema da saúde pública e nesta mesma linha, Maria Lúcia Karam: “(...) é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (...)”¹²

Diante desse raciocínio, torna-se indiscutível a questão, pois o dano só será atingido pelo portador que ingerir a droga e, que também reveste-se de um perigo abstrato e não concreto, portanto não há que se falar em tipificação. É exagerado criar reflexos de uma conduta individual para a coletividade, ou seja, é a integridade física que está em jogo, não a incolumidade pública.

Além do mais, não há punição para o crime de autolesão em nosso ordenamento jurídico penal. Sobre isso Maria Lúcia Karam ensina que:“(...) a questão do uso não pode continuar sendo criminalizada quando, no máximo, tem potencialidade para produzir autolesão (...)”¹³. A

¹²KARAM *apud* CARVALHO, p.253-254.

¹³KARAM *apud* BIZOTTO, p. 42.

autolesão como não é punível em nosso ordenamento configuraria a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei.

O princípio da insignificância, parte da premissa de que se a quantidade da droga é ínfima que não acarretará dano grave ao agente, ou seja, a punição deve haver quando realmente ofender ao bem jurídico tutelado e, que também ofereça perigo concreto a terceiros. Neste caso inexistente também perigo concreto, trata-se de perigo abstrato

A dimensão dada ao art. 28 faz com que o sujeito disponha da sua pessoa se transformando em um traficante, trazendo um valor moral para justificar as ações repressivas e, o ponto crucial seria questionar o poder estatal em ditar regras de conduta com a finalidade de promover a paz pública e, se esquecendo que ao tipificar a conduta q atinge tão somente o próprio indivíduo, que aproveita da droga, está se valendo de valores morais violando claramente o princípio da igualdade, da vida privada e intimidade. O proibicionismo exacerbado cria a passos largos em nossa política criminal, um efeito de dano irreparável, fazendo com que uma pessoa doente, seja vista pela sociedade pelos olhos do estado, como criminoso.

Outrossim, vale salientar que, a conduta não é generalizada, não há um critério de adequação ao princípio da igualdade a partir do momento que se difere drogas lícitas e não lícitas, até onde se sabe as duas causam dependência e, não há nenhum tipo de norma que faça como o médico não prescrever remédios ou, o faça moderadamente.

Trata-se de um avanço, mesmo que tímido, quanto a descriminalização da conduta do usuário, mas se faz necessário analisar alguns pontos: Primeiro o usuário não pode ser confundido com traficantes, o que diz no art. 28 exatamente “...*para uso pessoal...*”e, com isso, traz o problema das drogas para a área da saúde pública, ou seja, trata o usuário como doente no âmbito individual; segundo: por outro lado nos preocupa a questão da quantidade da droga, como mensurar? Fácil concordar que esta é uma questão subjetiva, o que pode ser muito pra mim para outra pessoa será pouco e, como o juiz se portará acerca disso “*o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*” (art. 28, § 2º).”; terceiro: estas medidas realmente conseguirão reincluí-lo na sociedade, existem políticas públicas eficientes e suficientes que possam auxiliar no tratamento aos usuários, ou então na área educacional com palestras nas escolas, difícil dizer, mas neste caso do usuário o trabalho tem

que ser mais social do que repressivo, a conscientização põe a termo qualquer tipo de anomalia ou transgressão social. O indivíduo não tendo consciência de que o faz pode trazer-lhe sérias conseqüências nunca obedecerá as leis e, se essas leis não forem amplamente divulgadas discutidas e efetivas, de nada adianta, o que se pretende é ter leis eficazes para o controle do uso de drogas.

No direito penal, como em outras ciências, existem princípios próprios que devem ser seguidos e respeitados e, em casos em que não existam apontamentos ou mesmo existindo não deixa claro como proceder, para o caso concreto há de prevalecer o princípio da insignificância junto com o princípio da intervenção mínima, e também do princípio do delito sem ofensa “*nullum crimen sine iniuria*” com a finalidade de desafogar o ordenamento jurídico como já defendia Von Liszt, onde o princípio tem dois aspectos básicos: 1) excluir do sistema penal se não há relevância; 2) não permitir que tenha importância para o sistema.

