

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC  
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ  
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE  
POR RESTRITIVA DE DIREITOS NO CRIME DE TRÁFICO DE  
DROGAS NO BRASIL: A CORRELAÇÃO ENTRE A  
REPRIMENDA MAIS ADEQUADA E A GRAVIDADE DESSE  
DELITO**

**ANA PAULA DA SILVA JOHANNSEN**

**Itajaí-SC**

**2013**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE  
POR RESTRITIVA DE DIREITOS NO CRIME DE TRÁFICO DE  
DROGAS NO BRASIL: A CORRELAÇÃO ENTRE A  
REPRIMENDA MAIS ADEQUADA E A GRAVIDADE DESSE  
DELITO**

**ANA PAULA DA SILVA JOHANNSEN**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e à Universidad de Alicante – UA – Espanha, como requisito parcial à obtenção da dupla titulação de Mestre em Ciência Jurídica e em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad, respectivamente.

**Orientador: Professor Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto**

**Itajaí-SC**

**2013**

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por conceder-me saúde para enfrentar este desafio que compreendeu não apenas horas, mas meses de dedicação e de abdicção;

Ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, onde exerço minhas atividades laborais há praticamente 10 anos, pela concessão da bolsa, sem a qual não seria possível a concretização deste sonho;

Ao meu orientador, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, pela atenção que me foi dispensada, sempre respondendo com solicitude aos meus questionamentos;

Aos membros da banca pelas contribuições importantes a esta dissertação;

Ao Juiz com quem trabalho, Dr. Sérgio Agenor de Aragão, exemplo de pessoa e de profissional, pelos livros cedidos, pela confiança em mim depositada e pelas oportunidades concedidas para que eu pudesse frequentar as aulas e dedicar-me à confecção deste trabalho;

Aos professores e profissionais da Universidade do Vale do Itajaí e da Universidade de Alicante que, de certa forma, contribuíram para a elaboração desta pesquisa;

À colega de mestrado e amiga, Elis Cimadon, pelos ouvidos, pelas sugestões e pelo carinho de sempre;

Aos colegas, Charles Armada, Kamilla Pavan, Lisiane Pieniz, Mari Ronconi, Rafaela e Thiago Freitas, pessoas com as quais tive oportunidade de conviver e melhor conhecer em Alicante/ES, pela troca de experiências e discussões jurídicas travadas;

Aos meus pais, por serem meu esteio e minha fonte de motivação para

jamais desistir, bem como por acreditarem em mim e por sempre me proporcionarem acesso e incentivo à educação, ao estudo e à cultura;

Ao meu amor, Thiago, pela compreensão, pela solicitude, pela torcida constante e comemoração a cada capítulo concluído, bem ainda pelas revisões de texto e observações críticas e construtivas que acresceram de sobremaneira esta pesquisa.

À pequenina Nina, por me acompanhar em muitos momentos na escrita deste trabalho e me fazer sorrir quando eu a observava.

E a todos que, direta ou indiretamente, participaram desta pesquisa, seja pela concessão de livros, materiais, seja pelas observações e sugestões, seja pela compreensão de que desenvolver uma dissertação não é uma tarefa fácil.

## **DEDICATÓRIA**

Aos amores da minha vida: meus pais, Antonio e Alda, e à minha luz, Thiago, por tudo o que significam para mim.

*[...] — Cadeia é isso? — perguntou Tistu.*

*— Sim, é isso — disse o Sr; Trovões. — É o edifício que serve para manter a ordem.*

*[...] "E se a gente fizesse nascer flores para eles? A ordem ficaria menos feia e os prisioneiros talvez se tornassem mais comportados. Bem que eu podia usar meu polegar verde!"*

*[...] Tistu foi aplicando o seu polegar por toda parte que podia: no chão, no ponto em que a parede se encontrava com a calçada, nos buracos entre as pedras, ao pé de cada haste das grades. Fez um trabalho consciencioso. Não esqueceu nem mesmo as fechaduras do portão de entrada e a guarita onde o guarda dormia.*

*[...] Antes das dez horas já a cidade inteira estava a par da fabulosa notícia. Ao meio-dia, toda a população se encontrava reunida ante o grande muro coberto de rosas e das grades transformadas em latadas.*

*Nem uma só janela da cadeia, nem uma só grade que não houvesse recebido sua ração de flores!*

*[...] Ninguém podia explicar o milagre...*

*[...] E os prisioneiros no meio disso tudo? Vocês devem estar com vontade de saber o que pensavam a respeito. Pois fiquem sabendo que a surpresa, agitação e emoção dos botânicos nada foram em comparação com o deslumbramento dos prisioneiros. Como já não viam grades em suas celas, nem arame farpado ou pontas de ferro sobre os muros, esqueceram-se de fugir. Os mais resmungões pararam de reclamar, tão entusiasmados estavam em contemplar o que os cercava; os maus perderam o costume de zangar-se e brigar.*

*[...] E a cadeia de Mirapólvora foi apontada como modelo em todo o mundo.*

*[...] — Descobri uma coisa extraordinária — disse Tistu em voz baixa. — As flores não deixam o mal ir adiante.*

Maurice Druon em "O menino do dedo verde"

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de Direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 29 de julho de 2013.

**Ana Paula da Silva Johannsen**  
**Mestranda**

PÁGINA DE APROVAÇÃO  
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)



## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo Instrumento
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Conad	Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas
CP	Código Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DEAP	Departamento de Administração Prisional
Des.	Desembargador
DF	Distrito Federal
Ed.	Edição
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
Min.	Ministro
MS	Mato Grosso do Sul
n.	Número
ONG	Organização não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
Rel.	Relator
REsp.	Recurso Especial
RS	Rio Grande do Sul
SC	Santa Catarina
Sisnad	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

TJSC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
UA	Universidade de Alicante
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
UNODC	Escritório das Nações Unidas sobre Drogas

## ROL DE CATEGORIAS<sup>1</sup>

Rol de categorias que a Autora considera estratégicas para compreensão do seu trabalho, com os respectivos conceitos operacionais<sup>2</sup>:

**Adequada:** neste trabalho, utilizada como sinônimo de proporcional, ou seja “o que o que é harmônico, coerente, adequado”.

**Bem jurídico:** “*Bem* é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo *valor reconhecido* pelo Direito torna-se um *bem jurídico*. Os bens jurídicos são ordenados em hierarquia”<sup>3</sup>. (itálico no original)

**Correlação:** aqui entendida como relação, correspondência.

**Crime:** é o “fato típico e antijurídico”<sup>4</sup>. Também usado nesta pesquisa como sinônimo de Delito, conduta delituosa ou criminosa, Ilícito penal.

**Crime de Tráfico de Drogas:** “[...] o crime de tráfico de Drogas no seu art. 33 *caput*, [...] da Lei n. 11.343/06. [...] Para configurar-se o Crime em comento, portanto, basta que o agente pratique apenas uma ou diversas das condutas descritas no tipo e que esta esteja em desacordo com a determinação legal ou regulamentar ou sem autorização”.

**Crime de Tráfico de Drogas Privilegiado:** o §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

**Crimes equivalentes, relacionados ou associados ao Tráfico de**

---

<sup>1</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 12 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 25.

<sup>2</sup> “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 12 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 37.

<sup>3</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal:** parte geral (arts. 1º a 120). 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I. p. 113; JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal:** parte geral. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. I. p. 83.

**Drogas:** “[...] os crimes a ele equivalentes ou assemelhados e relacionados no §1º, incisos I a III de aludido artigo, [...] do art. 33, e, ainda, as infrações complementares ou vinculadas ao crime de tráfico ilícito de Drogas, nos artigos 34 a 37. Todas essas condutas são objeto de análise deste trabalho”.

**Delito:** para este estudo, crime.

**Dependência física:** “[...] entende-se aquela na qual o estado do organismo se ajusta à presença de uma determinada droga, a qual, após o uso reiterado, contínuo, passa a ser indispensável ao funcionamento normal do indivíduo”.

**Dependência psicológica ou psíquica:** “[...] é o estado no qual a droga produz uma sensação de satisfação e conseqüente impulso de querer sentir e usar tal substância continuamente<sup>5</sup>”.

**Direito:** “[...] é uma integração normativa de fatos segundo valores<sup>6</sup>; “é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores<sup>7</sup>”.

**Direito Penal:** “[...] é uma ferramenta de controle social formal e residual acionada somente quando falham os instrumentos formais de controle<sup>8</sup>”.

**Drogas:** “[...] é toda substância tóxica, narcótica, entorpecente ou psicotrópica, natural ou sintética, que, quando ingerida, atua sobre o sistema nervoso central, causando Dependência física e/ou psíquica e que pode ser considerada lícita ou ilícita, conforme a Gravidade do dano gerado à Sociedade ou à saúde pública”.

**Estado Democrático de Direito:** “[...] entendido como aquele que intervém nos domínios econômicos, social e cultural, obedecidos os parâmetros

---

<sup>5</sup> FRANCO, Paulo Alves. **Tóxico:** tráfico e porte, comentário à lei n. 6.368, de 21/10/1976. Leme/SP: Editora de Direito, 1999. p. 397.

<sup>6</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 97.

<sup>7</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 129.

<sup>8</sup> Segundo REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições do Direito Penal.** V. I, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3.

mínimo de cidadania política, justiça, representatividade, legalidade, legitimidade”<sup>9</sup>.

**Fato antijurídico:** “[...] é preciso que seja contrário ao Direito, *antijurídico*. [...] Não basta que o fato seja típico, necessita também ser contrário à ordem jurídica”<sup>10</sup>. (itálico no original)

**Fato típico:** “[...] um fato que se subsume a uma norma penal incriminadora, que se denomina fato típico”<sup>11</sup>.

**Grande traficante:** aquele que pratica o crime de tráfico de drogas, ou seja, que se dedica de forma contundente à atividade criminosa, de forma habitual, não ocasional e que não se enquadra na modalidade privilegiada.

**Gravidade:** qualidade de grave, perigoso, circunstância que prenuncia um mal para alguém ou para alguma coisa<sup>12</sup>.

**Gravidade desse Delito:** “[...] Das Drogas ilícitas advêm o Crime de tráfico. Nada obstante, seu uso, dada a dependência e os transtornos mentais que causam, preponderantemente no sistema nervoso central, podem implicar o cometimento de outros Delitos – homicídios, roubos, furtos -, seja sob o efeito da substância tóxica, seja para o sustento do vício”.

**Ilícito jurídico:** “[...] a violação a uma norma é chamada Ilícito jurídico, cabendo, conforme o caso, a aplicação de sanções civis, penais ou administrativas”.

**Ilícito penal:** neste trabalho, a violação a uma regra do Direito Penal, crime, Delito.

**Narcótico:** “[...] é a droga opiácea que, introduzida no organismo vivo, é capaz de provocar sedação e analgesia”<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & Estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 125.

<sup>10</sup> JESUS, Damasio E. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. V. I. p. 153-154.

<sup>11</sup> JESUS, Damasio E. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. V. I. p. 153.

<sup>12</sup> Conforme se extrai de FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**: eletrônico. Curitiba: Positivo, 2010.

<sup>13</sup> SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas**: Lei n. 11.343/06. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 3.

**Pena:** “[...] é a sanção jurídica aplicável ao infrator que, ao praticar uma conduta típica e antijurídica, viola um bem jurídico tutelado, funcionando, para o Estado, como um instrumento de retribuição ao mal causado e prevenção de novos crimes”.

**Penas privativas de liberdade:** “[...] consistem na prisão, na segregação do indivíduo, seja sob a forma de reclusão, detenção ou prisão simples (nas contravenções penais), sendo que o estabelecimento prisional adequado para seu cumprimento dependerá do regime aplicado: aberto, semiaberto e fechado”.

**Penas restritivas de Direitos:** “[...] são penas que impedem a privação de liberdade, mas visam à recuperação dos autores de infrações penais mais leves, mediante a restrição de certos Direitos<sup>14</sup>”.

**Pequeno traficante:** o que pratica do tráfico de drogas na modalidade privilegiada, sem que envolva grandes quantidades de drogas, nem faça circular considerável quantidade de capital. Também nominado de traficante eventual, ocasional.

**Princípio:** “[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas reais e existentes”<sup>15</sup>.

**Princípio da Individualização da Pena:** “tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus”<sup>16</sup>.

**Princípio da Legalidade:** “[...] ‘não há crime sem lei anterior que o defina;

---

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal:** parte geral: parte especial. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 393.

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p 229.

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

não há pena sem prévia cominação legal”<sup>17</sup>

**Princípio da Proporcionalidade:** “O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)”<sup>18</sup>.

**Regras:** “[...] ‘as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, [...] contêm determinações no âmbito do fáctico e juridicamente possível”<sup>19</sup>.

**Reinserção social:** “Sinônima de expressões como reeducação, Ressocialização, reincorporação, [...] corresponde à assistência e à ajuda ao apenado, que viabilizem seu retorno ao meio social em condições favoráveis para sua reintegração, não bastando, para tanto, qualquer sistema de tratamento que imponha ao condenado a obediência a determinados valores<sup>20</sup>”.

**Ressocialização:** nesta pesquisa, também associada à reinserção social.

**Sistemas penitenciários:** “formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais ou regulamentadores”<sup>21</sup>.

**Substância entorpecente:** “[...] é toda substância que entorpece; que, sendo tóxica, com ação analgésica e efeito psíquico aparentemente agradável e habitual ao organismo, provoca a necessidade de seu uso contínuo, ou seja, a dependência, implicando graduais perturbações físicas e morais”.

---

<sup>17</sup> Art. 1º do CP, em BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 5 jan. 2013. Também denominado neste trabalho de Código Penal ou CP; e inciso XXXIX do art. 5º de BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013. Neste trabalho também denominada Constituição Federal ou CRFB.

<sup>18</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos:** anotações sistemáticas à Lei n. 8.072. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 67.

<sup>19</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p 229.

<sup>20</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal:** comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p 28.

<sup>21</sup> PIMENTEL *apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro:** parte geral, arts. 1º a 120. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. V. I. p. 542.

**Substituição de Penas:** “[...] as Penas restritivas de Direito não são acessórias e têm natureza substitutiva, ou seja, de acordo com a regra do Código Penal, ‘o juiz, em primeiro lugar fixa a pena privativa de liberdade. Depois a substitui por uma ou mais alternativas, se for o caso. Não podem ser aplicadas diretamente, nem cumuladas com as privativas de liberdade’”<sup>22</sup>.

**Tóxico:** “é toda droga capaz de provocar, após introduzida no organismo vivo, reações graves”<sup>23</sup>.

**Tráfico:** “[...] a ideia de traficância nas diversas modalidades, inclusive equivalente ou relacionada, traz subentendida a concepção de comercialização, de mercancia, de negócio indecoroso, de lucro aferido de forma irregular, ilegal com o exercício de tal atividade. Ilegal e irregular justamente pelos reflexos negativos que a droga pode causar”.

**Valores:** “[...] Em cada época, em cada espaço, em cada cultura, a Sociedade constrói valores que correspondem ao Ser de seu tempo. [...] O conceito de valor funda-se em aspirações que sintetizam a vontade da Sociedade. São valores que emanam da consciência coletiva da Sociedade. Entre os valores morais dessa natureza, destacam-se: justiça, igualdade, paz, ordem, dignidade, liberdade, solidariedade, saúde, educação e outros”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 532.

<sup>23</sup> SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas**: Lei n. 11.343/06. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 3.

<sup>24</sup> SILVA, Moacyr Motta da. A ideia de valor como fundamento do Direito. In CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org.). **Reflexões sobre política e Direito – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 349 e 358.





## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>19</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>20</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>21</b>
<b>1 O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.....</b>	<b>25</b>
1.1 CRIME.....	25
1.1.1 Algumas considerações acerca do ilícito jurídico, da sanção e do Direito Penal .....	25
1.1.2 Conceito de crime .....	29
1.2 O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS .....	31
1.2.1 Conceito .....	31
1.2.2 As Drogas.....	34
1.2.2.1 Breve esboço histórico com relação tratamento dispensado às Drogas na esfera internacional .....	34
1.2.2.2 O que são as Drogas .....	38
1.2.2.3 Classificação .....	40
1.2.3 Crime de Tráfico e uso de Drogas na legislação brasileira .....	43
1.2.3.1 Antecedentes históricos.....	43
1.2.3.2 A política criminal brasileira sobre Drogas .....	47
1.2.3.3 Breves considerações acerca do uso e do usuário de Drogas na Lei n. 11.343/06 .....	50
1.2.4 Espécies e características dos Crimes previstos no art. 33, <i>caput</i> e §§1º e 4º, bem como arts. 34 a 37, todos da Lei n. 11.343/06 .....	54
<b>2 DAS PENAS .....</b>	<b>61</b>
2.1 CONCEITO .....	62
2.2 ORIGEM .....	63
2.3 OS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS .....	69
2.3.1 Sistema Filadélfico .....	69

2.3.2 Sistema Auburniano .....	70
2.3.3 Sistema Progressivo .....	71
2.4 FINALIDADES DA PENA .....	72
2.4.1 Teorias Retributivas ou Absolutas .....	73
2.4.2 Teorias Preventivas, Relativas ou Utilitaristas da Pena .....	74
2.4.3 Teorias mistas .....	76
2.4.4 Teorias da Prevenção Geral Positiva .....	77
2.4.5 Teorias Abolicionistas .....	78
2.4.6 O Direito Penal Máximo .....	79
2.4.7 O Garantismo Penal .....	79
2.5 CLASSIFICAÇÃO DE PENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	82
2.5.1 Penas privativas de liberdade .....	82
2.5.2 Penas restritivas de direitos .....	87
2.5.2.1 Prestação de serviços à comunidade .....	88
2.5.2.2 Interdição temporária de direitos .....	89
2.5.2.3 Limitação de final de semana .....	90
2.5.2.4 Perda de bens e valores .....	90
2.5.2.5 Prestação pecuniária .....	90
2.5.3 Pena de multa .....	91
2.6 A RESSOCIALIZAÇÃO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	92
<b>3 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO E ANÁLISE DA REPRIMENDA MAIS ADEQUADA .....</b>	<b>96</b>
3.1 O QUE ESTÁ POR TRÁS DAS DROGAS? .....	96
3.1.1 Uma atividade extremamente rentável .....	96
3.1.2 Uma atividade organizada .....	100
3.1.3 As consequências do tráfico e do consumo de Drogas .....	101
3.1.4 Legalização das Drogas: viabilidade ou inviabilidade .....	102
3.2 OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE .....	107

3.2.1 Da Individualização da Pena .....	107
3.2.2 Do Princípio da Proporcionalidade .....	112
3.3 A SUBSTITUIÇÃO DE PENAS NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E A REPRIMENDA MAIS ADEQUADA .....	114
3.3.1 Substituição de Penas privativas de liberdade por restritivas de direito no Código Penal .....	114
3.3.2 Substituição em Crimes de Tráfico .....	116
3.3.3 Então, qual a reprimenda mais Adequada ao Tráfico de Drogas? .....	126
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>134</b>
<b>REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS .....</b>	<b>138</b>

## RESUMO

A presente Dissertação, inserida na linha de pesquisa “Constitucionalismo e produção do Direito”, e na área de concentração “fundamentos do Direito positivo”, tem como objeto a análise acerca da Substituição da Pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em crime de Tráfico de Drogas no Brasil. Busca-se, a partir dessa premissa, a Correlação entre a reprimenda mais Adequada e a Gravidade desse Delito. Como motivo, tem a busca de soluções para os problemas levantados, por meio da confirmação ou não das hipóteses apresentadas. A finalidade da investigação é descrever sobre o seu resultado, tornando público aos interessados. A escolha do tema se deve ao fato de tratar-se de um assunto polêmico, relevante e atual, porquanto o Tráfico de Drogas é uma das práticas mais lucrativas que movimentam a economia mundial, e que, em virtude do consumo ou comércio de Substâncias entorpecentes, é responsável por atingir diretamente a Sociedade, a segurança e a saúde pública, pela carga de violência, delinquência e criminalidade que consigo carrega. O tema está delimitado pela Constituição Federal e por outras leis, especialmente penais, constantes do ordenamento jurídico brasileiro, bem ainda pela doutrina e jurisprudência, e a validade da pesquisa está fundamentada no desenvolvimento da ciência do Direito. A pesquisa está estruturada em três capítulos, encerrando-se com as considerações finais, em que são sintetizados os pontos conclusivos alcançados com este trabalho. Na Fase de Investigação, utilizou-se o Método Indutivo; na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano, e o Relatório dos Resultados expresso nesta pesquisa é composto na base lógica Indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

**Palavras-chave:** Crime de Tráfico de Drogas – Penas privativas de liberdade – Penas restritivas de Direito - Substituição – Adequação de reprimendas.

## RESUMEN

Esta Disertación, incluida en la línea de pesquisa “Constitucionalismo y Producción del Derecho”, y en el área de concentración “Fundamentos del Derecho Positivo”, tiene por objeto hacer un análisis acerca de la sustitución de la Pena privativa de libertad por la restrictiva de derechos en Crímenes de Tráfico de Drogas en Brasil. Se busca, a partir de esta premisa, la correlación entre la Pena más adecuada y la gravedad de este Crimen. El motivo es la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por medio de la confirmación o no de las hipótesis presentadas. La finalidad de la investigación es discurrir sobre el resultado, volviéndolo público a los interesados. La elección del tema se debe al hecho de tratarse de un tema controvertido, relevante y actual, porque el Tráfico de Drogas es una de las prácticas más lucrativas que mueven la economía mundial, y que debido al consumo o al comercio de narcóticos, es responsable por afectar directamente a la Sociedad, a la seguridad y a la salud pública, por la carga de violencia, delincuencia y criminalidad que porta. El tema está delimitado por la Constitución Federal y otras leyes, especialmente penales, que constan en la legislación brasileña, así como por la doctrina y la jurisprudencia, y la validez de la investigación se basa en el desarrollo de la ciencia del Derecho. La investigación se estructura en tres capítulos y termina con las consideraciones finales, que sintetizan los puntos concluyentes obtenidos con este trabajo. En la fase de investigación se utilizó el Método Inductivo; en la Fase del Tratamiento de datos, el Método Cartesiano, y el Informe de los resultados expresados en este documento está basado en la Lógica Inductiva. En las diferentes etapas de la investigación fueron accionadas las técnicas de Referente, de la Categoría, del Concepto Operacional y de la Investigación Bibliográfica.

**Palabras clave:** Delito de Tráfico de Drogas – Penas privativas de libertad – Penas restrictivas de derechos – Sustitución – Adecuación de reprimendas.

## INTRODUÇÃO

O Tráfico de Drogas é, hodiernamente, uma das atividades mais lucrativas que movimentam a economia mundial. São centenas de bilhões de dólares envolvidos em operações dessa natureza, praticadas no território de diversos países, envolvendo uma intrincada rede de fornecedores, produtores, intermediários e consumidores.

As consequências do uso e da mercancia dessas substâncias, contudo, são bastante preocupantes e atingem não só o adicto, como seus familiares e toda a Sociedade. Na maioria das vezes, o Usuário se torna psíquica ou fisicamente dependente das Drogas, chegando a cometer Delitos para sustentar seu vício. Por sua vez, o Tráfico de Drogas, estruturado tal qual uma empresa multinacional, sob dinâmica capitalista, alimenta a esperança de possibilidade de ascensão pessoal, profissional e social em milhares de jovens, crianças e adolescentes, abarcando-os para o exercício dessa atividade, ao mesmo tempo em que instiga o consumo.

A partir da II<sup>a</sup> Guerra Mundial, o número de pessoas dependentes de substâncias tóxicas cresceu de forma considerável e, nos últimos anos, passou-se a constatar a relação direta do Tráfico e do consumo de Drogas com o aumento das taxas de criminalidade e violência em todo o mundo. Daí o motivo de preocupação e repressão que transcende as fronteiras transnacionais de todos os países do globo terrestre.

No Brasil, a Lei n. 11.343/06, numa tentativa de reprimir o comércio ilícito de Drogas, majorou a Pena mínima dessa conduta de três para cinco anos e, dentre outras restrições, vedou expressamente a Substituição da Pena privativa de liberdade por restritiva de Direitos aos tipos previstos nos arts. 33, *caput* e §§1<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup>, e arts. 34 a 37 da Lei Antidrogas. Nada obstante tal rigor, ao julgar o Habeas Corpus n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal entendeu que manter propalada vedação representava uma afronta aos Princípios da individualização da Pena e da proporcionalidade, motivo pelo qual, declarou, incidentalmente, inconstitucional a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de Direitos". Esta, por sua vez,

restou excluída da Lei n. 11.343/06 pela Resolução n. 05/2012, editada pelo Senado Federal.

Com a possibilidade de serem aplicadas Penas restritivas de Direitos ao Crime de Tráfico privilegiado – ou seja, aquele praticado pelo pequeno traficante, o agente primário, de bons antecedentes, não integrante de organização criminosa e que não se dedica às atividades delituosas -, remanescem dúvidas se essa espécie de Pena é efetivamente Adequada a Crimes dessa natureza e se o rigor deve ser aplicado tão somente à conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei em apreço.

Por isso, dada as divergências doutrinárias, legais e jurisprudenciais que permeiam referido assunto, e o respectivo interesse desta pesquisadora, é que se desenvolve a presente Dissertação, cuja busca consiste nas soluções para os problemas formulados e na confirmação ou não das hipóteses apresentadas, investigando, precipuamente, a Substituição da Pena privativa de liberdade por restritivas de direito no ordenamento jurídico brasileiro, correlacionando a reprimenda mais Adequada com a Gravidade desses Delitos.

Dessa forma, para a finalidade pretendida, os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, estruturados em três capítulos, consoante sinteticamente se verifica.

Inicia-se o Capítulo 1, com o estudo acerca do Crime, preliminarmente, do Crime em geral, a partir de premissas como o Ilícito jurídico, a sanção e a função do Direito Penal, para, após, obter-se seu conceito e elementos. No mesmo capítulo, passa-se à verificação e delimitação do ilícito de Tráfico de Drogas, bem como conceito, características e evolução da legislação brasileira no combate a esse comércio ilícito e ao uso de Drogas. Além disso, são tratadas as origens das Drogas e as diferenças entre estas e as Substâncias tóxicas e entorpecentes, por meio da apresentação de conceitos e classificações, além de observadas, sucintamente, alguns dos efeitos que essas substâncias podem causar no organismo.

O Capítulo 2 trata precipuamente das Penas, perpassando por seu conceito, origem, finalidade, classificação, importância e necessidade no fenômeno



da Ressocialização e reeducação, sob a égide da Constituição Federal. Ainda, são observados os Sistemas penitenciários e as teorias que fundamentam as finalidades da Pena.

O Capítulo 3 dedica-se ao estudo das questões e consequências diretamente relacionadas ao tráfico e ao uso de Drogas - sejam implícitas ou explícitas –, como também, ao estudo dos Princípios da Individualização da Pena e da Proporcionalidade, distinguindo-se Regras de Princípios, até chegar-se ao cerne deste trabalho que consiste na análise acerca da Substituição da Pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no Crime de Tráfico de Drogas e na identificação da Pena mais coerente e Adequada para propalado Crime, ponderada a realidade brasileira.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizados os pontos conclusivos e as contribuições deste trabalho.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação<sup>25</sup>, foi utilizado o Método Indutivo<sup>26</sup>, na Fase de Tratamento de Dados<sup>27</sup>, o Método Cartesiano<sup>28</sup>, e o Relatório dos Resultados expresso nesta pesquisa é composto na base lógica Indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente<sup>29</sup>, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa

---

<sup>25</sup> “[...] é o momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados sob a moldura do **Referente** estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 83. negrito no original.

<sup>26</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 86.

<sup>27</sup> “[...] os frutos da **Investigação** são os **Dados Recolhidos**, que no caso da Ciência Jurídica, são as formulações doutrinárias, os elementos legais e jurisprudenciais colecionados em função do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 83. negrito no original.

<sup>28</sup> Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

<sup>29</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 54.

Bibliográfica<sup>30</sup>, com o fim de obter mais fundamentos à pesquisa.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial, além de alguns constarem do corpo do trabalho ou de notas de rodapé, conforme melhor se adequa ao desenvolvimento do texto.

Os trechos em língua estrangeira originais constam de notas de rodapé, estando no corpo do trabalho a tradução livre da autora.

Ressalta-se, ainda que esta pesquisa se restringe a tratar do crime de tráfico de drogas praticado por imputáveis, ou seja, por sujeitos capazes “de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento”<sup>31</sup>, não se estendendo o estudo à análise de condutas desta natureza praticadas por inimputáveis<sup>32</sup>.

Por fim, destaca-se que, quando a ideia dos autores citados puder ser incorporada no corpo da Dissertação, sem prejuízo da construção do trecho citado, são utilizadas citações indiretas, com a respectiva indicação da referência em nota de rodapé. Por outro lado, quando a intenção é a manutenção da ideia original em todos os seus detalhes, são utilizadas as citações diretas.

---

<sup>30</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 207.

<sup>31</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006. V. I. p. 207.

<sup>32</sup> Os inimputáveis são os isentos de pena, seja por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, seja por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior que, em ambos os casos, ao tempo da ação ou da omissão, implique inteira incapacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, respectivamente, a teor do disposto no art. 26 e §1º do art. 28, ambos do Código Penal. Igualmente são inimputáveis os menores de 18 anos, em inteligência ao que prescrevem o art. 27 do Código Penal e o art. 228 da Constituição Federal, estando sujeitos à Lei Especial, qual seja, 8.069/90 (BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013).

## CAPÍTULO 1

### O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

#### 1.1 CRIME

##### 1.1.1 Algumas considerações acerca do ilícito jurídico, da sanção e do Direito Penal

Para o convívio harmônico em Sociedade<sup>33</sup>, além do equilíbrio físico, faz-necessário e indispensável o equilíbrio moral, capaz de preservar Valores<sup>34</sup> éticos, sociais, como também Bens jurídicos<sup>35</sup> de ordem material/imaterial, fundamentais à referida convivência. Como diria Bobbio, “Se você quer viver em sociedade, deve se comportar do modo que é a condição do viver social”<sup>36</sup>.

Assim, a vida em Sociedade requer a existência de um conjunto de Regras e normas que regulem os limites de um determinado indivíduo e as liberdades do outro, de modo a preservar referidos Bens e Valores, consubstanciando-se, desta feita, no chamado Direito positivo, cuja função “não é apenas a de tornar possível a coexistência de liberdade externa [...], mas também de

---

<sup>33</sup> Para esta pesquisa, utilizar-se-á o termo Sociedade com a letra S em maiúscula pelo seguinte motivo: “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 169, negritos e sublinhados no original).

<sup>34</sup> O conceito de valor aqui utilizado é o de SILVA, Moacyr Motta da. A ideia de valor como fundamento do Direito. In CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org.). **Reflexões sobre política e Direito** – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 349 e 358, segundo o qual “[...] Em cada época, em cada espaço, em cada cultura, a Sociedade constrói valores que correspondem ao Ser de seu tempo. [...] O conceito de valor funda-se em aspirações que sintetizam a vontade da Sociedade. São valores que emanam da consciência coletiva da Sociedade. Entre os valores morais dessa natureza, destacam-se: justiça, igualdade, paz, ordem, dignidade, liberdade, solidariedade, saúde, educação e outros”.

<sup>35</sup> Adotamos para este trabalho o conceito de Bem jurídico apresentado por JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4: “*Bem* é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo *valor reconhecido* pelo Direito torna-se um *bem jurídico*. Os bens jurídicos são ordenados em hierarquia”. (itálico no original)

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. Bauru: Edipro, 2008. Título original: *Teoria della norma giuridica*. p. 116.

tornar possível a recíproca cooperação entre os homens que convivem em grupo”<sup>37</sup>.

Isso porque, “o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores”<sup>38</sup>; “é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores”<sup>39</sup>.

Qualquer ação ou omissão que comprometa essa harmonia e que coloque em risco referidos Bens e Valores deve ser reprimida, detida e, bem assim, punida. Muito embora, segundo Bobbio, as sanções possam ser de ordem moral, social ou jurídica, as três não se confundem, sendo esta última a mais completa, por ser externa e institucionalizada, garantidora das normas jurídicas, consoante se deduz:

Com o objetivo de evitar os inconvenientes da sanção interna, isto é, sua escassa eficácia, e os da sanção externa não institucionalizada, sobretudo a falta de proporção entre violação e resposta, o grupo social institucionaliza a sanção, ou seja, além de regular os comportamentos dos cidadãos, regula também a reação aos comportamentos contrários. Esta sanção se distingue da moral por ser externa, isto é, por ser uma resposta de grupo, e da social por ser institucionalizada, isto é, por ser regulada, em geral, com as mesmas formas e através das mesmas fontes de produção das regras primárias. Ela nos oferece um critério para distinguir as normas que habitualmente se denominam jurídicas das normas morais e das normas sociais. Trata-se das normas cuja violação tem por consequência uma resposta externa e institucionalizada<sup>40</sup>.

