PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL - COGEAE

LEI Nº 11.343/2006: UMA ABORDAGEM ACERCA DO TRATAMENTO JURÍDICO PENAL DAS FIGURAS DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE E REFLEXÕES SOBRE AS FORMAS DE REPRESSÃO ÀS DROGAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

São Paulo – SP
2017

NATÁLIA TURÍBIO PANCIA

LEI Nº 11.343/2006: UMA ABORDAGEM ACERCA DO TRATAMENTO JURÍDICO PENAL DAS FIGURAS DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE E REFLEXÕES SOBRE FORMAS DE REPRESSÃO ÀS DROGAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Trabalho de Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Pós Graduação *latu senso,* como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Pontífica Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do professor Hugo Crepaldi Neto.

São Paulo -SP

2017

AVALIAÇÃO:.....

ASSINATURA DO ORIENTADOR:.....

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de fazer um estudo da atual legislação de tóxicos, com foco nas figuras do usuário e do traficante de drogas conforme as figuras tipificadas nos artigos 28 e 33 da lei nº 11.343/2006. De início, será feito um estudo sobre direitos e garantias fundamentais e dos princípios constitucionais. Posteriormente, será analisada a evolução histórica da legislação de drogas e a edição de tratados e convenções internacionais sobre o assunto. Em seguida, iremos adentrar nos ditames da lei nº 11.343/2006, mencionando doutrina e jurisprudência firmada acerca dos principais pontos da lei. Ainda, será analisado o Recurso Extraordinário nº 635659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal e que discute a constitucionalidade do art. 28 da lei nº 11.343/2006. Após, será feito um estudo do direito comparado, e por fim, a conclusão.

ABSTRACT

The objective of this study is to study the current toxic legislation, focusing on user and drug traffickers, according to the figures set forth in articles 28 and 33 of Law 11.343/2006. At the outset, a study will be made of fundamental rights and guarantees and constitutional principles. Subsequently, will analyze the historical evolution of the country's drug legislation and the edition of international treaties and conventions on the subject. Next, we will go into the dictates of Law N. 11.343/2006, mentioning established doctrine and jurisprudence on the main points of the law. Also, Extraordinary Appeal n. 635659 will be analyzed, pending before the Federal Supreme Court and which discusses the constitutionality of art. 28 of Law 11,343 / 2006. Finally, a study of comparative law, and the conclusion will be made.

SUMÁRIO

RESUMO....4
1. INTRODUÇÃO....8
CAPÍTULO 1 – DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS....9
1.1. RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988....9
1.2. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS....10
1.3. DIFERENÇA ENTRE GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 12
1.4. DIFERENÇAS ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS....12
1.5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA 13
1.6. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL 17
CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS 20
2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA....20
2.1.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO 21
2.1.3. CONCEITO 23
2.1.4. APLICAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO....25
2.1.5. JURISPRUDÊNCIA....26
2.2 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DA PENA 27
2.3. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA....35
2.4. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE 40
CAPÍTULO 3 – LEGISLAÇÃO ANTITÓXICOS 43
3.1 ORIGEM HISTÓRICA DO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS....43
3.2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL.....46
3.3. DOS CRIMES....50
3.3.1. POSSE PARA USO PESSOAL - EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CRIME DE PORTE DE DROGAS....50
3.3.2. NATUREZA JURÍDICA....52
3.3.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA....54
3.3.4. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO....55
3.3.5. CRIME DE PERIGO ABSTRATO....57
3.3.6. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA....59
3.3.7. CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE 61
3.3.8. DA COMPETÊNCIA E PROCEDIMENTO EM CASO DE POSSE PARA CONSUMO PESSOAL 65
3.3.9 - DO TRÁFICO DE DROGAS 68
3.3.10. OBJETIVIDADE JURÍDICA....70
3.3.11. DO TRÁFICO PRIVILEGIADO 70

3.3.12. DO AFASTAMENTO DA NATUREZA HEDIONDA DO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO 71
3.3.13. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA 73
3.3.14. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI DE DROGAS 74
CAPÍTULO 4 – O COLAPSO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO 77
4.1. DAS SUBJETIVIDADES LEGISLATIVAS COMO CONSEQUÊNCIA DO AUMENTO DE PRISÕES PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS 81
CAPÍTULO 5. DA DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PENALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS EM SEDE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635659 83
CAPÍTULO 6. DIREITO COMPARADO 89
CAPÍTULO 7. CONCLUSÃO 92
8. REFERÊNCIAS 95

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de fazer um estudo sobre a origem, evolução e paradigmas da política pública de combate às drogas, tanto no Brasil como no âmbito internacional.

O problema das drogas, com todas as implicações na saúde pública decorrentes do uso, e na violência gerada pelo tráfico, não é recente e certamente não irá deixar de fazer parte da humanidade tão cedo.

Após dez anos da edição da lei nº 11.343/2006 e gradativo aumento do encarceramento pelo delito de tráfico de drogas desde então, acirra-se o debate entre a comunidade jurídica e a sociedade como um todo sobre a eficiência e constitucionalidade da lei vigente.

A atual lei de tóxicos surgiu ostentando um viés progressista e inovador ao traçar novos parâmetros para prevenção e tratamento de dependentes de drogas, criando órgãos de prevenção e reinserção de dependentes como o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas). Também inovou ao despenalizar o usuário, que não incorrerá em pena restritiva de liberdade.

Por outro lado, a lei foi editada com flagrantes inconstitucionalidades, tais como a figura da vedação a liberdade provisória e a obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime inicial fechado.

Em realidade, o que foi visto na prática ao longo destes anos de vigência da atual lei, foi um retrocesso na política pública sobre o tema, marginalização do usuário, aumento de encarceramento e pouco investimento dos órgãos públicos na prevenção e redução de danos.

O tema é polêmico, tem influência multidisciplinar e envolve questões políticas, morais, religiosas, e claro, jurídicas, as quais serão o foco deste trabalho.

É preciso quebrar o “tabu” que envolve o assunto, olhar para os exemplos exteriores com resultados favoráveis e mudar o rumo seguido atualmente, o qual comprovadamente é ineficiente e gravoso à sociedade.

Capítulo 1 – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

1.1. Relação entre Direito Penal e a Constituição Federal de 1988

A relação entre o Direito Penal e a Constituição Federal deve ser sempre muito estreita, vez que aquele ramo do direito tutela os bens jurídicos considerados de grande importância e valor na vida do indivíduo, como a liberdade.

Nas palavras de José Frederico Marques:

> As ligações do Direito Penal com o Direito Constitucional são importantes e fundamentais (...) não pode haver dúvida sobre o nexo íntimo entre a ciência penal e as leis fundamentais do Estado, quando se pensa que delito tende a dissolver a ordem social, e faz nascer constante conflito entre os direitos do indivíduo e os da sociedade, conflito que deve ser resolvido também com respeito às leis do Estatuto Fundamental, para tutelar o indivíduo contra os arbítrios da autoridade social. E um tal nexo é não só com o direito repressivo substancial, mas, também, com o direito repressivo formal ou processual, porque não só se podem ofender os direitos do cidadão tornando-o responsável por ações proclamadas legítimas pelas leis constitucionais quando se procede contra o indivíduo designado como delinquente. Assim, as liberdades de corpo e consciência, as acessórias do domicílio de palavra, de associação, de defesa pessoal ou governo de si (self government) acham na penalidade e ritos processuais relativos à sua aplicação a sua mais viva e sensível manifestação. [1]

Neste prisma, o processo penal, muito mais do que um instrumento estatal punitivo para o exercício do *ius puniendi*, deve representar uma forma efetiva de aplicação das garantias fundamentais dispostas pela Lei Maior, as quais têm caráter de universalidade pois se aplicam a todos indiscriminadamente, e que servem como parâmetro de limite para a intervenção do Estado sobre o indivíduo.