Helena Cláudio Fragoso, ensina que “as lesões de bens jurídicos só podem ser submetidas a pena quando isso seja indispensável para a ordenada vida em comum. Uma nova política criminal requer o exame rigoroso dos casos em que convém impor pena (criminalização), e dos casos em que convém excluir, em princípio, a sanção penal (descriminalização), suprimindo a infração, ou modificar ou atenuar a sanção existente (despenalização). Desde logo deve excluir-se do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor socialmente importante (1983, p. 93).¹⁴

Por ser uma criação doutrinária, e não ter previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, os legisladores revelam suas reservas quanto a sua aplicabilidade como podemos

RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO E REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE. RECURSO PROVIDO. 1. O poder de resposta penal, positivado na Constituição da República e nas leis, por força do princípio da intervenção mínima do Estado, de que deve ser expressão, '(...) só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas' (Francisco de Assis Toledo, in Princípios Básicos de Direito Penal). 2. O princípio da insignificância é, na palavra do Excelso Supremo Tribunal Federal, expressão do caráter subsidiário do Direito Penal, e requisita, para sua aplicação, a

¹⁴ FRAGOSO,

presença de certas circunstâncias objetivas, como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. Recurso provido” (fl. 228).¹⁵

No parágrafo primeiro do artigo 28 uma grande inovação foi trazida, pois diferentemente do que era previsto na Lei nº 6.368/76, parágrafo primeiro, inciso II do artigo 12, onde punia quem semeava, cultivava ou colhia a substância entorpecente com pena de reclusão, hoje na lei nova a punição é a mesma utilizada para usuário, ou seja, advertência sobre os efeitos da drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. A pena aplicada é condizente com o tipo menos grave, que é plantar a droga para fins de uso próprio sem finalidade de mercancia, como ensina o profº Clóvis Alberto Volpi Filho:

“De mais a mais, a nova lei sancionada tratou de pôr fim a uma anomalia existente na antiga lei. Antes, o sujeito que cultivava uma planta de maconha para uso próprio poderia responder pelo crime de tráfico, pois essa conduta não diferenciava aquele que plantava para o tráfico de drogas e daquele que cultivava para uso. Chegou-se a ponto de criar uma ponte invisível, ferindo o princípio da legalidade, tipificando tal conduta no artigo 16 da Lei nº 6.368/76, justamente para harmonizar a conduta com a sanção. Passasse, a partir da nova lei, a ter tipificação distinta. O sujeito que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, para consumo pessoal, não mais recebe pena restritiva de liberdade (artigo 28 da Lei 11.343/06). Equiparou-se tal conduta à posse de drogas para consumo próprio.”¹⁶

Importante ressaltar que aquele que planta para seu consumo deixa de financiar o tráfico de entorpecentes, diferentemente daquele que para fins específicos planta para fins comerciais, previsto no parágrafo primeiro, inciso II do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Outro ponto importante é a questão da quantidade da drogas apreendida com o usuário, como mensurar uma quantidade que designe que aquele cidadão é usuário, cada dependente tem a sua necessidade mínima diária para seu vício. Ou então, da mesma forma se for apreendida uma quantidade aparentemente mais do que normal, ele deixaria de usuário por causa disso? Necessário que se faça outra forma como parâmetro de acolhimento da quantidade da droga.

A questão do “plantio para uso próprio” com base na Lei nº 6.368/76, a doutrina se dividia quanto a questão da tipificação, uns entendiam que configurava crime de tráfico disposto no parágrafo primeiro do artigo 12; outros entendiam pelo disposto no artigo 16 e, ainda tinha

¹⁵STF,

¹⁶ FILHO *apud* BIZOTTO,

uma parte da doutrina que descrevia a conduta como atípica pois não aparecia no artigo 16 a denominação de *plantio para uso próprio*.

3.2 A difícil diferenciação entre usuário e traficante de drogas

No texto da Lei Antidrogas podemos perceber mesmo que sutil, um compromisso com uma nova proposta de Política Criminal em relação ao consumidor de drogas: prevenção, atenção e reinserção social. Não podemos dizer o mesmo da relação ao traficante, que aparece muito confuso.

A lei 11.343/06 tenta aliviar o tema com a intenção de conseguir exterminar o problema, passando de criminoso à dependente, mas existem outros pontos que devemos nos preocupar tais como até que ponto será considerado usuário e quando passará a ser traficante.

Para enfrentar essa difícil tarefa diferenciadora e identificar se, no caso concreto, a conduta estava sendo praticada por um simples consumidor ou por um traficante de drogas, a nova lei determina que "o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente" (art. 28, § 2º).

Verifica-se que a lei estabelece os elementos e as circunstâncias a serem, obrigatoriamente, analisados pelo juiz a fim de decidir se o caso é de porte para consumo pessoal ou de tráfico. O dispositivo, ao fixar os marcos intransponíveis do espaço de liberdade e de convicção pessoal do juiz, tem a finalidade de objetivar os motivos da decisão judicial. Porém, é inevitável que o juiz, mesmo assim, disponha de elevado grau de discricionariedade para apreciar, no caso concreto, a presença, a dimensão e a relevância de cada um dos elementos e circunstâncias descritos no referido parágrafo.