Desta feita, num sentido geral, a violação a uma norma é chamada ilícito jurídico, cabendo, conforme o caso, a aplicação de sanções civis, penais ou administrativas. Há momentos, porém, que nem o Direito Civil nem o Direito Público são suficientes para aplicar sanções, ante a relevância do Bem jurídico transgredido, ávido a ser tutelado. Daí por que necessária se faz a intervenção estatal, com o seu poder-dever de punir os transgressores, utilizando-se, para tanto, do Direito Penal, que, para Reale Júnior<sup>41</sup>, é uma ferramenta de controle social formal e residual acionada somente quando falham os instrumentos formais de controle.

---

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. Bauru: Edipro, 2008. Título original: *Teoria della norma giuridica*. p 111.

<sup>38</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 97.

<sup>39</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 129.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. Bauru: Edipro, 2008. Título original: *Teoria della norma giuridica*. p. 159-160.

<sup>41</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições do Direito Penal**. V. I, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3.

Portanto, enquanto todo o Direito provê a segurança jurídica, somente o Direito Penal possui a função de mantê-la, através da coerção penal, com o intuito de evitar a incidência de repetidas ações que afetem de maneira intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados, sendo oportuno observar que, muito embora o Estado detenha o poder-dever de punir, este não pode aplicar as sanções penais de maneira arbitrária.

Desse modo, as condutas consideradas ilícitas penais são tipificadas em lei. Vale lembrar, por oportuno, que “é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de rigor punitivo”<sup>42</sup>, uma vez que é quem define, em função de seus interesses, o que deve ser considerado como tal. Portanto, “o crime não é natural”<sup>43</sup>.

Com efeito, o Crime não se concebe por si só, senão por lei, por meio do legislador que, ao criá-la, transforma essas condutas comissivas ou omissivas em figura típica e antijurídica e, desse modo, torna viável a concretização do interesse social. Nesse sentido, José Frederico Marques<sup>44</sup>, aduz que a atividade legislativa atua sobre a realidade social, modelando as condutas e os comportamentos humanos considerados delituosos em Fatos típicos, prevendo-os em lei, sopesados, para tanto, o momento, o meio e o contexto histórico vivenciados.

Daí “é certo [...] que, sem a consagração em lei, nenhum fato se considera crime, - que decorre do princípio da legalidade das Penas e Delitos, que limita o *imperium* estatal, em nome do respeito à intangibilidade dos Direitos do homem”<sup>45</sup>.

Não se pode olvidar que, em razão do Princípio da legalidade<sup>46</sup>, também

---

<sup>42</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal**: parte geral: parte especial. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 157.

<sup>43</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 35 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 87.

<sup>44</sup> MARQUES, José Frederico Marques. **Tratado de Direito penal**. Campinas: Millennium, 2002. V. 2. p. 3.

<sup>45</sup> MARQUES, José Frederico Marques. **Tratado de Direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. V. 2. p. 20.

<sup>46</sup> Conforme FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 308-309, o princípio da legalidade, em sentido amplo somente se afirmou na *Magna Charta Inglesa*, de João Sem Terra, de 1215, que, em seu art. 39, estabelecia que

denominado de Princípio da reserva legal<sup>47</sup>, insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>48</sup> e no art. 1º do Código Penal<sup>49</sup>, “não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal”.

Decorrem de tal Princípio, consoante leciona Caldas<sup>50</sup>, duas consequências práticas, quais sejam: a primeira é que a instauração de inquérito ou a propositura de ação criminal contra alguém dependem que este indivíduo tenha praticado um tipo descrito no Código Penal; a segunda, é que não se admite, assim, o emprego da analogia para equiparar uma conduta a um Delito previsto em lei.

Ainda, pelo Princípio da legalidade - formulado, no âmbito penal, por Paul Johann Anselm von Feuerbach, mediante três fórmulas latinas: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali* -, a Lei Fundamental brasileira de 1988 não autoriza à doutrina, à jurisprudência e aos costumes a criação de normas penais. Consoante bem lembra Zaffaroni, “somente o Congresso Nacional está habilitado para a programação criminalizante primária”<sup>51</sup>, ou seja, somente referido órgão está habilitado à criação dessas normas, até porque, nos termos do inciso I do art. 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal, concorrendo os Estados quanto à legislação

---

nenhum homem livre poderia ser punido se não fosse por um processo legal e pela lei de seu país. Mas foi “somente na época do Iluminismo que se alcançou uma definição clara e radical do princípio da estrita legalidade penal e da proibição da analogia”, incluído o princípio na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no Código Penal Austríaco de José II, de 1787, no Código Penal Francês de 1791, no Código Napoleônico de 1810 e nas legislações das colônias americanas que se tornavam independentes, como Filadélfia, Virgínia e Maryland.

<sup>47</sup> Embora alguns doutrinadores como MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal**: parte geral. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. I, ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003 e CALDAS, Gilberto. **Novo código penal brasileiro**: comparado, anotado, comentado. 3 ed. São Paulo: Editora Leia Livros Ltda. V. I, considerem o princípio da legalidade como sinônimo do princípio da reserva legal, CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I. p. 38, entende que a legalidade é o gênero dos princípios da anterioridade da lei penal e da reserva legal.

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013. Neste trabalho também denominada Constituição Federal ou CRFB.

<sup>49</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 5 jan. 2013. Também denominado neste trabalho de Código Penal ou CP.

<sup>50</sup> CALDAS, Gilberto. **Novo código penal brasileiro**: comparado, anotado, comentado. 3 ed. São Paulo: Editora Leia Livros Ltda. V. I. p. 116.

<sup>51</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 204.

penitenciária (art. 24, I, da CRFB) e à legislação dos procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, da CRFB).

Entretanto, como bem pondera Marques, do mesmo modo que não existe Crime sem lei, não se pode admitir “que as fronteiras do ilícito penal sejam traçadas sob o exclusivo alvedrio do legislador [...]. Daí a necessidade de se fixar um conceito substancial do crime em que se mostre o sentido teleológico das normas penais”<sup>52</sup>, o que será delineado no subtítulo subsequente.

### 1.1.2 Conceito de crime

O Código Penal brasileiro não cuidou de conceituar Crime, e a Lei de Introdução do Código Penal<sup>53</sup>, apenas prescreveu em seu art. 1º:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Inferre-se do transcrito dispositivo que, para o legislador, Crime é considerado aquela infração penal punida com reclusão ou detenção. Tal definição, contudo, não esgota a amplitude do vocábulo. Socorre-se, portanto à doutrina, sobre a qual recaiu a tarefa de esquadrihar o fenômeno, daí por que, nessa seara, o Crime é definido sob três aspectos distintos: formal, material, e analítico.

Pelo conceito formal, ou seja, do ponto de vista externo, “crime é toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena”<sup>54</sup>, ou ainda, por ter a lei como ponto de referência, “[...] é o fato individual que a viola; é a conduta humana que infringe a lei penal”<sup>55</sup>.

Entretanto, essa definição formal de Crime é limitada, pois se restringe a

---

<sup>52</sup> MARQUES, José Frederico Marques. **Tratado de Direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. V. 2. p. 20.

<sup>53</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013. Neste estudo também nominada Lei de Introdução do Código Penal.

<sup>54</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 175.

<sup>55</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1. p. 96.

considerá-lo como uma transgressão da lei, sem trazer em seu bojo outras características. Em assim sendo, sob o critério material ou substancial, o Crime é definido como a lesão a “um bem jurídico penalmente tutelado, uma vez que essa tutela descansa justamente no juízo de valor que considerou delituosa determinada conduta em razão de estar em antagonismo com interesses vitais da coletividade”<sup>56</sup>. Destarte, sob este ângulo ontológico, visa-se às razões que levaram o legislador a estabelecer certa conduta humana como criminosa, bem como natureza e respectivas consequências desse ato delituoso.

Já sob o enfoque analítico, o Crime é concebido por seus elementos estruturais. Se assim o é, considerável parte da doutrina brasileira<sup>57</sup> e precursores da Teoria Naturalista, Causal ou Clássica<sup>58</sup> adotam a concepção tripartida, por meio da qual Crime é todo “fato típico, antijurídico e culpável”.

Culpável, porque, segundo orienta Marques<sup>59</sup> “não existe Crime se um fato lesivo não foi praticado, voluntariamente”. Para referido autor, a culpa – em sentido amplo, dolo ou culpa - é o elemento subjetivo de ligação entre o Fato típico e antijurídico, eivado de vontade humana. “Ela, também, decorre de um juízo de valor, uma vez que a vontade reprovável é a única que configura a culpa em sentido lato, dado que esta inexistente se não podia exigir outra conduta de quem praticou o fato lesivo”.

---

<sup>56</sup> MARQUES, José Frederico Marques. **Tratado de Direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. V. 2. p. 23.

<sup>57</sup> Nesse sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 172; MARQUES, José Frederico Marques. **Tratado de Direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. V. 2. p. 25; NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1. p. 97; REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 38; TELES, Ney Moura. **Direito penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 140; BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo I: introdução, norma penal fato punível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 177-179.

<sup>58</sup> A Teoria Causal da Ação foi criada por Franz von Liszt e seguida por Ernst von Beling. Por propalada teoria, a ação “é uma ‘enervação muscular’, isto é, um movimento voluntário – não reflexo -, mas no qual é irrelevante ou prescindível o fim a que esta vontade se dirige. [...] Ação era um movimento feito com vontade de mover-se, que causava um resultado. Segundo este mesmo conceito, a omissão era um ‘não fazer’ caracterizado exteriormente pela ‘distensão muscular’ e, interiormente, pela vontade de distender os músculos”. Consoante ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 400-401.

<sup>59</sup> MARQUES, José Frederico Marques. **Tratado de Direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. V. 2. p. 27.



Por outro lado, para Capez<sup>60</sup>, Mirabete<sup>61</sup> e Jesus<sup>62</sup>, Crime é o “fato típico<sup>63</sup> e antijurídico<sup>64</sup>”. Tais juristas adotam a concepção bipartida, excluindo de referido conceito a culpabilidade, justamente por ser ela destituída de dolo ou culpa, uma vez que estes elementos integram conduta, consoante reza a Teoria Finalista da Ação<sup>65</sup>. Por tal definição, o Crime existe por si só, independentemente da culpabilidade, pois, para tanto, basta que a conduta cometida esteja prevista em lei e seja contrária ao ordenamento jurídico. A culpabilidade só aparecerá em caso de responsabilização do agente pela ação praticada, uma vez que está muito mais relacionada à reprovabilidade e à censurabilidade da conduta do que à definição de Crime, justamente por ser pressuposto de aplicação da Pena.

Observadas as definições de Crime, salienta-se que, para este trabalho, sob o enfoque analítico, adotar-se-á a definição bipartida de Crime. E, se assim o é, passa-se, a partir do próximo subtítulo, a tratar de um dos cerne desta pesquisa: o Crime de Tráfico de Drogas, desde o seu conceito, classificação, características, objeto para configuração, bem ainda a maneira como foi e é tratado pela legislação brasileira.

## 1.2 O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

### 1.2.1 Conceito

Com efeito, assim como o ordenamento jurídico brasileiro não cuidou de

---

<sup>60</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I. p. 113.

<sup>61</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal**: parte geral. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. I. p. 83.

<sup>62</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151.

<sup>63</sup> Nesta pesquisa, adota-se o conceito trazido por JESUS, Damasio E. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. V. I. p. 153, segundo o qual é “um fato que se subsume a uma norma penal incriminadora, que se denomina fato típico”.

<sup>64</sup> Como conceito, concebe-se de JESUS, Damasio E. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. V. I. p. 153-154, o que é contrário ao Direito, à ordem jurídica, pois “é preciso que seja contrário ao Direito, *antijurídico*. [...] Não basta que o fato seja típico, necessita também ser contrário à ordem jurídica” (itálico no original).

<sup>65</sup> Pela Teoria Finalista da Ação, de Hans Welzel, a conduta é constituída não somente de ação, omissão ou resultado, como também de dolo e culpa. Assim, a partir dessa teoria, esses dois elementos se deslocaram da esfera da culpabilidade, que, por sua vez “passou a ser mero juízo de valoração externo ao crime, uma simples reprovação que o Estado faz sobre o autor de uma infração penal”, segundo CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I. p. 114.

conceituar o vocábulo crime *latu sensu*, a legislação extravagante e o Código Penal também não definiram conceitualmente o que vem a ser o Crime de Tráfico de Drogas. Tampouco a Lei 11.343/06<sup>66</sup> cumpriu tal ofício.

Acerca do assunto, Leal e Leal, tecem as seguintes considerações:

Portanto, a lei positiva não adotou um *nomen juris* para, de forma unívoca, designar o tipo penal em estudo. Cremos que isto se explica pela multiplicidade de verbos utilizados para demarcar as ações proibidas sob a ameaça de pena criminal. Na verdade, tratando-se de crime de ação múltipla, torna-se difícil reduzir a uma única denominação jurídicopenal o sentido e o espaço de proibição representado por esse tipo penal tão multiforme<sup>67</sup>.

Em verdade, a Lei Antidrogas apresentou a nomenclatura Crime de Tráfico de Drogas ao denominar seu Título IV - “Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”. Este, por sua vez, em seu capítulo segundo prevê o Crime de tráfico de Drogas no seu art. 33 *caput*<sup>68</sup>, bem como os Crimes a ele equivalentes ou assemelhados e relacionados no §1º, incisos I a III<sup>69</sup> de aludido artigo, a conduta privilegiada no §4º<sup>70</sup> também do art. 33, e, ainda, as infrações

<sup>66</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em 5 jan. 2013. No curso deste trabalho também designada Lei n. 11.343/06 e Lei Antidrogas.

<sup>67</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Nova política criminal e controle do crime de tráfico ilícito de drogas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1435, 6 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9948>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

<sup>68</sup> “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

<sup>69</sup> “Art. 33. [...] § 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”.

<sup>70</sup> “Art. 33: [...] § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de Direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

complementares ou vinculadas ao Crime de Tráfico ilícito de Drogas, nos artigos 34 a 37<sup>71</sup>. Todas essas condutas são objeto de análise deste trabalho.

Coube, destarte, à doutrina e à jurisprudência o mister de conceituar, na medida em que passou a se referir à locução “tráfico ilícito de drogas” como o Crime anteriormente descrito no art. 12, *caput*<sup>72</sup>, da Lei n. 6368/76<sup>73</sup>.

Foram mantidos os dezoito verbos do dispositivo anterior. Para configurar-se o Crime em comento, portanto, basta que o agente pratique apenas uma ou diversas das condutas descritas no tipo e que esta esteja em desacordo com a determinação legal ou regulamentar ou sem autorização. Isso porque, *a contrario sensu*, a teor do disposto no art. 31 da Lei Antidrogas, a produção, extração, fabricação, transformação, preparo, posse, manutenção em depósito, importação, exportação, reexportação, remessa, transporte, exposição, oferecimento, compra, venda, troca, cessão ou aquisição, para qualquer fim, de Drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação não constitui crime se houver licença prévia da autoridade para tanto, devendo as autorizações estar em consonância com as regulamentações normativas e com os dispositivos legais, sob pena de configurar-

---

<sup>71</sup> “Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa. Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei. Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa”.

<sup>72</sup> “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”.

<sup>73</sup> BRASIL. Lei n. 6.368, de 26 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm)>. Acesso em 5 jan. 2013. Outrossim nominada Lei Antitóxicos.

se, como acentua Silva<sup>74</sup>, erro de proibição.

Releva-se que, muito embora o *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06 preveja a expressão “ainda que gratuitamente”, a ideia de traficância nas diversas modalidades, inclusive equivalente ou relacionada, traz subentendida a concepção de comercialização, de mercancia, de negócio indecoroso, de lucro aferido de forma irregular, ilegal com o exercício de tal atividade. Ilegal e irregular justamente pelos reflexos negativos que a Droga pode causar, os quais serão genericamente analisados a seguir.

## 1.2.2 As Drogas

### 1.2.2.1 Breve esboço histórico com relação tratamento dispensado às Drogas na esfera internacional

A origem das Substâncias entorpecentes e seu respectivo uso confundem-se com a história da humanidade. Luchiari e da Silva<sup>75</sup> lembram que a Bíblia e as mitologias grega e romana relatam o uso de bebidas alcoólicas associadas às divindades, especialmente para o alívio momentâneo das preocupações.

Referidos autores atestam ainda que outras Drogas foram utilizadas não só em rituais sagrados, como também para fins medicinais, como o ópio – este extraído da papoula (*papaver somniferum*) – no Oriente, a maconha (*cannabis sativa*) pelos hindus e outras tribos africanas, e as folhas de coca (*erythroxylum coca*) pelos incas. Embora existissem excessos, tais “eram esporádicos e ficavam circunscritos a casos individuais, não chegando a afetar o tecido social e o agrupamento humano”<sup>76</sup>.

A partir do início do século XX, com o fito de solucionar a infiltração do ópio indiano na China, foram feitas as primeiras tentativas de repressão ao uso de

---

<sup>74</sup> SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas – manual prático**: Direito material e processual penal. Curitiba: Juruá, 2007. p. 56.

<sup>75</sup> SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas**: Lei n. 11.343/06. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 1.

<sup>76</sup> SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas**: Lei n. 11.343/06. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 2.

Substâncias entorpecentes no âmbito internacional. A primeira delas, a Conferência de Xangai, de 1909, ratificada pela Convenção Internacional do Ópio de Haia, de 1912, estabeleceu que o uso de Drogas deveria limitar-se às finalidades médicas e às pesquisas científicas, atentando-se para a necessidade de cooperação internacional na fiscalização dessas Substâncias<sup>77</sup>.

Em breve síntese, sucederam-se outras tentativas de conferências, comissões e convenções de resultado nem tanto eficazes.

Na I Guerra Mundial, difundiu-se o uso da morfina para minimizar a dor das vítimas. Na II Guerra Mundial, por sua vez, houve um aumento significativo do consumo de Drogas, especialmente de anfetaminas no combate ao sono, à fadiga e à fome. A preocupação, a partir de então, não era tão somente com consumo de Drogas orgânicas, como a coca, a maconha ou o ópio, e sim também com os derivados destas e com medicamentos capazes de gerar grande dependência – quando consumidos reiteradamente ou em grandes doses -, daí por que a necessidade do uso controlado.

Desse modo, segundo explica Greco Filho<sup>78</sup>, em 1946, sob Convocação da ONU, foi assinado um protocolo, a fim de atualizar os acordos anteriores. Mas referidos tratados, salvo o de 1936, foram substituídos pela Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes, de 1961, ratificada, inclusive, pelo Brasil. Por tal convenção, foram relacionados os Entorpecentes e classificados segundo suas propriedades, possibilitando a inclusão de novas substâncias, conforme a necessidade. Além disso, foram estabelecidas medidas de controle e fiscalização e previsão de cooperação internacional para o combate e punição ao Tráfico e posse de entorpecentes.

Em 1971, em Viena, foi firmada a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, e, em 1988, foi concluída nova Convenção – denominada Convenção

---

<sup>77</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_drugs/INCB/INCB%202011/2011\\_INCB\\_ANNUAL\\_REPORT\\_spa\\_PDF.pdf](http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_spa_PDF.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

<sup>78</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9-10.

contra o Tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas -, a qual entrou em vigor em 1990, com a finalidade de fortalecer os meios jurídicos no combate efetivo ao Tráfico ilícito de entorpecentes e ao uso de substâncias psicotrópicas. Ambas foram também foram firmadas pelo Brasil.

Por meio dessa Convenção de 1988, reconheceu-se que o Tráfico de Drogas é uma atividade criminosa de âmbito internacional e que, em assim sendo, deve ser combatida cooperada e coletivamente por todos os Estados, já que a toxicomania é considerada um mal não somente para o indivíduo que faz uso das Drogas e Substâncias entorpecentes, como também para os seios familiares e a Sociedade na qual referido indivíduo está inserido.

Além disso, atribui-se a preocupação mundial com o combate ao Tráfico e ao consumo de Drogas e de substâncias de uso controlado aos problemas que disso decorrem num sistema cíclico de causas e conseqüências. A baixa escolaridade, as condições precárias e outros problemas sociais, especialmente de países periféricos, são fatores capazes de contribuir para o desenvolvimento e fortalecimento do Tráfico e do uso desenfreado das Drogas. Como conseqüências, surgem a criminalidade, a violência, a desestruturação familiar, o Crime organizado, a corrupção, o desemprego e outros conflitos estruturais que geram danos à Sociedade e conseqüentemente ao Estado.

Mas não é só. A questão é muito mais complexa, porque na penumbra residem os interesses econômicos, precipuamente de países centrais da Europa e os Estados Unidos. Ironicamente, como bem observa Paraná<sup>79</sup>, justamente desses países ricos são originárias as Drogas lícitas, nem sempre menos agressivas, tais como o tabaco e o álcool. São também tais nações as maiores consumidoras das Drogas ilícitas, muitas derivadas das Drogas orgânicas, provenientes de países mais pobres, como Colômbia, Bolívia, Peru, Turquia e Afeganistão e proibidas pelas convenções e Tratados Internacionais. O assunto não se esgota por aqui, contudo, este não é o momento para aprofundar essas observações, visto que será melhor

---

<sup>79</sup> PARANÁ, Edemilson. O que está verdadeiramente por trás da guerra ao tráfico. **Brasil e Desenvolvimento**. Brasília, 4 dez. 2010. Disponível em: <<http://brasiledesenvolvimento.wordpress.com/2010/12/04/o-que-esta-verdadeiramente-por-tras-da-guerra-ao-trafico/>>. Acesso em: 1º abr. 2013.

tratado e estudado no capítulo terceiro.

Por tal motivo, restringe-se este tópico a verificar que a preocupação mundial com o uso de Drogas e de Substâncias entorpecentes decorre dessas consequências de ordem social, em virtude das Dependências física e ou psíquica que tais substâncias podem acarretar. Neste particular, João Bernardino Gonzaga, citado por Greco Filho<sup>80</sup>, sustenta que a distinção entre as Drogas capazes de gerar a toxicomania e o álcool e o fumo é a nocividade individual e social que, no primeiro caso, é muito maior. Isso se atribui ao fato de que pequenas doses da droga são suficientes para influenciar o sistema nervoso central e causar dependência, bem ainda perturbações psíquicas e físicas que afetam o utente. Já em se tratando de álcool, nem sempre pequenas doses são suficientes para se chegar a tanto. E, tocante ao tabaco, este se apresenta ainda menos nocivo ao grupo social.

Daí que, pela Organização Mundial de Saúde - OMS, de acordo com Greco Filho<sup>81</sup>, “toxicomania é um estado de intoxicação periódico ou crônico, nocivo ao indivíduo e à sociedade, pelo consumo repetido de uma droga natural ou sintética”, caracterizada pela necessidade ou desejo de continuar a usar a droga e aumentar a sua dose, bem como pelas dependências física e psíquica.

E, por Dependência física, entende-se aquela na qual o estado do organismo se ajusta à presença de uma determinada Droga, a qual, após o uso reiterado, contínuo, passa a ser indispensável ao funcionamento normal do indivíduo. À falta dessa Substância, sucedem-se crises de abstinência<sup>82</sup> - intensos transtornos fisiológicos. Nesse norte, Rodrigues<sup>83</sup> aduz que o estado de adaptação do organismo à determinada droga sobrecarrega algumas funções, levando os respectivos órgãos por elas responsáveis à exaustão ou degeneração.

Já a Dependência psicológica ou psíquica é o estado no qual a droga

---

<sup>80</sup> GONZAGA, João Bernardino *apud* GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

<sup>81</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

<sup>82</sup> FRANCO, Paulo Alves. **Tóxico**: tráfico e porte, comentário à lei n. 6.368, de 21/10/1976. Leme/SP: Editora de Direito, 1999. p. 397.

<sup>83</sup> RODRIGUES, João Gaspar. **Tóxicos**: abordagem crítica da lei n. 6.368/76. Campinas: Bookseller, 2001. p. 44.

produz uma sensação de satisfação e conseqüente impulso de querer sentir e usar tal substância continuamente<sup>84</sup>. As funções físicas, nesse caso, nem sempre são afetadas, mas, por outro lado, sempre o é o sistema nervoso central, que se torna dependente da “euforia” provocada pela droga.

A diferença entre os tipos de dependência é muito sutil. Não raras vezes, são indissociáveis. Desse modo, alguns especialistas classificam as Drogas conforme o tipo de dependência: se causadoras de Dependência física, são consideradas leves; se responsáveis pela Dependência física e psíquica, são consideradas pesadas.

Feitos esses esclarecimentos, nos dois próximos itens, estudar-se-á a respeito das Drogas no que tange ao seu conceito e gerais características.

#### *1.2.2.2 O que são as Drogas*

A importância de se buscar um conceito para “Drogas” é justamente para se definir a materialidade das modalidades de Crime envolvendo essa Substância.

A legislação anterior - Lei n. 6.368/76 - utilizou-se da expressão “substância entorpecente” para designar o produto ou substância capaz de gerar Dependência física ou psíquica ao seu usuário, desde que especificada por lei ou relacionada pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde, nos termos do art. 36<sup>85</sup> da Lei Antitóxicos. Segundo Ferreira<sup>86</sup>, entorpecente é toda substância que entorpece; que, sendo tóxica, com ação analgésica e efeito psíquico aparentemente agradável e habitual ao organismo, provoca a necessidade de seu uso contínuo, ou seja, a Dependência, implicando graduais perturbações físicas e morais.

---

<sup>84</sup> FRANCO, Paulo Alves. **Tóxico**: tráfico e porte, comentário à lei n. 6.368, de 21/10/1976. Leme/SP: Editora de Direito, 1999. p. 397.

<sup>85</sup> “Art. 36. Para os fins desta Lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificados em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde. Parágrafo único. O Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia deverá rever, sempre que as circunstâncias assim o exigirem, as relações a que se refere este artigo, para o fim de exclusão ou inclusão de novas substâncias”.

<sup>86</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**: eletrônico. Curitiba: Positivo, 2010.



Por sua vez, a legislação atual - n. 11.343/06 – em substituição aos vocábulos “substâncias entorpecentes”, passou a empregar a palavra Drogas<sup>87</sup>, - de origem persa, “demônio”<sup>88</sup>. Desta feita, Drogas são “as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”<sup>89</sup>, consoante reza o parágrafo único do art. 1º da Lei em comento.

Não se trata, pois, de norma autoaplicável, e sim de norma penal em branco que depende de ulterior regulamentação, sem a qual a figura típica não se perfectibiliza. Assim, para configurar-se o Delito de Tráfico e Crimes equivalentes ou assemelhados/relacionados, é necessária a prática de qualquer quaisquer das condutas elencadas nos artigos 33 a 37 da Lei 11.343/06, desde que estas estejam relacionadas à determinada substância, insumo ou produto químico utilizado na preparação de Drogas, todos especificados em lei ou relacionados em lista atualizada pelo Poder Executivo da União ou ainda relacionada na Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária, vinculada ao Ministério da Saúde, a teor do art. 66<sup>90</sup> da Lei Antidrogas.

Nota-se que a legislação atual corrigiu o equívoco conceitual anterior ao substituir a expressão entorpecentes por Drogas, tendo em vista aquela ser espécie desta, mais abrangente. Aliás, também são espécies de droga o Tóxico e o

---

<sup>87</sup> Segundo GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos:** prevenção-repressão. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6, o vocábulo droga tem sua origem controversa. Pode ter vindo do holandês *drooge vate* (tonéis secos) ou do substantivo *drogue* (produtos secos, drogas). Em francês, *drogué*; em italiano e em espanhol, *droga*; em Inglês, *drug*; em alemão *droge*.

<sup>88</sup> SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n. 11.343/06. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 3.

<sup>89</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em 5 jan. 2013. No curso deste trabalho também designada Lei n. 11.343/06 e Lei Antidrogas.

<sup>90</sup> Assim dispõe o Art. 66: “Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”. Desse modo, como norma de integração intertemporal, até a alteração das expressões “substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica” para “drogas sob controle” ou “drogas proscritas”, bem como “produtos químicos”, “insumos químicos”, prevaleceram os termos empregados na portaria 344/98 da ANVISA, a qual teve adaptar-se à nova lei antidrogas.

Narcótico, pois, enquanto aquele “é toda droga capaz de provocar, após introduzida no organismo vivo, reações graves”<sup>91</sup>, porquanto sinônimo de veneno, o Narcótico “é a droga opiácea que, introduzida no organismo vivo, é capaz de provocar sedação e analgesia”<sup>92</sup>.

Ademais, Greco Filho assevera que o conceito legal não destoia do doutrinário, segundo o qual droga “é toda substância natural ou sintética suscetível de criar: a) um efeito sobre o sistema nervoso central; b) uma dependência psíquica ou física; c) um dano à saúde pública e social”<sup>93</sup>.

Destarte, deduz-se que Droga é toda substância tóxica, narcótica, entorpecente ou psicotrópica, natural ou sintética, que, quando ingerida, atua sobre o sistema nervoso central, causando Dependência física e/ou psíquica e que pode ser considerada lícita ou ilícita, conforme a Gravidade do dano gerado à Sociedade ou à saúde pública.

E são somente as Drogas ilícitas, quais sejam, as especificadas em lei ou relacionadas em lista atualizada pelo Poder Executivo da União ou ainda relacionadas na Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária, que têm alcance material para caracterização dos Crimes previstos na Lei n. 11.343/06, especialmente os Delitos de Tráfico, relacionados e equivalentes.

### 1.2.2.3 Classificação

No que tange à classificação, as Drogas podem ser organizadas quanto à origem, quanto ao grupo químico, quanto à natureza da substância, quanto aos grupos sociais, quanto à legalidade, quanto aos efeitos, enfim. Para fins deste trabalho, restringe-se a pesquisa aos dois últimos critérios de classificação.

Portanto, quanto à legalidade, coroa já dito, as Drogas podem ser lícitas ou ilícitas, de acordo com a Gravidade do dano sofrido pela saúde pública e pela

---

<sup>91</sup> SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas**: Lei n. 11.343/06. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 3.

<sup>92</sup> SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas**: Lei n. 11.343/06. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 3.

<sup>93</sup> Francis Caballero *apud* GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12-13.

Sociedade e pelo usuário.

São lícitas as Drogas cuja produção e comercialização são permitidas legalmente, seja porque culturalmente aceitas e assentadas, seja porque os reflexos e consequências sociais não se mostram tão gravosos. São, pois, assim consideradas o álcool, o tabaco e os medicamentos comprados com receita médica.

Por outro lado, as Drogas ilícitas não são permitidas por lei e por convenções internacionais em virtude dos reflexos e abalos sociais que podem comprometer o equilíbrio harmônico da vida em Sociedade. Das Drogas ilícitas advêm o Crime de Tráfico. Nada obstante, seu uso, dada a dependência e os transtornos mentais que causam, preponderantemente no sistema nervoso central, podem implicar o cometimento de outros Delitos – homicídios, roubos, furtos -, seja sob o efeito da substância tóxica, seja para o sustento do vício.

Nesse sentido, Greco Filho aponta as Drogas “como geradoras de delitos comissivos ou omissivos, conforme o tipo de efeitos que causam, e os decorrentes da obsessão pela obtenção das substâncias, tornando o toxicômano [...] um indivíduo perigoso”<sup>94</sup>.

Aludido autor acrescenta: “a droga, ademais, que tinha sido inicialmente usada como escape do conflito primário não resolvido evidentemente não o resolve, aliás, agrava-o, fechando-se o círculo vicioso, levando o toxicômano à loucura”<sup>95</sup> e até à morte.

Respeitante à classificação quanto aos efeitos, conforme Greco Filho<sup>96</sup>, critério este adotado pela comissão de Saúde da Câmara dos deputados, as Drogas podem divididas em três tipos: psicoanalépticos, psicolépticos e psicodislépticos.

Ainda, consoante o autor em comento, os psicoanalépticos ou estimulantes aumentam o tono psíquico, combatendo a fadiga e o sono. Também provocam a falta de apetite e, até 1950, não estavam associados à dependência, tanto que eram vendidos sem restrições no Brasil e no exterior. As anfetaminas, as

<sup>94</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

<sup>95</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.35.

<sup>96</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

piperidinas, os derivados tricíclicos e os inibidores da mono-amino-oxidase pertencem a esse grupo. Estes dois últimos são antidepressivos, visto que proporcionam maior socialização e elevam o senso de humor. Em que pese esse aparente benefício, causam dependência e provocam graves danos quando consumidos com barbitúricos e com álcool.

Também integram este grupo a cocaína e seus derivados (pasta de coca ou merla, crack e cloridrato de cocaína ou pó) e o tabaco.

Já os psicolépticos diminuem o tono psíquico, por reduzirem o poder vigília e o poder intelectual, deprimindo as tensões emocionais<sup>97</sup>. São também tranquilizantes, depressores, hipnóticos (hipnosedativos, incluídos aí os barbitúricos e os opiatos ou opiáceos e seus derivados naturais, como a morfina e codeína, ou sintéticos, como a heroína), derivados fenotiazínicos, alcaloides da *Rauwolfia* e butirofenas. Também denominados ansiolíticos por amenizarem os sintomas de ansiedade<sup>98</sup>.

Registra-se que os solventes ou inalantes – cola de sapateiro, acetona, esmalte, lança-perfume – e o álcool etílico, fermentado ou destilado, são também consideradas Drogas depressoras.