Por essa razão, é a importância do estudo da matéria, mormente nos dias atuais em que o Estado Democrático de Direito é vilipendiado diuturnamente pela impossibilidade de cumprimento dos objetivos insculpidos na “Constituição Cidadã”,

[1] MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Volume I, 1ª Ed. atualizada Campinas : Bookseller, 1997. Pág. 57/58.

construídos historicamente com muita luta e cuja consolidação se por meio da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual ampliou o rol dos direitos e garantias fundamentais que regem o direito brasileiro.

Por vezes, em resposta aos anseios da sociedade, causados pela sensação de falta de segurança pública e impunidade, que clama por uma ação punitiva estatal rápida e severa, ocorre flagrante atropelamento das garantias fundamentais. Podemos citar como exemplo a recente jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal (HC nº 126.292/SP, DJe 16/05/2016), que autoriza a execução provisória da pena a partir da decisão em segunda instância e antes do trânsito em julgado do decreto condenatório, ofendendo o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Este cenário jurídico inevitavelmente atinge as diversas áreas do direito e especialmente o Direito Penal. Quando o Estado passa, por exemplo, a utilizar da pena restritiva de liberdade como principal forma de repressão e controle da ordem, pode ser que seja uma resposta política para a sociedade que vive com a sensação de insegurança e impunidade, porém certamente não é a melhor política criminal a ser seguida. Em verdade, de acordo com a melhor hermenêutica jurídica, a prisão deveria ser medida excepcional, principalmente levando em conta o caos que se encontra o sistema carcerário brasileiro, incapaz de cumprir a função de ressocialização da pena.

1.2. Características dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais notadamente vêm sofrendo mutações ao longo da história e são condizentes com o contexto e a época em que estão inseridos, como reflexo dos valores e cultura de cada sociedade.

Para Gilmar Medes, a validez universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade, haja vista que o conteúdo concreto e o significado destes direitos

para um Estado depende de diversos fatores extrajurídicos no tocante à cultura e história dos povos. [2]

Quanto à caraterística da universalidade, esta deve ser entendida em termos. Isso porque, ao passo que é próprio afirmar que os indivíduos, pela sua condição inerente de ser humano, são titulares de direitos fundamentais, há uma gama destes direitos que não se relacionam especificamente à todas as pessoas, tais como direitos que interessam apenas à trabalhadores. Em contrapartida, o direito à vida pertence a todos, indiscriminadamente. [3]

Sobre serem absolutos, compreendidos como ocupantes de um patamar jurídico hierarquicamente superior e protegidos de sofrer qualquer restrição, Gilmar Mendes não concorda:

> Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentarem outros valores de ordem constitucional inclusive outros direitos fundamentais. (...) Igualmente no âmbito do direito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações 'que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdade fundamentais de outros. [4]

Podemos citar um recente exemplo de alteração de paradigma quanto a relativização da inviolabilidade do sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade (art. 5º, X, CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII, CF), que é direito fundamental sob reserva legal, o qual, conforme previsão expressa, pode vir a ser quebrado no caso previsto no art. 5º, XII, ou quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior.

Ocorre que, diante de crimes graves que assolam a economia e segurança pública mundial, tais como o narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo, tal direito

---

[2] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo : Saraiva, 2007. Pág. 229.
[3] Idem.
[4] Idem, pág. 230.

vem sendo relativizada pela jurisprudência para além dos limites permitidos pela Constituição. Neste sentido, foi o voto do Ministro Lewandowski[5] ao se posicionar pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, em flagrante restrição a direito fundamental.

1.3. Diferença entre Garantias e Direitos Fundamentais.

O art. 5º da Carta Magna traz não apenas os direitos fundamentais, mas também as garantias fundamentais, cujas expressões não são sinônimas: direitos são normas que declaram a existência de interesse, portanto, são normas declaratórias (exemplo: direito à vida, liberdade, privacidade, etc). Garantias são normas que asseguram o exercício do interesse, portanto, são normas assecuratórias (exemplo: habeas corpus que se presta a tutelar o direito de liberdade).

1.4. Diferenças entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Ademais, ressalta-se a diferença delimitada pela doutrina e jurisprudência entre direitos humanos e direitos fundamentais. No primeiro caso, tratam-se de direitos positivados no plano internacional, como em tratados internacionais ligados aos direitos de liberdade e igualdade. Já no segundo caso, tratam-se de direitos positivados na Constituição Federal de 1988.

---

[5] *Não há dúvida de que o interesse público há de sobrepairar sim sobre o interesse privado, bem como de que o sigilo bancário tem estatura, sim, constitucional, proteção constitucional. Sob tal prisma, entendo que os contornos do direito fundamental ao sigilo bancário não impedem a existência de um sistema de arrecadação que inclua, adotadas as devidas cautelas, o acesso do Estado a determinados dados por instituições do Estado responsáveis por zelar pela lisura das relações tributárias, em hipótese em que se opera verdadeira transferência de sigilo. (...) Em síntese, os riscos atuais não se restringem mais àqueles naturais, que desde sempre acompanharam a humanidade, mas são criados pelo próprio desenvolvimento humano e potencializados pelo fenômeno da globalização. Terrorismo, lavagem de dinheiro, evasão fiscal, crises financeiras são todos riscos da pós-modernidade, que transcendem a individualidade das pessoas e até mesmo as comunidades locais, países e regiões, fazendo com o que os riscos assumam uma escala global. Tais características impõem que se revise não só a relação entre Estado e Sociedade, mas também a própria relação entre os Estados e os mecanismos para se atacar problemas antigos, como é o caso da evasão fiscal.* (STF. RE 601.314/SP, Min. Relator Luiz Edson Fachin. julgado em 23/02/2016).

1.5. Evolução histórica

Para Fábio Comparato, a parte mais bela e importante de toda a história é a revelação de que todos os seres humanos, apesar de inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação pode afirmar-se superior aos demais.[6]

Antes de adentrarmos no estudo da historicidade dos direitos humanos e fundamentais, é importante fazer algumas ponderações.

No tocante aos direitos fundamentais, estão dispostos no Título II da Constituição Federal de 1988, artigos 5º a 17, e são divididos em diferentes categorias, tais como direitos individuais e coletivos, direito sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à participação em partidos políticos, à sua existência e organização, e têm como premissa fundamental limitar a atuação e ingerência do Estado em face do indivíduo, que tem ampliada a autonomia individual e liberdade, frente à atuação estatal.

A construção desses direitos e garantias são fruto de lutas históricas de classes sociais contra abusos por parte da atuação estatal. Representa uma evolução gradual e constante da humanidade, pela busca da igualdade e liberdade, e são mutáveis de acordo com a época e estágio de evolução da sociedade. Para Gilmar Mendes “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana”[7].

---

[6] COMPARO, Fábio. A afirmação histórica dos Direitos Humanos, pág. 01. Apud DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada: Revista dos Tribunais, 2009., pág. 525.

[7] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo : Saraiva, 2007. Pág. 227.

De acordo com Alexandre de Moraes[8], a origem dos direitos individuais do homem remonta à antiguidade podendo ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.c., quando já eram previstos alguns mecanismos para a proteção individual em face do Estado. A primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns dos indivíduos provavelmente tenha sido o Código de Hammurabi (1690 a.c.), tais como a vida, a propriedade, a honra, a família. O Código de Hammurabi consistia em um conjunto de leis, dentre as quais a Lei do Talião. A pena de talião (do latim *talis*, que significa "tal" ou "tal qual"), simbolizada pela expressão "olho por olho, dente por dente", tinha como base a justa reciprocidade entre o crime a pena, caracterizando uma moderação relativamente ao exercício da vingança como reação à ofensa perpetrada.[9]

O Direito Romano estabeleceu a lei das doze tábuas, que representou um abrandamento das penais corporais que foram substituídas, em alguns casos, como para a prática de furto, pela composição legal pecuniária ou um meio de conciliação entre o ofensor e o ofendido ou os seus familiares, como forma de reparação do dano.[10] Visava tutelar os direitos individuais em detrimento dos arbítrios estatais, que, ainda de acordo com as lições do professor Alexandre de Moraes, pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade, e da proteção aos direitos do cidadão[11].