A diferenciação produzida pela nova lei de drogas é outro ponto negativo, pois se colocados frente a frente, verifica-se a complexidade da falta de clareza e a dificuldade de se tipificar. A parte do art. 33 que fala: "(...) ainda que gratuitamente (...)", dando margem a várias possibilidades, ou seja, abriram o leque e com isso aumentaram os problemas, ante a isso se faz necessário invocar o princípio da proporcionalidade, presente no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Nos art. 28 e 33 podemos ter *soft crimes* e *hard crimes*,

respectivamente, assim como ensina Salo de Carvalho: “(...) a única forma de diferenciação entre as condutas seria a comprovação do dolo específico de consumo pessoal (...) qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionada a subsunção da conduta ao art.33(...)”¹⁷

Assim, o ponto marcante seria o dolo específico, ou seja, qual seria a real finalidade do agente e qual sua verdadeira vontade de agir, entretanto mesmo sabendo que existe diferentes finalidades de agir bem como diferença na lesão do bem jurídico tutelado não há na lei distinção quanto a pena.

A nova lei de drogas trás a mesma problemática dos artigos 12 e 16 da lei 6.368/76, lá como aqui existe a questão de como classificar a conduta do agente, ou como saber a real finalidade dele, sob este prisma a nova lei não decolou. A saída encontrada foi analisar a quantidade da droga apreendida conforme preceituava o artigo 37 da lei 6.368/76. No entanto ficou na tentativa, as questões controvertidas no que tange a quantidade permaneceu e, assim sendo um usuário com 100 gramas e um traficante com 1 tonelada terão a mesma pena. Neste quadro é muito difícil qualificar a conduta por aparentes suposições, elas não devem ser o divisor de águas entre o usuário e o traficante de drogas, e o critério subjetivo pode fazer cais por terra estas condutas que aparentemente levariam a decisão de tipificar por tráfico sendo uma conduta de uso pessoal.

A lei 11.343/06 não trouxe descriminalização nem a despenalização, pois a conduta continua sendo reprovável e também continua existindo a pena, mesmo que essa seja com caráter educativo, o que pode ter ocorrido é uma descarceirização, à medida que a lei veda a pena privativa de liberdade. Mas, ao defrontar com o § 2º do art.28 a descarceirização causa dúvidas, com o critério subjetivo adotado pela lei, a conotação usuário e traficante atravessa um alinhamento muito tênue, seria mesmo eficaz perceber através da quantidade da droga qual a conduta do indivíduo, será que o dolo poderá ser suficientemente claro a fim de esclarecer a finalidade? Diferentemente do consumo, o tráfico na nova lei tem fator repressivo como a anterior, mas que na nova lei só fez produzir um erro grosseiro, o de não proporcionalizar as condutas do art. 33, pois se o agente porta 100 gramas e um traficante com 1 tonelada terão a mesma pena.

¹⁷CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil, 2007, p.201.

Vale salientar que a lei sendo omissa ou contraditória acabará comprometendo outras condutas, como o que acontece com os artigos 28 e 33, que é objeto de estudo deste trabalho.

No direito espanhol foi adotado através de estudo sobre os dependentes químicos, que esclarece em que patamar o indivíduo se enquadra pela quantidade apreendida com ele, para ser reconhecido como usuário ele deveria ter consigo no máximo 50 gramas que seria considerado atípico; acima de 50 gramas e até 1 quilo configuraria tráfico simples pela quantidade ser moderada e, de 1 quilo a 2,5 quilos quantidade importante incidiria em pena mais grave; em sendo acima de 2,5 quilos seria configurado tráfico qualificado. Medida oportuna dos espanhóis para deixar claro e, sem dúvidas como enquadrar um usuário e um traficante.

Ressalta-se que a descriminalização não poria a termo toda a problemática do proibicionismo, por ser de grande vulto, somente seria transição para superar o modelo proibicionista.

A política de redução de danos visa minimizar os efeitos negativos do uso de drogas e, também prevenir seu uso; não deixa de ser estratégia com visão de saúde pública, diferentemente da política adotada nos EUA e Suécia, que é a de redução da oferta bem mais agressiva e ineficaz. o mínimo que o sistema tem a fazer é mostrar da maneira social que existe chance dele reparar o dano que fez a si mesmo.

Necessário reafirmar que a finalidade da pena não é contribuir para a reincidência e sim, atuar como auxiliar, assim ensina Nils Christie: *“(...) En los últimos años hemos observado un mayor interés por la aplicación de medidas no penales, como una alternativa al castigo, la mayoría de las cuales se basa en discusiones directas entre las partes, que con frecuencia terminan en acuerdos de reparación del daño causado. Este cambio va desde el uso monopólico de la pena por parte del estado hacia los intentos por permitir que las partes tengan oportunidad de encontrarse y buscar por sí mismos formas de reparar el daño. Estas ideas en conjunto se llaman “ ideas abolicionistas”, aunque algunas veces se la encuentra bajo denominaciones como “descarcelación o descriminalización”*.¹⁸

3.3 Questões controvertidas do artigo 33 da lei nº 11.343/06

¹⁸CHRISTIE *apud* CARVALHO, 2007, p. 114.