Por fim, o terceiro tipo de Drogas, com relação à classificação quanto aos efeitos, são os psicodislépticos que, além de atuarem sobre o sistema nervoso central de maneira bastante intensa, também atuam sobre o sistema periférico e o sistema nervoso autônomo. Causam delírios e alucinações, sendo também chamados de alucinogênicos ou despersonalizantes. Podem ser naturais, como a psilocibina, o THC da maconha e a mescalina do cacto mexicano, ou sintéticos, como o LSD 25 e o ecstasy.

Salienta-se que, muito embora seja a maconha considerada por alguns a maconha como droga leve, o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a Lei n. 11.343/06 e a Portaria 344/98 da Anvisa não trataram de nenhuma distinção neste

---

<sup>97</sup> SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas**: Lei n. 11.343/06. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 3.

<sup>98</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14.

particular, enquadrando-se a maconha no conceito legal de droga, portanto, não se podendo considerá-la branda, senão uma substância que, como as outras, gera dependência.

Feitas essas considerações acerca das Drogas quanto ao conceito, classificação, características, bem ainda, verificado o tratamento a elas dispensado no âmbito internacional, passa-se, no próximo ponto, a estudar a forma como foi tratado o Crime de Tráfico de Drogas pela legislação brasileira.

### **1.2.3 Crime de Tráfico e ao uso de Drogas na legislação brasileira**

#### *1.2.3.1 Antecedentes históricos*

A primeira preocupação brasileira com os Tóxicos, ainda no período colonial - à época substâncias associadas a venenos -, manifestou-se por meio das Ordenações Filipinas de 1603. Não diferente, o primeiro Código Penal Brasileiro, considerou como Crime a exposição à venda e a manipulação de substâncias venenosas sem prévia autorização. Mas, tal coibição não foi suficiente para conter a “onda de toxicomania” acentuada de 1914, daí por que a edição do Decreto n. 4.294<sup>99</sup>, de 1921<sup>100</sup>.

Com resultados insatisfatórios, o grande impulso no combate à toxicomania veio com o Decreto n. 780<sup>101</sup>, de 1936, seguido pela criação da Comissão Nacional de fiscalização de Entorpecentes, pelo Decreto-Lei n. 3.114, de 1941<sup>102</sup>, que sofreu algumas alterações com o passar do tempo.

---

<sup>99</sup> BRASIL. Decreto n. 4.294, de 06 de julho de 1921. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados; cria um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/b2394d7e1ab9a970032569b9004e148d/50e158793cff6ceb032569fa006cf0fc?OpenDocument>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>100</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p.1.

<sup>101</sup> BRASIL. Decreto 780, de 28 de abril de 1936. “Crea a comissão permanente de fiscalização de entorpecentes”. Disponível em: <[dewww2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-norma-pe.html](http://dewww2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-norma-pe.html)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>102</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.114, de 13 de março de 1941. Dispõe sobre fiscalização de entorpecente. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=19007>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

Na esfera penal, o Código Penal de 1940<sup>103</sup>, em seu art. 281, restringiu a produção, o Tráfico e o consumo de substâncias tóxicas, sofrendo algumas modificações com a finalidade de se adequar às convenções internacionais, por meio, entre outros, do Decreto-Lei n. 4.720/42<sup>104</sup> e da Lei n. 5.726/71<sup>105</sup>, esta considerada referência para os estudiosos do tema na época.

Por sua vez, a Comissão Nacional de fiscalização de entorpecentes prestou-se como órgão consultivo do Ministério da Saúde, tendo entre outras funções, a de orientar o governo brasileiro nas relações internacionais nessa temática.

Em verdade, os maiores avanços no Brasil, quanto à regulamentação, fiscalização e controle do uso e comercialização de medicamentos, de Drogas, insumos farmacêuticos, cosméticos, enfim, ocorreram na década de 70, tanto que, em 21 de outubro de 1976, exsurgiu a Lei n. 6.368, em substituição à Lei 5.276/71 e o art. 281 do CP de 1940.

Também denominada de lei Antitóxicos, propalada legislação pautou-se na luta contra o Tráfico de Drogas e na proteção ao Usuário e dependente, ao atribuir severas penas a quem portasse Drogas a terceiro, e penas mais brandas a quem as portasse para consumo próprio. Ocorre que “a Lei não foi compreendida em seu âmago e na prática sempre foi freqüente distinguirem os artigos 16 e 12 como sendo o primeiro do usuário e o segundo do traficante”<sup>106</sup>.

Na tentativa de modificá-la, para reprimir e prevenir ainda mais o tráfico e o consumo de Drogas e, após longos anos de tramitação do seu projeto, foi

---

<sup>103</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013. Neste trabalho, denominado Código Penal de 1940 ou CP de 1940.

<sup>104</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 4.720, de 21 de setembro de 1942. Fixa normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para a extração, transformação e purificação dos seus princípios ativos-terapêuticos. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4720&tipo\\_norma=DEL&data=19420921&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4720&tipo_norma=DEL&data=19420921&link=s)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>105</sup> BRASIL. Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971. “Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L5726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5726.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>106</sup> SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas: Lei n. 11.343/06**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 5-6.

sancionada a Lei n. 10.409/2002<sup>107</sup>, porém não em sua integralidade, sob pena de acarretar *abolitio criminis* em diversas situações. Foi vetado pelo Poder Executivo todo o Capítulo III – “Dos Crimes e das penas”, tendo em vista a péssima redação, precária para defini-los, como também o art. 59, que determinava a revogação da vetusta Lei Antitóxicos.

Desse modo, a partir de então, no que fossem compatíveis, vigoraram concomitantemente as Leis n. 10.409/02 e n. 6.368/76, esta preponderantemente no que concerne ao Direito material – definição de Crimes e respectivas Penas -, aquela no tocante aos procedimentos e questões processuais.

Entretanto, uma vez que as impropriedades da recém-nascida legislação não se restringiram ao capítulo vetado, sentiu-se a necessidade da criação de um novo ordenamento que, em uma única lei abarcasse e unificasse toda essa questão. Daí a aprovação da Lei n. 11.343, de 23.8.2008, que entrou em vigor 45 dias após a sua publicação no Diário Oficial da União, ou seja, em 8 de outubro do mesmo ano.

Responsável por revogar as legislações anteriores, suprir lacunas, corrigir erros e impropriedades e por reprimir ainda mais praticantes do Crime de Tráfico de Drogas, ao aumentar a Pena mínima de 3 para 5 anos, bem como a Pena pecuniária, a novel legislação trouxe, como principal inovação, a diferenciação no tratamento dispensado ao usuário. Em suma representou o reflexo dos discursos apregoados sobre a questão das Drogas a partir dos anos 90 no Brasil, respectivamente, intervencionista e prevencionista.

Contudo, para Leal e Leal<sup>108</sup> propalada lei surgiu mais como fator de correção e adequação da incongruência existente entre duas normas do que propriamente para servir-se ao controle penal de condutas relativas ao uso e ao Tráfico de Drogas.

---

<sup>107</sup> BRASIL. Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110409.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>108</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas**: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010. p. 24-25.

Para fins de esclarecimento, salienta-se que a Lei Antidrogas ficou estruturada em seis títulos: Título I (Disposições preliminares); Título II (Do sistema nacional de políticas públicas sobre Drogas, dividido em seis capítulos); Título III (Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de Drogas, repartido em três capítulos, dentre os quais o que trata dos Crimes e das penas); Título IV (Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas); Título V (Da cooperação internacional); e Título VI (Das disposições finais e transitórias). Interessam especialmente ao presente trabalho o Título I, o Título II, no que se refere aos capítulos I e II, e, ainda, o Título III, também nos capítulos I e II.

Na esfera constitucional, a atenção dedicada ao Tráfico de Drogas, deu-se inicialmente por meio da Constituição de 1967<sup>109</sup>, que, em seu art. 8º, VII, alínea “b”, elencou dentre as competências da União, a de organizar a Polícia Federal, esta com a finalidade de reprimir o Tráfico de entorpecentes. Pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969<sup>110</sup>, foi incluída a locução “e drogas afins”.

Já a Constituição de 1988 foi a que mais tratou de forma repressiva o Tráfico de entorpecentes e Drogas afins, ao considerá-lo inafiançável e insuscetível de concessão de graça e anistia, nos termos do seu art. 5º, XLIII. Além disso, também no Título II - Dos Direitos e garantias fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e deveres individuais e coletivos, da Lei Fundamental, determinou-se a extradição de brasileiro naturalizado que tenha praticado o Crime de Tráfico de Drogas a qualquer tempo, antes ou depois da sua naturalização. Ainda, em consonância com essa política repressiva, o Magno Texto Republicano, em seu dispositivo 243, *caput* e parágrafo único, determina que as glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas sejam desapropriadas e destinadas a colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentos, e os respectivos produtos, confiscados, revertidos em benefício de instituições

---

<sup>109</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, promulgada em 15 de março. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o67.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>110</sup> BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.



especializadas no tratamento e recuperação de viciados e no custeio de atividades de fiscalização, controle e repressão do Tráfico de Drogas.

Em arremate, vale destacar que, pelo art. 2º da Lei n. 8.072/90<sup>111</sup>, o Crime de Tráfico de Drogas, qual seja, o Delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei Antidrogas foi equiparado a hediondo. Todavia, as demais condutas, equivalentes ou associadas/relacionadas ao Tráfico de Drogas (art. 33, §1º, e art. 34 a 37), não se caracterizam pela hediondez<sup>112</sup>.

Observada a atenção legislativa dedicada à questão das Drogas no Brasil, especialmente no que diz respeito ao Tráfico, passa-se, a seguir a verificar a política criminal brasileira nesse aspecto.

### 1.2.3.2 A política criminal brasileira sobre as Drogas

Inicialmente, por política criminal – denominação criada por Franz von Liszt -, tem-se, segundo Fragoso<sup>113</sup>, a atividade cuja finalidade precípua é pesquisar os meios mais adequados de contenção à criminalidade, e que se utiliza, para tanto, dos resultados fornecidos pela Criminologia<sup>114</sup>. Para este doutrinador, portanto, ao contrário do que consideram Zaffaroni e Pierangeli<sup>115</sup>, a política criminal não se trata de uma ciência.

---

<sup>111</sup> BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>112</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 217.

<sup>113</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23.

<sup>114</sup> Conforme MOLINA, Antonio García-Pablos de *apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 41, “a Criminologia é a ciência empírica e interdisciplinar que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada e confiável, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime - contemplando este como problema individual e como problema social -, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente”.

<sup>115</sup> De acordo com ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 129, “*política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou Direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos*” (itálico no original).

Na mesma senda, para Nucci<sup>116</sup>, cuida-se de uma forma de raciocinar e estudar o Direito Penal, de maneira mais crítica aos instrumentos já existentes, mas apresentando alternativas por meio da criação de novos institutos jurídicos. O mesmo autor distingue política criminal e criminologia, aduzindo que a primeira significa um conjunto de estratégias a serem adotadas no combate e controle da criminalidade, sem método próprio, disseminada nas diversas esferas do poder estatal; já a criminologia, por sua vez, por ser uma ciência de referências de dados, serve de substrato àquela.

Em sendo o Brasil signatário da Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes, de 1961, bem como da Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de Viena, de 1971, e da Convenção contra o Tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, de 1988, nada mais coerente que tenha adotado uma política criminal repulsiva às Drogas e, conseqüentemente, repressiva ao Tráfico, por meio da promoção de Valores éticos e sociais inerentes ao Estado Democrático de Direito<sup>117</sup> e contrária ao consumo dessas substâncias, prejudiciais que são à saúde humana e ao equilíbrio social.

E tal é de ser concretizada por seu Sistema Nacional de Políticas Públicas às Drogas, Sisnad, instituído no parágrafo único do art. 1º da Lei Antidrogas e vinculado à Secretaria Nacional Antidrogas.

Como bem lembram Leal e Leal<sup>118</sup>, o Sisnad integra a estrutura básica do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, de modo que as ações governamentais destinadas à prevenção e ao combate ao uso e ao Tráfico de Drogas são concebidas como questão de segurança institucional, justamente pela Gravidade dos problemas decorrentes dessa prática delituosa.

Nesse contexto, as finalidades do Sisnad destinam-se à articulação,

---

<sup>116</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal**: parte geral: parte especial. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 54.

<sup>117</sup> “[...] entendido como aquele que intervém nos domínios econômicos, social e cultural, obedecidos os parâmetros mínimo de cidadania política, justiça, representatividade, legalidade, legitimidade”, conforme CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & Estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 125.

<sup>118</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas**: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010. p. 31.

integração, organização e coordenação de atividades relacionadas com a prevenção do uso de Drogas e Reinserção social dos dependentes, bem ainda a repressão da produção não autorizada de substâncias tóxicas e do Tráfico ilícito destas, conforme prescreve o art. 3º da Lei n. 11.343/06. Observa-se que a finalidade do Sisnad está em consonância com os discursos preconizados no Brasil a partir dos anos 90, quanto a essa questão.

Ainda a legislação em comento previu, respectivamente, nos arts. 4º<sup>119</sup> e 5º<sup>120</sup>, os Princípios e os objetivos do Sisnad. Por tais dispositivos legais, extrai-se que foi atribuída não só aos órgãos governamentais, como também a todos os integrantes da Sociedade a responsabilidade na participação de combate às Drogas.

Como órgão central do Sisnad, destaca-se o Conad – Conselho Nacional Antidrogas, órgão colegiado, de natureza normativa e deliberativa coletiva, vinculado ao Ministério da Justiça e que tem, dentre outras responsabilidades, a de editar orientações a serem obedecidas pelos integrantes do Sisnad, mantendo atualizada a

---

<sup>119</sup> “Art. 4º São princípios do Sisnad: I - o respeito aos Direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes; III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados; IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad; V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad; VI - o reconhecimento da intersectorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito; VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito; VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad; IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas; X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social; XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad”.

<sup>120</sup> “Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos: I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados; II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país; III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios; IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei”.

política nacional sobre Drogas, quanto à prevenção do uso de Drogas, reinserção do usuário e repressão ao Tráfico ilícito.

Diante da explanação há que se ter em consideração, desse modo, que a política preventivo-repressiva brasileira é uma decorrência da máxima combatida pelas convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. É uma tentativa conjunta de redução ao uso e ao Tráfico de Drogas de uma maneira geral, que – como explanado ao longo deste capítulo – são responsáveis pelas mazelas sociais e individuais, dado o grande poder de destruição de muitas das Substâncias entorpecentes.

Porém, mais importante do que os tratamentos de recuperação do dependente e viciado ou do que a Reinserção social deste, faz-se mister evitar que se chegue a tal ponto. Crucial é deter que a cada dia um indivíduo mais ingresse no submundo das Drogas, na qualidade de Usuário ou de traficante. A prevenção será melhor concretizada se perpassados dois caminhos basilares e fundamentais: a educação e a manutenção de estruturas familiares sólidas, já que não se pode olvidar que a família é a base da Sociedade e que tem especial proteção do Estado, nos termos do art. 226, *caput*, da CRFB. Sem que investidos esforços nesses dois fundamentos, de nada servirão as mais belas e minudentes legislações. Do contrário, continuar-se-á tratando o problema e as consequências, mas não suas causas geradoras.

### *1.2.3.3 Breves considerações acerca do uso e do usuário de Drogas na Lei n. 11.343/06*

Com a lei Antidrogas, alguns doutrinadores<sup>121</sup> entendem que houve a descriminalização do uso de Drogas, muito embora a penalidade por tal prática

---

<sup>121</sup> Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 130, considera que houve despenalização e descriminalização formal, nesta última sem legalização da posse da droga para consumo pessoal, porquanto, não deixou de ser infração. Ainda pela descriminalização: THUMS, Gilberto; PACHECO, Gilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 52-58.

tenha remanescido, consoante se extrai do art. 28<sup>122</sup> de referido Diploma Legal.

Por Usuário, nos termos do citado dispositivo, concebe-se todo aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo próprio, Drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

De fato, como assinala Gomes<sup>123</sup>, nem todo usuário é dependente, sendo necessária tal distinção para a aplicação da medida alternativa mais Adequada ao caso concreto. De todo o modo, para os defensores da corrente da descriminalização, o Usuário passou a ser tratado não mais como um criminoso, mas como uma pessoa que precisa de tratamento e que deve ter garantido, dentre outros Direitos, sua reinserção ao convívio social.

Por tal fato, pôs-se em prática o discurso preventivo da política antidrogas há muito preconizado e almejado, à semelhança do que já ocorria nos ibéricos Portugal e Espanha<sup>124</sup>. Outrossim, externalizou-se o Princípio inserto no inciso I do art. 4º da mesma lei, qual seja, o do respeito aos Direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade.

---

<sup>122</sup> “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, 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. 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.

<sup>123</sup> GOMES, Luiz Flávio, **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 123.

<sup>124</sup> Hoje, Portugal e Espanha descriminalizaram o uso da maconha. Na Espanha, por exemplo, é incentivado o plantio para consumo próprio nas residências dos usuários.

Prezou-se pelas deliberações individuais quanto ao uso ou não de Drogas, por se tratar de questão de foro íntimo, limitada, contudo, tal liberdade, às liberdades alheias em um Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, Mesquita Junior<sup>125</sup> enuncia a proibição de se considerar a auto-lesão, ou seja, o consumo de substâncias agressivas à saúde, como Crime, um erro dantes cometido pela Sociedade brasileira de um modo geral que encarava – e na grande maioria ainda encara - as Drogas como caso de polícia ou como um problema moral.

Luiz Flávio Gomes citando Solo Carvalho, aponta outras justificativas para os fatores que levaram a essa descriminalização:

“[...] a criminalização ‘apenas potencializou os efeitos colaterais à incriminação: à promessa de contramotivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e o no intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população. A manutenção da ilegalidade da droga produziu sérios problemas sanitários e econômicos; favoreceu o aumento da corrupção dos agentes do poder repressivo; estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes; e restringiu os programas médicos e sociais de prevenção”<sup>126</sup>.

Ainda acrescenta que “do ponto de vista da saúde pública [...] a proibição dificulta o estudo do fenômeno da droga, as estatísticas são pouco precisas e os dependentes de drogas são tratados ora como criminosos ora como doentes”<sup>127</sup>.

Por outro lado, a Suprema Corte Brasileira, em questão de ordem suscitada no Recurso Extraordinário n. 430.105/RJ<sup>128</sup>, deliberou que a conduta prevista no art. 28 da Lei Antidrogas é infração da espécie Crime, e não outra

---

<sup>125</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à lei antidrogas**: Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 13-14.

<sup>126</sup> CARVALHO, Solo *apud* GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 36-37.

<sup>127</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo *apud* GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF. 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 abr. 2013.

qualquer do gênero<sup>129</sup>. Isso porque, em que pese o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal tenha conceituado Crime como a conduta suscetível à aplicação das Penas de reclusão e detenção, cumulativas ou não com a Pena de multa, e contravenção como a conduta sujeita às Penas de prisão simples, cumulativas ou não com a Pena de multa, a Lei Maior Brasileira não restringiu a infração Crime a essas espécies de reprimendas. Em inteligência aos incisos XLVI e XLVII do art. 5º, a Constituição Federal previu ainda a perda de bens, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de Direitos e vedou a aplicação de Penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), as de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as Penas cruéis.

Ademais, colhe-se de referido *decisum*, que se de um lado não houve a descriminalização, houve a despenalização em relação às Penas privativas de liberdade. É que, em meio às divergências conceituais, deve-se preferir aquela interpretação conferida pelos tribunais pátrios às leis e à Constituição, porque esta conferiu aos tribunais a missão institucional de interpretá-las.

Seguindo orientação semelhante, Jesus<sup>130</sup> pondera que a lei não pune o consumo da Droga, ou seja, não viola tal liberdade, mas incrimina as condutas descritas no artigo 28 da Lei n. 11.343/06. Assim, uma vez que tais condutas são contrárias ao ordenamento jurídico e estão tipificadas, não há como não considerá-las criminosas.

Enquanto o consumo de Drogas foi considerado um problema de saúde pública, com a promulgação da nova lei, o traficante e o Tráfico de Drogas foram ainda mais reprimidos. E é, portanto, acerca das espécies e características do Crime de Tráfico e condutas equivalentes e relacionadas que se continuará tratando a seguir.

---

<sup>129</sup> Do mesmo entendimento compartilham: SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n. 11.343/06. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006, p. 43; GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos:** prevenção-repressão. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127; JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada:** comentários à Lei n. 11.343/06. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39-40; MARCÃO, Renato. **Tóxicos:** Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60.

<sup>130</sup> JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada:** comentários à Lei n. 11.343/06. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

#### **1.2.4 Espécies e características dos Crimes previstos no art. 33, *caput* e §§1º e 4º, bem como arts. 34 a 37, todos da Lei n. 11.343/06**

Tendo em vista o objeto desta pesquisa, para facilitar a compreensão e melhor delimitação do tema, necessário se faz tratar das características do crime de Tráfico de Drogas, bem como das condutas a ele equivalentes (incisos I a III do § 1º do art. 33 da Lei Antidrogas), a ele relacionadas (art. 34) e a ele associadas ou relacionadas (arts. 35 a 37 da Lei Antidrogas).

Se assim o é, com relação ao Crime de Tráfico de Drogas, este descrito no *caput* do art. 33 da legislação em exame, observa-se que se trata de um Delito de ação múltipla, por constar de sua redação diversos núcleos do tipo. Todas as condutas nele descritas são comissivas, porquanto dependem do agir do agente.

No mais, o Bem jurídico tutelado é a saúde pública, já que “A preocupação da lei na criminalização do tráfico não é a de evitar os males causados pela droga àqueles que a consomem, mas o de evitar o risco à integridade social que os entorpecentes acarretam”<sup>131</sup>. De Jesus<sup>132</sup> aponta ainda como Bens jurídicos mediatos, a vida, a incolumidade física e a saúde individual dos cidadãos.

Pode ser considerado de perigo comum, presumido em caráter abstrato, por colocar em risco a integridade social, consoante alhures mencionado. Além disso, é tido como formal, visto que, para sua configuração, basta a potencialidade ou iminência de dano à saúde, não sendo necessária a existência de dano efetivo ao Bem jurídico tutelado. Portanto, suficiente é a realização de qualquer uma das condutas proibidas, relacionadas com Drogas ilícitas para caracterizar-se o Delito, sendo, de outro modo, desnecessária a ocorrência de resultado natural.

Por tais características, torna-se difícil a aplicação do Princípio da insignificância, quando pequena a quantidade da droga, sob o argumento de que desnecessária movimentação do aparato jurisdicional para apurar Crime nessa circunstância. Isso porque, consoante se extrai do entendimento manifesto, tanto no

---

<sup>131</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Gilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 34.

<sup>132</sup> JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada: comentários à Lei n. 11.343/06**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 82.



Egrégio Superior Tribunal de Justiça<sup>133</sup>, quanto na Corte Catarinense<sup>134</sup>, a pequena quantidade de droga não retira o potencial lesivo da conduta. Admissível é, contudo, a causa especial de diminuição de Pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu grau máximo (2/3).

Por se tratar de Crime formal e por apresentar multiplicidade de verbos no tipo, dificilmente há que se falar em tentativa no caso de Tráfico de Drogas. Exemplifica-se a afirmação: se o agente tenta vender determinada substância ilícita e não obtém êxito em seu intento, responde pelo Crime em questão pelo fato de “trazer consigo” ou “ter em depósito” conforme o caso, se pego em flagrante por uma dessas condutas. É que, como bem orientam Pacheco e Thums, “o objetivo do legislador de ter inserido muitos verbos nucleares nos tipos penais é o de caracterizar a figura típica na sua forma consumada, em qualquer fase do *iter criminis*, uma vez realizado o comportamento previsto”<sup>135</sup>.

É Crime comissivo, tendo como elemento subjetivo o dolo – não existe esse Delito na modalidade culposa. O elemento objetivo se consubstancia nos dezoito verbos nele descritos, que dispensam comentários, por serem autoexplicativos<sup>136</sup>. Dessas condutas, como afirmam Pacheco e Thums<sup>137</sup>, conforme a complexidade, algumas são instantâneas (oferecer, prescrever, ministrar, entregar); outras, permanentes (preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, expor à venda).

Quanto ao equivalente previsto no inciso I do § 1º do art. 33 da Lei 11.343/06, tem-se que a infração penal em comento possui características muito semelhantes ao seu original: doloso, comissivo, formal, de perigo abstrato e de

---

<sup>133</sup> Nesse sentido, o STJ decidiu em: HC n. 248652/MT, Habeas Corpus 2012/0146514-6, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em: 18/9/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 abr. 2013.

<sup>134</sup> Igualmente na mesa senda, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina se pronunciou: Apelação Criminal n. 2012.083969-7, de Palhoça, Rel. Des. Torres Marques, j. em: 18/12/2012; Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 18 abr. 2013.

<sup>135</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Gilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 37.

<sup>136</sup> Ressalva-se que a distinção entre os atos de “trazer consigo” e “transportar” é que naquele verbo, tem-se a ideia de transporte pessoal; neste, é a locomoção da droga de um lugar para outro, com a utilização de um meio de transporte.

<sup>137</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Gilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 39.

múltiplas condutas consubstanciado em quatorze verbos, o que dificulta sua prática na modalidade tentada. E, como o *caput*, tutela a saúde pública e tem na coletividade seu sujeito passivo.

Difere do Tráfico, contudo, quanto ao objeto material. Enquanto naquele é a droga, neste são a matéria-prima, o insumo ou o produto químico destinados à preparação daquela, desde que apresentem qualidades químicas específicas para esse fim.

Por matéria-prima tem-se “aquela retirada originariamente da natureza. Insumo é a matéria usada para fomento e melhora da droga. Já o produto químico é o material criado com a utilização da ciência”<sup>138</sup> para aprimorar a Droga.

Tocante à conduta descrita no inciso II do §1º do art. 33 da Lei Antidrogas, tem-se que o tipo, comum, doloso e comissivo, consubstancia-se nos verbos semear, cultivar ou fazer a colheita de plantas que sejam matéria-prima para preparação de Drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal. Caso sejam praticados os verbos descritos no tipo para uso pessoal, tem-se a conduta prevista no §1º do art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Por seu turno, o inciso III do §1º do art. 33<sup>139</sup> corresponde à utilização de determinado local ou bem – móvel como avião, embarcação ou automóvel, ou imóvel, como casa, hotel, pousada, escola -, para o Tráfico de Drogas.

Crime formal, doloso e subsidiário, exige para sua configuração que quem esteja traficando não exerça tal prática em bem de sua propriedade, sob pena de caracterizar a descrita no art. 33, *caput*<sup>140</sup>. Nesse norte, Thums e Pacheco,

---

<sup>138</sup> BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas:** comentários à lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 65.

<sup>139</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 5 jan 2013.

<sup>140</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013.

asseveram que “[...] para não dizer impossível, é de difícil aplicação a conduta de ‘utilizar local para tráfico’ para quem está traficando, porque, neste caso, já existe a tipificação pelo crime de tráfico”<sup>141</sup>.

Ressalta-se que o art. 33 da Lei Antidrogas, prevê em seu §4º<sup>142</sup>, o Tráfico ilícito de Drogas privilegiado. Corresponde à prática de uma das condutas constantes do *caput* ou do §1º do dispositivo suso referido por agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades nem integre organizações criminosas, podendo ser-lhe, reduzidas as Penas de um sexto a dois terços, pelo preenchimento de tais requisitos. Essa conduta é a praticada pelo nominado pequeno traficante, ou traficante eventual, ocasional, desde que a quantidade de droga envolvida e de lucro aferido não seja considerável<sup>143</sup>. Isso porque, do contrário, será enquadrado o agente como grande traficante, por dedicar-se de forma contundente e habitual à atividade criminosa da traficância<sup>144</sup>.

Já o Ilícito penal do art. 34 da Lei Antidrogas, também considerado

<sup>141</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Gilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 89.

<sup>142</sup> “Art. 33: [...]§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de Direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

<sup>143</sup> Segundo se extrai do seguinte acórdão: “No delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (**traficante**, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles inviável a benesse legal”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2010.006986-1, da Capital, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 05-04-2011. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 18 abr. 2013).

<sup>144</sup> Nesse passo: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - APREENSÃO DE CRACK E MACONHA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - FIRME ELENCO PROBATÓRIO - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - CRIME AUTÔNOMO E QUE PRESCINDE DA PRÁTICA EFETIVA DOS DELITOS QUE MOTIVARAM A REUNIÃO - ELEMENTOS DO TIPO PENAL PREENCHIDOS - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA - CONDENAÇÕES PRESERVADAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 - RÉU QUE NÃO PODE SER QUALIFICADO COMO TRAFICANTE PEQUENO E EVENTUAL - ELEMENTOS QUE INDICAM A HABITUALIDADE - REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. DOSIMETRIA - REDUÇÃO DA PENA-BASE - MOTIVO E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS - FUNDAMENTOS INERENTES AOS TIPOS PENAS - ADEQUAÇÃO DEVIDA - INCIDÊNCIA DE ATENUANTE E MAJORANTE - PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO - NÃO CABIMENTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2012.017925-4, de Tubarão, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 08-05-2012. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 18 abr. 2013).

subsidiário, formal, comum e doloso, é relacionado ao Tráfico de Drogas<sup>145</sup> e denominado de Crime de “petrechos para o tráfico”. Apresenta 11 condutas, repetindo às descritas no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/06, mas inovando quanto ao verbo “utilizar”.

Concernente ao Crime de associação para o Tráfico de Drogas – art. 35<sup>146</sup> - foi mantida a conduta incriminadora antes descrita no art. 14 da Lei 6.368/76, bem ainda a mesma quantidade da Pena privativa de liberdade. Houve, porém, um aumento para a Pena de multa, em relação ao mínimo e ao máximo da cominação *in abstracto*.

Para sua concretização, é necessário o concurso de pessoas, e o dolo específico da associação: a traficância e as condutas que lhe são equivalentes ou equiparadas, sem que, necessariamente, tais condutas tenham se concretizado. “O tipo é especial em relação ao art. 288 do Código Penal; se os delitos visados são os da lei *sub examinem*, aplica-se esta e não o estatuto repressivo genérico”<sup>147</sup>.

Nesse sentido, Leal e Leal<sup>148</sup> distinguem grupo de organização e associação criminosa, considerando que estas duas últimas caracterizam-se pelo acordo de vontades, pela estabilidade e pela permanência temporal; o grupo, por sua vez, compreende a reunião de alguns traficantes atuando em concurso, mas sem aludidas características.

Em relação ao Crime de financiamento ou custeio do Tráfico e de condutas equivalentes ou equiparadas, tipificado no art. 36 da Lei Antidrogas, impende registrar que se trata de Crime-meio para este, e, conforme classifica

---

<sup>145</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas**: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010. p. 145-147, sustentam que o crime de petrechos para o tráfico a este se equiparam por dele ser uma modalidade/espécie. Se se considerar equiparado ao tráfico, também se pode considerar crime hediondo, porém sujeito a tratamento penal previsto na Lei Antidrogas.

<sup>146</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em 5 jan. 2013.

<sup>147</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

<sup>148</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas**: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010. p. 209-210.

Mesquita Júnior<sup>149</sup>, trata-se de Crime unissubjetivo (porque pode ser praticado por única pessoa), plurissubsistente (porque admite o fracionamento da conduta típica), de perigo, doloso, de núcleo composto alternativo e vago (porque seu sujeito passivo não é personificado).

Não incorre nessa conduta e, conseqüentemente não está sujeito às Penas de seu tipo se o custeio ou o financiamento são precedidos da associação para prática reiterada dessas condutas, hipótese em que se responde pelo tipo previsto no parágrafo único do art. 35 da Lei n. 11.343/3013.

Por derradeiro, a outra conduta diretamente relacionada ao Crime de Tráfico é a do art. 37<sup>150</sup>, por meio da qual aquele que colabora com o Tráfico como informante – o nominado fogueteiro, sinalizador – pode ser punido com Pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Para tanto, o agente não deve estar vinculado ao grupo, à organização ou à associação que pratica o Tráfico de Drogas, caso em que o Crime será o do art. 35, *caput*, da Lei Antidrogas. Outrossim, para configurar-se o tipo, é necessário que a informação seja dirigida a um dos integrantes do grupo, organização ou associação, mas não a um traficante que trabalhe sozinho ou a um conjunto de traficantes que não formem propriamente uma organização criminosa, hipóteses em que a conduta é atípica.

Sobre esse tema, Thums e Pacheco<sup>151</sup> ressaltam que a efetividade desse ilícito penal esbarra em alguns óbices: o primeiro deles, na dificuldade de comprovar-se que o informante faz parte do grupo ou organização para o tráfico; o segundo, no fato de que os informantes, na grande maioria das vezes, não são

---

<sup>149</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à lei antidrogas**: Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 92-93.

<sup>150</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013.

<sup>151</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Gilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 111.

maiores, mas crianças e adolescentes que não cometem o crime, mas ato infracional e que, corolário disso, não respondem criminalmente, e sim cumprem medida socioeducativa.