Durante a Idade Média, começaram a surgir diversos documentos jurídicos reconhecendo os direitos fundamentais do homem. Dentre eles, podemos citar a Magna Carta ou *"Magna Charta Libertatum",* outorgada na Inglaterra por João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215, como o marco inicial das declarações internacionais garantidoras do princípio da anterioridade da lei. Ainda que o texto estabelecesse direitos políticos especialmente a favor dos barões para limitar os

[8] Moraes, Alexandre de, Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5, da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, 6 ed., São Paulo: Atlas, 2005, pág. 06.
[9] DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada : Revista dos Tribunais, 2009., pág. 203.
[10] Idem.
[11] Moraes, Alexandre de, Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5, da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, 6 ed., São Paulo: Atlas, 2005, pág. 07.

poderes do rei, bem como não visasse garantir uma esfera irredutível de liberdades aos indivíduos em geral, é considerado como um documento importante na evolução dos direitos e garantias individuais, vez que representava uma limitação ao poder estatal[12].

Muitos estudiosos indicam que a Carta Magna leonesa, outorgada por Dom Alfonso no ano de 1188, como fonte mais autêntica e legítima na preservação de determinadas garantias da pessoa acusada, tais como a efetivação de direitos pessoais e ao interesse de efetivar a justiça, além de uma das mais expressivas fontes do princípio do devido processo legal.[13]

O cristianismo, por meio do ensinamento de que o homem é criado a imagem e semelhança de Deus, dando ao homem alto valor intrínseco, foi responsável por impulsionar a ideia de uma "dignidade única do homem", merecedora de proteção especial.[14]

Em 1776 entrou em vigor o Bill of Rights ou Declaração de Direitos da Virgínia, quando são positivados direitos tidos como inerentes ao homem,[15] sacramentando a perda do poder absoluto do rei o qual passou a dividir o poder de governar com o primeiro ministro, nos moldes de um sistema parlamentarista. No documento foram enumerados alguns direitos humanos, tais como a vedação de punições cruéis e incomuns bem como a ilegalidade e nulidade de concessões de multas e confiscos antes de condenação.

O movimento iluminista (XVII – XVIII) foi de extrema relevância para a consagração dos direitos humanos. Naquele período, floresceu a luta por direitos como liberdade e igualdade, criando-se pactos com o Estado que deveria respeitar e assegurar os direitos do indivíduo. Com base em pensamento racionalista, abriu-se

[12] DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada : Revista dos Tribunais, 2009. Pag. 127/128.
[13] Idem.
[14] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo : Saraiva, 2007. Pág. 222.
[15] Idem.

um grande debate sobre a pena de morte e à respeito da natureza e dos fins das penas que deveriam ser “estritamente necessárias”.[16]

Podemos citar como exemplo da dogmatização destas ideias a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão editada em 1789 na França, país que deteve papel de destaque nos ideais iluministas mobilizados pelo poder da razão para se alcançar a liberdade e autonomia. No texto, são expressos ideias iluministas advindas da Revolução Francesa de 1789, constituindo-se direitos inalienáveis, naturais e sagrados do homem, servindo de inspiração para a criação de diversos outros diplomas legais até os tempos atuais, tais como a liberdade e igualdade de direitos entre os homens, liberdade de expressão, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, que ninguém pode ser preso senão em virtude de lei editada anteriormente a prática do delito, além da intervenção mínima do Direito Penal.[17]

Após o término da Segunda Guerra Mundial (1933-1945) foi aprovada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pouco tempo depois da própria criação da ONU, em 1945. Após todas as atrocidades humanitárias perpetradas, a comunidade internacional se engajou na luta por igualdade entre todas as pessoas do planeta e pelo reconhecimento dos direitos humanos, contra a opressão e discriminação. A Declaração Universal dos Direitos Humanos destaca em seu preâmbulo que o respeito à dignidade de todos os membros da família humana e a igualdade de seus direitos inalienáveis são o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

---

[16] DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada : Revista dos Tribunais, 2009. Pag. 221.

[17] Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º**.** A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada**.**

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Após a elaboração do referido documento, diversas outras convenções foram aprovadas pelo órgão.

Em 1984 foi editada pela ONU a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, considerando, de acordo com o preâmbulo documento, o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que estabelecem que ninguém será submetido à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Na data de 1969 foi editada a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica. O documento reforça os direitos humanos essenciais a todos os indivíduos mencionando expressamente os direitos do cidadão que sofre processo criminal e do preso, tais como o direito dos processados em permanecer em locais separados dos condenados e de receberam tratamento adequado, além do direito de toda a pessoa, inclusive aquelas privadas de sua liberdade, de ter respeitada sua dignidade, integridade física, psíquica e moral. O documento assegura, ainda, o direito do preso a ser conduzido rapidamente ao juiz, garantia a qual vem sendo aplicada a partir da resolução 213/2015 do CNJ, por meio das denominadas audiências de custódia.

1.6. Evolução dos Direitos Fundamentais no Brasil

No Brasil, pode-se afirmar que os direitos das pessoas começaram a ganhar contornos nítidos com a edição das Ordenações Manuelinas (1514-1603), elaborada pelo Rei Manuel de Portugal a qual integrava as Ordenações do Reino, produto de compilação de normas que, unidas em um só texto, produziam uma consolidação de leis aplicáveis em todo o reino.

Com as restrições próprias da época, as Ordenações Manuelinas trouxeram alguns institutos que se afiguravam como garantia na contemporaneidade, tais como o devido processo legal, juiz natural e penas previamente, que foram elaboradas a partir de solicitações dos súditos, pois os forais (normas monárquicas que regulamentavam a administração das terras conquistadas) eram redigidos em

latim bárbaro e não eram compreendidos pelo povo, abrindo margem para abuso dos nobres.[18]

Com a vinda da monarquia portuguesa para o Brasil, em 1808, ocorre uma alteração efetiva do panorama social e político do Brasil. O conteúdo da Constituição do Império, outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25/03/1824, teve forte influência do Liberalismo Clássico dos séculos XVIII e XIX, período de importantes movimentos liberais, notadamente inspirado pelos ideais iluministas tais como a Revolução Francesa (1789) e a Revolução Americana (1776), de cunho marcadamente individualista.

Na Carta Política de 1824, foram proclamados importantes princípios que deveriam orientar as futuras leis penais e processuais penais, consoante se extrai do art. 179, § 18º, que determinava que se organizasse "o quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases de justiça e equidade".[19]

A denominada constituição liberalista previa em seu título 8º[20] as Garantias dos Direitos Civil e Políticos, representando um avanço para os direitos individuais. Os direitos individuais (chamados direitos de primeira geração ou dimensão) foram os primeiros conquistados pela humanidade, e se relacionam à luta pela liberdade e segurança perante o Estado. Os direitos individuais surgem expressamente na dogmática jurídica brasileira com a Constituição de 1824, tendo como núcleo o direito de liberdade. Apesar da adoção da separação dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), inspirada nas ideias propostas por Montesquieu, foi acrescentado um novo poder denominado Moderador, o qual concentrava todo o poder estatal nas mãos do Imperador.