O artigo 33, equivalente ao artigo 12 da lei 6.368/76, apresenta inovações na tipificação e nos conceitos. Com a equiparação do crime de tráfico aos hediondos na lei 8.072/90 e, com a conseqüente exclusão de benefícios como a fiança, graça, anistia, indulto e liberdade provisória além da vedação a conversão de suas penas em restritivas de direitos e da aplicação da lei mais benéfica, também pelo aumento da pena mínima, o artigo 33 num todo tornou um outro grande problema na nova lei de drogas, pois recai sobre a pluralidade de verbos na tipificação, com a falta de apreciação criteriosa e subjetiva.

Então vejamos: **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:**

§ 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;

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;

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.

Os crimes assemelhados e o do tráfico antes apareciam no artigo 12 da antiga lei agora é preceituado no artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Neste artigo, onde descreve o comércio de entorpecentes um dos destaques é para o aumento da pena mínima, que antes era de três e agora passa para cinco anos, mantida a pena máxima e, acompanhado do impedimento da aplicação de penas alternativas.

Ora, trata-se aqui de inegável retrocesso, uma vez que dado a pluralidade de verbos apresentados, assim como na lei 6.368/76, acaba por confundir e até mesmo dificultar o entendimento acerca do que realmente será considerado como tráfico de entorpecentes e não de uso pessoal. Sendo assim, não será uma tarefa judicial fácil de ser desempenhada, a própria Lei

Antidrogas, admitindo essa dificuldade, criou uma outra modalidade típica situada entre o simples consumo pessoal e o tráfico ilícito de drogas.

Trata-se da conduta consistente em oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para consumo conjunto (art.33, § 3º). Há, também, a causa de redução de pena, de um sexto a dois terços, para o "agente primário e de bons antecedentes (§ 4º).”

Essas duas formas punitivas bem mais brandas, em comparação com a natureza e a intensidade das penas previstas para o crime de tráfico ilícito de drogas, porém mais severas em relação às sanções não prisionais cominadas ao consumidor de drogas, em determinados casos concretos, poderão representar alternativas penais às duas formas extremadas de controle penal positivado na atual Lei Antidrogas. Essa questão é no mínimo interessante, senão preocupante, pois no tocante a pluralidade de verbos muitos dos que estão no art. 28 aparecem no art.33. Como resolver esta questão?

Como muito bem salienta Salo de Carvalho: “(...) *para que possam qualificar determinadas condutas como tráfico de entorpecentes, a marca do verbo deve expor atos de comércio – importar, exportar e vender, notadamente (...)*”¹⁹, ou seja, a restrição dos verbos seria a melhor solução, assim a diferenciação ficaria clara entre os artigos 28 e 33 .

Na Política Criminal, a Lei não atendeu ao objetivo da corrente doutrinária que era de defender a pura e simples descriminalização da conduta consistente no porte para uso pessoal. Mas, também não manteve a solução da lei 6.368/76, que cominava pena privativa de liberdade para esse tipo de infrator. E, é por isso que a política criminal no Brasil em nada ajudou até hoje, apenas tem agravado ainda mais a situação do criminoso com suas amarras ao modelo proibicionista já fracassado.

O que na verdade a lei trouxe foi uma figura típica diferente em nosso Direito Penal. A conduta de *porte para consumo pessoal* não pode ser considerada crime ou contravenção, que são as duas espécies de infração admitidas em nosso sistema penal. Nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, "crime é a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa;

¹⁹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil, p.226.

contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

Além disso, é preciso não esquecer dos princípios que fundamentam a Lei Antidrogas. Ao que se refere ao simples usuário ou consumidor, o artigo 1º é taxativo ao dispor que "esta lei (...) *prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas*" e este é um dos princípios que orientam todas as normas integrantes da Lei 11.343/06.

No texto da Lei Antidrogas podemos perceber, mesmo que sutil, um compromisso com uma nova proposta de Política Criminal em relação ao consumidor de drogas: prevenção, atenção e reinserção social. O mesmo não pode-se dizer em relação ao traficante, que ainda aparece muito confuso, perante a lei.

A situação descrita no parágrafo terceiro do artigo 33 da Lei 11.343/06 :

§ 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.