Tratados neste capítulo o Ilícito penal, especialmente o crime de Tráfico de Drogas e as condutas equivalentes, assemelhadas e relacionadas, bem ainda analisada sucintamente a preocupação nacional e mundial com as Drogas, para viabilizar-se ulterior estudo acerca da reprimenda mais Adequada e da Substituição de Penas para Delitos dessa natureza, passa-se, no próximo capítulo à verificação das Penas, quanto a conceito, origem, finalidades, classificação, importância e Ressocialização.

## CAPÍTULO 2

### DAS PENAS

A violação a uma norma jurídica, por transgredir um Bem jurídico tutelado e afetar o equilíbrio da vida em Sociedade, enseja ao Estado a aplicação de uma sanção que, na esfera penal, - em razão do poder-dever de punir -, é denominada Pena.

Do latim *poena* e da derivação do grego *poine*<sup>152</sup>, a Pena é sinônimo de castigo, punição, sofrimento, padecimento, piedade, aflição<sup>153</sup>, ou mesmo vingança e recompensa. O conceito e função/finalidade da Pena, dessarte, oscilam de acordo com o sujeito e com o contexto histórico de sua aplicação: em assim sendo, pode ser castigo para o agressor; punição e intimidação para Sociedade em geral; e vingança para a vítima.

Nietzche, em “O Viajante e sua Sombra”, demonstra que mesmo para a Sociedade, a Pena pode igualmente ser sinônimo de vingança:

Quando se dirige aos tribunais, quer também a vingança como cidadão privado; além disso, como membro da sociedade que raciocina e que prevê, vai querer a vingança da sociedade contra alguém que não a respeita. Assim, com a pena jurídica, tanto a doutrina privada como a doutrina social são restabelecidas: isso equivale a dizer que a pena é uma vingança. – Há certamente também na punição esse outro elemento da vingança descrito anteriormente, no sentido de que, pela punição, a sociedade serve para a conservação de si e dá a resposta em sua legítima defesa. A pena quer evitar um dano futuro, quer intimidar. Portanto os dois elementos tão diferentes da vingança estão associados na punição e é talvez o que contribui mais para manter essa confusão de ideias que faz com que o indivíduo que se vinga não saiba geralmente o que quer<sup>154</sup>.

No presente capítulo, portanto, cuida-se da pena, buscando-se conceituá-la, bem ainda, analisar suas características, sua origem, suas finalidades e classificação.

---

<sup>152</sup> Oliveira *apud* KLOCH, Henrique; MOTTA, Ivan Dias da. **O sistema prisional e os Direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 15.

<sup>153</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**: eletrônico. Curitiba: Positivo, 2010.

<sup>154</sup> NIETZCHE, Frederich Wihelm. **O viajante e sua sombra**. São Paulo: Escala, 2007. p. 39-40.

## 2.1 CONCEITO

Segundo Fragoso<sup>155</sup>, a “pena é a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete o crime”, é a sanção jurídica de natureza penal, que difere das demais sanções de natureza civil porque o Bem jurídico lesado não é reparado ou restituído ao lesado. Retribui-se o mal causado com a perda da liberdade, da vida ou do patrimônio, respectivamente, por meio das Penas de prisão, de morte (no Brasil, somente em caso de guerra declarada) e de multa.

Para Jesus, Pena “é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”<sup>156</sup>.

No mesmo sentido de Jesus, Nucci apresenta o conceito de Pena nela inserindo seus fundamentos e finalidades, *verbis*: “[...] sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”<sup>157</sup>.

Infere-se, desta feita, que a Pena é a sanção jurídica aplicável ao infrator que, ao praticar uma conduta típica e antijurídica, viola um Bem jurídico tutelado, funcionando, para o Estado, como um instrumento de retribuição ao mal causado e prevenção de novos Crimes.

No ordenamento jurídico brasileiro, Mirabete<sup>158</sup> orienta que, como características principais, a Pena é personalíssima, porquanto não deve passar da pessoa do delinquente em inteligência ao disposto no art. 5º<sup>159</sup>, XLV, primeira parte, da CRFB; está regida pelo Princípio da legalidade, pois, como já outrora mencionando, “não há pena sem prévia cominação legal”<sup>160</sup>; deve haver proporcionalidade entre o Crime praticado e a Pena cominada; e, por fim, a Pena

---

<sup>155</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 348.

<sup>156</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 519.

<sup>157</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 52.

<sup>158</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal**: parte geral. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. I, p. 246.

<sup>159</sup> “[...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”.

<sup>160</sup> Art. 1º do CP e inciso XXXIX do art. 5º da CRFB.



deve ser inderrogável, ou seja, uma vez cometido o Crime, a imposição deve ser certa e o cumprimento da Pena inevitável.

É importante considerar que nem sempre a Pena teve referido conceito; nem sempre foi instrumento do Estado e do Direito Penal para a manutenção da ordem social, ou, em mesmo sendo instrumento estatal, nem sempre esteve imbuída dessas características e Princípios. É o que poderá ser constatado a partir do próximo item, em que será tratada a origem das Penas.

## 2.2 ORIGEM

A origem das Penas é tão antiga quanto a história da humanidade<sup>161</sup>. Antecede inclusive o surgimento do Direito Penal. Desde os primórdios, por ser da essência humana a convivência em Sociedade, necessário se fez o estabelecimento de Regras básicas para esse convívio e que, uma vez violadas, implicavam a aplicação de punições.

Todavia, àquela época não se concebia a punição como Pena no sentido jurídico. Eram, em verdade, diversas modalidades de castigo aplicadas pelo clã de deuses, em virtude da relação totêmica<sup>162</sup>. Esse primeiro momento corresponde à chamada “vingança a divina”, visto que “as relações foram tuteladas pela religião antes mesmo de o serem pelas normas jurídicas, e o Direito penal primitivo é caracterizado essencialmente pela influência direta dos elementos religiosos e sacros”<sup>163</sup>.

Em um segundo momento, a justiça passou a ser feita pelas “próprias mãos” da vítima ou dos familiares desta, ao que se designou “vingança privada”. Inicialmente, era permitido ao ofendido vingar-se como queria – o que acarretava a

---

<sup>161</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativa. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

<sup>162</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 55-56 explica que os membros da comunidade estavam ligados ao clã pelo totem - um animal ou um vegetal ou um fenômeno natural. Daí por que a denominação relação totêmica. A quebra de algum tabu – sagrado, consagrado – acarretava a aplicação de algum castigo - geralmente a expulsão do agente transgressor do grupo -, sob pena de todos os membros serem atingidos pela fúria dos deuses.

<sup>163</sup> Tucci *apud* BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 25.

utilização de Penas cruéis e brutais muitas vezes. Como ressaltam Kloch e Motta, “a vingança privada não comportava um sistema prisional, pois a execução do infrator era imediata”<sup>164</sup>.

Ainda nessa fase, contudo a *posteriori*, com o advento da Lei de Talião, consubstanciada na expressão “olho por olho dente por dente”, Princípio também consagrado na Lei das XII Tábuas (Roma), no Código de Hamurábi (Babilônia), no Pentateuco (hebreus) e no Código Manu (Índia), a vingança passou a ser exercida de maneira proporcional à ofensa sofrida<sup>165</sup>, nem sempre menos brutal, carregando consigo a premissa de punir o mal com o mal.

Esse sistema vigorou ainda durante boa parte da Idade Média<sup>166</sup>, quando inexistente qualquer forma de Estado, já que o período medievo foi marcado por um poder descentralizado. Nesse tempo, somente a Igreja Católica se fortalecia como instituição unitária, uma vez que “o cristianismo vai ser a base da aspiração à universalidade”<sup>167</sup>. E, com o cristianismo e o crescimento do catolicismo, houve uma maior preocupação com as questões espirituais e com a necessidade de demonstração da fé<sup>168</sup>. Crime e pecado eram atos que se confundiam, de modo que qualquer pessoa que se insurgisse contra a Igreja ou deixasse de demonstrar sua fé era considerada criminosa e poderia ser submetida a julgamento pelos Tribunais da Inquisição<sup>169</sup>.

---

<sup>164</sup> Oliveira *apud* KLOCH, Henrique; MOTTA, Ivan Dias da. **O sistema prisional e os Direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 17.

<sup>165</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 26.

<sup>166</sup> Ensina PEDRO, Antonio. **História da civilização ocidental: geral e Brasil**. São Paulo: FTD, 1997. p. 62 e 68, que a Idade Média corresponde ao período compreendido entre os séculos V e XV, ou seja, entre a queda do império romano do ocidente e o início dos tempos modernos, que coincide com a queda do império romano do oriente. Este longo período se subdivide em Alta e Baixa Idade Média, aquela compreendendo os séculos V ao XI; esta, os séculos XII ao XV. A Alta Idade Média caracterizou-se pelo modo de produção feudal, o feudalismo, que, politicamente, era marcado pela fraqueza do Estado, descentralização política e pela influência da única instituição que se fortaleceu à época, a Igreja Católica.

<sup>167</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66.

<sup>168</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 36.

<sup>169</sup> “A Inquisição foi organizada entre 1184 e 1229, tomando impulso a partir da proibição dos ordálios pelo IV Concílio de Latrão, em 1215” e “possui caráter político: é uma arma de classe, uma contra

Paralelamente ao desenvolvimento do Direito Canônico, avançando pela Baixa Idade Média<sup>170</sup>, conforme orienta Barros<sup>171</sup>, tem-se a retomada do Direito romano, que, por estar pautado na centralização política, somando-se a ele alguns fatos históricos<sup>172</sup>, rompeu com a forma justiça e de organização política, social e econômica feudal, a partir de então insustentável. Assim, deu-se a passagem da “vingança privada” para a “vingança pública”, em que “não mais se admitirá a contestação e a composição entre indivíduos – o litígio passa a ser resolvido por um poder exterior, o poder judiciário”<sup>173</sup>, instrumentalização do poder do soberano.

Observa-se, destarte, que o surgimento da vingança pública confunde-se com a formação do Estado Moderno do Absolutismo, quando da centralização do poder nas mãos de única pessoa, o monarca/rei/soberano. Seu poder, por sua vez, era legitimado por Deus, em virtude do Direito divino que preponderou na fase inicial do Absolutismo, conforme discorre Foucault<sup>174</sup>:

O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, por a força da lei é a força do príncipe. [...] A intervenção do soberano não é portanto uma arbitragem entre dois adversários; é mesmo muito mais que uma ação para fazer respeitar os Direitos de cada um; é uma réplica direta àquele que a ofendeu. [...] O castigo é também uma maneira de buscar uma vingança pessoal e pública,

---

investida às revoltas, que, ao combater a heresia, combate os inimigos das ordens de poder. É através da perseguição da heresia, de uma mentalidade de crenças que se difunde a ideologia sustentadora do status quo e legitima a atuação repressiva”, conforme HAUSER, Ester Eliana; MARTEL, Letícia. Tribunais, magistrados e feiticeiras na Europa Moderna. In SANTOS, Rogério Dutra. **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Editora Diploma Legal: Florianópolis, 1999. p. 210 e 217.

<sup>170</sup> Segundo leciona PEDRO, Antonio. **História da civilização ocidental**: geral e Brasil. São Paulo: FTD, 1997. p. 62 e 80-86, a Baixa Idade Média compreende o período existente entre os séculos XII e XV, assinalado pelo crescimento das cidades, pela expansão comercial, pela influência das cruzadas, pelo surgimento de uma nova classe, a burguesa, pela formação de corporações de ofício e de universidades, pela redescoberta da Antiguidade Clássica e pela conseqüente modificação da mentalidade das pessoas à época.

<sup>171</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 35.

<sup>172</sup> Como fatos históricos mencionam-se as cruzadas, a necessidade de expansão do território europeu com as grandes navegações, os ideais renascentistas, o desenvolvimento das universidades e o ressurgimento das práticas comerciais, que acarretaram, como bem sintetiza MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36, uma crise geral da mentalidade e da vida medieval, despertando, nos pequenos e diversos núcleos, o sentimento de nação e de necessidade sujeição a um único rei.

<sup>173</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 34.

<sup>174</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes: 1987. p. 41-42.

pois na lei a força físico-política do soberano está de certo modo presente.

Há que se ressaltar que tanto em praticamente toda a Idade Média, quanto nos anos que a antecederam, como também nas civilizações antigas, por estar associada à ideia de castigo, a sanção mais aplicada era a Pena de morte, podendo a repressão alcançar não só o patrimônio, como os descendentes do infrator<sup>175</sup>. Além da reprimenda capital, poderiam ser aplicados açoites, castigos corporais, mutilações e desterro, sem que, contudo, houvesse a prisão como Pena. Consoante assevera Bitencourt<sup>176</sup>, até fins do século XVIII, a prisão era tão somente um instrumento de guarda e contenção dos acusados, com o fito de garantir o resultado útil do julgamento. Consistia nas modalidades prisão-custódia - para os réus aos quais fossem aplicadas as Penas de morte, açoite ou mutilação -, e detenção temporal ou perpétua, até que recebido ou não o perdão real. Àquela época destinava-se a ser “tão-somente” a antessala dos suplícios.

Os suplícios, por sua vez, eram as Penas corporais - e dolorosas -, “fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para barbárie e a crueldade”<sup>177</sup>, aplicadas em cerimônias e rituais públicos, marcadas pelo sofrimento do suplicado e que tinham, como função precípua e velada, a reconstituição da soberania do Rei e a reativação do seu poder, em detrimento do restabelecimento da justiça<sup>178</sup>.

Bitencourt<sup>179</sup> atenta para o fato de a exceção à prisão-custódia no período em comento ter sido somente a prisão canônica do século XVI, também nominada de eclesiástica. Isso porque era o tipo de Pena que mais se coadunava com os Princípios humanistas da Igreja, porquanto completamente desumanos os suplícios. Tal forma de prisão destinava-se à reabilitação e à correção de clérigos rebeldes e consistia em uma cela isolada – a cela monacal -, livre de qualquer contato externo e

<sup>175</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 244.

<sup>176</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3 e 9.

<sup>177</sup> Jaucourt *apud* FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes: 1987. p. 31.

<sup>178</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes: 1987. p. 42-43.

<sup>179</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.10 e 12.

comunicação interna, cuja finalidade era o alcance do arrependimento pelo pecador, por meio da oração, da reflexão, da meditação.

Do vocábulo penitência, advieram as expressões “penitenciário” e “penitenciária”<sup>180</sup>. Por seu turno, do Direito canônico, exsurgiram as bases da prisão moderna que começou a se delinear especialmente a partir do século XVIII, por força de ideais iluministas de filósofos como Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangieri e Pagano (Itália)<sup>181</sup>. Esses pensadores preconizaram a transformação da finalidade da Pena: de castigo e instrumentalização do poder à prevenção de Delitos. Ainda, sustentaram a humanização das Penas, com o fim das torturas, dos sofrimentos corporais, das Penas capitais, bem ainda a observância da Proporcionalidade na aplicação da reprimenda em relação ao Delito cometido.

Nesse soar, Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, aduz que “a pena de morte não se apóia, assim, em nenhum Direito”<sup>182</sup>, e acrescenta que “entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável”<sup>183</sup>, mas menos cruel<sup>184</sup>.

Por isso, a partir de então, a Pena de prisão, nas mais diversas nomenclaturas - detenção, reclusão, encarceramento correicional, trabalhos forçados<sup>185</sup> -, passou a ser a forma mais aceitável de castigo a ser aplicada ao

---

<sup>180</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativa. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 13.

<sup>181</sup> Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 60.

<sup>182</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 31 Disponível em: <<http://www.institutoelo.org.br/site/files/publications/76f2527a255ae76eaf9212dc7ee04cb5.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

<sup>183</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 29 Disponível em: <<http://www.institutoelo.org.br/site/files/publications/76f2527a255ae76eaf9212dc7ee04cb5.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

<sup>184</sup> Também pela proporcionalidade é trazida por Montesquieu: “É um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e àquele que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas”, em MONTESQUIEU. **O espírito das Leis**. 2 ed. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 103.

<sup>185</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 48.

infrator de determinada violação criminal, e a intervenção penal passou, assim, a obedecer a critérios racionais<sup>186</sup>.

É de crucial importância ponderar que essa modificação do caráter punitivo não se deu só em virtude das influências iluministas, senão também em razão do afastamento do caráter religioso dos Crimes e infrações<sup>187</sup> - quando da passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal -, bem como em decorrência da Revolução Francesa e da Revolução Industrial.

A Revolução Francesa porque, ao preconizar os ideários de fraternidade, igualdade e liberdade, tinha neste último, o Bem jurídico que, a partir de então, passou a ser o mais precioso. Por tal motivo, como bem assevera Foucault<sup>188</sup>, sua perda teria o mesmo preço para todos. Em assim sendo, mais do que a multa, a prisão seria o castigo mais igualitário.

Já a Revolução Industrial – e, por óbvio, o capitalismo -, porquanto, com a industrialização da Europa, sentiu-se a necessidade de disciplinar e doutrinar seus trabalhadores que se relacionavam diretamente com os bens que produziam, mas que a eles nunca teriam acesso<sup>189</sup>. Nesse afã, mais do que eivada de caráter humanitário, a Pena de prisão destinava-se à correção de indivíduos e irresignação destes, para que fossem utilizados como mão-de-obra e não se insurgissem contra a classe dominante. Bitencourt explica que “a criação desta nova e original forma de segregação punitiva responde mais a uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista que à genialidade individual de

---

<sup>186</sup> Nesse contexto, Rousseau afirmou: “O homem nasce livre, e em toda parte se encontra sob ferros”, em ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995. p. 21.

<sup>187</sup> KLOCH, Henrique; MOTTA, Ivan Dias da. **O sistema prisional e os Direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 21.

<sup>188</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes: 1987. p. 196.

<sup>189</sup> SANTOS, Rogério Dultra. Thomas Hobbes e Hans Kelsen como matrizes discursivas da legitimação racional do sistema penal: fundamentos para compreensão da atividade repressiva do Estado Moderno. In: SANTOS, Rogério Dultra. **Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado** Editora Diploma Legal: Florianópolis, 1999. p. 260.

algum reformador”<sup>190</sup>.

Em razão desses fundamentos subentendidos, as primeiras prisões reformadoras surgiram justamente nos países em que a Revolução Industrial teve grande repercussão, como Inglaterra e Holanda. Neste, em 1596, por meio das casas de correção para homens, nominadas *rasphiuses*, e, em 1597, por meio das casas de correção para mulheres, as chamadas *spinhis*<sup>191</sup>. Na Inglaterra, as casas de correção ou *bridwells* surgiram com a preocupação de reeducar delinquentes por volta do século XVI, evoluindo para as chamadas *workhouses*<sup>192</sup>.

A prisão canônica, assim como tais estabelecimentos prisionais, fundados na reeducação e na Ressocialização, foram os embriões da prisão como Pena, que, com esse caráter surgiu no século XVIII, especialmente pelas penitenciárias da Pensilvânia e da Filadélfia, as quais deram origem aos respectivos sistemas, a serem a seguir observados.

## 2.3 OS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Os Sistemas penitenciários correspondem às “formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais ou regulamentadores”<sup>193</sup>.

Em geral, a doutrina<sup>194</sup> reconhece a existência de três Sistemas, penitenciários – Filadélfico, Auburniano e Progressivo ou Inglês.

### 2.3.1 Sistema Filadélfico

Também intitulado sistema belga ou celular, foi inicialmente praticado na

<sup>190</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21-22.

<sup>191</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 17.

<sup>192</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16-17.

<sup>193</sup> PIMENTEL *apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro: parte geral**, arts. 1º a 120. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. V. I. p. 542.

<sup>194</sup> Nesta senda, NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1. p. 236-237; JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 521; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 359-361.

prisão de Walnut Street na Filadélfia, Estados Unidos, em 1790, sob a inspiração de ideias norte-americanas e de filósofos como John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, bem ainda das próprias experiências havidas com as penitenciárias da Holanda e da Inglaterra. Consistia no isolamento celular individual para os delinquentes mais perigosos, e na segregação em celas comuns para os demais. A estes era permitido o trabalho conjunto durante o dia, desde que respeitada o silêncio absoluto<sup>195</sup>.

Fadada ao fracasso, a prisão de Walnut Street foi sucedida pela Penitenciária Ocidental (Western Penitentiary), em Pittsburgh, de 1818, e pela Penitenciária Oriental (Eastern Penitentiary), em Cherry Hill, de 1829, ambas cidades norte-americanas. Enquanto a primeira se baseava no modelo panóptico<sup>196</sup> de Jeremy Bentham e se consubstanciava no isolamento absoluto, sequer permitindo a execução de atividades laborais, a segunda, apesar de também caracterizar-se pelo isolamento absoluto, permitia o exercício do trabalho, ainda que, muitas vezes, entediante. Ambas, porém, utilizavam-se da religião na recuperação do criminoso<sup>197</sup>.

A principal crítica a esse sistema é justamente o fato de o isolamento absoluto celular não garantir a Reinserção social do condenado, que, por tanto tempo passava confinado em uma cela isolada, resignado ao ócio, sem a noção de tempo e de lugar. Mais agressivo ainda se mostrou esse sistema aos réus primários.

### 2.3.2 Sistema Auburniano

A fim de superar as inconsistências do Sistema Filadélfico, implementou-se em Auburn, também nos Estados Unidos, em 1818, um sistema em que era

---

<sup>195</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativa. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 60.

<sup>196</sup> O panóptico é um modelo de estabelecimento prisional em formato circular, tendo uma torre em seu centro, de onde se tinha visibilidade de todas as celas e assim, maior controle e segurança. Desenvolvido por Jeremy Bentham, inspirado no zoológico de Versalhes, o panóptico, para FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes: 1987. p. 165-168, mais do que um instrumento de punição e de ressocialização do indivíduo, era uma fonte de demonstração da preponderância do poder. Nesse sentido, o filósofo aduz que, por esse modelo, o animal do zoológico foi substituído pelo homem, e o rei “pela maquinaria de um poder furtivo”.

<sup>197</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativa. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 61-62.



permitida a realização do trabalho e de determinadas tarefas em grupos durante o dia, desde que realizadas em silêncio. Por outro lado, determinava-se o isolamento celular noturno e proibiam-se as visitas de familiares, o lazer, a prática de exercícios físicos e de atividades educacionais<sup>198</sup>.

Bitencourt observa que esse sistema, por pautar-se no silêncio, na reflexão e no isolamento celular, tal qual o Sistema Filadélfico, representou um instrumento de manifestação de poder, de controle das massas, ao pretender, “consciente ou inconscientemente, servir de modelo ideal à sociedade, o microcosmos de uma sociedade perfeita, onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas reunidos sob um enquadramento hierárquico”<sup>199</sup>.

Em verdade, o Sistema Auburniano diferiu do Sistema Filadélfico especialmente quanto ao momento de isolamento celular. Neste último, a segregação ocorria durante todo o dia; naquele, era permitido o trabalho coletivo por algumas horas, o que acabava sendo mais produtivo. Entretanto, como o outro sistema, o auburniano também se sustentava na retribuição e na punição por meio do cumprimento da Pena e não se preocupava com a Ressocialização do indivíduo.

### 2.3.3 Sistema Progressivo

Responsável por representar importante inovação no cumprimento das Penas privativas de liberdade, o Sistema Progressivo possibilitou o retorno do condenado ao convívio social antes do término de sua Pena, desde que preenchidos certos requisitos, dentre eles, o bom comportamento.

Propalado sistema foi implementado tanto na Ilha de Norfolk, na Austrália, em 1840, pelo Inglês Alexander Maconichie, através de um método de marcas ou vales – mark system<sup>200</sup> -, quanto na Irlanda, por Walter Crofton, por meio de um

---

<sup>198</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. V. I. p. 543.

<sup>199</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativa. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 73.

<sup>200</sup> Nos dizeres de Pimentel *apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. V. I. p. 544, “a duração da pena não era determinada exclusivamente pela sentença condenatória, mas dependia também do aproveitamento do preso, demonstrado pela dedicação ao trabalho e boa conduta. Levavam-se em

sistema dividido em quatro etapas, a saber: isolamento celular por um período de nove meses em uma fase inicial; execução de trabalhos em obras públicas num segundo momento; trabalho externo com pernoite no estabelecimento prisional na terceira etapa; e liberdade provisória ou livramento condicional, na última oportunidade, que poderia ser revogada ou convertida em definitiva em caso de bom comportamento.

Hoje mais flexibilizado – especialmente o irlandês, – é o sistema mais adotado na maioria dos países, inclusive no Brasil, consoante se pode observar mais adiante neste trabalho.

Insta registrar que Prado<sup>201</sup> aponta para a existência de um quarto sistema, o reformatório, adotado precipuamente pelos Estados Unidos. Por aludido sistema, as instituições de reeducação destinam-se a adolescentes e a jovens adultos infratores, com vistas à sua correção, educação, Reinserção social. Baseiam-se na indeterminação da sentença e na vigilância após o cumprimento da Pena.

Com efeito, os sistemas prisionais são frutos das reflexões dispensadas às finalidades da Pena, à forma de prevenção de novos Delitos, à recuperação de delinquentes e à amenização dos danos sofridos pelas vítimas e pela Sociedade, o que será melhor tratado a partir do próximo item.

## 2.4 FINALIDADES DA PENA

As finalidades das sanções penais oscilaram e ainda oscilam na medida em que a Sociedade evolui, tendo em vista a influência dos fatos sociais, econômicos e políticos ao longo da história. Se assim o é, para algumas teorias, a Pena pode ter caráter retributivo; para outras, porém, preventivo; ainda, para uma terceira corrente, um caráter misto. Outros alternativamente defendem o abolicionismo penal, o Direito Penal máximo ou o garantismo penal.

---

conta, ainda, a gravidade e as circunstâncias do delito. O preso recebia marcas ou vales (daí o nome de *mark system*) se seu comportamento fosse positivo e perdia ganhos quando se comportasse de modo censurável”.

<sup>201</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. V. I. p. 544.

### 2.4.1 Teorias Retributivas ou Absolutas

De acordo com os seguidores dessas teorias, a Pena é um fim em si mesmo, devendo o agente ser punido porque cometeu o Crime, pois “com a aplicação da pena retributiva não se busca alcançar qualquer fim, mas apenas a realização da justiça, [...] pressuposto de que a pena é a justa retribuição do fato cometido”<sup>202</sup>. Objetiva-se, assim, manter a ordem e a estabilidade estatais, punindo-se o mal com o mal.

Além de Kant e Hegel, conforme destaca Bitencourt<sup>203</sup>, foram seguidores dessas teorias Francesco Carrara<sup>204</sup>, Karl Binding, Mezger, Welzel e Maurach. Mas, referido autor salienta que tais teorias foram alvo de críticas por serem insatisfatórias, por não explicitarem critérios temporais e quantitativos de aplicação da Pena. Nada obstante, não houve uma preocupação com a figura do delinquente, tampouco foi dado ao Estado o fundamento de aplicação das punições. Pura e simplesmente, esgotaram-se no combate do mal (o Crime) com o mal (a Pena).

Na mesma senda, Ferrajoli<sup>205</sup> citando Herbert Hart, sustenta que as teorias retributivas, entre outros aspectos, pecaram por preconizarem a distribuição de Penas por Crimes praticados, sem, contudo, trazer consigo uma finalidade utilitarista que justificasse tal aplicação, que deveria ser a de conter a prática de novos Delitos.

Desse modo, em razão da ineficácia dessas teorias, emergiram as teorias relativas ou utilitaristas, segundo as quais a finalidade da Pena é a prevenção tanto geral quanto especial.

---

<sup>202</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.p. 54.

<sup>203</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 116

<sup>204</sup> Francesco Carrara, como acentua FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 50-53, foi o principal expoente da Escola Clássica, denominação dada pelos positivistas do final do século XIX e início do século XX ao conjunto de teorias que defendiam o crime como a violação ao Direito, a responsabilidade penal fundada no livre-arbítrio e a pena como retribuição jurídica. Além de Carrara, apesar de conceberem a pena como fator de retribuição e prevenção, integram a escola clássica Filangieri, Mário Pagano, Feuerbach e Cesare Beccaria.

<sup>205</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 207.

### 2.4.2 Teorias Preventivas, Relativas ou Utilitaristas da Pena

As Teorias Preventivas, Relativas ou Utilitaristas apresentam, como traço comum, a concepção da Pena enquanto meio, não como fim ou Valor<sup>206</sup>, e compreendem outras três teorias: a da prevenção geral, a da prevenção especial e as teorias mistas.

Tocante à teoria da prevenção geral, fruto dos ideais iluministas, foi a que mais se coadunou com a valorização da pessoa humana então almejada nesse panorama histórico. Dentre os principais defensores, destacam-se Jeremy Bentham, Cesare Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach<sup>207</sup>.

A ideia principal repousa na intimidação e na ponderação da racionalidade humana<sup>208</sup>. Como manifestação do aspecto negativo dessa teoria, espera-se que a ameaça de cominação da Pena e de sua execução exerçam um papel de intimidação dos delinquentes e “a estabilização da consciência normativa social”<sup>209</sup>.

No aspecto positivo, por seu turno, a prevenção geral pauta-se no fato de que, com a punição do agente e com a conseqüente ideia de intimidação, pode-se garantir à Sociedade certa segurança e proteção aos seus Bens jurídicos.

Abarcadas pelo Estado capitalista, as teorias preventivas gerais, contudo, assim como as teorias retributivas, não foram suficientes para legitimar a atuação indiscriminada do ente estatal. Segundo Bitencourt<sup>210</sup>, as críticas aduzem que a ameaça da imposição da Pena não é suficiente para deter o delinquente na prática de condutas delituosas, justificando-se a afirmação pela existência de criminosos habituais e pela ausência de garantia de que o homem médio nunca delinquirá constrangido pela possível cominação de uma Pena, tendo em vista a confiança que

---

<sup>206</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 208.

<sup>207</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.122.

<sup>208</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124

<sup>209</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.p. 62.

<sup>210</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125-126.

muitas vezes tem o agente em não ser descoberto. Ademais, em alguns casos, corre-se o risco de que as sanções aplicadas sejam superiores à relevância da conduta praticada, o que pode permitir que um indivíduo seja sacrificado para que outras pessoas não venham a delinquir, situação em que a dignidade da pessoa humana pode ser relegada em detrimento da atuação estatal e da garantia de segurança da Sociedade.

Não bastassem essas inconsistências, as teorias da prevenção geral sucumbiram a alguns fatores que marcaram o Século XIX, como o maior desenvolvimento da indústria e do capitalismo, o crescimento populacional e crise do Estado Liberal<sup>211</sup>, que, portanto, teve de adotar políticas mais intervencionistas no combate à criminalidade.

Tem-se aí a nascente das teorias da prevenção especial, que visavam mais do que à imposição da Pena, à imposição de medidas, diretamente à pessoa do delinquente, pouco importando os reflexos dessa aplicação ao grupo social. Como bem assinala Barros<sup>212</sup>, pela utilização de tais teorias, a atenção ao indivíduo passou a ser a finalidade precípua<sup>213</sup>; afirma ainda que quanto aos aspectos negativo e positivo, o primeiro consiste na intimidação do infrator, para que este não volte a delinquir; já o aspecto positivo, corresponde à sua Ressocialização, reeducação e correção, a fim de que o agente possa retomar o convívio social.

Daí por que, como bem sintetiza Bitencourt<sup>214</sup>, com a prevenção especial, a Pena passou a ter as finalidades de intimidação, correção e inocuidade. Para o doutrinador, as maiores contribuições das teorias da prevenção especial estão

---

<sup>211</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38 e 41, esclarece que, no Estado Moderno, convolado em Estado constitucional o poder não é de pessoas, mas das leis, de modo que são as leis e não as personalidades que passaram a governar o ordenamento social e político, pois "a legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições".

<sup>212</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.p. 57.

<sup>213</sup> Essa finalidade foi o fundamento da Escola Positiva que, segundo acentua FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 55-58, concebia o crime como fato natural e social, e a pena como forma de defesa social e de recuperação do criminoso ou neutralização deste. O autor destaca, como principais precursores, Lombroso, Ferri e Garofalo. Para cada um desses pensadores, a causa do crime decorria de uma anomalia, respectivamente, física, social e moral.

<sup>214</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 129.

relacionadas ao caráter humanitário que passou a ser conferido à Pena, por meio da análise do perfil e da personalidade do agente para a quantificação da reprimenda. Pode-se afirmar, desse modo, que, a partir daí, foram lançadas as sementes para a utilização do Princípio da Individualização da Pena.

Por outro lado, uma das críticas à prevenção especial refere-se à sua ineficácia em relação ao indivíduo que, embora tenha praticado um Delito, delinquente não o é, sendo, pois, desnecessário neste caso falar-se em sua Ressocialização. É o que ocorre, por exemplo, em caso de Crimes praticados na modalidade culposa, ou mesmo de um Delito cometido por infeliz réu primário que caiu na desgraça de fazê-lo.

Além do que, também essa teoria não se presta a delimitar o poder punitivo do Estado, que poderá aplicar medidas ressocializadoras mesmo contra a vontade do criminoso. Nesse ponto, assevera Bitencourt<sup>215</sup> que o Estado não tem legitimidade para impor aos cidadãos determinado tipo de Valor moral, sob pena de violar a liberdade de escolha do indivíduo quanto às suas ideologias, crenças, enfim. Disso também decorre a dificuldade de se colocar em prática a Ressocialização, dificuldade esta acrescida de uma verdadeira contradição: a busca dessa Ressocialização por meio de políticas de reeducação e Reinserção social perpetradas no interior dos estabelecimentos prisionais. A falta de funcionários capacitados e a péssima estrutura física desses estabelecimentos, e, muitas vezes, a falta de boa-vontade dos condenados torna ineficazes as tentativas de Ressocialização.