Embora a Constituição imperial pretendesse ser democrática, quanto à existência do Quarto Poder, o Poder Moderador, se utilizado por um monarca com

---

[18] LEMBO, Cláudio Salvador. Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins / Antonio Carlos da Silva do Amaral, Roberto Rosas, Carlos Márcio da Silva Velloso (coordenadores). São Paulo : Lex Editora, 2005, págs 286/288.

[19] DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada : Revista dos Tribunais, 2009., pág. 203, pag. 263.

[20] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

inclinações autoritárias, levaria a um poder quase absoluto, gerando um conflito com a noção de soberania popular, com a ideia de titularidade do poder pelo povo, tão cara ao liberalismo inspirado dos primeiros Estados Constitucionais.[21]

Todavia, nas lições de René, *os historiadores admitem que a mudança verificada no Brasil após 1821, e desenvolvida nos anos seguintes não se limitou a conduzir o país à Independência; ela proporcionou as condições fundamentais para a aquisição de uma soberania nacional. Daí por que falar-se de uma verdadeira "revolução liberal".*[22]

Com a promulgação da Constituição Republicana de 1891 a declaração de direitos individuais foi fortalecida com o acréscimo de garantias importantes, como o habeas corpus. Foi a Constituição de 1934, entretanto, que se preocupou em enumerar os direitos fundamentais sociais, ditos direitos de segunda geração ou dimensão, e é apontada como marco na transição de um regime de democracia liberal de cunho individualista para a chamada democracia social, preocupada em assegurar, não apenas uma igualdade formal, mas também a igualdade material entre os indivíduos (condições de existência compatíveis com a dignidade da pessoa humana.[23]

Com o advento do "Estado Novo" e a Constituição de 1937 ou "Polaca" durante o governo de Getúlio Vargas, é implantado o autoritarismo e concentração de poder, cuja inspiração é notadamente fascista. Com a queda de Getúlio Vargas ocorre a redemocratização do país com a promulgação da Constituição de 1946, retomando-se o rol de direitos fundamentais ora trazidos pela Magna Carta de 1934 com alguns acréscimos relevantes tais como o banimento da pena de morte e o confisco.

Após o período de ditadura e a promulgação da Constituição de 1967 fortemente inspirada na Constituição de 1937, finalmente é outorgada a chama "Constituição Cidadão" de 1988,[24] a qual representa verdadeiramente um Estado

---

[21] Paulo, Vicente / Alexandrino, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado – 4ª ed. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO : 2009, pág. 25.
[22]DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada : Revista dos Tribunais, 2009., pág. 203, pag. 265.
[23] Paulo, Vicente / Alexandrino, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado – 4ª ed. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO : 2009, pág. 26/30.
[24] Idem.

Democrático Social de Direito, com o alargamento e dogmatização de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais limitadores da ingerência e abusos estatais em face do cidadão. O diploma isciplinava os direitos fundamentais de terceira geração, entendidos como aqueles que pertencem à toda coletividade ou transindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Grande inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 foi o tratamento diferenciado dado aos tratados internacionais de direitos humanos, que passaram a ter hierarquia de norma constitucional, consoante se depreende do art. 5º, parágrafos 2º e 3º da Lei Maior, à saber:

> At. 5º (...) §2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Afora o patamar constitucional, importante mencionar a aplicação imediata dos tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional, à teor do art. 5º, parágrafo 1º: *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

Capítulo 2. Princípios

2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado como basilar de todo o ordenamento jurídico e dirigente das ações do operador do direito. Está inteiramente relacionado com os direitos fundamentais e direitos humanos, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante se depreende do art.

1º, inciso III da Constituição Federal[25]. É inerente a todo e qualquer ser humano, independente de raça, gênero, cor, credo ou nível social, pois todos são iguais perante a lei, consoante artigo 5º, ”caput”, da Carta Magna.

O âmbito de proteção da dignidade humana é amplo e ganancioso, indo desde o respeito à pessoa como valor em si mesmo – o seu conceito metafísico como conquista do pensamento cristão -, até a satisfação das carências elementares aos indivíduos: alimentação, trabalho, moradia, saúde, educação, cultura, sem cujo entendimento resta esvaziada a visão antropológico-cultura do referido princípio fundamental.[26]

Especialmente em se tratando de Direito Penal, a dignidade humana deve ser observada e respeitada ainda com maior ênfase, haja vista que, consoante os dizeres de NUCCI *“O Direito Penal, constituindo a mais drástica opção estatal para regular conflitos e aplicar sanções, deve amoldar-se ao princípio regente da dignidade humana, justamente pelo fato de se assegurar que o braço forte do Estado continue a ser democrático e de Direito”.*[27]

A dignidade humana é fundada em valores morais, filosóficos, políticos e éticos, construídos ao longo da história, acompanhando o desenvolvimento intelectual e evolução da sociedade, à base de lutas por direitos de liberdade e igualdade para todos, indiscriminadamente e universalmente.

2.1.2 Desenvolvimento histórico

A universalização do respeito à dignidade humana desenvolveu-se por meio de um longo processo consistente em três fases: teorias filosóficas nas obras de

[25] art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. (...) III a dignidade da pessoa humana.
[26] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – São Paulo : Saraiva 2007, pág. 144.
[27] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 11ª ed, 2015, Rio de Janeiro/RJ : Forense. Pág. 17.

seus defensores; inserção da dignidade humana em textos de âmbito nacional; e, por fim, por disposições em documentos de alcance mundial.[28]

No contexto do pós-guerra, com as tragédias humanitárias perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial (1933-1945), a desqualificação e eliminação de indivíduos por motivos políticos, religiosos, ou qualquer outra razão arbitrária, a comunidade internacional reivindicou a necessidade da consolidação da dignidade humana no Direito, tal como ocorre hoje, proclamada em diversos documentos internacionais.

A Constituição da Alemanha, em seu art. 1º, dispõe que a dignidade humana é intocável. Todos os poderes do Estado são obrigados a respeitá-la e protege-la.). Já a Constituição espanhola, em seu art. 10 dispõe que *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidade, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*. A Constituição de Portugal, expressa em seu art. 1º: *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária), por exemplo, trazem a dignidade humana como base de seu sistema jurídico.*[29]

No Brasil há grandes esforços pela concretização da dignidade humana, tanto no plano legislativo quanto no plano jurisprudencial e doutrinário, ressaltando-se a incorporação de diversos tratados de direitos humanos internacionais ao ordenamento jurídico pátrio, com fundamento nos parágrafos 3º e 4º do art. 5º da Constituição Federal.

Vale mencionar que os tratados internacionais de direitos humanos que trazem a dignidade humana como inerente ao homem, foram ratificados no ordenamento jurídico pátrio tão somente a partir do processo de democratização do

[28] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – São Paulo : Saraiva 2007, pág. 143.
[29] Torres, Ricardo Lobo. Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins / Antonio Carlos da Silva do Amaral, Roberto Rosas, Carlos Márcio da Silva Velloso (coordenadores). São Paulo : Lex Editora, 2005, pag 886.

país, após a queda do regime militar em 1985. Dentre eles, estão a Convenção Interamericana para Previr a Tortura (1989), Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penais Cruéis (1991), Convenção Americana de Direitos Humanos, (1992 - vide art. 5º, item 2, art. 6º, item 2, art. 11, item 130), Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (1992 – vide art. 1031).