Constitui uma das mais importantes modificações para resolver discussões antigas sobre o termo "*fornecer ainda que gratuitamente*", antes tratada como tráfico no artigo 12 da lei antiga, e hoje havendo comprovação de que não há intenção de lucro e, que se dá de forma eventual podendo, até consumir a droga oferecida, o resultado será uma pena menos gravosa.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal indicou a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei 11.343/06, por vedar a fiança, indulto, liberdade provisória, sursis, anistia, bem como a conversão da pena restritiva de direitos, além de só permitir o livramento condicional após 2/3 da pena, sendo então contra o princípio da individualização da pena:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a

*garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.*²⁰

Convém lembrar, a causa existencial da regra da retroatividade da *lex mitior*. Luiz Regis Prado, leciona que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica tem embasamento não só em razões humanitárias, de liberdade, de justiça, de equidade ou de igualdade de tratamento, mas, sobretudo, considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada é desnecessária. Sua retroatividade se funda numa atenuação da valoração ético-social do fato, em consonância com a antiga formulação *favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda*.²¹ Onde a *lex mitior* é regida pela igualdade e isonomia.

No caso do parágrafo 4º do art.33: *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*“, as causas de diminuição de pena fez reaparecer a discussão em torno de como o aproveitamento das duas leis, 6.368/76 e 11.343/06, podem conferir benefícios para o réu. Existe uma discussão ampla sobre às possibilidades, em virtude do princípio da condição mais benéfica ao réu de retroagir à lei anterior para buscar o que tiver de mais favorável e cumular com a lei atual. Existe corrente doutrinária que diz não ter problemas quanto a retroatividade e sobre a cumulação das duas leis, se o intuito é beneficiar o réu, agindo em prol das garantias fundamentais.

A nova possibilidade elencada no parágrafo quarto, de *tráfico ocasional* para a diminuição da pena, contando com uma menor reprovação por parte do legislador, incidindo sobre os crimes antigos, a regra de retroatividade também vale para os casos de cabimento do *sursis*, anistia, indulto, graça e penas substitutivas. Essa inovação faz com que se materialize o princípio da individualização.

É notório que, necessita-se buscar a condição mais benéfica para o réu, e, também que existe ampla discussão quanto à essa possibilidade. Existe uma corrente que diz que não haveria problemas quanto retroagir e, enfim com cumulação das duas leis. Já, uma outra corrente entende

²⁰STF, 6ª Turma, HC nº 82.929/SP, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. 23.02.06.

²¹ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. P.102.

que não seria possível, pois estaria criando uma nova lei como resultado das duas, 6.368/76 e 11.343/06, e lembra que o permitido é retroagir a lei e não usar alguns dispositivos isoladamente. A retroatividade da lei penal é um dogma constitucional e, conseqüentemente indispensável na estruturação de uma política criminal mais democrática e humana.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito: HC 68.416:

"Lex mitior". Execução de sentença. Livramento condicional. Combinação de normas que se conflitam no tempo. Princípio da isonomia. O princípio da retroatividade da "lex mitior", que alberga o princípio da irretroatividade de lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por conseqüência, ao livramento condicional, art. 5º, XL, da Constituição Federal e § único do art. 2º do Código Penal (Lei nº 7.209/84). Os princípios da ultra e da retroatividade da "lex mitior" não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia."²²

E, em outro julgado, HC 111434 :

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE **ENTORPECENTES**. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/3. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/07. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.²³

²²STF, 2ª Turma, HC 68.416, rel. Min. Paulo Brossard, j. 08.09.92.

²³ STJ, HC 111434/ SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14/10/08.

4 IDEOLOGIA DA DIFERENCIAÇÃO NA NOVA LEI DE DROGAS

A lei 11.343/06 tem ponto indicativo da ideologia da diferenciação, no que se refere a divisão do que é ser usuário e ser traficante de drogas. Mas no quesito delimitação de condutas do traficante de drogas é onde se encontram um dos problemas da referida lei, pois a confusão verificada no §4º do artigo 33, com a pluralidade de verbos criou-se dúvidas quanto até onde uma conduta pode ser considerada de usuário e onde começa a de um traficante de drogas e, mesmo exclusivamente no caso de traficante, há alguns itens que precisam ser esclarecidos, pois

nos dois artigos, 28 e 33, existem circunstâncias iguais descrevendo situações *a priori* equivalentes.

Por isso a ideologia da diferenciação pode, ao passo que constrói uma tese para diferenciar as condutas de usuário e de traficantes de drogas, também pode causar impressões negativas para ambos os tipos. Difícil não fazer paralelo quanto à dificuldade de simplificação da conduta tanto de um quanto do outro, face à raiz da questão o Modelo de Defesa Social, ligado a caracterização do bem e do mal, justificando a sua legitimidade pelo interesse social, seria a luta das funções declaradas pelas cumpridas, ou seja, de um lado o que tenha sido feito para eliminar a criminalidade e de outro o que realmente foi feito.

5 A EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO AO CRIME HEDIONDO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, determina tratamento equiparado do crime de tráfico ao crime hediondo, a falta de proporcionalidade quanto a gravidade da conduta, gera a problemática do artigo e, com isso mais um ponto negativo e obscuro da lei.