Diante das deficiências das teorias outrora descritas, sobrevieram as teorias mistas, conforme se verificará a seguir.

### **2.4.3 Teorias mistas**

Também descritas de ecléticas ou intermediárias, tentaram aglutinar as teorias absolutas (retributivas) e relativas (preventivas), visando a um único conceito para as diversas finalidades da Pena. Surgiram na Alemanha, no início do século

---

<sup>215</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativa. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137.

XX, tendo Merkel como precursor, sendo hoje a opinião mais dominante nesse aspecto<sup>216</sup>, tanto que é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 59<sup>217</sup>.

Fragoso<sup>218</sup> ensina que, para essas teorias, a Pena, além de preocupar-se com a proteção à Sociedade e à tutela dos Bens jurídicos, deve também voltar-se para a Ressocialização e Reinserção social do delinquente, como também deve assumir caráter retributivo, porém, não como finalidade primordial, mas como elemento complementar.

A despeito de as teorias mistas solucionarem o problema da atuação do Estado quanto à aplicação da Pena, ao admitirem a culpabilidade e a proporcionalidade como critérios limitadores de tal intervenção, ainda assim não resolveram as contradições existentes entre a realidade fática e os ideais teóricos. Em assim sendo, hodiernamente, apontam-se outras teorias, a serem a seguir sucintamente analisadas.

#### 2.4.4 Teorias da Prevenção Geral Positiva

Com o fito de solucionar os impasses decorrentes das teorias mistas e conciliar as finalidades da Pena com o Estado Democrático de Direito, segundo Bitencourt<sup>219</sup>, nasceram as teorias da prevenção geral positiva subdivididas em Prevenção Geral Positiva Fundamentadora e Prevenção Geral Positiva Limitadora.

A primeira, mais preocupada em afirmar a força da norma aos criminosos do que propriamente com a proteção aos Bens jurídicos, foi defendida precipuamente por Welzel e Jacobs, tendo sua credibilidade discutida especialmente

---

<sup>216</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativa. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 142

<sup>217</sup> “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

<sup>218</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 345.

<sup>219</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativa. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 144.

por impor coercitivamente aos cidadãos determinados padrões éticos, o que destoa dos Princípios orientadores de um Estado Social e Democrático de Direito<sup>220</sup>.

Por outro lado, conforme leciona Bitencurt<sup>221</sup>, as teorias limitadoras pregam que a prevenção geral do poder punitivo estatal deva manifestar-se de maneira limitada, a fim de que não seja violada a individualidade de cada cidadão. Os defensores dessas teorias – especialmente Mir Puig e Hassemer – concebem Direito Penal como um instrumento de regulação social. O autor em comento acrescenta que, para a concretização dessas teorias, levam-se em consideração os Princípios da intervenção mínima do Estado, da proporcionalidade, da Ressocialização e da culpabilidade.

#### 2.4.5. Teorias Abolicionistas

De acordo com Ferrajoli, “O abolicionismo penal constitui um conjunto [...] de doutrinas, teorias e posturas ético-culturais, cuja característica comum é a negação de qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre a deviança”<sup>222</sup>.

Num viés mais radical, as doutrinas abolicionistas não reconhecem qualquer tipo de constrição ou coerção penal ou social, nem tampouco atribuem qualquer importância ao Direito Penal. Sob outro prisma, por sua vez, mais moderado, visam à despenalização e à descriminalização e, porventura ao desaparecimento do Direito penal, tudo como uma alternativa resolutive dos problemas enfrentados pelo decadente sistema penitenciário atual. Por tais objetivos, os defensores do abolicionismo mais moderado não descartam a necessidade da existência de alguma forma de controle social.

Como defensores do abolicionismo penal apontam-se Louk Hulsman da Holanda, Thomas Mathiesen e Nils Christie, da Noruega, e Sebastian Scheerer, da

---

<sup>220</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativa. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 145-149.

<sup>221</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativa. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 150-151.

<sup>222</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 201.



Alemanha<sup>223</sup> e, como principais Princípios basilares têm-se a maior atenção à vítima do que ao criminoso, a guerra contra a pobreza e a legalização das drogas<sup>224</sup>.

#### 2.4.6 O Direito Penal Máximo

O Direito Penal máximo, conforme prescreve Ferrajoli<sup>225</sup>, é um modelo de Direito Penal pautado na excessiva severidade e na incerteza e imprevisibilidade de suas decisões e cominações de Penas, que ficam à mercê da “suposta sabedoria e equidade” dos magistrados.

Sem observância aos preceitos legais inerentes a um Estado Democrático de Direito, porquanto típico de Estados absolutos ou totalitários que carecem de parâmetros e limitações legais, o Direito Penal máximo erige-se sobre a certeza de que nenhum culpado ficará impune à custa da incerteza de que também algum inocente seja punido.

Segundo Nucci<sup>226</sup>, servem os Estados Unidos de exemplo de aplicação desse sistema, ainda que referido país não seja um Estado totalitário.

#### 2.4.7 O Garantismo Penal

Em brevíssimas palavras, o Garantismo Penal, edificado sobre os pilares do Direito Penal mínimo, contrapõe-se ao Direito Penal máximo, consistindo em um modelo normativo de Direito, concebido pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, cuja principal obra foi intitulada “Direito e Razão”.

O Garantismo Penal pauta-se no enunciado de dez axiomas, não deriváveis entre si, mas sistematicamente conectados, deles decorrendo respectivos Princípios, conforme se verifica: A1 *Nulla poena sine crimine* – Princípio da retributividade ou da consequencialidade da Pena em relação ao Delito; A2 *Nullum*

---

<sup>223</sup> Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal**: parte geral: parte especial. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 360.

<sup>224</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal**: parte geral: parte especial. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 360.

<sup>225</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 84.

<sup>226</sup> Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal**: parte geral: parte especial. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 362.

*crimen sine lege* – Princípio da legalidade, em sentido lato ou estrito; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* – Princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; A4 *Nulla necessitas sine injuria* – Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; A5 *Nulla injuria sine actione* – Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; A6 *Nulla actio sine culpa* – da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; A7 *Nulla culpa sine iudicio* – Princípio da jurisdicionariedade em sentido lato ou estrito; A8 *Nullum iudicium sine accusatione* – Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; A9 *Nulla accusatio sine probatione* – Princípio do ônus da prova ou da verificação; A10 *Nulla probatio sine defensione* – Princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade<sup>227</sup>.

Assim, esse modelo normativo, visa à manutenção da legitimidade do sistema penal, porém de maneira restrita à estrita legalidade, peculiar de um Estado Democrático de Direito, com vistas à minimização da violência e maximização da liberdade. Disso decorrem a descriminalização de certas condutas e a fixação de Penas a patamares mínimos, excluindo-se Penas cruéis, tudo como forma de reduzir a violência. Também decorre a supremacia dos princípios *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, sob o argumento de que o referencial de certeza identifica-se com a ideia de que nenhum inocente será condenado, mesmo que para tanto, algum culpado reste impune<sup>228</sup>.

Dito isso e discorrido acerca das demais teorias que fundamentam e explicam as finalidades da Pena, ainda que entre elas não haja um consenso e que não sejam de todo eficazes, não se pode deixar de considerar que a aplicação da Pena se faz necessária. Isso porque, é a forma mais justa de que dispõe o Estado de manter a ordem, de resguardar os Bens jurídicos da Sociedade e de assegurá-la.

Em verdade, seria muito melhor que tal reprimenda existisse sem necessariamente ter de ser aplicada. Isso seria possível se a prevenção fosse procedida de investimentos e resultados eficazes na educação, na estruturação familiar, na formação de indivíduos dotados de Valores sociais e éticos, e na

---

<sup>227</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 74-75.

<sup>228</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 83-87.

consequente irrisória existência de Crimes ou da criminalidade.

Contudo, enquanto tal não se concretiza, a Pena é o instrumento mais coerente de retribuir ao delinquente, principalmente ao criminoso habitual, o mal que ele causou. Também o é uma maneira de fazê-lo refletir sobre seus atos, em alguns casos, e de coibir os integrantes da Sociedade que venham “a cair na mesma desgraça”. Por tais razões, não há como se sustentarem as teorias abolicionistas, mesmo porque utópicas ao se basearem no ledó engano de que o homem, a Sociedade e o Estado sejam bons. Tampouco, há como subsistir na realidade brasileira, por exemplo, a teoria da intervenção mínima do Estado, consubstanciada no Garantismo Penal, porque o país não dispõe de base para tanto.

Ora, é da essência humana a tendência à dissidência e à marginalização. Por isso, na maioria das vezes, somente o medo pode fazer o homem frear, consoante afirmou Francisco César Pinheiro Rodrigues *apud* Mirabete:

Há quem veja no medo um estímulo inferior e primitivo. Mas, na verdade, é ele o grande manancial da virtude, da democracia e do Estado de Direito, tão louvado, mas tão mal compreendido. É o medo da reprovação que estimula o aluno a estudar matérias aborrecidas, mas necessárias. [...] É o medo da punição que leva um policial algo perverso a não torturar um suspeito antipático. É o medo da multa alta que diminui a velocidade dos carros, o que resulta em menos mortes na estrada. É o medo do mandado de segurança que segura o abuso da autoridade administrativa. É o medo da não-reeleição que induz o político a caprichar na sua atuação. É o medo da concorrência que leva o industrial a melhorar ou barater o seu produto. E por aí afora”<sup>229</sup>.

Observa-se, dessa forma, que o medo, muitas vezes, pode ser o melhor mantenedor da ordem; sem o qual resta somente a sensação de impunidade, o caos, e a máxima de que “um crime é cometido porque traz vantagens. Se a idéia de crime fosse ligada a idéia de uma desvantagem um pouco maior, ele deixaria de ser desejável”<sup>230</sup>.

Assim é que a Pena se torna fundamental para o estabelecimento da ordem, para a manutenção da Sociedade de maneira organizada e para evitar a

---

<sup>229</sup> Rodrigues *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26-27.

<sup>230</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 10 ed. Trad. Lúcia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 79.

constituição de um estado anárquico, sem Regras. A discussão, portanto, não deveria circundar acerca da necessidade ou não de aplicação de determinada Pena quando da prática de um Delito, e sim da espécie mais Adequada para cada caso concreto, espécies estas que serão melhor estudadas a seguir.

## **2.5 CLASSIFICAÇÃO DE PENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Conforme prescreve o artigo 32 do Código Penal<sup>231</sup>, as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de Direito e multa.

### **2.5.1 Penas privativas de liberdade**

As Penas privativas de liberdade são consideradas comuns e consistem na prisão, na segregação do indivíduo, seja sob a forma de reclusão, detenção ou prisão simples (nas contravenções penais), sendo que o estabelecimento prisional adequado para seu cumprimento dependerá do regime aplicado: aberto, semiaberto e fechado.

Na condenação a regime inicial fechado, a execução da Pena se dá em estabelecimento de segurança máxima ou média, as penitenciárias. Nesse caso, o condenado fica sujeito a trabalho diurno e isolamento durante o repouso noturno, a fim de evitar “a permissividade e promiscuidade, típicas de celas abarrotadas de presos, propiciando, inclusive, associações indevidas e conversações a respeito da prática de crimes”<sup>232</sup>.

No termos da alínea “a” do §2º do art. 33 do CP, são submetidos a esse regime inicial os indivíduos condenados à Pena de reclusão superior a 08 (oito) anos, bem como os reincidentes, ressalvada tal obrigatoriedade da lei em razão do disposto na Súmula 269 do STJ, *verbis* “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se

---

<sup>231</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Institui o Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 5 jan. 2013. Também denominado de Código Penal, CP.

<sup>232</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 270.

favoráveis as circunstâncias judiciais”<sup>233</sup>, ressaltando-se que é um ato discricionário do magistrado a imposição do regime inicial fechado em caso de circunstâncias desfavoráveis ao condenado, consoante reza o art. 59 do CP, devendo ser fundamentada a decisão em se tratando de Pena não superior a 08 (oito) anos.

A construção e a administração dos estabelecimentos prisionais dessa natureza<sup>234</sup> são incumbência do Poder Executivo e, apesar de suas falhas, seja em decorrência de não ser assegurado ao preso o mínimo de dignidade em celas superlotadas, ou mesmo diante da má remuneração e conseqüente desestímulo e despreparo dos agentes prisionais, a Pena privativa de liberdade no regime fechado é a ainda a forma mais Adequada de garantir à Sociedade um mínimo de segurança diante da existência de criminosos que apresentam alto grau de periculosidade, já que, como bem assevera Nucci<sup>235</sup>, “não há o que se fazer, a curto ou médio prazo, com determinados tipos de delinquentes” e “não há que se sustentar a falência da pena privativa de liberdade, mormente no regime fechado, enquanto não se dispuser de alternativa viável e factível, longe da utopia”.

Tocante ao regime semiaberto, em inteligência ao disposto na alínea “b” do § 2º do art. 33 do CP, tem-se que é inicialmente aplicado aos condenados à Pena privativa de liberdade maior que 04 (quatro) e não superior a 08 (oito) anos, bem como a qualquer condenado a Pena de detenção e aos sentenciados reincidentes que atendam aos requisitos da Súmula anteriormente descrita, podendo igualmente cumprir Pena neste regime os que progrediram do fechado para o semiaberto. O cumprimento da Pena se dá em colônias penais agrícolas, industriais ou em estabelecimentos similares, admitido o trabalho externo, como também a frequência

---

<sup>233</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 269. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

<sup>234</sup> De acordo com as informações extraídas do sítio eletrônico do Ministério da Justiça, atualizado até junho de 2008, no Brasil existem 342 penitenciárias estaduais e 5 Penitenciárias Federais, estas com a finalidade primordial de segregar, provisória ou definitivamente, presos de grande periculosidade ou criminosos que possam ser vítimas em atentados realizados nos estabelecimentos estaduais. Disponível em: <[www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)>. Acesso em: 30 abr. 2013. Em Santa Catarina, em conformidade com informações obtidas no sítio eletrônico do DEAP – Departamento de Administração Prisional, são 6 penitenciárias: Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí, Penitenciária Agrícola de Chapecó, Penitenciária Industrial de Joinville, Penitenciária Sul, Penitenciária da Região de Curitibanos e Penitenciária da Região de Florianópolis. Disponível em: <[www.deap.sc.gov.br](http://www.deap.sc.gov.br)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>235</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 272.

a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, viabilizadas ainda as saídas temporárias, para visitas à família, desde que preenchidos alguns requisitos previstos no art. 123<sup>236</sup> e condições estabelecidas no §1º do art. 124<sup>237</sup>, ambos da LEP<sup>238</sup>.

De fato, o cumprimento da Pena em colônias agrícolas ou industriais<sup>239</sup> e a concessão de saídas temporárias têm o objetivo de reestabelecer no preso o gosto pela vida, bem como fazê-lo retomar paulatinamente ao convívio social. Na prática, porém, tais saídas vêm perdendo seu verdadeiro escopo, visto que muitos presos acabam não passando o tempo de que dispõem com seus familiares, para sim praticarem outros Crimes, ou mesmo empreenderem em fuga.

Concernente ao regime aberto, em observância à alínea “c” do §2º do art. 33 do CP, será inicialmente aplicado aos condenados a Pena igual ou inferior a 04 (quatro) anos e desde que não reincidentes. Baseando-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado, por referido regime, o indivíduo poderá, sem vigilância e fora dos estabelecimentos destinados a seu cumprimento - Casas de Albergado e presídios urbanos<sup>240</sup> - trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra

---

<sup>236</sup> “Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I - comportamento adequado; II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.”

<sup>237</sup> “[...] § 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado: I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; II - recolhimento à residência visitada, no período noturno; III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.”

<sup>238</sup> BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em 5 jan. 2013. Também denominada de Lei de Execução Penal ou LEP.

<sup>239</sup> De acordo com as informações extraídas do sítio eletrônico do Ministério da Justiça, atualizado até junho de 2008, no Brasil existem 38 colônias agrícolas, industriais ou similares. Disponível em: <[www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)>. Acesso em: 30 abr. 2013. Em Santa Catarina, em conformidade com informações obtidas no sítio eletrônico do DEAP – Departamento de Administração Prisional, há apenas um estabelecimento dessa natureza – a Colônia Penal Agrícola de Palhoça. Disponível em: <[www.deap.sc.gov.br](http://www.deap.sc.gov.br)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>240</sup> De acordo com as informações extraídas do sítio eletrônico do Ministério da Justiça, atualizado até junho de 2008, no Brasil existem 181 presídios, 479 cadeias públicas e 47 casas do albergado. Disponível em: <[www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)>. Acesso em: 30 abr. 2013. Em Santa Catarina, em conformidade com informações obtidas no sítio eletrônico do DEAP – Departamento de Administração Prisional, conta-se com 1 casa do albergado – em Florianópolis -, 23 presídios e 14 unidades prisionais avançadas. Disponível em: <[www.deap.sc.gov.br](http://www.deap.sc.gov.br)>. Acesso em: 30 abr. 2013. Pela escassez de casas de albergados nesta Unidade Federativa, o apenado cumpre o regime aberto em albergue

atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

O regime aberto visa à readaptação do condenado à vida em Sociedade, por meio do maior contato com seus familiares, bem como propicia o retorno às atividades laborais, além de afastar o indivíduo do encarceramento e da insalubridade, evitando o risco de contaminação por doenças infecciosas. Por outro lado, tal como a saída temporária, o regime aberto pode ser a porta de acesso às fugas ou à prática de outros Crimes.

Além dos regimes fechado, semiaberto e aberto, o art. 52<sup>241</sup> da LEP, alterado pela Lei n. 10.792/2003<sup>242</sup>, passou a prever o regime disciplinar diferenciado, cujos objetivos são o combate ao Crime organizado e a limitação da atuação de grupos e quadrilhas nos estabelecimentos prisionais.

Insta registrar que, com a reforma da Parte Geral do Código Penal e a edição da Lei de Execução Penal, ambas em 1984, o Brasil adotou o sistema progressivo para o cumprimento da Pena, consoante se deduz do §2º do art. 33<sup>243</sup> do CP e do art. 112<sup>244</sup> da LEP, inspirado nos moldes irlandeses. Assim,

---

domiciliar, mediante algumas condições estabelecidas por Portaria, determinada pelo Juiz da respectiva Comarca, consoante se extrai do Enunciado n. 4 do I Fórum Estadual de Magistrados de Execução Penal em Santa Catarina, "Inexistindo casa do albergado para cumprimento da pena em regime aberto, poderá ser deferido albergue domiciliar", conforme BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Enunciado n. 4 do I Fórum Estadual de Magistrados de Execução Penal em Santa Catarina. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 30 abr 2013.

<sup>241</sup> "Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá Direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando."

<sup>242</sup> BRASIL. Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/legislação](http://www.planalto.gov.br/legislação)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

<sup>243</sup> "[...] § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso."

preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, a Pena privativa de liberdade será executada progressivamente, com a transferência do regime mais severo para o menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, mediante decisão fundamentada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, desde que o condenado cumpra ao menos um sexto da Pena no regime anterior nos Crimes comuns, ou dois quintos, se primário em Crimes hediondos ou equiparados, ou ainda três quintos, se reincidente em Crimes de mesma natureza, além do que esteja comprovado o bom comportamento carcerário, demonstrado este pelo diretor do estabelecimento. “Ocorrendo a ordem inversa, tem-se a regressão”<sup>245</sup>.

Outrossim, mencionam-se as Penas privativas de liberdade consistentes na detenção e a prisão simples. Em regra, a primeira segue as mesmas orientações da Pena de reclusão, diferenciando-se desta, contudo, quanto ao regime inicialmente fixado: tão somente aberto ou semiaberto, salvo se os Crimes passíveis de cominação de Pena de detenção sejam decorrência de organização criminosa, tendo em vista o que prescreve o art. 10 da Lei n. 9.034/95<sup>246</sup>. Igualmente, é possível o cumprimento da Pena de detenção em regime fechado, nos demais casos, se ocorrida regressão.

Já as prisões simples, embora igualmente admitam apenas os regimes iniciais aberto e semiaberto, nos termos do art. 6º da Lei de Contravenções Penais<sup>247</sup>, devem ser cumpridas sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, de modo que o condenado à Pena de prisão simples fique separado dos condenados à Pena de reclusão ou de detenção, facultado o exercício do trabalho, se a Pena aplicada não exceder a 15 (quinze) dias.

---

<sup>244</sup> “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.”

<sup>245</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159-160.

<sup>246</sup> BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

<sup>247</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 3.668, de 03 de outubro de 1941. Institui a Lei de Contravenções Penais. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 5 jan. 2013. Também denominado de LCP.



Nas décadas de 70, 80 e 90 até os dias atuais, referidas Penas têm sido alvo de muitas críticas, tendo sua eficácia questionada. Por essa razão, foram realizados diversos estudos e Congressos, a fim de buscar formas alternativas para as Penas privativas de liberdade, fato este que implicou o surgimento das Penas restritivas de Direito, conforme se constatará a seguir.

### 2.5.2 Penas restritivas de direitos

Nas décadas de 80 e 90, acentuaram-se ainda mais as discussões acerca das alternativas para as Penas de prisão, surgindo, pois, as Regras de Tóquio estabelecidas no 8º Congresso da ONU<sup>248</sup>, o qual foi realizado em 14 de dezembro de 1990, cujo objetivo principal era a promoção de medidas alternativas em detrimento das Penas privativas de liberdade.

Medidas alternativas são mais abrangentes do que Penas alternativas/restritivas. Enquanto aquelas consistem em alternativas processuais ou penais para evitar a prisão provisória ou definitiva, estas, como a própria denominação indica, são Penas que impedem a privação de liberdade, mas visam à recuperação dos autores de infrações penais mais leves, mediante a restrição de certos Direitos<sup>249</sup>.

Por questão de concisão e objetividade, em que pese também existam Penas dessa natureza na legislação esparsa brasileira, esta pesquisa restringe-se às Penas restritivas de Direito previstas no artigo 43<sup>250</sup> do CP, introduzidas no ordenamento brasileiro pela reforma implementada pela Lei n. 9.714/98<sup>251</sup>.

De natureza substitutiva – porquanto somente aplicáveis quando, em sentença condenatória, substitutivas da Pena privativa de liberdade – e de natureza

---

<sup>248</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

<sup>249</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal**: parte geral: parte especial. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 393.

<sup>250</sup> “Art. 43. As penas restritivas de Direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - (VETADO); IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de Direitos; VI - limitação de fim de semana.”

<sup>251</sup> BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9714.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013.

autônoma, uma vez que subsistem por si mesmas após tal Substituição, as Penas restritivas de Direito têm, como destinação, a redução da criminalidade, da reincidência e da população carcerária, e conseqüente diminuição dos custos do sistema penitenciário, o incentivo ao criminoso de retomar o convívio social, como também a possibilidade de dar-se à justiça maior agilidade.

Nesse ritmo, assevera Jesus que, no IX Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado no Cairo, em 1995, constatou-se, pelas estatísticas que: “a reincidência é maior em relação aos condenados que cumpriram pena privativa de liberdade; menor, no tocante aos submetidos a medidas alternativas [...], ou a penas substitutivas ou alternativas [...]”<sup>252</sup>.

Observado conceito, natureza jurídica e objetivos dessas reprimendas, há que se observar sua classificação, já que as Penas restritivas de Direito compreendem cinco modalidades: prestação pecuniária e perda de bens e valores – ambas de natureza pecuniárias -, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de Direitos e limitação de fim de semana – estas últimas em sentido estrito, por restringirem o exercício, a liberdade e a prerrogativa de Direito.

#### *2.5.2.1 Prestação de serviços à comunidade*

A prestação de serviços à comunidade está regulamentada art. 46, *caput* e parágrafos<sup>253</sup>, do CP, e consiste na realização de tarefas atribuídas ao condenado, conforme suas aptidões, em estabelecimentos e órgãos públicos, fixadas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, de modo a não prejudicar a jornada

---

<sup>252</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Penas alternativas**: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.13.

<sup>253</sup> “Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. § 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. § 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. § 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada”.

normal de trabalho. Para Nucci, trata-se “da melhor sanção penal substitutiva da pena privativa de liberdade, pois obriga o autor de crime a reparar o dano causado através do seu trabalho, reeducando-o, enquanto cumpre pena”<sup>254</sup>.

Na prática, em varas de execução penal, observa-se que tal finalidade, contudo, não é plenamente atingida. O trabalho social, com o fito de conscientização e Ressocialização, quando aplicado como sanção substitutiva, muitas vezes é relegado pelos condenados, que o consideram um encargo difícil de ser cumprido, seja por indisponibilidade de tempo, incompatibilidade com as atividades laborais ou outras alegações. Muitos preferem a Substituição por Penas pecuniárias ou mesmo o cumprimento sob a forma do regime aberto, para livrar-se o mais breve possível do cumprimento da Pena.

#### *2.5.2.2 Interdição temporária de direitos*

Essa sanção, descrita no art. 47, *caput* e §§<sup>255</sup>, do CP corresponde à restrição ao exercício de determinada função ou atividade, por um período de tempo – geralmente o da condenação -, como forma de punir o indivíduo pela prática de Crime relacionado à atividade restringida ou proibida.

Consoante leciona Mirabete<sup>256</sup>, essa modalidade de reprimenda afeta diretamente os interesses econômicos do sentenciado por privá-lo de certas atividades sociais/profissionais na qual que mostrou irresponsável, perigoso, sem a necessidade de segregá-lo. De opinião distinta, Nucci<sup>257</sup> considera sem efeitos ressocializadores ou reeducacionais a privação de alguém de seu trabalho lícito, visto que, muitas vezes, o autor do Delito não é criminoso em sua essência, e os Delitos sujeitos à Substituição da Pena privativa de liberdade por interdição temporária são suscetíveis de serem praticados por qualquer indivíduo.

---

<sup>254</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 296.

<sup>255</sup> “Art. 47 - As penas de interdição temporária de Direitos são: I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. IV - proibição de freqüentar determinados lugares. V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos”.

<sup>256</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 276.

<sup>257</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 335.

### 2.5.2.3 Limitação de final de semana

Prevista no art. 48, *caput* e parágrafo único<sup>258</sup>, ambos do CP, essa modalidade de Pena restritiva, de certa forma, mantém o apenado afastado dos presos mais perigosos, ante a inocorrência de isolamento celular, e permite a reaproximação com seus familiares. Além disso, como o cumprimento da Pena se dá apenas nos finais de semana, não há que se falar em intervenção nas suas atividades profissionais, além de possibilitar a reflexão sobre os atos cometidos, o que viabiliza melhor Ressocialização.

A crítica, no entanto, reconhece que nem todos os municípios e Comarcas dispõem de casas de albergado para esse tipo de atividade/Pena, além do que, para que sejam ministrados cursos e palestras é necessária a atuação estatal, o que nem sempre ocorre. Por tal razão, as finalidades visadas com essa Pena restritiva de Direitos podem não ser devidamente atingidas.

### 2.5.2.4 Perda de bens e valores

Prescrita no art. 45, §3º<sup>259</sup>, do CP, a perda de bens e valores “é aplicável exclusivamente nas hipóteses em que o crime produza um prejuízo economicamente demonstrável ou quando o agente ou terceiro tenham auferido um proveito de igual natureza com a prática da infração”<sup>260</sup>.

### 2.5.2.5 Prestação pecuniária

As características dessa sanção estão previstas no art. 45, §1º<sup>261</sup>, do CP,

---

<sup>258</sup> “Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.”

<sup>259</sup> “[...] § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime”.

<sup>260</sup> Dotti *apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. V. I. p. 581.

<sup>261</sup> “[...]v§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.”

cujo ponto favorável, segundo Martins<sup>262</sup>, refere-se ao fato de que o agente, em vez de ser segregado, mas sim compelido ao pagamento da prestação pecuniária, pode ser melhor recebido pela Sociedade e, assim, sentir-se não mais estigmatizado, podendo, inclusive, tomar consciência da conduta ilícita praticada. Na prática, porém, nem sempre a prestação pecuniária pode implicar em Ressocialização.

A Substituição de uma Pena privativa de liberdade por pecuniária não é absoluta. Demonstrando o apenado que não tem condições de arcar, por falta de condições financeiras, pode requerer ao juízo da execução, órgão competente para apreciar tal pedido, o parcelamento ou mesmo a Substituição por Pena de outra natureza, como a doação de cestas básicas ou mesmo a prestação de serviços à comunidade.

### 2.5.3 Pena de multa

Outra modalidade de Pena prevista no Diploma Legal Penal é a Pena de multa, a qual pode ser aplicada isolada, alternativa ou cumulativamente, neste caso com Pena restritiva de Direito, em Substituição à Pena privativa de liberdade.

Disposta nos arts. 49 a 51<sup>263</sup> do CP, o principal intuito da aplicação da Pena de multa é que o indivíduo infrator sinta em suas finanças as consequências da prática de um Crime. Ademais, conforme Vasconcelos, outras vantagens apresentadas pela Pena de multa são que o condenado à Pena pequena não é levado à prisão, motivo pelo qual não é retirado dos convívios familiar e social, além

---

<sup>262</sup> MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas alternativas**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 91.

<sup>263</sup> “Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. § 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. § 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando: a) aplicada isoladamente; b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de Direitos; c) concedida a suspensão condicional da pena. § 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família. Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.”

do que, “o Estado não gasta com encarceramento e auferir renda extra”<sup>264</sup>.

Por outro lado - e isso se constata em varas criminais e de execuções penais, tal qual com relação à Pena de prestação pecuniária - o objetivo de Penas dessa natureza pode tornar-se inócuo, na medida em que os condenados – geralmente pessoas de baixa renda – não têm condições de pagar o valor determinado, ainda que possível o seu parcelamento. Além disso, os condenados mais abastados, não se sentem intimidados com esse tipo de Pena, beirando-se, assim, à sensação de impunidade.

## 2.6 A RESSOCIALIZAÇÃO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No Brasil, a concepção da prisão como forma de punição deu-se de maneira muito semelhante à forma como ocorreu nas Sociedades Ocidentais.

Salienta-se, inicialmente, que os povos indígenas, nos dizeres de Kloch e Motta<sup>265</sup> adotavam o castigo ou sacrifício como forma de punição aos considerados inimigos pelos clãs, numa clara demonstração da vingança privada.

Após a chegada dos portugueses, no período colonial, tampouco as prisões se destinavam ao cumprimento de Pena, senão, porém, serviam depósitos, sob a forma de fortalezas, para que os indivíduos aguardassem seus julgamentos às Penas de morte, infâmia, banimento, mutilações ou outras formas de tortura. A essa época, já existia a vingança pública, e vigiam as Ordenações Afonsinas de Portugal, complementadas pelo Direito Canônico, Direito Romano e Direito Consuetudinário Português<sup>266</sup>, semelhante à época dos suplícios.

Com a outorga da Constituição de 1824, foram abolidas as Penas de açoites, torturas e demais Penas cruéis, exceto para os escravos, e mantida a Pena de morte para os subversores de escravos, homicidas agravantes e praticantes de

---

<sup>264</sup> VASCONCELOS, Felipe Mendes de Moraes. **Da pena de multa e sua aplicação**. WebArtigos.com, 19 set 2009. Disponível em: <[www.webartigos.com/articles/25067/1/Da-Pena-de-Multa-e-Sua-Aplicação/pagina1](http://www.webartigos.com/articles/25067/1/Da-Pena-de-Multa-e-Sua-Aplicação/pagina1)>. Acesso em: 17 maio 2013.

<sup>265</sup> KLOCH, Henrique; MOTTA, Ivan Dias da. **O sistema prisional e os Direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 34-35.

<sup>266</sup> KLOCH, Henrique; MOTTA, Ivan Dias da. **O sistema prisional e os Direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 35.

latrocínio<sup>267</sup>.

A humanização das Penas se fez sentir no país apenas após a Proclamação da República, com o Código Penal de 1890<sup>268</sup>, quase 100 anos depois dos princípios exaltados pela Revolução Francesa. Por sua vez, os regimes de cumprimento de Penas e o sistema progressão destas advieram somente com o Código Penal de 1940.

Pela reforma da Parte Geral do Código Penal e pela edição da Lei de Execução Penal, ambas de 1984, em decorrência “de uma tomada de consciência dos valores e da necessidade do Direito Penal revestir-se, também, de eficiência e funcionalidade”<sup>269</sup>, obedeceu-se aos preceitos descritos na Declaração dos Direitos do Homem, garantindo-se, a partir de então, aos apenados Direitos e deveres dantes jamais concedidos.

Dentre esses Direitos, destaca-se o da reinserção do condenado à vida em Sociedade, que, não só concebe como um Direito, mas também como uma das finalidades da execução penal, finalidades tais constantes do Art. 1º<sup>270</sup> da Lei de Execução Penal.