2.1.3. Conceito

Em relação ao conceito de dignidade humana, defini-lo de uma forma padronizada pode ser considerado uma tarefa impossível, haja vista a ampla e complexa acepção e tamanha profundidade do tema. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade, servindo tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.[32]

Ao falarmos sobre o tema, a passagem pelos ensinamentos de Immanuel Kant (1740-1804), se faz obrigatória, vez que os conceitos de ética e moral formulados pelo filósofo são forte referência e nos servem de base até os tempos atuais. Na visão kantiana, o ser humano, pela sua condição singular, está acima de todo preço e por isso possui dignidade, de modo que a dignidade é o princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo. Considera que cada indivíduo,

---

[30] Art. 5º, item 2: Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano; art. 6º, item 2: Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso; art. 11, item 1 Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

[31] Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana

[32]BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, páginas 10 e 11. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em 05/04/2017.

enquanto ser racional, gera a possibilidade de autoafirmação e é autor das leis que impõe a si mesmo.

Neste diapasão, Immanuel Kant afirma que qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.[33] O imperativo categórico formulado por Kant consiste, em linhas gerias, em agir de maneira tal que a máxima da ação sempre possa valer como princípio de uma lei universal. O filósofo prussiano não definiu uma lista ou conjunto de regras a serem seguidas ou que devemos agir de uma determinada maneira específica, mas nos indica que devemos agir de acordo com leis morais universais, isto é, leis morais válidas e aplicáveis para todos os seres humanos.

Kant define, ainda, a lei universal do direito, qual seja, agir externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, nos trazendo a ideia de que qualquer um pode ser livre enquanto não prejudicar a liberdade do outro mediante ação externa[34].

A expressão dignidade, antes vaga, tornou-se concreta e real por meio da sua consagração como princípio no Direito, sendo reconhecida não somente na relação entre o cidadão e o Estado mas também nas relações intersubjetivas entre cidadãos, sendo ao mesmo tempo uma norma-princípio e um superdireito. [35]

Segundo Bodin de Moraes[36], a expressão dignidade da pessoa humana é reconhecidamente vaga, fluida e indeterminada, bem como apresenta um conceito que, por sua polissemia e uso indiscriminado, é mais controvertido agora do que no passado, mesmo tendo ao longo da história despertado tormentos nos filósofos e sociólogos de todos os matizes, das mais diversas perspectivas ideológicas e metodológicas e, também, de ter recebido atenção privilegiada dos juristas – talvez

[33] KANT, Immanuel, 1724-4804, A metafísica dos costumes, Tradução, textos adicionais e Notas Edson Bini /Bauru, SP: EDIPRO, 1 ed, 2003, pg 76, 77 e 121.
[34] Idem.
[35] Carvalho, Rubens Miranda. Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins / Antonio Carlos da Silva do Amaral, Roberto Rosas, Carlos Márcio da Silva Velloso (coordenadores). São Paulo : Lex Editora, 2005, pág. 903.
[36] BODIN de Moraes, Maria Celina. O conceito da Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 109 e 110, *apud* André L. Costa Corrêa, Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins / Antonio Carlos da Silva do Amaral, Roberto Rosas, Carlos Márcio da Silva Velloso (coordenadores). São Paulo : Lex Editora, 2005, pag. 115.

por isso não se apresente um conceito preciso. Filosoficamente, a dignidade é apresentada, segundo Bodin de Moraes, como substância única ou a qualidade própria comum unicamente aos humanos que serve para distingui-los, tendo como fundamento jurídico o princípio da igualdade vez que possibilita que os indivíduos não sejam submetidos a qualquer tratamento discriminatório e que tenham direitos iguais.

Leciona o professor Alexandre de Moraes:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (...) O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção (...) prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes[37].

2.1.4. Aplicação da Dignidade Humana como Princípio

A dignidade humana pode ser empregada em diferentes situações e até mesmo em casos de colisões de direitos e princípios, servindo como base e norte para um raciocínio lógico, apesar de não eliminar a subjetividade do intérprete. Possibilita, assim, que questões polêmicas sejam discutidas de modo a evitar o voluntarismo (prevalência da vontade sobre o intelecto), tais como o direito a uma morte digna e sem sofrimento, o direito à vida e o direito de se ter autonomia sobre determinadas escolhas em nossas próprias vidas, de modo que a ingerência do Estado limitando parcela da autodeterminação de alguém apenas é válida para preservar um patamar de dignidade de terceiros. [38]

---

[37] Moraes, Alexandre de, Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5, da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, 6 ed., São Paulo: Atlas, 2005, páginas 48 e 49

[38] Idem.

Nas lições de Gilmar Mendes sobre a questão da dignidade humana ser um princípio absoluto ou relativo como outro princípio qualquer, sujeitando-se a ponderações quando confrontado com outros princípios, discorre que considerando serem todas as pessoas iguais em dignidade, e existindo um dever recíproco de respeito entre as pessoas e o Poder Público perante a sociedade, a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é passível de confrontar-se com eles, mas apenas consigo mesma, em casos-limites em que dois ou mais indivíduos entrem em conflito capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo. [39]

2.1.5. Jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal entendeu que não se aplica a vedação à liberdade provisória para os crimes de tráfico de drogas, disposta no art. 44 da lei nº 11.343/2006 [40], sob o fundamento da dignidade da pessoa humana. A Suprema Corte, por meio da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu pela inconstitucionalidade do preceito legal que, indiscriminadamente, vedava a concessão de liberdade provisória ao preso pelo crime de tráfico, em ofensa aos princípios da dignidade humana, individualização da pena, devido processo legal e presunção de inocência, ao passo que a liberdade é tida como regra no nosso ordenamento jurídico, e a privação é exceção. Nota-se que naquele caso, o princípio da dignidade humana foi utilizado como meio para inibir abusos e arbitrariedades estatais, garantindo-se um dos direitos mais caros para o indivíduo, a sua liberdade.

Em sede do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635659/SP, o qual será estudado adiante neste trabalho, o Ministro Gilmar Mendes, votou em 20/08/2015 pela declaração da inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, tomando como um dos fundamentos para o seu voto o princípio da dignidade da pessoa humana, vez

[39] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – São Paulo : Saraiva 2007, pág. 142.
[40] HC n. 100.733/BA (*DJe* 10.11.2009), HC n. 97.976-MG, *DJ* de 11/3/09.

que dele pode se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação do indivíduo, *in verbis:*

> a proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais.

2.2 Princípio da Humanidade da Pena

O princípio da humanidade da pena está consagrado na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso XLIX, que dispõe: *"é assegurado aos presos o respeito, à integridade física e moral"*. No inciso L do mesmo artigo, está previsto que às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante todo o período de amamentação.

O princípio em pauta assume elevada relevância no inciso XLVII do próprio artigo 5º, que veda a aplicação de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, e cruéis[41].

Referido princípio consiste no reconhecimento da pessoa do condenado como pessoa humana e, portanto, dotada de dignidade, sendo o reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade[42].

Nas lições de NUCCI,

> Significa que o direto penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não

[41] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – São Paulo : Saraiva 2007, pág. 57.
[42] LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penal, 2ª ed. Porto Alegre, 2003, pág. 46.

> devem ser excluídos da sociedade somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humano, mas animais ou coisas.[43]

Conforme leciona René:

> Os princípios fundamentais relativos à pena são inerentes à própria ciência do Direito Penal. (...) A consagração do princípio de humanidade no Direito Penal deve-se ao grande movimento de ideias que dominou os séculos XVII e XVIII, conhecido como Iluminismo. (...) Pode-se afirmar que no panorama internacional os movimentos de humanização da pena coincidiram com o pensamento reformador do pós-guerra que exerceu grande influência na elaboração das constituição e da legislação ordinária. As famosas regras-mínimas da ONU (1955), relativas ao tratamento dos presidiários; a experiência de alguns países europeus com as prisões-abertas e a orientação libertária da Nova Escola de Defesa Social (...) além de outros movimentos refletidos na América Latina – orientam os códigos penais e as leis de execução penal das últimas décadas visando o respeito aos direitos humanos da pessoa do condenado.[44]

A incorporação do referido princípio no direito penal moderno foi inspirada nas ideias desenvolvidas pelo movimento iluminista (séculos XVII – XVIII). O iluminismo é fundado no Direito Natural (jusnaturalismo ou direito resultante da própria natureza humana) e na teoria contratualista, vez que o direito de punir é considerado como cessão à sociedade do direito de defesa pessoal cabível ao indivíduo quando vivendo no estado natural.[45] Neste sentido, o Estado deve respeitar e assegurar os direitos humanos do povo, com um Direito Penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e vedadas a execução de penas cruéis ou degradantes.

Diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil dispõem no sentido do dever do Estado na observância da humanidade da pena.

Dentre eles, está a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678 de 06/11/1992) que assegura em ser art. 5º, item 2 que *"ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.*

---

[43] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 11ª ed, 2015, Rio de Janeiro/RJ : Forense. Pág. 18.

[44] DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada : Revista dos Tribunais, 2009., pág. 523/524.

[45] MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Volume I, 1ª Ed. atualizada Campinas : Bookseller, 1997. Pág. 99.

Toda a pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido a dignidade inerente ao ser humano".

A Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Civis (Decreto nº 592 de 06/07/1992) prevê no artigo 10, item I que *"toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e à dignidade inerente ao ser humano"*. Já a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanos ou Degradantes (Decreto nº 40 de 15/02/1991), define tortura como qualquer ato cometido por agentes públicos ou atores no exercício da função pública pelo qual se inflija intencionalmente a uma pessoa dores ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, a fim de obter informação ou confissão; de castigá-la por um ato que cometeu ou que se suspeite que tenha cometido; intimidar ou coagir; ou por qualquer razão baseada em algum tipo de discriminação, de modo que é imposto ao Estado o dever de previr a aplicação de penas desumanas e cruéis.

Por outro lado, a Lei Federal nº 9.455/1997 tipifica como tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento psíquico ou mental com a finalidade de obter Informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceiros; para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; em razão de discriminação racial ou religiosa. Ainda, define como tortura submeter alguém sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Na visão de LUISI, é preciso *"não esquecer que através da pena a sociedade responde às agressões que sofre com o cometimento de um delito. E, como decorrência não se pode deixar de enfatizar que o indeclinável respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal.*[46] No mesmo sentido, para Jescheck *"(...) o direito penal não pode se identificar como o direito relativo à assistência social*" [47].

[46] Idem. Pág. 50.

[47] Idem, apud Hans Heirich Jeschec, in ob. Cit. Pág. 17 e 18. E, ainda, Nilo Batista, in Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileira, 1990, pág. 98 e seguintes, e Fernando Mantovani, in Diritto Penale, ed. 1998, pág. 723 e 724.

O pensador iluminista Cesare Baccaria demonstra o seu brilhantismo ao tratar da pena com conteúdo essencialmente humanístico na obra imortal Dos Delitos e das Penas (1764). Beccaria se posiciona contra os abusos e arbitrariedades praticadas pelos operadores da justiça criminal para assentar razões humanas e sociais, um protesto ardoroso e cálido contra os horrores das leis penais de sua época com o intuito de subordinar a justiça criminal a princípios humanitários.[48]

O filósofo advoga pela moderação das penas opondo-se vigorosamente contra as penas de morte e cruéis. Com relação ao tema *"moderação das penas",* reflete:

> entre as penas, e na maneira de aplica-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado. A crueldade das penas produz ainda dois resultados funestos, contrários ao fim do seu estabelecimento, que é prevenir o crime. (...) o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso, é necessário o raio cujo ruído só faz irritá-lo. Mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas[49].

O filósofo francês Michel Foucault, em sua obra clássica "Vigiar e Punir" faz um estudo sobre Direito Penal e formas de punir (suplícios) que remontam ao período da Antiguidade, até os tempos atuais em que o Estado se preocupa muito mais em readaptar o delinquente do que em punir. Sobre a prisão, diz que se trata de uma,

> aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre o seu corpo (...). A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento de importante na história da justiça penal: seu acesso à "humanidade". A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições, a prisão,

---

[48] MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Volume I, 1ª Ed. atualizada Campinas : Bookseller, 1997. Pág. 100.

[49] Beccaria, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Edição Ridendo Castigat Moraes. Págs. 85/89. Versão Ebook disponível em http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf.

> muito mais que a escola, a oficina ou exército, que implicam sempre numa certa especialização, é "onidisciplinar".(...). Ela tem que ser a maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido; seu modo de ação é a coação de uma educação total.[50]

Temos como cerne do princípio da humanidade da pena o respeito à pessoa humana e à sua dignidade, o qual serve como limitação do poder punitivo do Estado (*ius puniendi*), que não pode ultrapassar os limites estabelecidos pelo Direito.

Nas lições de Frederico Marques sobre o *ius puniendi*:

> É um direito de coação indireta, pelo que a sanctio juris da norma penal só se aplica mediante o processo. (...) O sujeito ativo do direito de punir é sempre o Estado-Administração, e, nunca o titular do direito privado do bem jurídico atingido pelo crime, nem mesmo nos chamados crimes de ação privada em que se lhe transfere apenas o direito de acusar. Sujeito passivo da relação jurídico-punitiva é o autor do delito (...) Conteúdo do jus puninedi é justamente o poder que tem o Estado de impor a pena e de exigir do réu a sujeição a esta.[51]

O Estado tem o dever de implantar ações positivas para proporcionar a ressocialização do preso perante a sociedade. A lei nº 7.210/84 (LEP) traz em seus artigos 10 e 11 disposições sobre o dever do Estado em prestar assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Já o artigo 1º do mencionado diploma legal, define o objetivo da execução penal: proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Além disso, o art. 3º também da LEP estabelece que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. A letra da lei, entretanto, se torna difícil na prática de ser compatibilizada com a natureza da pena de prisão, especialmente no contexto brasileiro em que o dinheiro

---

[50] Foucalt, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisãp; tradução de Raquel Ramalhete. 41 ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2013. Pág. 217 e 228.

[51] MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Volume I, 1ª Ed. atualizada Campinas : Bookseller, 1997. Pág. 169.

destinado para as políticas públicas notoriamente tem outras prioridades que não são a garantia dos direitos dos encarcerados.

Com efeito, os avanços e conquistas dos direitos humanos assegurados pelo direito pátrio são louváveis, os quais foram consagrados à custa de torturas praticadas e vidas ceifadas no período da ditadura militar (1964-1985). Todavia, em que pese a existência de um Estado Democrático de Direito, uma constituição que garante um vasto rol de direitos fundamentais e o objetivo principal da pena que é o de prevenir o crime por meio da prestação de assistência nas mais diversas áreas para o preso buscando a sua reintegração social, em realidade o cenário dos presídios brasileiros é caótico e a pena está a anos-luz de cumprir a sua função.

No ano de 2013 o Brasil aprovou a lei nº 12.847 que institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT), criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate a Tortura (CNPCT) e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). À luz do artigo 5º e seus incisos, a lei nº 12.847/2013 traça como diretrizes do SNPCT o respeito integral aos direitos humanos, em especial aos direitos das pessoas privadas de liberdade; articulação com as demais esferas de governo e de poder e com os órgãos responsáveis pela segurança pública, pela custódia de pessoas privadas de liberdade, por locais de internação de longa permanência e pela proteção de direitos humanos, e adoção das medidas necessárias, no âmbito de suas competências, para a prevenção e o combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

No relatório elaborado no dia 10/09/2015 pela equipe da MNPCT52, após visita feita no Centro de Detenção Provisória de Sorocaba, situado na cidade de Sorocaba/SP, foram apontadas práticas exercidas no estabelecimento prisional de cunho degradante e cruel, tortura e maus tratos perpetrados por parte de agentes penitenciários as quais haviam sido denunciadas pela Defensoria Pública, retratando um quadro de violência institucional a que os presidiários são submetidos, além da precariedade das instalações penitenciária. De acordo com o relatório:

---

[52] Relatório de Visita Centro de Detenção Provisória de Sorocaba – Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Brasília, Outubro de 2015. Disponível em http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/representantes/centro-de-detencao-provisoria-de-sorocaba-4. Acesso em 05/05/2017.