Com a equiparação dos crimes de tráfico e hediondo, o cumprimento da pena dá-se em regime integralmente fechado, mas contendo a individualização como princípio presente em nossa Constituição Federal e, também previsto no Código Penal em seu art. 59, não há o que se

falar em limitação ou vedação ao direito, uma vez que a legislação ordinária não é superior a carta maior.

Seguindo o raciocínio do princípio da isonomia presente na Constituição Federal, percebe-se que a Lei nº 8.072/90 foi mais uma tentativa frustrada de reduzir a criminalidade, que só fez aumentar a população carcerária do país, e também por não permitir a liberdade provisória, não admitir progressão de regime e com prazos maiores para o livramento condicional. A Lei dos crimes hediondos é fruto de um passado bem remoto, onde desde sempre houve desigualdade social, onde : “(...) ontem escravos, hoje massas marginais urbanas, só conhecem a cidadania pelo avesso, na 'trincheira auto defensiva' da opressão dos organismos do nosso sistema penal.”²⁴

As Regras Mínimas de Tóquio, criadas em 1995 na ONU, são princípios básicos para estabelecer as medidas não-privativas de liberdade e, também, de garantias mínimas para o indivíduo, diferentemente do que acontece aqui no Brasil, onde ainda permanecem fortes pensamentos do Movimento de Lei e Ordem que dificultam a implementação de políticas mais benéficas para criminosos, pautados no ideal do Direito Penal Mínimo.

No art.76 da Lei 9.099/95, houve uma aproximação do instituto *probation*, dos povos anglo-saxões, que já havia sido adotado instituto semelhante no Código Penal, o *sursis*, onde tanto quanto outros buscam evitar a pena privativa de liberdade. O objetivo do *probation* é de um lado ter a eficácia jurídica e, do outro, a plena certeza da efetivação da garantia ao indivíduo. O *sursis*, também tem essa conotação de fazer com que o condenado seja ressocializado e poupado da convivência com criminosos de alta periculosidade.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime para os crime hediondos virou tema de sérias discussões, justificado pela decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959 :

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal -

²⁴BATISTA, *apud* MALAGUTI, p.65.

*a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.*²⁵

Onde declarou a inconstitucionalidade da vedação do sistema de progressão de regime para crimes hediondos e equiparados. Mas por outro lado, a elevação do mínimo para a progressão de 1/6 para 2/5, se o apenado for primário e 3/5 para o reincidente, causa prejuízo determinando uma situação mais grave para o apenado, sendo uma *novatio lex in pejus* vedada pela nossa Constituição Federal sua retroação em prejuízo da situação anterior mais benéfica (artigo 5º, inciso XL).

O entendimento é de que a nova lei não pode alcançar à todos, ou seja, ter seu efeito *erga omnes* por respeito ao princípio da igualdade. Para o conflito da aplicação das leis penais no tempo, há uma regra dominante que é da irretroatividade da lei penal incluído no conceito do princípio da legalidade e da anterioridade da lei, a eficácia da nova lei fica adstrita a data da entrada de sua vigência e a de sua cessação, não permitindo retroagir para prejudicar o apenado.

Em outro entendimento, o Rel. Tourinho Neto concedeu habeas corpus com a seguinte fundamentação :

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI 8.072,1990. Não se justifica a denegação da liberdade provisória a só vedação prevista no inciso II do art. 2º da Lei 8.072 de 1990, sendo necessário que o juiz fundamente decisão em um dos requisitos estabelecidos no art. 312 do CPP. (...) Ainda que o crime seja classificado como hediondo pela Lei nº 8072/1990, a simples alegação da natureza hedionda do delito cometido, em tese, pelo paciente não é, de per si, justificadora do indeferimento do pedido de liberdade provisória, devendo, também, a autoridade judicial devidamente fundamentar e discorrer sobre os requisitos no art. 312 do Código de Processo Penal (...)”²⁶

Nesta mesma linha, segue o STJ no julgado com o Min. Paulo Medina:

²⁵STF, HC 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. 23.02.06

²⁶TRF/ 1ª Região, HC 2006.01.00.029151/MA, rel. Tourinho Neto, j.

“PENAL E PROCESSO PENAL.HABEAS CORPUS.CRIME HEDIONDO.REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PROGRESSÃO DE PENA. CONSTITUCIONALIDADE. A Constituição da República recepcionou o sistema progressivo de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Negá-lo ao condenado por crime hediondo gera descabida afronta aos princípios da humanidade das penas e da sua individualização (...).”²⁷

Por força de todas essas decisões, e com a Lei nº 11.464/07, hoje não mais se discute a questão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que também revogou o artigo 44 da nova lei de drogas, agora a progressão de regime é legal.