Sinônima de expressões como reeducação, Ressocialização, reincorporação, a Reinserção social, pelas lições de Mirabete<sup>271</sup>, corresponde à assistência e à ajuda ao apenado, que viabilizem seu retorno ao meio social em condições favoráveis para sua reintegração, não bastando, para tanto, qualquer sistema de tratamento que imponha ao condenado a obediência a determinados valores.

A Ressocialização se faz presente em toda a legislação de execução

<sup>267</sup> KLOCH, Henrique; MOTTA, Ivan Dias da. **O sistema prisional e os Direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 37.

<sup>268</sup> BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <[www.legis.senado.gov.br](http://www.legis.senado.gov.br)>. Acesso em: 10 abr. 2013. Também denominado Código Penal de 1890.

<sup>269</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 25.

<sup>270</sup> “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

<sup>271</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p 28.

penal, que foi recepcionada e está em perfeita consonância com a norma constitucional vigente, refletindo o inafastável objeto da aplicação de Pena no ordenamento jurídico brasileiro.

Diversa não pode ser esta conclusão quando apresentados os fundamentos que ensejaram a decretação de inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, das disposições que proibiam a progressão de regime para Crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) e que impossibilitavam a Substituição da Pena privativa de liberdade para o Tráfico de Drogas (art. 44 da Lei n. 11.343/06), respectivamente através dos Habeas Corpus n. 82.959<sup>272</sup> e 97.256<sup>273</sup>.

Para tal compreensão são ainda mais latentes os fundamentos expostos para julgar aquele primeiro Habeas Corpus, que versava sobre a progressão de regime em Crimes hediondos, pois, nessa oportunidade, consignou o relator, Ministro Marco Aurélio, reiterando voto proferido no Habeas Corpus n. 69.657<sup>274</sup>, que a progressão de regime prisional é instituto que proporciona, senão, a humanização da Pena, a qual somente poderia ser alcançada se respeitado o Princípio isonômico, tanto relativo ao da individualização da Pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, quanto ao Princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República à luz do artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Embora a Ressocialização tenha sido o objetivo primordial da LEP e da Lei Fundamental, a realidade dos últimos quase trinta anos mostra que seu intento não vem sendo bem sucedido. E isto se diz por problemas não só estruturais enfrentados pelo sistema penitenciário, como também pela resistência da própria

---

<sup>272</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus 82.959, de São Paulo, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 maio 2013.

<sup>273</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

<sup>274</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n.69.657, de São Paulo, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 18 de setembro de 1992. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 maio 2013.



Sociedade em muitos aspectos, ínfimos até, dentre eles o fato de empregar um ex-detento. Nada obstante, o próprio apenado, não raras vezes, ressentir-se do seu passado ou mesmo não tem a mínima vontade de ressocializar-se e prefere continuar no Crime por lhe ser muito mais vantajoso.

Como exemplo de projetos de Ressocialização, cita-se o programa “Começar de Novo”<sup>275</sup>, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que consiste na busca da Reinserção social de presos, egressos, cumpridores de Penas e medidas alternativas, como também adolescentes, por meio da disponibilização de vagas de trabalho e de cursos de capacitação oferecidos por entes públicos e instituições privadas. Referido projeto, em Santa Catarina, foi implementado na cidade e Comarca de Blumenau pelo do Termo de Acordo de Cooperação Técnica n. 19/2010<sup>276</sup>, firmado entre o CNJ e a Companhia Hering. Ainda vigente, já permitiu que diversos apenados tenham sido agraciados com essa oportunidade.

Verificados os mais diversos aspectos relativos ao instituto da Pena, passa-se ao terceiro e último capítulo, que consiste na análise da reprimenda mais Adequada ao Crime de Tráfico de Drogas, percorrendo por estudos acerca das questões que permeiam o uso e o Tráfico de Drogas, dos Princípios da individualização da Pena e da proporcionalidade e, ainda, da Substituição de Penas privativas de liberdade por restritiva de Direitos nesses Delitos.

---

<sup>275</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em: 2 jun. 2013.

<sup>276</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Termo de Acordo de Cooperação Técnica n. 19/2010. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em: 2 jun. 2013.

## CAPÍTULO 3

### PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO E ANÁLISE DA REPRIMENDA MAIS ADEQUADA

#### 3.1 O QUE ESTÁ POR TRÁS DAS DROGAS?

Antes de se adentrar na seara atinente à Substituição de Penas – tanto do Código Penal, quanto da Lei Antidrogas – e também antes de se analisar os Princípios da proporcionalidade e da individualização da Pena -, para melhor elucidação deste capítulo, é de crucial importância abordar algumas questões relativas às Drogas, ainda que concisamente, conforme segue.

##### 3.1.1 Uma atividade extremamente rentável

Livre de impostos e extremamente lucrativo, o Tráfico de Drogas, é hodiernamente uma das atividades que mais movimentam a economia mundial. São centenas de bilhões de dólares envolvidos em operações dessa natureza, praticadas no território de diversos países, envolvendo uma intrincada rede de fornecedores, produtores, intermediários e consumidores.

Para se ter uma ideia, Rodrigues comenta que, “ao se comparar o preço da cocaína no mercado produtor e o preço final no mercado consumidor fica evidente o interesse pelo seu tráfico”<sup>277</sup>. Isso porque, nas palavras do autor, a matéria-prima - folhas de coca - é adquirida na Colômbia ao preço de 2,5 dólares o quilo; já a pasta base e o cloridrato de cocaína, respectivamente, custam 1.000 dólares e 3.000 dólares. Quando chega ao Brasil, o cloridrato passa a custar 10.000 dólares; na Europa, 30.000 dólares; nos Estados Unidos, 40.000 dólares; e no Japão, 100.000 dólares.

---

<sup>277</sup> RODRIGUES, João Gaspar. **Tóxicos**: abordagem crítica da lei n. 6.368/76. Campinas: Bookseller, 2001. p. 49-50.

O consumo de Drogas, como heroína e maconha, conforme se depreende do artigo intitulado “O tráfico internacional de drogas e a influência do capitalismo”<sup>278</sup>, começou a se intensificar na Guerra do Vietnã – conflito armado ocorrido no Sudeste Asiático entre os anos de 1955 e 1975. Mas, foi na década de 80, quando da crise mundial econômica e da brusca queda dos preços no mercado mundial de matérias-primas, como açúcar, café, algodão e trigo, que se teve, por outro lado, um aumento excepcional na oferta de narcóticos, e consequente intensificação do comércio de Drogas. O desenvolvimento do narcotráfico, portanto, caminhou ao encontro do capitalismo, seja pela explosão de consumo que gerou, seja, pelos lucros exorbitantes que proporcionou, especialmente aos países capitalistas desenvolvidos.

Aliás, Rodrigues<sup>279</sup> menciona que boa parte dos principais países produtores de Drogas são os que, ironicamente, menos lucram nessa logística que compreende produção/intermediários/transporte/destino final<sup>280</sup>. Apenas pequena parcela do valor obtido nessa mercancia permanece nesses países, já que “o restante do valor é capitalizado por sindicatos criminosos e bancos que lavam dinheiro em países de primeiro mundo, estes os principais consumidores, cujos índices de criminalidade são praticamente ínfimos”<sup>281</sup>. Por outro lado, a exemplo do que ocorre com os principais produtores, como Colômbia, Peru e Bolívia, estes são os que mais amargam com a violência e os problemas sociais decorrentes das Drogas.

---

<sup>278</sup> O tráfico internacional de drogas e a influência do capitalismo. **Revista Adusp** – Associação dos Docentes da Universidade de São Paulo, São Paulo, agosto, 1996. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br/files/revistas/07/r07a07.pdf>>. Acesso em 29 abr 2013.

<sup>279</sup> RODRIGUES, João Gaspar. **Tóxicos**: abordagem crítica da lei n. 6.368/76. Campinas: Bookseller, 2001. p. 50.

<sup>280</sup> Rodrigues, João Gaspar. **Tóxicos**: abordagem crítica da lei n. 6.368/76. Campinas: Bookseller, 2001. p. 32, explica que “No comércio de drogas, três fatores essenciais devem ser examinados e aferidos minuciosamente: *produção*, *circulação* e *consumo*. Estes, em contínua interação, estimulam-se mutuamente, de modo que, a partir de um determinado momento, quando o processo se estabeleceu e se rotinizou, cada um desses fatores é, concomitantemente, causa e consequência dos outros dois. Daí a importância de se fiscalizar e punir adequadamente cada um dos fatores, que se constituem em etapas do círculo nefasto de difusão de drogas. Cada etapa requer uma forma racional e específica de enfrentamento. Na etapa do *consumo* ou da *demand*a deve prevalecer as atitudes de prevenção educacional e de reabilitação do usuário de drogas. Nas outras etapas, deve prevalecer a repressão jurídico-penal”.

<sup>281</sup> RODRIGUES, João Gaspar. **Tóxicos**: abordagem crítica da lei n. 6.368/76. Campinas: Bookseller, 2001. p. 50.

Provenientes de uma colonização de exploração, esses países, além de outros latino americanos, ao longo dos séculos, migraram de uma monocultura para outra, sempre com o fito de atender ao mercado externo e consumidor. Se, no passado era o açúcar, ou o café, ou a borracha, enfim, hoje é precipuamente a coca, enquanto produto, que movimenta suas economias.

O narcotráfico, dessa forma, gera dependência, não apenas ao indivíduo que consome a substância tóxica, mas, principalmente, à economia e à dinâmica social dessas nações, já que funciona como um poder paralelo, que se espraia por governos, forças armadas, corpo diplomático e entidades religiosas, bem como emprega e propicia as exportações e a circulação de divisas. Na década de 90, por exemplo, na Bolívia, os lucros com essa atividade quase alcançaram o montante obtido com as exportações legais<sup>282</sup>.

É possível afirmar-se, dessa forma, que o Tráfico de Drogas subsiste porque há consumo. Nesse passo, segundo o Relatório Mundial de Drogas do UNODC<sup>283</sup> - Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes -, em 2006, eram mais de 200 milhões de usuários de Drogas no mundo, o que representava cerca de 5% da população entre 15 e 64 anos. Àquela época, as Drogas mais procuradas eram maconha, haxixe, cocaína, heroína e Drogas sintéticas.

Em 2009, o Relatório Mundial de Drogas da UNODC<sup>284</sup> registrou um aumento médio mundial no consumo de Drogas sintéticas e uma sutil redução ou estabilização no uso de opiáceos, cocaína e maconha. Referido relatório também procurou destacar a necessidade de se atentar mais para o tratamento dos dependentes e para o combate ao Tráfico das Substâncias entorpecentes,

---

<sup>282</sup> De acordo com O tráfico internacional de drogas e a influência do capitalismo. **Revista Adusp** – Associação dos Docentes da Universidade de São Paulo, São Paulo, agosto, 1996. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br/files/revistas/07/r07a07.pdf>>. Acesso em 29 abr 2013, os lucros com as exportações legais foram de US\$ 2,5 bilhões, e com o tráfico, US\$ 1,5 bilhão.

<sup>283</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2006.html>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

<sup>284</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <<http://www.unodc.org/documents/wdr/1/WDR09pressreleasefinal-spanish.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

fundamentando tal objetivo na Correlação existente entre o comércio de Drogas e a delinquência.

Já pelo Relatório Mundial de Drogas de 2012<sup>285</sup>, observa-se que os objetivos da UNODC concentraram-se na reunião de esforços para combater o aumento das Drogas, por meio da promoção ao respeito aos Direitos fundamentais e da reabilitação e Reinserção social dos usuários. Também chamou-se a atenção para a responsabilidade de todos os países na luta em combater os Narcóticos.

Por esse último relatório, constatou-se que o volume de consumo mundial de Drogas ilícitas se manteve estável durante cinco anos até final de 2010 (entre 3,4% e 6,6% da população adulta de 15 a 64 anos). Em 2010, por exemplo, manteve-se o mesmo percentual de 2006, mas a diferença é que, como a população mundial aumentou, em vez de 200 milhões de pessoas que usaram Drogas ao menos uma vez na vida a cada ano, registraram-se cerca de 230 milhões. O relatório, outrossim, demonstrou que o consumo de Drogas ilícitas nos países em desenvolvimento teve considerável acréscimo, em virtude do aumento de renda. Todavia, atentou para o fato de que ainda são os jovens dos países mais desenvolvidos que consomem Drogas ilícitas em maior quantidade, visto que, a eles, a renda disponível é mais alta<sup>286</sup>.

No Brasil, o Relatório Mundial de Drogas de 2012 demonstrou que, entre 2004 e 2010, houve significativo aumento da cocaína, tanto a destinada para o uso – em razão do crescimento da renda da população -, quanto a destinada para o Tráfico

---

<sup>285</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_drugs/WDR/2012/WDR\\_2012\\_Spanish\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/WDR/2012/WDR_2012_Spanish_web.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

<sup>286</sup> Conforme se extrai do relatório, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_drugs/WDR/2012/WDR\\_2012\\_Spanish\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/WDR/2012/WDR_2012_Spanish_web.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013, tal diferença é visível nas regiões. Por exemplo, na América do Norte, os países que mais consomem drogas ilícitas são os Estados Unidos e o Canadá. Nos países da América do Sul, os que mais consomem são os do Conesul. No Brasil, o consumo é maior na região sul do que no restante do país, por ser a região mais rica. Por fim, na Europa, o consumo é mais elevado no Oeste da Europa do que no Leste ou Sudeste de referido continente.

– uma vez que o país ocupa posição estratégica no continente latino americano, o que viabiliza as exportações da droga<sup>287</sup>.

O Tráfico de Drogas, no Brasil e em boa parte do mundo, é tão organizado, que funciona tal qual uma empresa privada. Os meandros podem ser verificados a seguir.

### 3.1.2 Uma atividade organizada

Em seu livro “Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta”<sup>288</sup>, Levitt e Dubner, ao analisarem a dinâmica das gangues na periferia da Cidade de Chicago, comparam o Tráfico de Drogas ao modelo empresarial capitalista.

Isso porque, segundo os autores, “o problema do tráfico de crack é o mesmo que afeta todas as outras profissões glamorosas: um monte de gente competindo por um punhado de prêmios”<sup>289</sup>, ou seja, indivíduos fazendo qualquer coisa para fomentar seu sonho de ascender social, profissional, financeira e pessoalmente. Extrai-se, do livro, que, para as pessoas que crescem em meios como esse, o Tráfico é considerado uma atividade laborativa normal como qualquer outra, que tem degraus a serem galgados: de “ralé”, passando por soldado, executivo, líder, até chegar-se ao mais alto dos cargos, o membro de Conselho. Assim como na Sociedade capitalista, os salários do Tráfico são deturpados, na medida em que, quanto mais alta a posição alcançada, maior o lucro obtido nesse patamar e menor o risco que se corre. Em contrapartida, as posições mais subalternas em muito se assemelham a um empregado de uma fábrica multinacional: em virtude das baixas remunerações que lhes restam e dos riscos e

---

<sup>287</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_drugs/WDR/2012/WDR\\_2012\\_Spanish\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/WDR/2012/WDR_2012_Spanish_web.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

<sup>288</sup> LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 99-116.

<sup>289</sup> LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 107.

das péssimas condições da atividade, exercem, em concomitância, outra atividade lícita, como forma de complementação de renda.

A situação narrada por Levitt e Dubner soa muito familiar. Ao se deslocar o cenário da periferia de Chicago para as periferias e morros de grandes centros urbanos brasileiros, chega-se a resultados bastante similares. O sentimento que move as pessoas a ingressarem no Tráfico é o mesmo: a vitória pessoal, a necessidade financeira e a busca pelo reconhecimento. Além disso, aqui também é possível encontrar-se a estrutura hierarquizada composta por posições semelhantes: “aviõezinhos”, “fogueteiros”, ajudantes de gerente e chefes do Tráfico. Observa-se, ainda, a mesma confusão na mentalidade das pessoas em conceber a narcotraficância como uma atividade profissional normal. Tão normal, que crianças, em vez de almejavam profissões lícitas, querem ser chefes do Tráfico ou do morro, para desfrutarem do “poder” que estes detêm.

As similitudes não param por aí. A comunidade aceita os traficantes em troca de segurança e de outros benefícios que estes lhe concedem e que, muitas vezes o Estado é insipiente em garantir. Se em Chicago são gangues, aqui são designadas quadrilhas, organizações criminosas ou facções. E, em todos esses cenários, também se observam as mesmas consequências: a Correlação direta entre as Drogas e a violência, assunto a seguir melhor explanado.

### **3.1.3 As consequências do Tráfico e do consumo de Drogas**

A preocupação mundial com as Drogas, especialmente a partir do Relatório da UNODC de 2009, também se deve a um fato importante: sua relação com a delinquência. Não bastasse o fato de o comércio internacional de Drogas funcionar na ilegalidade, as consequências dessa prática e do uso de tais substâncias configuram um capítulo à parte: atingem toda a Sociedade.

Pelo Tráfico e consumo de Drogas, advêm violências, aumento das taxas de criminalidade, de desemprego e de evasão escolar, bem como desestruturação familiar, corrupção e problemas de saúde. E, se de um lado os avanços tecnológicos, as melhorias nos meios de comunicação e a globalização estreitaram

distâncias entre as pessoas e permitiram o acesso ao conhecimento, por outro lado, também facilitaram o acesso às Drogas e potencializaram as consequências causadas por seu uso ou sua mercancia.

Não raras vezes, ouvem-se ou leem-se notícias veiculadas nos meios de comunicação relativas a Crimes cometidos atrelados às Drogas. São pessoas que perderam seus entes e amigos mais queridos, estes, ou vítimas do próprio vício, ou do vício de outros usuários que cometem latrocínio, roubos, furtos, enfim<sup>290</sup>. São também transgredidos Bens jurídicos como a vida e o patrimônio em prol da necessidade de consumo da droga<sup>291</sup>. São disputas entre os próprios traficantes, na busca ou proteção do seu “território consumidor”. São lutas incessantes entre o Estado e a prepotência do Tráfico de Drogas<sup>292</sup>.

A despeito de todas essas consequências provenientes do Tráfico e do consumo de Drogas, muito se debate acerca da possibilidade de sua legalização, o que será adiante melhor verificado.

### 3.1.4 Legalização das Drogas: viabilidade ou inviabilidade

As Drogas hoje são concebidas como o maior inimigo mundial. Perpassam fronteiras transnacionais. Contra o consumo ou o Tráfico, muitas medidas já foram tentadas: de políticas repressivas a políticas de liberação, é

<sup>290</sup> Em consonância está a reportagem de LIMA, Samarone; OYAMA, Thaís, “Passageiros da agonia: No auge da vida, jovens perdem a luta contra as drogas. Parentes rompem o silêncio e relatam seus dramas”. **Revista VEJA**, São Paulo, 27 de maio de 1998, n. 1548. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/270598/p\\_118.html](http://veja.abril.com.br/270598/p_118.html). E também de ITALIANI, Rafael, “Jovem é morto com tiro na cabeça por ladrão de celular”. **Folha de São Paulo do Agora**, São Paulo, 11 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.agora.uol.com.br/saopaulo/ult10103u1260779.shtml>. Acesso em 25 maio 2013.

<sup>291</sup> A afirmação se comprova pelas notícias, dentre tantas outras: SILVA, Anderson, “Homem que colocou fogo em moto em Gaspar teria feito ataque por 10 pedras de crack”. **Jornal de Santa Catarina**, Blumenau, 23 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.clicrbs.com.br/especial/sc/jsc/19,6,4147000,Homem-que-colocou-fogo-em-moto-em-Gaspar-diz-ter-feito-ataque-por-10-pedras-de-crack.html>. Acesso em 25 maio 2013; “Corpo de mulher é encontrado às margens da BR-101, em Porto Belo: Luciana Lunelli, de 40 anos, tinha passagem por tráfico de drogas e foi morta a pedradas”. **O sol diário**, Itajaí. Disponível em: <http://osoldiario.clicrbs.com.br/sc/noticia/2013/05/corpo-de-mulher-e-encontrado-as-margens-da-br-101-em-porto-belo-4142529.html>. Acesso em 25 maio 2013.

<sup>292</sup> Os ataques efetivados em Santa Catarina nos meses de novembro e dezembro de 2012 e no início de 2013 são maiores exemplos disso. Disponível em: <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/04/suspeito-de-ligacao-com-trafico-e-envolvimento-com-ataques-e-presos.html>. Acesso em 25 maio 2013.



uníssono admitir que se trata de um dos maiores problemas a ser combatido, em virtude de tudo com o que se relaciona. Por isso, as discussões acerca da legalização do uso e ou do comércio dessas substâncias.

Nesse sentido, de acordo com o relatório mundial de Drogas de 2009 da UNODC<sup>293</sup>, os defensores da legalização do consumo e mercancia de Drogas sustentam que a adoção de tal medida atingiria positivamente três esferas: a econômica, uma vez que com a cobrança de impostos e a redução de investimentos dispendidos no combate ao Tráfico, haveria maior arrecadação do ente estatal, o que, segundo a UNODC é falho, visto que, com o possível aumento no consumo, haveria mais gastos com a saúde pública; a segunda esfera, a saúde, ao argumento de que, com a regulamentação do comércio de Narcóticos evitar-se-ia uma ameaça à própria saúde; e, a terceira e última esfera, a segurança, visto que o Tráfico deixaria de existir, e os traficantes perderiam sua atividade mais lucrativa.

No mesmo caminho, Husak *apud* Mesquita Júnior aduz que tal medida seria positiva para conter os Crimes praticados pelos próprios consumidores, que, sem condições financeiras para sustentar o vício, furtam, roubam ou mesmo cometem homicídios<sup>294</sup>.

Também nessa linha, Nadelmann, diretor da ONG norte americana *Drug Policy Alliance*, assevera que, muito embora a legalização das Drogas possa viabilizar o aumento de seu consumo, talvez o risco seja compensado com os benefícios que traria, uma vez que, “a legalização de cocaína e heroína teria um efeito devastador sobre os lucros das organizações criminosas”<sup>295</sup> e diminuir-se-iam os gastos dispendidos na luta contra as Drogas, bem ainda os números de corrupção e violência que assolam os principais países produtores. Ao criticar as políticas brasileiras de internação compulsória, por considerá-las demasiado

---

<sup>293</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2009/World\\_Drug\\_Report\\_2009\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/World_Drug_Report_2009_spanish.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

<sup>294</sup> Husak *apud* MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à lei antidrogas**: Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 99, assim verbaliza: “las drogas legalizadas seían más baratas y los consumidores cometerían menos delitos”.

<sup>295</sup> NADELMANN, Ethan, “Proibir não é a única forma de regular as drogas”. **Revista Época**, São Paulo, n. 780, mai 2013. p. 60-61.

dispendiosas e ineficazes, Nadelmann sugere que o país adote o modelo português de descriminalização para quem porta Drogas para consumo próprio ou, ainda, que se atente para o que vem sendo feito atualmente no Reino Unido: o tratamento de viciados, mediante recompensa para os que não usarem cocaína.

Em verdade, o anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro<sup>296</sup>, já prevê, em seu art. 212, §2º, a exclusão da conduta delituosa para “quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo”, bem como quem “semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal”. Nos termos do anteprojeto, caberá ao juiz, nessa averiguação, atentar-se para a natureza e quantidade da substância apreendida, como também a conduta do agente e circunstâncias físicas, pessoais e sociais, sendo admissível para o consumo médio individual a quantidade de droga suficiente por cinco dias.

Da leitura do anteprojeto, deduz-se a intenção de permanecer-se o rigor repressivo ao Crime Tráfico de Drogas<sup>297</sup>, ao se puni-lo com, praticamente, o mesmo *quantum* de Pena atualmente já cominada pela lei Antidrogas.

Nada obstante a possível iminente alteração na legislação penal brasileira<sup>298</sup> e em que pesem os argumentos utilizados por seus defensores, ainda é

---

<sup>296</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado, n. 236 de 2012. Anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 25 maio 2013.

<sup>297</sup> De acordo com o anteprojeto, o crime de tráfico de drogas compreende as condutas descritas no caput e parágrafo 1º do art. 212, *verbis*: “Art. 212. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – prisão, de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. § 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 reparação 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”.

<sup>298</sup> Convém registrar aqui que, mesmo com essa possível alteração do Código Penal, tramita o Projeto de Lei n. 7.663-C, de 2010, que dentre outros objetivos, visa à alteração da Lei n. 11.343/06, a fim de punir com mais rigor os chefes de organizações criminosas – criando um tipo específico para essa conduta, nos termos do pretendido §5º do art. 33 -, bem ainda afrouxar aos que se enquadram no tipo do §4º do art. 33 da Lei Antidrogas. Tal projeto estava na Câmara dos deputados e, em junho

difícil crer que a legalização do consumo e do comércio de Drogas seja a solução para todos os problemas. Com a legalização, advirão outras mazelas, até muito piores.

Ora, as Drogas não são daninhas porque se fiscalizam, fiscalizam-se porque são nocivas e causam danos tanto ao usuário rico e belo como ao pobre e marginal<sup>299</sup>. Ademais, outrora já restou consignado que toda substância natural ou sintética capaz de causar Dependência física ou psíquica e gerar algum dano à saúde pública ou social é droga. Se fosse saudável e não nociva e agressiva, certamente não teria sido assim nominada – sinônima de demônio como é; receberia qualquer outra denominação mais dúctil, como chocolate!!!

Tal qual um maquinista que conduz um trem, a Droga tem a infeliz capacidade de, ao desatar laços familiares, governar a vida das pessoas que se tornam usuárias. Os indivíduos seguem nos vagões desse trem, cegos e servos da dela: lícitas ou ilícitas.

Exemplo da devastação causada pelas Drogas é a situação hoje enfrentada pelo Brasil, tocante ao número de pessoas viciadas em crack. Essa substância implica na “perda progressiva das capacidades cognitivas e comportamentais”<sup>300</sup>, ao provocar “um estado de excitação, hiperatividade, insônia, perda de sensação do cansaço, falta de apetite”<sup>301</sup>. Rodrigues atesta que, com referida substância, a qual é extremamente viciante, “praticamente não há intervalo entre a experimentação e a dependência; enquanto o álcool leva em média 1 (um)

---

do corrente ano, foi remetido ao Senado Federal, conforme, BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7.663-C, de 2010. Altera as Leis n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 [...] para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 2 jun. 2013.

<sup>299</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2009/World\\_Drug\\_Report\\_2009\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/World_Drug_Report_2009_spanish.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013. Assim consta do original: “Las drogas no son dañinas porque se fiscalicen, se fiscalizan porque son nocivas; y causan daños, tanto al adicto rico y bello como al pobre y marginado”.

<sup>300</sup> BRASIL. “Crack, é possível vencer: efeitos e consequências”. Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/crackepossivelvencer/efeitos-e-consequencias/vida-social>>. Acesso em 20 maio 2013.

<sup>301</sup> RODRIGUES, João Gaspar. **Tóxicos**: abordagem crítica da lei n. 6.368/76. Campinas: Bookseller, 2001. p. 65.

ano para desenvolver a dependência e a cocaína 4 (quatro) meses, o crack em menos de um mês torna o usuário dependente”<sup>302</sup>. Além disso, gera diversos reflexos não só na vida profissional e social dos usuários. Atualmente, da mais distante periferia às áreas mais centrais de diversas cidades brasileiras são tingidas de pessoas que, não raras vezes, largaram tudo – família, emprego, moradia -, para vagar pelas cidades e viver do consumo dessa droga.

Por tais motivos, permitir a legalização, mormente das Drogas mais lesivas como crack, cocaína e heroína, só faria aumentar o consumo – não que hoje seja muito difícil adquiri-las neste país -. Não se minimizariam as consequências do vício, como a necessidade de tratamento e a quantidade de Crimes violentos diretamente ligados.

Além disso, a legalização do consumo e da mercancia não reduziria o desvio de dinheiro público, a sonegação de impostos, os lucros dos traficantes, a violência e a criminalidade, tampouco impediria a formação de um comércio paralelo e as guerras entre quadrilhas do Tráfico por disputas de mercado.

Antes de se ser leniente com as Drogas, deve-se refletir na prevenção, por meio de educação, orientação e formação de crianças, adolescentes e jovens. É muito melhor prevenir do que reprimir<sup>303</sup> - seja pela adoção de Penas rígidas, seja pela adoção de internações compulsórias para tratamento do dependente. É que chega a ser um contrassenso a liberdade de escolha acerca do uso ou não de droga, para depois o indivíduo que exerce esse livre arbítrio ser submetido a tratamento compulsório, sem grandes chances de recuperação, às custas do cidadão comum contribuinte.

Discorrido acerca dos impactos o consumo e do comércio de Drogas na Sociedade, passa-se à verificação dos Princípios da proporcionalidade e da

---

<sup>302</sup> RODRIGUES, João Gaspar. **Tóxicos**: abordagem crítica da lei n. 6.368/76. Campinas: Bookseller, 2001. p. 66.

<sup>303</sup> Nesse sentido, RODRIGUES, João Gaspar. **Tóxicos**: abordagem crítica da lei n. 6.368/76. Campinas: Bookseller, 2001. p. 33, “O Estado deve – antes e além da repressão – fazer trabalho diário de prevenção da criminalidade, em suas duas vertentes: *prevenção indireta* ou *remota* (eliminação ou atenuação das causas da delinquência) e *prevenção direta* ou *próxima* (polícia de segurança). A primeira é mais eficaz e útil do que a segunda”.

razoabilidade, alicerces das decisões que entendem pela Substituição de Penas privativas de liberdade por restritivas de Direito nos Delitos de Tráfico de Drogas.

### 3.2 OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE

Assim como as Regras, os Princípios são normas<sup>304</sup>. Em geral, ambos estão no mesmo patamar, mas distinguem-se entre si quanto ao grau de abrangência e generalidade. Desse modo, ao citar Alexy, Jorge Miranda explica que “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas reais e existentes”<sup>305</sup>; por sua vez, “as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, [...] contêm determinações no âmbito do fáctico e juridicamente possível”<sup>306</sup>.

Assim, enquanto as Regras são normas descritivas, cuja aplicação e abrangência dependem de certa correspondência entre o fato e a norma a ser aplicada, os Princípios são normas finalísticas, com “pretensão de complementariedade, na medida em que [...] não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”<sup>307</sup>.

Partindo dessa premissa, no ordenamento jurídico brasileiro, os Princípios – especialmente o da proporcionalidade e o da individualização da Pena – são normas sobre as quais se fundamenta a análise da viabilidade da Substituição da Pena privativa de liberdade por restritiva de Direitos. E, acerca de referidos Princípios, discorrer-se-á em seguida.

#### 3.2.1 Da individualização da Pena

Consagrado pelo art. 5º, inciso XLVI, da CRFB, e elevado à categoria de Direito fundamental, em clara manifestação de congruência com os Princípios

---

<sup>304</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

<sup>305</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p 229.

<sup>306</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p 229.

<sup>307</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 77.

humanistas preconizados pelo Iluminismo e difundidos pelos defensores da teoria da prevenção especial, como Von Liszt e Marc Ancel, o Princípio da Individualização da Pena consiste na aplicação de uma sanção prevista em lei, proporcional e coerente com a conduta praticada, levando-se em consideração o indivíduo que a praticou e as circunstâncias que o fizeram agir de tal modo, sem que haja uma padronização na sua aplicação, mas desde que respeitados os limites definidos pelo legislador. Nessa direção, preleciona Nucci:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena 'mecanizada' ou 'computadorizada' aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser penante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto<sup>308</sup>.

Sustenta-se, portanto, na apreciação de exames e circunstâncias subjetivas relacionadas ao caso concreto, podendo ocorrer em três momentos distintos, quais sejam, legislativo, judicial e de execução penal.

Proemial ao plano legislativo, quando da tipificação dos Crimes em lei, as Penas a eles relacionadas oscilam entre um mínimo e um máximo coerente para a punição da prática delituosa e com a relevância do Bem jurídico a que se visa proteger. É a materialização de uma das facetas do Princípio da legalidade - *nulla poena sine lege*, a fim de se evitar a arbitrariedade do Direito de punir do Estado. Dessa forma, "somente a lei penal (lei em sentido estrito, como norma emanada do Congresso Nacional) proporciona o nascimento da figura abstrata do crime, em sentido formal, que nos interessa, bem como o surgimento da pena"<sup>309</sup>.

Em seguida, na fase judicial, o juiz detém o arbítrio e a discricionariedade para aplicar o tipo de Pena e o montante que considerar razoável e mais adequado ao grau de culpabilidade do infrator, já que, a individualização judicial comporta

---

<sup>308</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

<sup>309</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

sempre um juízo de valor<sup>310</sup>. Contudo, Leal e Leal<sup>311</sup> ressaltam que, quando se trata de Estado Democrático de Direito, arbítrio e discricionariedade não se operam de forma irrestrita e absoluta, porquanto encontram limites na necessidade de fundamentação<sup>312</sup> do *decisum* que fixa a Pena, bem como na necessidade de observância às circunstâncias relacionadas ao crime e ao infrator, para que este cumpra a sanção mais indicada e em quantidade proporcional ao mal cometido.