> em suma, nota-se que a imposição de uma disciplina fortemente cerceadora se sobressai em relação às garantias individuais dos presos, rompendo com direitos que lhes seriam fundamentais durante a detenção. Por um lado, estão sujeitos a uma série de regras de conduta violadoras de direitos individuais, sem qualquer embasamento Jurídico. Por outro, quando ocorre qualquer questionamento em relação aos procedimentos adotados pela administração, os presos podem se tornar vítimas de maus tratos e, em determinadas circunstâncias, de tortura.[53]

Alguns itens foram apontados como violadores de direitos humanos, tais como a presença nos presos de diversas marcas de agressões físicas, boa parte resultantes da prisão em flagrante, uso abuso de isolamento como medida disciplinar, grave quadro de superpopulação carcerária, forte carência de assistência material, bem como precariedade da assistência psicossocial, jurídica e de saúde na unidade, impossibilitando a construção de um projeto pessoal de regresso ao mundo externo ao cárcere, graves problemas de água e alimentação na unidade, entre tantos outros.[54]

O referido relatório elaborado pela equipe do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, aponta como alguns fundamentos à consecução do Estado Democrático de Direito, tais como a aplicação da lei nº 12.403/2001, que trata das medidas cautelares diversas da prisão, a depender do fato e perfil do réu, a consecução das audiências de custódia, o fortalecimento da Defensoria Pública, a efetivação do princípio do estado de inocência e da excepcionalidade da prisão preventiva. Todavia, malgrado tais garantias estarem previstas na Constituição Federal e em tratados internacionais, notadamente a regra atualmente aplicada pelo sistema de justiça é o encarceramento, gerando a superlotação dos estabelecimentos prisionais "*em um contexto de fortes privações e altamente violador das garantias individuais".*[55]

Dentro dos presídios tornou-se rotineiro encontrar condições precárias e sub-humanas. Falta de espaço, de higiene, doenças em série, profissionais mal

[53] Idem, pág. 19.
[54] Idem, pág. 22.
[55] Idem.

treinados e corrupção são constantes no sistema prisional brasileiro. A violência é, sobretudo, um dos grandes desafios dos gestores do setor. Os relatórios dos mutirões carcerários do CNJ são provas das condições indignas de sobrevivência nesses ambientes.[56]

É notória a crise penitenciária instalada em todo o país. Recentemente, notícias das rebeliões nos presídios do Estado do Maranhão e no Amazonas dominaram as pautas dos veículos de notícias nacionais e internacionais. O problema é digno de reflexão pela comunidade como um todo, principalmente pelas autoridades públicas, que devem traçar propostas efetivas para reverter esse quadro dramático.

Por muito tempo, apesar de reconhecer a falência do sistema carcerário, o Poder Público “fechou os olhos” para essa questão tão importante, haja vista a concepção havida pela população em geral de que a melhor punição de um crime é a cadeia e que o condenado não é digno de receber assistência do Estado ou que é merecedor do martírio. Tal pensamento é proveniente também do desejo de vingança, causado em parte pela falta de segurança pública e sensação de impunidade. Porém, esquecem-se que aquele cidadão cedo ou tarde retornará à sociedade, provavelmente um ser humano pior e com maior propensão para o crime.

Ora, muito melhor seria para toda a sociedade que fosse ofertada uma oportunidade de trilhar um caminho melhor para aquele indivíduo custodiado, por vezes preso em decorrência de um fato isolado em sua vida, que lhe fosse ensinado um ofício para ser útil e melhor reintegrado após o seu retorno à sociedade, diminuindo as chances de reincidência delitiva. As nossas prisões são ocupadas majoritariamente por pessoas de baixa renda, as quais, muitas vezes, só precisariam de uma oportunidade para se tornar um cidadão de bem.

O sentimento de vingança fere de morte o Estado Democrático de Direito e atinge a todos, inexoravelmente, mormente quando garantias tão caras são anuladas ou desconsideradas em sede do procedimento criminal, gerando perigosos precedentes.

---

[56] Cidadania nos Presídios. Disponível em http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios. Acesso em 05/05/2017.

É compreensível que um pai que tenha a filha violentada sexualmente, por exemplo, deseje vingança ou até mesmo a morte do criminoso, e até mesmo se praticar homicídio contra este criminoso sua pena diminuída em decorrência da figura do homicídio privilegiado do artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal. O Estado, porém, não pode jamais agir movido pela vingança, sob pena da falência do Estado Democrático de Direito.

Ainda, com o advento da lei nº 12.403/2011 o legislador trouxe profundas mudanças no regime das medidas cautelares processuais penais, reforçando a excepcionalidade da pena privativa de liberdade.

2.3. Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena está disposto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, que diz: *a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos*.

Por individualização da pena se deve entender o processo para retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, com a concreta personalidade do criminoso.[57]

Leciona RENÉ que *individualizar* a pena significa aplicar a determinado agente a resposta penal necessária e suficiente para reprimir e prevenir o crime, de modo que essa resposta não contém apenas a qualidade e quantidade da reprimenda, mas, em se tratando de pena privativa de liberdade, a indicação do regime inicial de cumprimento de pena, sendo que a individualização da pena se materializa também no momento da execução da sanção imposta.[58]

Nas lições de NUCCI sobre os níveis de individualização da pena, leciona:

---

[57] LUISI, Luiz. Os princípios Constitucionais Penais. 2ª ed, 2003, Porto Alegre/RS. Pág. 52.
[58] DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada : Revista dos Tribunais, 2009., pág. 526.

> (...) É relevante destacar que a individualização da pena figura em três níveis: a) individualização legislativa: quando um tipo penal incriminador é criado pelo legislador, cabe a este a primeira fixação do quantum abstrato da pena, estabelecendo o mínimo e o máximo previstos para o delito; b) individualização judiciária: ao término da instrução, compete ao juiz, em caso de condenação do réu, fixar a pena concreta – entre o mínimo e o máximo abstratamente previstos no tipo penal, conforme exposto linhas acima; c) individualização executória: transitada em julgado a decisão condenatória, inicia-se o cumprimento da pena perante o juiz da execução penal. Passa-se, então, a determinar os benefícios cabíveis ao sentenciado, sendo possível diminuir a pena (indulto, remição, como exemplos), alterar o regime para um mais benéfico ou para um mais rigoroso (progressão ou regressão), dentre outras medidas. Em suma, a pena continua a ser individualizada até o término de seu cumprimento. Observe-se a preocupação do constituinte com tal aspecto, determinando que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (art. 5.º, XLVIII, CF).[59]

GRECO, diferentemente de NUCCI, descreve as fases de individualização da pena de acordo com a interpretação constitucional, concluindo que o primeiro momento para a individualização da pena ocorre quando o legislador seleciona os bens jurídicos mais relevantes para serem protegidos pelo Direito Penal. Após fazer essa escolha, o legislador comina as penas à cada conduta tipificada como crime, individualizando as penas de cada infração de acordo com a sua gravidade. Quando o julgador decide pela condenação da prática delitiva, passa a dosimetria da pena de acordo com o critério trifásico determinado pelo art. 68 do Código Penal, saindo do plano abstrato (cominação/legislador) e passando para o plano concreto (aplicação/julgador), devendo seguir os parâmetros do artigo 59 do Código Penal.[60] Nota-se que o autor não considera a aplicação da individualização da pena no âmbito da execução.