Contudo, o novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, entende como critério de não concessão da liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados, a questão da inafiançabilidade dos crimes hediondos, sem precisar motivá-la. Ora, mesmo se tratando de crimes inafiançáveis cabe a liberdade provisória, conforme o que dispõe artigo 310 do CPP, ou seja, não estando presentes os elementos que justifiquem a prisão, é oportuna sua liberdade, com o risco de causar-lhe dano ainda maior, como podemos verificar na decisão abaixo:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE **ENTORPECENTES**. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO.1. Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de **entorpecentes**, disciplinada no art. 44 da Lei .º11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.”²⁸

Em outro julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. CRIME HEDIONDO. VEDAÇÃO LEGAL. INAFIANÇABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. BONS ANTECEDENTES, PRIMARIEDADE E RESIDÊNCIA FIXA – IMPOSSIBILIDADE DE SE SOBREPOREM À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. EXCESSO DE PRAZO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL *A QUO*.²⁹

²⁷STJ, HC 44.504/DF, rel. Min. Paulo Medina, j. 31.08.05.

²⁸ STJ, 5ª Turma, RHC 24174/ MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 14/10/08.

²⁹ STJ, HC 90780/ SP, rel. Min. Jane Silva, j. 28.11.07.

Ainda espera-se alcançar com o STJ uma certa coerência nos seus julgados no que se refere ao benefício da Lei nº 11.464/07, pois do contrário é retroceder a um passado nada agradável de nossa história da política criminal . A violação do princípio constitucional é a mais grave forma de inconstitucionalidade, sendo ofensa ao mandamento da Carta Maior.

Em suma, acolher a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados, sem a demonstração da necessidade do encarceramento representa insurgência contra todo o sistema constitucional e subversão de seus valores fundamentais ao transgredir os Princípios da Dignidade Humana, do Devido Processo Legal, da Proibição de Prévia Consideração de Culpabilidade, da Fundamentação das Decisões além de ressuscitar para uma determinada espécie de crime a figura da prisão cautelar obrigatória.

Como compreender que a privação não necessária da liberdade individual não signifique uma pena antecipada e, desta forma, uma ofensa gritante à dignidade da pessoa atingida? Como compreender que a proibição absoluta da liberdade provisória não equivale a uma pena antecipada, sem o prévio e regular processo e julgamento, ofendendo, assim, o Princípio do Devido Processo Legal? Como aceitar que a imposição de uma prisão cautelar sem a verificação de sua necessidade não lesa o Princípio da Presunção da Inocência na medida em que iguala acusado a culpado?

CONCLUSÃO

Após trinta anos da lei 6.368, tornou-se evidente sua inadequação ao contexto da sociedade atual, nos anos 60 e 70 tinha-se outros valores, hoje com a globalização criou-se novos valores, valores esses que não se equivalem à política criminal proibicionista de antes e, levanta a questão da eficácia das Convenções Internacionais em dispor sobre o assunto. Ademais, vale ressaltar que existe a possibilidade da não aplicação dos tratados internacionais nesta matéria, ou seja, é possível descriminalizar a posse para o uso pessoal de drogas, alegando a questão dos princípios da privacidade e liberdade individual, como bem ressalva a Convenção de Viena em permitir que sejam usados, princípios e garantais constitucionais, com a finalidade de alegação, sem denunciar a Convenção.

A nova lei de drogas mesmo se caracterizando por controvérsias e, sendo uma colcha de retalhos de tentativas anteriores, ela consegue trazer alguns aspectos de renovação em nosso ordenamento jurídico ao começar a romper com as amarras de parte de um passado não muito distante, a esperança de um novo olhar sobre a política criminal do nosso país, onde é necessário conscientizar de que é possível enxergá-la como uma política social. Um bom exemplo disso, é a questão da aplicação de medidas alternativas é um indício de que se começa a perceber a importância da intervenção mínima do direito penal na sociedade, pois definir uma política criminal eficiente em uma sociedade desigual é ter um fracasso anunciado. O direito penal não tem o condão de sozinho resolver questões sociais, pois a sua existência é limitada a dar publicidade do que não se deve fazer e punir quando houver lesão ao bem jurídico tutelado.

A ineficiência das políticas públicas até hoje se deu como consequência de deixar nas mãos do direito penal a árdua tarefa de educar a sociedade, mas também pode estar nas mãos desse mesmo direito, a responsabilidade de ajudar na inclusão social por meio de medidas alternativas e sem repressão ou restrição de direitos.

Se, o que se almeja no direito penal é a justiça, então que ela venha acompanhada de garantias constitucionais como a liberdade individual, por exemplo. O direito não é imutável, evolui com a sociedade e, em tempos de globalização não há que se falar em *guerra aos inimigos* ou a movimentos correlatos, não vale mascarar o problema para a sociedade mostrando que a política certa é aquela que pune severamente a todos os criminosos independente da conduta praticada, a política de redução de danos tem que ser efetivada no país, e com decorrência desta a revogação da criminalização do uso das drogas não- medicamentosas.