Por isso é que o Código Penal, em seu art. 59<sup>313</sup>, atendendo a esses preceitos, dispõe que o juiz, ao fixar a espécie e o *quantum* de Pena e o respectivo regime, deverá atentar-se para a culpabilidade do agente, a qual compreende antecedentes, conduta social e personalidade deste. Além desses elementos, o julgador deverá considerar os motivos, as circunstâncias e as consequências do Delito e o comportamento da vítima. É dizer-se que “O juiz, pois, nos limites que a lei impõe realiza uma tarefa de ajustamento da resposta penal em função não só das circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado, e, também, do comportamento da vítima”<sup>314</sup>.

A referido artigo, a fim de complementar-se o Princípio da Individualização da Pena judicial, soma-se o art. 68<sup>315</sup> do CP, que implementa o sistema trifásico adotado pelo Código da seguinte forma: em uma primeira fase, a pena-base é fixada

---

<sup>310</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 120.

<sup>311</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 338-339.

<sup>312</sup> Nesse sentido, reza o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal: “[...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do Direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>313</sup> “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

<sup>314</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar 2013.

<sup>315</sup> “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”.

em quantidade suficiente à reprovação da conduta e à prevenção geral, atendidas circunstâncias do art. 59; na segunda fase, são ponderadas as circunstâncias atenuantes e agravantes fulcradas nos dispositivos 61 e 65 do CP; e, por fim, na terceira fase, consideram as causas de aumento e diminuição da Pena, “classicamente conhecidas por circunstâncias majorantes ou minorantes, fixadas em níveis percentuais”<sup>316</sup>.

Na Lei Antidrogas, a individualização da Pena judicial consubstancia-se por seus artigos 42<sup>317</sup> e 43<sup>318</sup>. Reza aquele dispositivo que a natureza e a quantidade de droga, a personalidade e a conduta social do agente devem ser analisadas com preponderância sobre as demais circunstâncias previstas no art. 59 do CP. Embora a Lei 11.343/06 tenha repetido certos indicadores de reprovabilidade do Código Penal, observa-se que, dessa forma, a espécie e o *quantum* de Pena poderão ser maiores ou menores conforme o tipo e a quantidade de droga apreendidos com o agente. Com base nesse critério especial estabelecido pela lei, visou-se distinguir e reprimir mais adequadamente o usuário, o pequeno e o grande traficante<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 331.919/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 3.13.2002. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 06 jan. 2013.

<sup>317</sup> “Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

<sup>318</sup> “Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo. Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo”.

<sup>319</sup> Constata-se a afirmação pelo acórdão: “*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS CONCRETOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06. [...] ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06. QUANTUM DE REDUÇÃO. PATAMAR MÍNIMO. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGAS. MENOR FRAÇÃO. PREVENÇÃO E REPRESSÃO. [...] 3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido [...]”. (STJ. *Habeas Corpus* n. 124.898/MS, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 4.2.2010).



No que se refere ao art. 43 da Lei Antidrogas, ainda que uma vez mais tenha previsto situação jurídica já normatizada pelo Código Penal, tem-se que, para a fixação da Pena pecuniária, são considerados dois momentos. Em uma primeira etapa, deverão ser sopesadas as condições elencadas no art. 42<sup>320</sup>, de modo que, quanto maior a quantidade de droga ou pior o potencial desta, maior o número de dias-multa. Registra-se que a quantidade mínima e máxima de dias-multa encontra-se prescrita no preceito secundário de cada tipo penal da Lei Antidrogas.

Já em um segundo momento da fixação da Pena pecuniária, tem-se a quantificação do valor do dia-multa, o qual não pode ser inferior a um trinta avos nem superior a cinco vezes o maior salário mínimo. Nesta fase, por tal critério, cabe ao magistrado a análise minuciosa das condições financeiras do traficante. Quanto maior a capacidade econômica deste, maior o valor do dia-multa.

O parágrafo único do art. 43 da Lei 11.343/06 prescreve ainda que em caso de concurso de Crimes, as Penas de multa serão aplicadas cumulativamente. Ademais, podem ser elevadas até o décuplo conforme a situação econômica do agente, o que permite a Pena pecuniária chegar até o montante de 200 mil salários mínimos, como observam Leal e Leal, o que faz constatar que o legislador, além da repressão por meio da Pena privativa de liberdade, “apostou na função preventiva ou pedagógica da sanção pecuniária para reprimir a delinquência relacionada ao uso e comércio ilícito de drogas”<sup>321</sup>.

Além da individualização da Pena nas esferas legislativa e judicial, tal também ocorre durante a execução penal. É que a execução da Pena “não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e de que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento”<sup>322</sup>, pois, “individualizar a pena, na

---

<sup>320</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em 5 jan. 2013.

<sup>321</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas**: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010. p. 346.

<sup>322</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 48.

execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto”<sup>323</sup>.

Em respeito ao Princípio em comento, é que, no início do cumprimento da Pena, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o condenado é submetido a um exame criminológico, realizado pela Comissão Técnica de Classificação de cada presídio, sendo obrigatório para os que forem submetidos a regime fechado e facultativo para os que iniciam o cumprimento da Pena no regime semiaberto.

Portanto, diante do que se observou, a individualização da Pena começa na lei e termina na execução penal. E, consoante assinala Barros “ao longo desse processo, a pena está condicionada aos princípios constitucionais norteadores do Estado de Direito, e só haverá legitimidade onde a pena for necessária e proporcional ao fato”<sup>324</sup> e destinada à proteção de Bens jurídicos. Nesse contexto, é que se passa à análise do Princípio da Proporcionalidade, por ser o limite para a individualização da Pena em relação à conduta criminosa.

### 3.2.2 Do Princípio da Proporcionalidade

Consoante já se verificou ao logo deste estudo, ao se tratar da origem das Penas, a proporcionalidade mostrou-se embrionariamente na Lei de Talião. No entanto, tal proporcionalidade não se cingia do Princípio humanidade<sup>325</sup>, sustentáculo de uma Sociedade pautada na dignidade da pessoa humana. Muito menos estava próxima de ser a proporcionalidade preconizada pelo Marquês de Beccaria em “Dos delitos e das penas” e demais filósofos iluministas.

---

<sup>323</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 48.

<sup>324</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.112.

<sup>325</sup> Nos dizeres de BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito penal**: parte geral. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 45-46, o princípio da humanidade “sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”, porém, sem se esquecer de que o Direito Penal, acima de qualquer responsabilidade assistencial, visa, antes de tudo, à “Justiça distributiva”.

Por proporcional, tem-se o que é harmônico, coerente, adequado. Pelo Princípio da Proporcionalidade<sup>326</sup>, estabelece-se o postulado dessa necessidade de harmonia, adequação, coerência. Como bem leciona Bonavides, tal Princípio não “constitui um Direito de liberdade, mas um Direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral de Direito; (...) um princípio geral de Direito Constitucional, ao lado do princípio do Estado de Direito”<sup>327</sup>.

No Brasil, esse Princípio não está expressamente regulamentado, mas se relaciona direta ou indiretamente com outros Princípios, especialmente com o da individualização da Pena. Ademais, faz-se presente nos diversos ramos do Direito. Se assim o é, na esfera penal, “faz-se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena”<sup>328</sup>, quando da aplicação dos artigos 59 e 68 do Código Penal e dos artigos 42 e 43 da Lei Antidrogas nos crimes de Tráfico. E, “no Direito processual manipula-se a idéia de proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade a que se destina o ato processual”<sup>329</sup>.

Sobre o assunto, discorre Franco:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, ‘o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado

<sup>326</sup> Para fins de esclarecimento, o princípio da proporcionalidade confunde-se com o da razoabilidade, em se tratando das esferas de Direito Constitucional e Administrativo. A razoabilidade advém do Direito norte americano. Por seu turno, a proporcionalidade é proveniente da Alemanha. Nesse passo: “A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência do meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos Direitos dos cidadãos”, conforme BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 235.

<sup>327</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 401.

<sup>328</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 148.

<sup>329</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 148.

em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)<sup>330</sup>.

Observa-se, dessa forma, que o Princípio da Proporcionalidade consiste na adequação da fixação de Penas aos tipos penais previstos em lei, bem como harmônica aplicação da Pena ao caso concreto. As finalidades da Pena - punição/retribuição/justiça – devem ser proporcionais à agressão realizada contra o Bem jurídico tutelado, ponderando-se, para tanto, o real valor de referido bem, a fim de que a Pena não seja fadada ao exagero e à desproporcionalidade. Nas palavras de Barros, “como limite à intervenção penal [...], a proporcionalidade é a boa face da retribuição, o que dela ainda resta”<sup>331</sup>.

### **3.3 A SUBSTITUIÇÃO DE PENAS NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E A REPRIMENDA MAIS ADEQUADA**

Após o estudo acerca do Crime de Tráfico de Drogas – do Crime ao impacto do uso e comércio dessas substâncias -, bem como após a análise acerca das finalidades e teorias das Penas, bem ainda, depois de breve explanação dos Princípios da Individualização da Pena, chega-se ao cerne deste trabalho: a Substituição de Penas privativas de liberdade por restritivas de Direitos nos Crimes de Tráfico de Drogas - e equivalentes, equiparados e relacionados – e a Correlação entre a reprimenda mais Adequada e a Gravidade desses Delitos.

#### **3.3.1 Substituição de Penas privativas de liberdade por restritivas de direito no Código Penal**

Apesar de autônomas, as Penas restritivas de direito não são acessórias e têm natureza substitutiva, ou seja, de acordo com a regra do Código Penal, “o juiz, em primeiro lugar fixa a Pena privativa de liberdade. Depois a substitui por uma ou

---

<sup>330</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**: anotações sistemáticas à Lei n. 8.072. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 67

<sup>331</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. p.113-114.

mais alternativas, se for o caso. Não podem ser aplicadas diretamente, nem cumuladas com as privativas de liberdade”<sup>332</sup>.

Tal Substituição é obrigatória, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade, subjetivos e objetivos, expressos no art. 44<sup>333</sup> do Código Penal. Em assim sendo, os requisitos objetivos dependem da quantidade da Pena privativa de liberdade imposta e da natureza da infração penal (se culposa ou dolosa). Partindo dessa premissa, é possível a Substituição qualquer que seja o *quantum* de Pena aplicado em se tratando de Crime culposos, se preenchidas as condições subjetivas. Por outro lado, em se tratando de Crime doloso, é viável a Substituição desde que este não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à vítima, a Pena privativa de liberdade seja igual ou inferior a quatro anos, e o agente não seja reincidente em Crime dessa natureza.

Observa-se que a restrição à reincidência em Crime doloso não é absoluta, uma vez que, nos termos do §3º<sup>334</sup> do dispositivo *sub examine*, poderá operar-se a Substituição, se for verificado que, em razão de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não tenha se dado pela prática da mesma conduta delituosa. Isso porque, “muitas vezes os crimes

---

<sup>332</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 532.

<sup>333</sup> “Art. 44. As penas restritivas de Direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. § 1º (VETADO). § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de Direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de Direitos e multa ou por duas restritivas de Direitos. § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4º A pena restritiva de Direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de Direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.”

<sup>334</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Institui o Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em 5 jan. 2013. Também denominado de Código Penal, CP.

constituem fatos isolados na vida do cidadão e não circunstâncias de maior censurabilidade”<sup>335</sup>.

Já em relação aos requisitos subjetivos, tem-se que o réu não deve ser reincidente em Crime doloso e devem estar presentes motivos e circunstâncias bastantes para tal Substituição, ponderados os antecedentes, a culpabilidade, a conduta e a personalidade do agente.

Por tal motivo, é que, conforme pondera Martins, “os critérios que devam ser utilizados para a aferição da que seja mais conveniente, [...] deverão ser aqueles que motivaram o juiz na confecção do cálculo da pena”<sup>336</sup>, ponderando se essa modificação de Penas trará resultados positivos ao agente e à Sociedade e terá Correlação com o mal cometido.

É que não se pode deixar de ter em consideração que as penas restritivas de Direito são sanções alternativas, cuja finalidade precípua é a de evitar a privação da liberdade do indivíduo. Destinam-se a infratores primários e ocasionais que praticaram condutas de baixas Gravidade e repercussão. Não devem, pois, ocorrer sua aplicação de forma generalizada e indiscriminada, a fim de que não sejam fadadas ao fracasso e à ineficácia, bem ainda, não sejam motivo de deboche e de indiferença pelos indivíduos que com tais reprimendas são apenados.

Em arremate, menciona-se que poderá haver a conversão das Penas restritivas de Direito para Pena privativa de liberdade, em caso de descumprimento daquela ou, a critério do juiz, se sobrevier condenação à Pena privativa de liberdade por outro Delito.

### 3.3.2 Substituição em Crimes de Tráfico

A Lei Antidrogas, em seu art. 44, *caput*<sup>337</sup>, expressamente vedou a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de Direitos para os

---

<sup>335</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 534.

<sup>336</sup> MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas alternativas**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 84.

<sup>337</sup> “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de Direitos”.

Crimes descritos nos seus arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, bem como considerou tais condutas inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Ainda, do parágrafo único<sup>338</sup> do art. 44 da Lei n. 11.343/06, extrai-se que, para os mesmos Delitos, foi permitida a concessão do livramento condicional após o cumprimento de dois terços da Pena e desde que não reincidente específico o agente.

Em clara demonstração da intenção do legislador de reprimir o Tráfico de Drogas, propalada vedação à Substituição de Penas também se fez presente no § 4º do art. 33 da Lei em comento, que tratou da causa de diminuição de um sexto a dois terços aos Crimes previstos no art. 33, *caput* e §1º, ao agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa.

Ocorre que a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS<sup>339</sup>. Diante dessa incompatibilidade, o Senado Federal, utilizando-se das suas prerrogativas previstas no art. 52, X<sup>340</sup>, da Constituição Federal, e nos moldes dos arts. 386 a 388 do Regimento Interno do Senado<sup>341</sup>, editou a Resolução n. 05, de 2012<sup>342</sup>, por meio da qual, tal vedação restou expressamente afastada do artigo 33, §4º, como também tacitamente da parte final do art. 44, *caput*, ambos dispositivos da Lei 11.343/06, conferindo, assim, efeito *erga omnes* àquela decisão proferida pelo STF em sede de controle concreto de constitucionalidade.

---

<sup>338</sup> "Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico".

<sup>339</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 mar. 2013.

<sup>340</sup> "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal";

<sup>341</sup> BRASIL. Senado Federal. Resolução n. 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em 15 maio 2013.

<sup>342</sup> BRASIL, Senado Federal. Resolução 05 de 15 de fevereiro de 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm)>. Acesso em: 19 maio 2013.

Antes de se avançar pelos fundamentos que levaram a essa declaração de inconstitucionalidade e para facilitar a compreensão do assunto, é preciso, porém, fazer um passeio pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela jurisprudência a partir da Lei n. 6.368/76.

Dessa forma, conforme já restou consignado no capítulo 1, o Crime de Tráfico de Drogas – antes art. 12 da Lei Antitóxicos; hoje art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 - é equiparado a hediondo. Quando do surgimento do Diploma Legal dos Crimes Hediondos, em 1990, foi determinado que o cumprimento da Pena para os Delitos dessa natureza e equiparados se desse integralmente em regime fechado, sendo, portanto incompatível com essa determinação a Substituição de Penas. Por isso, à conduta tipificada no art. 12 da Lei Antitóxicos não se admitia a benesse. No entanto, a partir da reforma do art. 44 do Código Penal, que, pela Lei n. 9.714/98, modificou a sistemática de Substituição de Penas, introduzindo requisitos objetivos e subjetivos e prevendo novas reprimendas restritivas de Direito, passou a admitir-se a Substituição, justamente porque ao Tráfico de Drogas era cominada a Pena mínima de 3 anos, nada obstante entendimentos contrários<sup>343</sup>.

<sup>343</sup> **Em sentido contrário à substituição:** “HABEAS CORPUS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. CRIME HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Encontra-se consolidado o entendimento, em ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte de Justiça, assim como no Supremo Tribunal Federal, que não cabe a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de Direitos, quando da prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, delito equiparado, para efeitos de cumprimento da pena, aos crimes hediondos (Lei n.º 8.072/1990, art. 2º, *caput*); 2. Ordem denegada”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus n. 34.728, da 6ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Paulo Medina, Brasília, DF, 22 de junho de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013); “EMENTA: - CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA. NÃO-APRECIÇÃO DE TESE DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. LEI 9.714/98: SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE. I. - Sentença suficientemente fundamentada. Inocorrência de nulidade. II. - Impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por crime previsto na Lei 6.368/76 em restritiva de Direitos, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que, expressamente, determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. III. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. C.F., art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657/SP, Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603/SP, Brossard, RTJ 146/611; HC 69.377/MG, Velloso, "DJ" de 16.4.93; HC 76.991/MG, Velloso, "DJ" de 14.8.98; HC 81.421/SP, Néri, "DJ" de 15.3.02; HC 84.422/RS, julgado em 14.12.2004. IV. - HC indeferido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 85906, de SÃO PAULO, Rel. Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, 02 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013). **A favor da substituição:** “SENTENÇA



Com a declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime aos Crimes hediondos e equiparados, por meio do Habeas Corpus n. 82.959/SP<sup>344</sup>, julgado que foi em 23 de fevereiro de 2006, o entendimento pela Substituição de Penas passou a ser mais assente na jurisprudência<sup>345</sup>.

Contudo, com o advento da Lei n. 11.343/06, a vedação à propalada Substituição passou a ser expressa. Por isso, a exemplo da Corte Superior de

---

PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de Direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nos 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de Direitos". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 84.928, de Minas Gerais, Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 27 de setembro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013); "Habeas Corpus. 2. Tráfico de Entorpecentes. 3. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de Direito. 4. Ausência de proibição expressa na Lei 8.072/90 que impeça a concessão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de Direito aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente. 5. Definição da espécie da pena deve ser anterior à fixação do regime de seu cumprimento. 6. Precedentes. 7. Ordem deferida". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 85894, do Rio de Janeiro, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 19 de abril de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 mai 2013).

<sup>344</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 82.959, de São Paulo, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 maio 2013. Assim ementado: "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".

<sup>345</sup> Nesse sentido: "tratando-se de *novatio legis in pejus*, a imediata aplicação do óbice à substituição de pena aos condenados por delitos hediondos configura ofensa ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus n. 73.7666, do Rio de Janeiro, Rel. Min. Jane Silva, Brasília, DF, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 fev. 2013). E ainda: "I. Habeas corpus: deficiência da fundamentação: indeferimento. II. Sentença condenatória por tráfico de entorpecentes. Pena privativa de liberdade: cabimento da substituição por restritiva de Direitos, na condenação por fato ocorrido na vigência da L. 6.368/76: inadmissibilidade da aplicação retroativa de lei penal posterior mais gravosa (CF/88, art. 5º, XL). III. Habeas corpus: deferimento, de ofício, para anular o acórdão da apelação no ponto em que indeferiu a substituição da pena privativa de liberdade, devendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prosseguir no julgamento da apelação, analisando, como entender de Direito, a presença dos requisitos para a substituição contidos no art. 44 do C. Penal" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 91600, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 7 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 fev. 2013).

Justiça<sup>346</sup> e da Corte Catarinense<sup>347</sup>, muitas decisões foram no sentido de sua proibição, ainda que se tratasse de réu primário e de bons antecedentes e ainda que as circunstâncias judiciais fossem favoráveis ao agente. É que o fundamento que embasou essas decisões não foi somente a restrição legalmente imposta, como também o fato de que, muitas vezes, a Substituição de Penas não ser suficiente à reprovação da conduta e à prevenção de novos Delitos.

A exurgência da Lei n. 11.464/07, por seu turno, que alterou o §1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos e determinou que o cumprimento da Pena para tipos dessa natureza e equiparados se iniciasse no regime fechado, permitida a progressão, não foi capaz de afastar o óbice da Substituição de Pena privativa de

---

<sup>346</sup> Nessa seara: “PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006 – REDUÇÃO MÍNIMA DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – EXAME FAVORÁVEL DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – AGENTE PRIMÁRIO E POSSUIDOR DE BONS ANTECEDENTES – REDUÇÃO MÁXIMA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EXPRESSAMENTE PROIBIDA – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 3. A Lei Antidrogas proíbe expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de Direitos aos condenados pelo tráfico de drogas, não se tratando de norma inconstitucional, porquanto não contraria a Carta Magna, mas visa punir com maior severidade os autores desse crime hediondo. [...] 5. Ordem parcialmente concedida para elevar o quantitativo de diminuição em virtude da minorante específica” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus n. 118.098, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. JANE SILVA, Brasília, DF, 20 de novembro de 2008. <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013). E ainda: AI no HC 120.353/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, Brasília, DF, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013; e HC 147.924/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2009, <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013.

<sup>347</sup> “APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS - ACUSADO SURPREENDIDO COM 6 (SEIS) COMPRIMIDOS DE ECSTASY - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS QUE CORROBORAM O ELENCO PROBATÓRIO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - FRAÇÃO DE AUMENTO DE PENA DO ART. 18, IV, DA LEI N. 6.368/76 - APLICAÇÃO DA NOVA LEI ANTITÓXICO - CONCESSÃO DA BENESSE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 - CABIMENTO - RECURSO PROVIDO. [...] 2. Diante de crimes que têm por vítima toda a sociedade e que os males alcançam proporções muitas vezes drásticas, como é o caso do crime de tráfico de drogas, a substituição não é suficiente para se atingir as finalidades da pena, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização do condenado, razão pela qual não deve ser admitida. 3. 'No delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional)' (Luiz Flávio Gomes)”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Processo Penal. Apelação Criminal n. 2007.005311-2, de Itajaí, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Florianópolis, SC, 20 de fevereiro de 2008. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013). E ainda: TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.023636-5, da Capital, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Florianópolis, SC, 27 de outubro de 2009. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013; e TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.061791-2, de Joinville, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Florianópolis, SC, 9 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013.

liberdade por restritiva de Direitos aos Delitos de Tráfico, daí que se continuou decidindo por sua impossibilidade.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, em consonância com o *decisum* exarado no já referido HC n. 82.959/SP e com a Lei n. 11.464/07, e sob o argumento de prevalência de Princípios, como a Individualização da Pena e da Proporcionalidade, demonstrou-se favorável à Substituição de Penas em questão, conforme de dessume do HC n. 102.678/MG<sup>348</sup>, até declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de expressões constantes do §4º do art. 33 e do art. 44 da Lei Antidrogas, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, em setembro de 2010, cujos efeitos só se tornaram *erga omnes* a partir da Resolução 05/12 do Senado Federal.

Pois bem, em seu voto, o Ministro relator, Ayres Britto, sustentou que a própria Lei Fundamental cuidou de eleger os Crimes mais graves - tais como os Crimes hediondos e equiparados – a eles impondo os limites materiais: a não concessão de fiança, graça e anistia, “não incluindo nesse catálogo de restrições a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de Direitos”<sup>349</sup>, nem a impossibilidade de progressão de regime. Com isso, a Constituição Federal “subtraiu do legislador comum a possibilidade de estabelecer constrições sobejacentes daquelas já preestabelecidas pelo próprio legislador constituinte”<sup>350</sup>. Para fundamentar sua afirmação, o Julgador exemplificou que o texto constitucional apenas considerou como imprescritível a prática do racismo, não estendendo tal rigor a outros Crimes. Por isso, a seu ver, proibir a Substituição de Penas por lei, significaria a mesma coisa que se o legislador considerasse imprescritíveis outras condutas que não as elencadas na CRFB.

---

<sup>348</sup> “EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de Direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.12.10. Ordem concedida” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 102.678, de Minas Gerais, Rel. Min. EROS GRAU, Brasília, DF, 9 de março de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013.

<sup>349</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

<sup>350</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

Ainda, no entender do Relator, o grande ator da individualização da Pena é o juiz natural, pois ninguém melhor do que ele para saber qual a Pena mais Adequada para ao condenado. A permanência das expressões “vedada a conversão de penas em restritivas de Direitos” nos dispositivos da Lei 11.343/06 feria gravemente a concretização de propalado Princípio, consoante se colhe do corpo do acórdão:

[...] a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também não vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado. Além de inibir, obviamente, condutas de igual desvalia social. Conciliando ele, juiz sentenciante, justiça material e segurança jurídica. Que já significa fazer andar de *braços dados* a concreta individualização da pena e o sistema da justiça penal eficaz<sup>351</sup>.

Outrossim, consta do voto do Ministro Relator, que, muito embora possa o Direito Penal cumular Penas, não está autorizado a retirar dos órgãos julgadores a discricionariedade de se aplicar as sanções ou de se aplicar a Pena restritiva de Direitos em vez da privativa de liberdade, porque tal restrição não foi conferida ao legislador pela CRFB. Além disso, o Togado relembra que a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao Direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991, é uma norma supralegal, de hierarquia intermediária, que permite a cada Estado adotar norma comum interna de alternativas ao encarceramento para Crimes dessa natureza.

No mesmo sentido do voto do Relator, o Ministro Celso de Mello assim se pronunciou quando do julgamento:

[...] o retrocesso é de clareza solar porquanto estigmatiza parte da delinquência, independentemente da análise subjetiva dos fatos e gravidade real da conduta. [...] 'Assim, é evidente que a culpabilidade do real traficante de entorpecentes, pernicioso à sociedade por financiar e estar diretamente ligado a uma gama de outros crimes, além de induzir e manter parte da sociedade enferma, não é a mesma do jovem dependente químico que se envolve ocasionalmente com o tráfico para sustentar seu vício e que, por isso, merece tratamento diferenciado

---

<sup>351</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

em homenagem ao princípio da isonomia, de 'status' constitucional'. Portanto, não parece justo ou razoável, nem conforme os princípios de proporcionalidade, individualização da pena e isonomia, que o juiz ao condenar o réu por crime de tráfico e pena não superior a quatro anos, não possa substituí-la em virtude da só vedação legal<sup>352</sup>.

Além do Ministro Celso de Mello, votaram com o relator os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Este último considerou que o §4º do art. 33 da Lei Antidrogas é incongruente ao obstar a Substituição de Penas privativas de liberdade por restritivas de Direito a um Crime considerado Tráfico de Drogas privilegiado, porquanto assim enquadrado, justamente quando cometido por agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades, nem integra organizações criminosas.

No julgamento do HC n. 97.256, em manifestação contrária, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou inexistir aduzida inconstitucionalidade, rememorando que o Direito positivo brasileiro não reconheceu a possibilidade de Substituição da Pena privativa de liberdade por restritiva de Direitos a todos os Crimes, segundo se lê:

O instituto da substituição da pena não deriva, diretamente, do Direito constitucional à individualização da pena. O nosso ordenamento não outorga ao juiz essa liberdade ampla de analisar se a substituição é cabível, em todo e qualquer caso concreto. Somente naquelas circunstâncias específicas previstas na lei é que a substituição será possível. [...] Cuida-se, apenas de uma diminuição da esfera de atuação judicial na aplicação da pena. Não se extinguiu a possibilidade de individualização judicial nesta fase da aplicação da pena – se entendêssemos assim, teríamos de considerar que o juiz tem poder para substituir as penas em todos os casos concretos, independentemente da pena aplicada ou do crime cometido, o que esbarra no que dispõe o art. 44 do Código Penal<sup>353</sup>.

Como exemplo, referiu que há Crimes menos graves do que o de Tráfico de Drogas, sobre os quais incide a proibição de Substituição de Penas, porquanto cometidos com violência ou grave ameaça, como a lesão corporal grave, o roubo simples, o aborto. Embora a Constituição não os tenha incluído no topo do sistema penal, não sendo, portanto, hediondos tampouco equiparados, a Lei Maior sequer

---

<sup>352</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

<sup>353</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

lhes impôs limite material. Simplesmente, por não preencherem os requisitos do art. 44 do CP, a eles é vedada a Substituição de Penas. Nem por isso, esse óbice é inconstitucional. Acresce-se a esses Crimes, os de latrocínio, extorsão mediante sequestro na forma qualificada, homicídio qualificado, extorsão qualificada pela morte, estupro, estupro de vulnerável, tortura e terrorismo, que, sendo hediondos ou equiparados, também lhes foi negada a Substituição de Penas, não por força constitucional, mas por força de lei ordinária, em virtude da falta de preenchimento de requisitos objetivos.

Dos Crimes hediondos ou equiparados que não incorriam na restrição de Substituição de Penas do Código Penal, até o advento da Lei Antidrogas, eram os Delitos de epidemia, de falsificação de produtos terapêuticos e o de Tráfico de Drogas. “A conclusão, portanto, é de que a vedação imposta pelo legislador na Lei n. 11.343/2006 à substituição de pena no crime de tráfico de drogas promove, justamente, a igualdade de tratamento entre os crimes hediondos”<sup>354</sup>.

Daí que, no entender do ministro, é uma forma de não se fazer distinção dos Crimes de Tráfico em relação às condutas hediondas. Como a vedação não pôde ser feita pelo Código Penal, foi levada a efeito por lei específica, a Lei Antidrogas. A discussão acerca da viabilidade ou não da Substituição de Penas privativas de liberdade por restritivas de Direito “é tema atinente à política criminal, necessariamente situada na esfera de deliberação do Poder Legislativo, com os balizamentos ditados do princípio da proporcionalidade e pelo arcabouço principiológico da nossa Lei Maior”<sup>355</sup>.

Ressalta, ainda, o jurista que as únicas restrições constitucionais são a adoção de Penas de morte – ressalvados os casos de guerra declarada -, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. “No mais, o legislador pode optar, observado o arcabouço normativo constitucional – que, por sinal, trata o

---

<sup>354</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

<sup>355</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

Tráfico de drogas de modo mais gravoso<sup>356</sup>, razão pela qual a aplicação de Penas mais condizentes com a Gravidade desse Delito.

Por fim, convém destacar, das lições do Ministro Joaquim Barbosa, que o mínimo e máximo de Pena previstos nos preceitos secundários do tipo penal são eleitos pelo legislador consoante a relevância do Bem jurídico que se pretende resguardar. Cabe a ele o dever de aplicar Penas em abstrato, concretizando, destarte, o Princípio da Individualização na fase legislativa, desde que respeitados os limites e as vedações da Lei Fundamental. Por isso, no ordenamento jurídico brasileiro, existem Penas cominadas na legislação ordinária que, muito embora não constem da Constituição, tampouco por ela são proibidas. Por todos esses motivos, no pensar do juriconsulto, não há que se falar em afronta à individualização da Pena, em se tratando dos arts. 44 e §4º do art. 33, ambos da Lei Antidrogas. Os limites constitucionais foram respeitados e, por meio desses dispositivos, restou exteriorizada a preocupação com os Crimes hediondos e com o Tráfico de Drogas, por serem condutas gravosas à vida em Sociedade.

Também contrários ao Ministro Relator, votaram as Ministras Carmen Lúcia e Ellen Gracie, bem como o Ministro Marco Aurélio, que, por sua vez, recordou que o Delito Tráfico de Drogas é inafiançável, como prescreve a própria Constituição. Logo, a ele não se admite a concessão de liberdade provisória, e a prisão que subsiste é a flagrante. O indivíduo flagrado cometendo esse Crime permanece segregado durante toda instrução processual até a sentença condenatória, quando, contraditoriamente, poderá ser-lhe aplicada a redução do §4º do art. 33 da Lei Antidrogas e, com a declaração de inconstitucionalidade desse artigo, a Substituição de Penas. Um verdadeiro contrassenso.

As divergências não se esgotaram no julgado. Antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade incidental das expressões constantes dos §4º do art. 33 e do art. 44 da Lei n. 11.343/06, parte da doutrina já se manifestava no sentido de considerar a redação desses dispositivos uma afronta à individualização

---

<sup>356</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

da Pena. Para Gomes<sup>357</sup>, a ofensa seria ao Princípio da isonomia, até porque, pela Lei n. 11.464/07, o cumprimento da Pena, tanto dos Crimes hediondos quanto dos Crimes equiparados, não se dá integralmente no regime fechado, apenas inicia nesse regime. Thums e Pacheco<sup>358</sup>, também entendiam pela Substituição para os Crimes de Tráfico de Drogas, ainda que vedada pelo legislador, quando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. E, Mesquita Júnior<sup>359</sup> considerava inconstitucional tal proibição, porque impunha restrições não abrangidas pela Constituição Federal.

Em sentido diverso, porém, Nucci afirmava a impossibilidade de Substituição de Penas nos casos de Crime de Tráfico, em razão da vedação expressa, afirmando inexistir nenhuma inconstitucionalidade, porquanto não violado o Princípio da Individualização da Pena. “Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas”<sup>360</sup>.

### 3.3.3 Então, qual a reprimenda mais Adequada ao Tráfico de Drogas?

Sopesados os fundamentos utilizados no *decisum* e os argumentos adotados pelos doutrinadores, bem ainda ponderados os Princípios constitucionais, não se pode olvidar, contudo, as finalidades da Pena e, atrelado a isso, o fato de que o Tráfico de Drogas, muito embora não seja considerado um Delito violento, carrega consigo grande carga de violência e criminalidade, conforme exaustiva e largamente explanado ao longo deste trabalho.

Por essas mesmas razões, em que pesem a manifesta posição do STF e a Resolução 05/12 do Senado Federal, alguns julgadores ainda têm resistido em conceder a Substituição de reprimendas a Crimes dessa natureza, em prol de suas

---

<sup>357</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 233-234.