A questão das drogas no Brasil é transdisciplinar, vai além do que se apresenta, há toda uma problemática social-cultural por trás, o contexto social se traduz em matéria-prima que dá ensejo à produção das leis, a constância dos estudos é importante para ter um direito atual e condizente com a realidade onde o legislativo deve sempre interagir com a sociedade e, não aplicar modelos de outras sociedades nem tê-los como base.

De certo, não há nenhuma receita mágica que faça da política criminal de drogas a “salvadora da pátria”, mas se tiver como objetivo a garantia individual consequentemente acabará por alcançar a coletividade.

O raciocínio da individualidade, como benefício para o existe outro ponto extremamente importante que é a diferenciação das condutas seguido da individualização da pena, a punição

quando necessária deve ser proporcional ao mal praticado, punir na mesma intensidade é transgredir preceitos constitucionais e configura a maximização da punição e conseqüentemente provoca danos maiores ao indivíduo.

O direito penal, com sua natureza peculiar, tem intrínseca relação com a liberdade humana e princípios fundamentais, restringindo-os ou protegendo-os, onde deve se pautar substancialmente nos preceitos e bens jurídicos constitucionais, e de modo diverso transmitiria repressão e inseqüência em sua política criminal ao exemplo do que acontece nas cadeias super lotadas.

E, quem sabe em breve, a legislação brasileira possa seguir alguns modelos europeus para deixar de proibir as drogas, onde a proibição da droga é vista como impulsionadora para o consumo, e além disso, hoje não há espaço para cogitar falta de informação por parte das pessoas, o acesso é democrático todos tem como saber se vai ou não lhe fazer mal. Apesar de estarmos vivendo uma boa fase na economia e de aparente tranqüilidade no setor, precisa-se de atenção à questão da polícia perversa e corrupta; os presídios superlotados por causa da lentidão do judiciário e também da punição exacerbada. A punição ocorre de maneira desenfreada, e muitas da vezes sem materialidade, neste passo seria de bom tom criminalizar a pobreza, a falta de oportunidades e principalmente o Estado quando desrespeita o homem enquanto cidadão.

É vexatória a situação penitenciária do Brasil, pois só escolhe para ir para cadeia pobres e pretos, está na hora de desconstituir o poder do Estado, a política criminal do país está falida e em verdadeiro desencontro com a democracia e com os direitos humanos.

Na questão da política criminal de drogas não é diferente, só os pobres são reconhecidos como usuário e traficante, quem usa ou trafica nas universidades ou talvez quando é pessoa de notoriedade nacional é chamada de dependente químico.

A política criminal tem que se relacionar com a política social, para que se desenvolva e siga os princípios da culpabilidade; do Estado de Direito e da humanidade. Da culpabilidade por alcançar uma relação digna e proporcional da pena para com o delito; do Estado de Direito por seguir somente o que estiver descrito em lei e, da humanidade por respeito a sua integridade física ou moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACILA, Carlos Roberto. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**, 2ª edição. Martin Claret, 2008.

BIZOTTO, Alexandre. **Nova Lei de Drogas. Comentários à Lei 11.343/06**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FRANCO, José Henrique Karter. **A constitucionalidade do §4 do artigo 33 da Lei 11.343/06**, Disponível em WWW.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11670, em 17/10/08.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – História de Violência nas Prisões**, 35ª edição. Petrópolis:Vozes, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas**, disponível em WWW.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9180, em 17/10/08.

_____. **Porte de Drogas Para Uso Pessoal: É Crime?** Disponível em WWW.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11412, em 17/10/08.

JOBIN, Néelson. **Drogas: O Problema É Nosso**, disponível em WWW.mj.gov.br/panad/problema.htm, em 17/10/08.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Redução de Danos – Prevenção ou Estímulo ao Uso Indevido de Drogas Injetáveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **O Controle Social Sobre As Drogas Ilícitas: O Impacto do Proibicionismo Sobre o Sistema Penal e a Sociedade**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

_____. **A Nova Lei de Drogas e o Aumento Da Pena do Delito de Tráfico de Entorpecentes**, in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (167). São Paulo; IBCCrim, 2006.

SANTOS, Flávio de Oliveira. **Breves Anotações ao artigo 33 §4 da Lei 11.343/06**, disponível em WWW.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9958, em 17/10/08.

Campista, Claudia Cristina Carvalho Leme.

A Política Criminal de Drogas no Brasil / Claudia Cristina Campista – 2008

52 f.

Orientador : Nilo Pompílio da Hora.

Monografia: (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: 51-52f.

1. Tóxicos – Legislação – Monografias. I. Hora, Nilo Pompílio da. II. Universidade
Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de
Direito. III. Título.

CDD 341.55553