<sup>358</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Gilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 343.

<sup>359</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à lei antidrogas**: Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 118.

<sup>360</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4 ed. Editora e local, ano. p. 382.



próprias convicções, a exemplo do que se verifica do trecho da decisão de lavra do Des. Alexandre d'Ivanenko, na Apelação Criminal n. 2013.001095-3, do TJSC:

Não deve ser provido, outrossim, o pedido de substituição. Embora, nos termos da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, seja possível a conversão da pena corporal em restritivas de Direitos nos casos de tráfico privilegiado, na hipótese em apreço, as circunstâncias do delito [...] não recomendam a aplicação do benefício. Registro, por fim, que tenho entendido reiteradamente que tal medida não é suficiente à repressão e prevenção delitivas, tendo em vista que o crime de tráfico destrói famílias e impulsiona delitos boa parte dos delitos contra o patrimônio, incrementando a violência em geral<sup>361</sup>.

Nucci relembra, nesse contexto, que muitos dos agentes condenados abarcam práticas de Crimes incompatíveis com a sistemática da Substituição das Penas privativas por alternativas, estas sim destinadas a “autores de crime de baixa gravidade e de mínima repercussão na comunidade, geralmente criminosos primários ou ocasionais”<sup>362</sup>. Ainda, de acordo com o autor, “a aplicação ilimitada, sem checar as conseqüências negativas que penas alternativas inoperantes e inúteis podem trazer, gera o indesejável sentimento de impunidade”<sup>363</sup> e fomentam a criminalidade, na medida em que se tem a impressão de que o cometimento de um Crime compensa a eventual Pena que venha a ser cominada ao agente.

As Penas restritivas de Direito, embora autônomas, são substitutivas da reprimenda corporal, e têm, como principal finalidade, a Ressocialização do agente, a redução da reincidência e da criminalidade. Por isso, em se tratando de Delitos de Tráfico, somente é recomendável a sua aplicação quando efetivamente preenchidos todos os requisitos do art. 44 do Código Penal e do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Ou seja, quando pertinentes e suficientes as Penas restritivas para fins de reprovação e prevenção de novos Delitos, quando a Pena privativa de liberdade é realmente desproporcional ao ato criminoso, quando o encarceramento é inócuo à recuperação do agente, que, nesses casos, não é um delinquente em potencial, mas primário, de bons antecedentes, e que deve ser responsabilizado de alguma forma.

---

<sup>361</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Processo Penal. Apelação Criminal n. 2013.001095-3, de Blumenau, Rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Florianópolis, SC, 9 de abril de 2013. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 30 maio 2013.

<sup>362</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 332.

<sup>363</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 332.

Além disso, as circunstâncias judiciais devem apontar para a Substituição de Penas, e o agente não pode dedicar-se a atividades nem integrar organizações criminosas. Atendidos esses requisitos, mostra-se então perfeitamente plausível e cabível a Substituição, a fim de se estar em consonância com o que restou decidido no HC n. 97.256/RS e com o que foi estabelecido pela Resolução n. 05/2012 do Senado Federal, como já vem julgando o Superior Tribunal de Justiça<sup>364</sup>.

Em se tratando, por exemplo, de “mulas” e usuários, que, não são traficantes por profissão, mas que, uma vez na vida incorreram em uma das condutas descritas no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06, é de reconhecer-se que a Lei Antidrogas, de fato, colidiu com o Princípio da Proporcionalidade, ao obstaculizar o cumprimento da Pena restritiva de Direitos a esses indivíduos. A respeito do assunto, Alberto Franco observa:

Quem se der ao trabalho de manusear os processos que são instaurados, verificará com facilidade que a maioria esmagadora das pessoas presas são pequenos traficantes que, a toda evidência, não podem ser apontados como os que dominam o comércio e a distribuição de substâncias entorpecentes. Em verdade, com algumas exceções, a quantidade de drogas apreendidas não é significativa, o que permite concluir que as pessoas processadas como traficantes são, de fato, mulas, permanecendo ignorados os que vivem do odioso negócio<sup>365</sup>.

Mas, repisa-se o que foi alhures asseverado: têm de estar preenchidos todos os requisitos ensejadores da aplicação da Substituição, a fim de que referido instituto não seja fadado ao fracasso e à ineficiência. Não se pode beneficiar o “mula” que é flagrado na mesma conduta diversas vezes, de pequena em pequena quantidade de droga, em cada uma delas. De longe, esse tipo de agente não é um pequeno traficante. Ele lucra e é criminoso, de péssimos antecedentes e conduta social!

Deve-se ter como premissa que, a despeito de preconizar-se a liberdade como regra, e a prisão como exceção – o que é amplamente prestigiado pela

---

<sup>364</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 213.415/SP, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, Brasília, DF, 2 de maio de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 267.149/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Brasília, DF, 2 de maio de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 177.426/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Brasília, DF, 23 de abril de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2013.

<sup>365</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6ed. São Paulo: RT, 2007. p. 195-196.

Constituição Federal em proposições constantes do art. 5º (como os incisos LXI, LVII) -, não pode a liberdade de um único indivíduo custar a vida e outros bens jurídicos de toda uma Sociedade.

Isso porque, tornar o agente que trafica e que é autor, não raras vezes, de outros Crimes, como uma vítima do meio social, é considerar vil o cidadão comum, que exerce seus deveres e clama por seus Direitos; que respeita o próximo; que cria seus filhos com responsabilidade; que para diante de uma faixa de pedestres; que ajuda um idoso, uma criança ou um cadeirante; enfim, o cidadão de boa índole, honesto, que paga seus impostos e que trabalha lícitamente; que espera um mínimo de segurança do Estado, cuja resposta, certas vezes, não vem; que vive encarcerado em sua própria residência, repleta de muros, portões, grades e câmeras; que tem de cuidar da hora em que circula pelas ruas para não correr riscos; que contribui para uma Sociedade melhor e mais humana, mas nem sempre é reconhecido. Este cidadão sim é tão ou mais vítima da criminalidade, da violência, da Sociedade da qual faz parte e do descaso com que é tratado, do aquele indivíduo que, conforme é voz corrente, é ceifado de oportunidades e que, por considerar-se excluído, sente-se no Direito de praticar Crimes, logrando lucro fácil, a qualquer custo, em detrimento da desgraça alheia.

A miséria ou a pobreza não autorizam a violação de Direito alheio, como também não autorizam a riqueza ou a pujança. O Estado é Democrático de Direito, no qual restou convencionado que a todos assiste o Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Estes Direitos devem ser respeitados pelo Estado em relação ao cidadão, como também entre os próprios cidadãos. A Constituição da República, norma maior do Direito brasileiro, e as próprias convenções internacionais de Direitos humanos e do cidadão não concedem salvo conduto à prática de Crimes. Pelo contrário, visam, senão, assegurar a harmonia, o convívio entre os homens e mulheres, mutuamente respeitados e considerados, inclusive pelo Estado. Não há legítima defesa contra qualquer membro da sociedade quando alguém se sentir menos privilegiado, principalmente financeiramente, já que o lucro espúrio é o mote primordial perseguido com a prática do Tráfico de Drogas. Aliás, deve-se rememorar, sempre, que existem muitos pais e mães de famílias que

sustentam a si, à casa e aos filhos, não raras vezes, com um mísero salário mínimo, mas sem recorrer ao ilícito para viver ou, melhor, sobreviver.

Não há dúvidas que a melhor saída para o problema das Drogas seria tratar a causa: a falta da educação. Tanto para evitar que meninos e meninas recorram ao Tráfico de Drogas como instrumento de ascensão social e suposta atividade laborativa, como também para conter o ingresso no vício.

Beccaria<sup>366</sup>, lucidamente, **há** dois séculos e meio **atrás** – e o pleonasma aqui se faz necessário -, já antevia e advertia que a prevenção dos Delitos, dentre tantas alternativas, não se daria senão pela maneira mais segura: a educação. E a educação a qual aqui se faz alusão não é somente a escolar, mas aquela que prepara essas crianças e jovens para a vida, para o exercício de alguma profissão, para o exercício da cidadania, mediante a implementação de programas nesse sentido, programas tais não só estatais como os decorrentes da mobilização de organizações não governamentais e dos membros da Sociedade.

No entanto, neste país, de extensões territoriais continentais, de noticiado e difundido crescimento e desenvolvimento, em que, no entanto, a educação é paradoxalmente pífia, não se pode esperar muito da Ressocialização e da redução da criminalidade pela implementação indiscriminada de Penas restritivas de Direito. A boa educação demanda tempo e estrutura, da qual, por ora, não se dispõe – quer por falta de boa vontade, que por falta de efetivos investimentos, pelas mais diversas causas, não sendo aqui palco para tecer comentários mais aprofundados.

Em verdade, apenas dispõe-se, hoje, da possibilidade de endurecer-se a Pena de prisão para a traficância, dada a Gravidade do Delito, Gravidade esta que não reside necessariamente no ato que compreende a conduta delituosa, mas nas consequências que de referida conduta advêm.

Não se está aqui a levantar a bandeira da Pena de cárcere, mas de se verificar a reprimenda mais Adequada, coerente, Proporcional a esse Crime, bem

---

<sup>366</sup> Assim consta do livro: “Enfim, o meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil, de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal é aperfeiçoar a educação”, de BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2 ed. Bauru/SP: Edipro, 2011. p. 122. Título original: *Dei delitti e dele pene*.

ainda, de se buscar a forma mais segura de se resguardar a Sociedade, enquanto a verdadeira causa do problema não pode ser tratada. Entram, pois, aqui, as finalidades da Pena, que não é só um fim em si mesmo, tampouco a sensação de justiça ou vingança, nem somente a Ressocialização e reeducação do criminoso. A Pena é, além disso, a forma de constranger o indivíduo, para que este não delinqua mais, ante a ameaça de uma proporcional punição, bem como também o é a garantia e a segurança de que dispõem o Estado e a Sociedade que seus Bens jurídicos sejam devidamente tutelados e assegurados.

Com Penas de prisão mais rigorosas para o Tráfico de Drogas, talvez não se beire à impunidade, e o agente mediano reflita melhor e receie antes de cometê-lo. E é nesse passo que os argumentos apresentados pelo Ministro Joaquim Barbosa - em que pese vencido -, não são de todo refutáveis.

Punir com mais rigor o grande traficante e aplicar-se a Substituição de Penas aos agentes primários e de bons antecedentes, não integrantes de organizações criminosas, em respeito à proporcionalidade, pode ser um caminho para a tentativa de redução da criminalidade. Tal sugestão pode ser alvo de crítica por muitos defensores dos Direitos humanos que só se recordam dos Direitos do preso, mas se esquecem dos Direitos humanos das vítimas e da Sociedade que padecem em virtude dos Crimes associados às Drogas e que abdicam inconscientemente de sua liberdade. Pode a sugestão, ainda, ser rechaçada pelos que erguem a flâmula da legalização do consumo de Drogas.

Ainda, não é por demais lembrar, que, embora duvidosa a eficácia e eficiência da Pena de prisão, não se encontrou nenhuma outra reprimenda capaz de melhor punir e retribuir o agente, especialmente o autor de Tráfico de Drogas, nem tampouco prevenir a repetição desses Delitos. A doutrina curva-se ao ter de admitir que: “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”<sup>367</sup>.

---

<sup>367</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 25 ed. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 196.

No mesmo sentido – e aqui se convém trazer as transcrições literais no corpo do trabalho, e não em nota de rodapé:

“Se a prisão degenera, não há quem sugira um cenário sem sua presença: os índices de criminalidade e a necessidade de segregar delinquentes perigosos, capazes de matar, assaltar, sequestrar, extorquir etc., conspiração contra essa utopia”<sup>368</sup>.

“Mantemo-nos convencidos de que a pena é indispensável, ainda que se possa falar de um mal necessário, mas de suma importância no atual estágio imperfeito da humanidade, nada justificando, portanto, a adoção de teorias abolicionistas. [...] A pena jamais perderá a sua finalidade ou fundamento de servir de repressão ou castigo àquele que delinuiu, satisfazendo o inconsciente coletivo de vingança primitiva. Restabelece-se a ordem e o equilíbrio emocional daqueles que se sentiram prejudicados pelo delito, enaltecendo o valor do Direito. Pode a sociedade sentir-se de certa forma culpada por ser obrigada a impor soluções como o encarceramento de autores de infrações penais, mas, em grande parte, tal se dá por conta do estado atual dos presídios no Brasil”<sup>369</sup>

“Todavia, conquanto se reconheça o fracasso da pena de prisão, esta continua a ser o eixo em torno do qual gira todo o sistema penalógico somente por não se ter ainda encontrado o modo de substituí-la integralmente”<sup>370</sup>

“[...] Mas, apesar da contribuição valiosa da Criminologia Crítica, somente num futuro distante poderão ser realizadas suas proposições, não se podendo, de início, suprimir inteiramente a prisão. [...] Modernamente só se concebe o esforço ressocializador como uma faculdade que se oferece ao delinquente para que, livremente, ajude a si próprio”<sup>371</sup>.

Repita-se que não se está aqui a levantar a bandeira pela Pena de prisão. O que se busca com este trabalho, com efeito, é observar a necessidade de manutenção de alguma reprimenda, como instrumento de garantia da ordem e manutenção do equilíbrio social, bem ainda, de prevenção de novos Delitos e de repressão ao agente. A partir dessa premissa, estudou-se qual a Pena mais justa, coerente e proporcional a um Crime tão grave, que custa caro à Sociedade; que é dispendioso para pais e mães que perdem diariamente seus filhos para as Drogas; que é custoso para famílias que se desestruturam; que rouba a fase mais doce da vida de crianças, adolescentes e jovens, que deveriam frequentar escolas,

<sup>368</sup> CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002. p. 71.

<sup>369</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 71-73.

<sup>370</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. V. I. p. 542.

<sup>371</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26.

universidades, praticar esportes, ter perspectivas de um emprego digno ou de uma carreira profissional lícita, mas são cooptados pelas Drogas, pelo Tráfico, pela necessidade de consumo dos mais abastados e pela ânsia do lucro dos vilões dessa mercancia, por que não dizer, capitalista.

No mundo das Drogas, as vítimas são os usuários, na medida em que se deparam com resultado no qual se transformaram com o vício; mas também o são os pais, os filhos, os entes mais queridos do adicto; é o cidadão de boa índole, dantes descrito; é a Sociedade generalizada. E a prisão e o endurecimento das Penas ao traficante são somente as soluções imediatas para a um problema, cuja causa não foi tratada em sua raiz.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal atua como um regulador social, na medida em que tipifica determinadas condutas consideradas como Crime, cominando-lhes as respectivas Penas, conforme a relevância do Bem jurídico a ser protegido. Assim, exerce a função de mantenedor da ordem social, porquanto aplica a respectiva punição ao transgressor, ao mesmo tempo em que se presta à segurança de toda a Sociedade.

Em se tratando de Crime de Tráfico de Drogas, o Bem jurídico tutelado é a saúde pública. Mas não é só. Além da saúde pública, citam-se a vida, o patrimônio, a liberdade individual, como exemplos de Bens jurídicos que, direta ou indiretamente, são atingidos por referido Delito, dada a carga de violência e de criminalidade que consigo carrega.

Neste trabalho, como se pôde perceber, foram amplamente tratadas as questões de ordem social, econômica e política que circundam o comércio ilícito de Drogas. Contudo, é consabido que o assunto não se esgota por aqui. Há ainda outros problemas velados que permeiam esse assunto tão complexo e delicado, não sendo esta Dissertação palco para tantas digressões.

É fato que a mercancia de Substâncias tóxicas e entorpecentes é um negócio lucrativo, que envolve bilhões de dólares e que desperta o interesse de membros de todos os segmentos da Sociedade. A mesma lógica de vitória pessoal, profissional e financeira que circunda as atividades lícitas, giza também o Tráfico. A ideia de lucro fácil abarca milhares de crianças, adolescentes e jovens, que, movidos pelo sonho dessa suposta ascensão, muitas vezes ingressam num caminho sem volta: o mundo do Crime e até mesmo a morte, sem que o verdadeiro intento tenha sido alcançado. Por outro lado, quem mais desfruta as “vantagens” obtidas com atividades dessa natureza, na grande maioria das vezes, sequer aparece ou corre riscos. Ocupa os mais elevados cargos nesse tipo de “corporação” e circula pelo meio social como se pessoa de boa índole fosse, mas que, em verdade, olvida-se do mal que causa.

Ora, a droga não custa caro apenas para os sonhadores dantes



mencionados. Ela é demasiado custosa para os usuários, que se tornam dependentes psíquica e fisicamente e que se esquecem de si para sustentar o vício; é cara para pais e familiares que se tornam vítimas dessa dinâmica capitalista em sua essência; é dispendiosa para toda a Sociedade, que sofre com a violência, com a insegurança, com o aumento das taxas de desemprego e de evasão escolar, com a corrupção, com problemas de saúde e com desestruturas familiares, tudo isso decorrente da mercancia e do uso de Drogas. Daí a preocupação não ser apenas nacional, como mundial.

Nesse passo, o Brasil, em consonância com as convenções internacionais, a partir da década de 70, por meio da Lei Antitóxicos, passou a punir com mais rigor o consumo e o Tráfico de Drogas, já que legislações anteriores se mostraram ineficazes nesse sentido, confirmando-se, neste ponto, a primeira hipótese.

Mas foi com a Lei n. 11.343/06, que se teve um grande avanço no rigor legislativo com que foi tratado o comércio ilícito de Drogas. Isso porque, dentre outras medidas de combate e repressão, vedou-se expressamente a Substituição de Penas privativas de liberdade por restritivas de Direitos, tanto para o Tráfico, quanto para sua modalidade privilegiada, bem ainda aos equivalentes e relacionados.

Em que pese esse óbice legal, o STF, ao decidir HC n. 97.256/RS, por maioria de votos, de forma incidental, declarou a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de Direito”, por considerá-la uma afronta aos Princípios da Individualização da Pena e da Proporcionalidade e ao Texto Constitucional. Desta feita, essa expressão foi expungida da Lei Antidrogas por meio da Resolução n. 05/2012 do Senado Federal.

Os fundamentos que embasam o voto do Ministro Relator são louváveis e congruentes. Por outro lado, não se pode considerar que os argumentos apresentados pelo vencido Ministro Joaquim Barbosa sejam de todo refutáveis. É que ao se aplicar a Substituição de Penas ao Crime de Tráfico, não podem ser esquecidas as finalidades da Pena, que, pelo Código Penal Brasileiro, recepcionado que foi pela Constituição Federal, compreendem a reeducação e a reinserção do

agente ao convívio social, além da retribuição e da prevenção, a fim de garantir a segurança da Sociedade e a proteção dos seus Bens jurídicos.

Dessa forma, respondendo-se à segunda hipótese, verificou-se que Pena não é somente um fim em si mesmo, tampouco a sensação de justiça ou vingança, nem apenas a Ressocialização e reeducação do criminoso. A Pena é, além disso, a forma de constranger o indivíduo, para que este não delinqua mais, ante a ameaça de uma proporcional punição, bem como também o é a garantia e a segurança de que dispõem o Estado e a Sociedade que seus Bens jurídicos sejam devidamente tutelados e assegurados.

Por isso, para que não fique fadada ao fracasso, à ineficiência e à ineficácia, em se tratando de Tráfico de Drogas, a Substituição das Penas privativas de liberdades pelas restritivas de Direito deve ser autorizada quando efetivamente preenchidos todos os requisitos do art. 44 do Código Penal e do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Ou seja, quando Adequadas e suficientes as Penas restritivas para fins de reprovação e prevenção de novos Delitos, quando a pena privativa de liberdade for realmente desproporcional ao ato criminoso, quando o encarceramento for inócuo à recuperação do agente, que, em se tratando de “mulas” ou de traficantes primários, por exemplo, não são delinquentes em potencial, porém, muitas vezes, agentes de bons antecedentes, e que devem ser responsabilizados de alguma forma. E, ainda, quando as circunstâncias judiciais apontarem para versada Substituição, o agente não dedicar-se a atividades nem integrar organizações criminosas, e a quantidade da droga não for considerável.

Utilizar-se da Substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de Direito nos Crimes de Tráfico de entorpecentes de maneira indiscriminada pode gerar a indesejável sensação de impunidade, e conseqüentemente, a falsa impressão de que cometer um Crime compensa mais do que a sanção que pode vir a ser aplicada.

Por outro lado, aos agentes que têm o Tráfico por “profissão”, o tratamento punitivo com mais rigor é medida que se faz mais justa, haja vista toda a carga de violência e criminalidade que o comércio ilegal e o consumo de Drogas

representam para a Sociedade. E tal rigor se concretiza com a Pena de prisão, pois, em que pese ampla e difundida falência dessa espécie de reprimenda, nenhuma outra melhor foi encontrada para punir Delitos graves, tal como é o Tráfico de Drogas.

Não que se levante aqui a flâmula da segregação. Contudo, o cidadão de boa índole e a Sociedade, vítimas dessa conduta, não podem ser relegados em prol de benefícios concedidos a quem pratica o Tráfico de Drogas.

Claro que melhor seria que as prisões no Brasil fossem semelhantes à idealizada e criada por Tistu, em o Menino do Dedo Verde, de Maurice Druon. Ainda melhor seria, que todo esse problema fosse corrigido em sua base, pela educação. No entanto, esse caminho demanda tempo, investimentos, estrutura, requisitos dos quais este país não dispõe por ora. Hoje apenas dispõe-se da possibilidade de endurecer-se a Pena de cárcere para a traficância. É a única alternativa que se tem nesse momento para tratar de um problema cuja causa não foi melhor cuidada em sua raiz.

Não é a pretensão deste trabalho esgotar a discussão acerca do tema, visto que a pesquisa deve continuar. O que não se pode permitir é que as consequências que do Tráfico advêm passem despercebidas, sob a premissa que de que se trata de um mero ato de comércio, quando, em verdade, é propulsor da tão grande corrosão social.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 29 Disponível em: <<http://www.institutoelo.org.br/site/files/publications/76f2527a255ae76eaf9212dc7ee04cb5.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2 ed. Bauru/SP: Edipro, 2011. Título original: *Dei delitti e dele pene*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito penal: parte geral**. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas: comentários à lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. Bauru: Edipro, 2008. Título original: *Teoria della norma giuridica*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38 e 41.

BRASIL. “Crack, é possível vencer: efeitos e consequências”. Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/crackepossivelvencer/efeitos-e-consequencias/vida-social>>. Acesso em 20 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7.663-C, de 2010. Altera as Leis n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 [...] para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou

dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 2 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Termo de Acordo de Cooperação Técnica n. 19/2010. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em: 2 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, promulgada em 15 de março. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013. Neste trabalho também denominada Constituição Federal ou CRFB.

\_\_\_\_\_. Decreto 780, de 28 de abril de 1936. “Crea a comissão permanente de fiscalização de entorpecentes”. Disponível em: <[dewww2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-norma-pe.html](http://dewww2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-norma-pe.html)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 4.294, de 06 de julho de 1921. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados; cria um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <[www.legis.senado.gov.br](http://www.legis.senado.gov.br)>. Acesso em: 10 abr. 2013. Também denominado Código Penal de 1890.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Institui o Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em 5 jan. 2013. Também denominado de Código Penal, CP.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013. Neste trabalho, denominado Código Penal de 1940 ou CP de 1940.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.114, de 13 de março de 1941. Dispõe sobre fiscalização de entorpecente. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=19007>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.668, de 03 de outubro de 1941. Institui a Lei de Contravenções Penais. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 5 jan. 2013. Também denominado de LCP.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013. Neste estudo também nominada Lei de Introdução do Código Penal.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 4.720, de 21 de setembro de 1942. Fixa normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para a extração, transformação e purificação dos seus princípios ativo-terapêuticos. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4720&tipo\\_norma=DEL&data=19420921&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4720&tipo_norma=DEL&data=19420921&link=s)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/legislacao](http://www.planalto.gov.br/legislacao)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em 5 jan. 2013. No curso deste trabalho também designada Lei n. 11.343/06 e Lei Antidrogas.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971. “Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L5726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5726.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.368, de 26 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm)>. Acesso em 5 jan. 2013. Outrossim nominada Lei Antitóxicos.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em 5 jan. 2013. Também denominada de Lei de Execução Penal ou LEP.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9714.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Disponível em: <[www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Santa Catarina. Departamento de Administração Prisional – DEAP. Disponível em: <[www.deap.sc.gov.br](http://www.deap.sc.gov.br)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado, n. 236 de 2012. Anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 25 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Resolução 05 de 15 de fevereiro de 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Resolução n. 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em 15 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 267.149/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Brasília, DF, 2 de maio de 2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013;

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AI no HC 120.353/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, Brasília, DF, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 124.898/MS, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 4.2.2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC 177.426/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Brasília, DF, 23 de abril de 2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC 213.415/SP, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, Brasília, DF, 2 de maio de 2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 147.924/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2009, <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 248652/MT, Habeas Corpus 2012/0146514-6, Rel. Min. Jorge Mussi, Brasília, DF, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus n. 34.728, da 6ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Paulo Medina, Brasília, DF, 22 de junho de 2004. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus n. 118.098, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Jane Silva, Brasília, DF, 20 de novembro de 2008. <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus n. 73.7666, do Rio de Janeiro, Rel. Min. Jane Silva, Brasília, DF, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 13 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 331.919/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 3.13.2002. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 06 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 269. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus 82.959, de São Paulo, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 13 maio 2013.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 102.678, de Minas Gerais, Rel. Min. Eros Grau, Brasília, DF, 9 de março de 2010. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 97.256, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 69.657, de São Paulo, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 18 de setembro de 1992. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 13 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 85.906, de São Paulo, Rel. Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, 02 de agosto de 2005. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 84.928, de Minas Gerais, Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 27 de setembro de 2005. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 85.894, do Rio de Janeiro, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 19 de abril de 2007. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 19 mai 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus n. 91600, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 7 de agosto de 2007. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 13 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF. 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2010.005060-4, de Brusque, Rel. Des. Sérgio Paladino, j. em: 16/11/2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2012.083969-7, de Palhoça, Rel. Des. Torres Marques, Florianópolis, SC, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.023636-5, da Capital, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Florianópolis, SC, 27 de outubro de 2009. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013;

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.061791-2, de Joinville, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Florianópolis, SC, 9 de fevereiro de 2010. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2012.083969-7, de Palhoça, Rel. Des. Torres Marques, j. em: 18 dez. 2012. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2010.006986-1, da Capital, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 05-04-2011. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n.2009.046317-5, de Itajaí, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em: 2 mar. 2010. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2012.017925-4, de Tubarão, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 08-05-2012. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2006.023403-2, de Blumenau, Rel. Irineu João da Silva, j. em 15/8/2006. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Enunciado n. 4 do I Fórum Estadual de Magistrados de Execução Penal em Santa Catarina. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Processo Penal. Apelação Criminal n. 2007.005311-2, de Itajaí, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Florianópolis, SC, 20 de fevereiro de 2008. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 19 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Processo Penal. Apelação Criminal n. 2013.001095-3, de Blumenau, Rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Florianópolis, SC, 9 de abril de 2013. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 30 maio 2013.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo I**: introdução, norma penal fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CALDAS, Gilberto. **Novo código penal brasileiro**: comparado, anotado, comentado. 3 ed. São Paulo: Editora Leia Livros Ltda. V. I.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002. p. 71.

Corpo de mulher é encontrado às margens da BR-101, em Porto Belo: Luciana Lunelli, de 40 anos, tinha passagem por tráfico de drogas e foi morta a pedradas. **O sol diário**, Itajaí. Disponível em: <<http://osoldiario.clicrbs.com.br/sc/noticia/2013/05/corpo-de-mulher-e-encontrado-as-margens-da-br-101-em-porto-belo-4142529.html>>. Acesso em 25 maio 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & Estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 125.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**: eletrônico. Curitiba: Positivo, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 10 ed. Tradução. Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 25 ed. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35 ed. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes: 1987.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6ed. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei n. 8.072**. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, Paulo Alves. **Tóxico: tráfico e porte, comentário à lei n. 6.368, de 21/10/1976**. Leme/SP: Editora de Direito, 1999.

GOMES, Luiz Flávio, **Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HAUSER, Ester Eliana; MARTEL, Letícia. Tribunais, magistrados e feiticeiras na Europa Moderna. *In* SANTOS, Rogério Dutra. **Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado**. Editora Diploma Legal: Florianópolis, 1999.

ITALIANI, Rafael, “Jovem é morto com tiro na cabeça por ladrão de celular”. **Folha de São Paulo do Agora**, São Paulo, 11 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.agora.uol.com.br/saopaulo/ult10103u1260779.shtml>>. Acesso em 25 maio 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. I. .

\_\_\_\_\_. **Lei antidrogas anotada**: comentários à Lei n. 11.343/06. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Penas alternativas**: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KLOCH, Henrique; MOTTA, Ivan Dias da. **O sistema prisional e os Direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas**: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. Nova política criminal e controle do crime de tráfico ilícito de drogas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1435, 6 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9948>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LIMA, Samarone; OYAMA, Thaís, “Passageiros da agonia: No auge da vida, jovens perdem a luta contra as drogas. Parentes rompem o silêncio e relatam seus dramas”. **Revista VEJA**, São Paulo, 27 de maio de 1998, n. 1548. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/270598/p\\_118.html](http://veja.abril.com.br/270598/p_118.html).

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, José Frederico Marques. **Tratado de Direito penal**. Campinas: Millennium, 2002. V. 2.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. V. 2.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas alternativas**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à lei antidrogas**: Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 28.

\_\_\_\_\_. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 48.

\_\_\_\_\_. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26-27.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006. V. I.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU. **O espírito das Leis**. 2 ed. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

NADELMANN, Ethan, "Proibir não é a única forma de regular as drogas". **Revista Época**, São Paulo, n. 780, mai 2013. p. 60-61.

NIETZSCHE, Frederich Wihelm. **O viajante e sua sombra**. São Paulo: Escala, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4 ed. Editora e local, ano. p. 382.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito penal**: parte geral: parte especial. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

O tráfico internacional de drogas e a influência do capitalismo. **Revista Adusp** – Associação dos Docentes da Universidade de São Paulo, São Paulo, agosto, 1996. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br/files/revistas/07/r07a07.pdf>>. Acesso em 29 abr 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <<http://www.unodc.org/documents/lpo->

brazil//Topics\_drugs/WDR/2012/WDR\_2012\_Spanish\_web.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_drugs/INCB/INCB%202011/2011\\_INCB\\_ANNUAL\\_REPORT\\_spa\\_PDF.pdf](http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_spa_PDF.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2006.html>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <<http://www.unodc.org/documents/wdr/1/WDR09pressreleasefinal-spanish.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_drugs/WDR/2012/WDR\\_2012\\_Spanish\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/WDR/2012/WDR_2012_Spanish_web.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. ONU. Escritório das Nações Unidas. UNODC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2009/World\\_Drug\\_Report\\_2009\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/World_Drug_Report_2009_spanish.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

Os ataques efetivados em Santa Catarina nos meses de novembro e dezembro de 2012 e no início de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/04/suspeito-de-ligacao-com-traffic-e-envolvimento-com-ataques-e-presos.html>>. Acesso em 25 maio 2013.

PARANÁ, Edemilson. O que está verdadeiramente por trás da guerra ao tráfico. **Brasil e Desenvolvimento**. Brasília, 4 dez. 2010. Disponível em: <<http://brasiledesenvolvimento.wordpress.com/2010/12/04/o-que-esta-verdadeiramente-por-tras-da-guerra-ao-traffic/>>. Acesso em: 1º abr. 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PEDRO, Antonio. **História da civilização ocidental: geral e Brasil**. São Paulo: FTD, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. V. I.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições do Direito Penal**. V. I, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. **Teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, João Gaspar. **Tóxicos: abordagem crítica da lei n. 6.368/76**. Campinas: Bookseller, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995.

SANTOS, Rogério Dutra. Thomas Hobbes e Hans Kelsen como matrizes discursivas da legitimação racional do sistema penal: fundamentos para compreensão da atividade repressiva do Estado Moderno. *In*: SANTOS, Rogério Dutra. **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado Editora Diploma Legal: Florianópolis, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Anderson, "Homem que colocou fogo em moto em Gaspar teria feito ataque por 10 pedras de crack". **Jornal de Santa Catarina**, Blumenau, 23 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.clicrbs.com.br/especial/sc/jsc/19,6,4147000,Homem-que-colocou-fogo-em-moto-em-Gaspar-diz-ter-feito-ataque-por-10-pedras-de-crack.html>>. Acesso em 25 maio 2013;

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas – manual prático: Direito material e processual penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas: Lei n. 11.343/06**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

SILVA, Moacyr Motta da. A ideia de valor como fundamento do Direito. *In* CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org.). **Reflexões sobre política e Direito – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Gilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

VASCONCELOS, Felipe Mendes de Moraes. **Da pena de multa e sua aplicação**. WebArtigos.com, 19 set 2009. Disponível em: <[www.webartigos.com/articles/25067/1/Da-Pena-de-Multa-e-Sua-Aplicação/pagina1](http://www.webartigos.com/articles/25067/1/Da-Pena-de-Multa-e-Sua-Aplicação/pagina1)>. Acesso em: 17 maio 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**: parte geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.