Sobre a fase de aplicação da pena pelo julgador, importante frisar que ao mesmo tempo que há uma margem para aplicação da pena de acordo com o caso concreto, a fixação da reprimenda deve ser muito bem fundamentada, com base na lei ordinária e deve se harmonizar com as garantias constitucionais, em elementos concretos e idôneos, mormente quanto a personalidade do agente e jamais em

---

[59] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 11ª ed, 2015, Rio de Janeiro/RJ : Forense. Pág. 21.
[60] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 14 ed., 2012 : Impetus Ltda. Pág. 69/70.

circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal ou em opiniões pessoais do julgador quanto à gravidade do delito imputado, ou alegações genéricas e vagas. Ademais, o mesmo raciocínio vale para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, sendo incompatível, por exemplo, que se fixe a pena-base no mínimo legal e o regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, sem que haja fundamentação válida.

Neste sentido, são os enunciados das súmulas 718 (*a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada*) e 719 (*a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*), ambas do Supremo Tribunal Federal.

O princípio da individualização da pena é verdadeiro consectário da isonomia, uma vez que infrações penais e infratores desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade. É, ainda, conclusão necessária do respeito à dignidade da pessoa humana, que tem como consequência o reconhecimento da individualidade e adequação do tratamento por parte do estado, influenciado pela peculiar condição do indivíduo.

Em sede do Habeas Corpus nº 111.840/SP[61], entendendo existir ofensa ao princípio da individualização da pena, o Supremo Tribunal Federal, por seu pleno, decidiu deferir a ordem para declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, decidindo que há ofensa ao princípio da individualização da pena quando o legislador impõe a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para um delito, ainda que de trata de crime hediondo ou equiparado.

No mesmo diapasão, no julgamento do Habeas Corpus nº 149807/SP[62] foi firmado entendimento recente no Superior Tribunal de Justiça de que os comandos legais dispostos na lei 11.343/2006 devem ser compatibilizados com os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, admitindo, inclusive, a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos para o caso de condenação por

[61] STF - HC: 118840 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/09/2013, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 13/09/2013 PUBLIC 16/09/2013

[62] STJ - HC: 149807 SP 2009/0195777-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 06/05/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2010

crime de tráfico de entorpecentes, de modo que o julgador não pode impor, sem fundamentação idônea, regime inicial mais severo.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede do Habeas Corpus nº 219287/MG63 decidiu que na primeira etapa da dosimetria da reprimenda, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da lei nº 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

Tal como os médicos, que em muitas ocasiões, quedam insensíveis em face das graves doenças de seus pacientes, nós, operadores do Direito, diante de certas situações não percebemos a real dimensão e o significado de um processo criminal. Essa insensibilidade pode nos levar a atuar de maneira mecânica e causar injustiças. Neste sentido, em que pese as centenas de processos que um único magistrado tenha para julgar, certo é que o seu mister não se assemelha a uma atividade mecânica, e que deverá sempre apreciar cada circunstância e particularidade do caso em apreciação, pois cada indivíduo é único, sob pena de cometer injustiças.

Seguindo este raciocínio, não é justo, proporcional ou razoável, a depender do caso concreto, que um jovem primário, que comete um fato ilícito e isolado em sua vida, seja privado de sua liberdade sem existir a possibilidade do julgador decidir por outra pena alternativa à prisão, como impôs a lei antitóxicos e a lei de crimes hediondos, ferindo de morte o princípio da individualização da pena.

Os julgados supra mencionados e que entenderam pela inconstitucionalidade dos artigos de lei que impõe regime inicial de cumprimento de pena mais severo como regra a qual não comporta exceção, são acertados e louváveis. Porém, nem sempre este foi o entendimento do Pretório Excelso, que já decidiu, mediante manifestação de seu Plenário, sobre a constitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º da lei nº 8.072/90, *que à lei ordinária compete fixar os parâmetros*

---

[63] STJ: HC 219287/MG - HABEAS CORPUS
2011/0226048-4. Relatora: Ministra LAURITA VAZ, quinta turma. Data do Julgamento:16/02/2012. DJe 02/03/2012

dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso das prerrogativas que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado significa que não quis ele deixar em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz da fixação do regime prisional[64].

Em sentido oposto entendeu, à época, o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a Constituição Federal consagra o princípio da individualização da pena o qual compreende três fases: cominação, aplicação e execução, e que individualizar é ajustar a pena cominada, considerando os dados objetivos e subjetivos da infração penal, no momento da aplicação e da execução, por isso é impossível a legislação impor regime único, inflexível. [65]

Compartilhando do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, GRECI defende que:

> Conforme se dessume da leitura do art. 5º, inciso XLVI, a nossa Constituição Federal determinou ao legislador infraconstitucional que, por intermédio de um critério de seleção político, regulasse a individualização da pena, o que efetivamente fora realizado quando determinou que os condenados pelas infrações descritas na lei nº 8.072/90, em virtude da gravidade dos crimes ali previstos, teriam de, independentemente de requisitos objetivos e subjetivos, tais como cumprimento parcial da pena e com comportamento carcerário, cumpri-la integralmente em regime fechado. (...) Não podemos deixar de ressaltar, por oportuno, que houve individualização, ficando os condenados pela prática dos crimes elencados na Lei nº 8.072/90 impedidos de progredir de regime, ao contrário daqueles que praticaram, aos olhos do legislador, outras infrações consideradas não tão graves quanto aquelas.[66]

A lei de Execução Penal (lei nº 7.210/84) prevê em seu artigo 5º [67] a individualização da pena na fase de execução penal. A conclusão que se chega, após análise da doutrina e jurisprudência, é que a melhor hermenêutica jurídica nos mostra que existem três fases de individualização da pena, quais sejam: a legislativa, que estabelece a individualização da pena para o delito específico, a judicial, quando da

---

[64] STF, Plenário – Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 23/04/1993)
[65] STJ, 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 07/06/1993)
[6666] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 14 ed., 2012: Impetus Ltda. Pág. 78/79.
[67] Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

aplicação da pena pelo juiz e a executória que é a individualização da pena no âmbito da execução. Isso porque, cada ser humano é único, e poderá o magistrado individualizar a pena de acordo com a realidade vivida pelo condenado.

Os aspectos da execução penal requerem uma interpretação constitucional das normas que a regulam. Como já vimos nos capítulos anteriores, a consolidação de um Estado Democrático de Direito que assegura um grande rol de garantias fundamentais tem como finalidade principal diminuir o poder e abusos estatais na vida do cidadão, primando sempre pela liberdade do indivíduo. Nesta toada e considerando todos os aspectos já expostos, bem como que a aplicação do Direito Penal é a *última ratio,* não faz o menor sentido defender uma execução de pena tão severa quanto a disposta na lei de crimes hediondos e da lei antitóxicos como regra, ainda mais porque jamais atingiria a finalidade da pena de reabilitação do condenado, tampouco tal política se mostra benéfica à sociedade na medida em que o sistema carcerário no Brasil é uma instituição falida.

2.4. Princípio da Lesividade

A observância do princípio da lesividade ou da ofensividade, é representativo do borcado *nulla necessitas sine injuria* – não há necessidade sem ofensa. A sua observância é fundamental para legitimar a atuação do Direito Penal, que deve se ocupar em proteger os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, haja vista as drásticas consequências da sua interferência nos bens mais caros ao indivíduo. Quanto ao grau de importância dado ao bem jurídico, determinando-se quais bens devem ser tutelados pelo Direito Penal, é um fator variável de acordo com a evolução da sociedade.

Nas lições de Damásio, o Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa.[68]

Por certo, a legislação penal vigente comporta condutas tipificadas como infração penal que, embora incompatíveis com as normas e valores de convivência social, poderiam ser reprimidas por meios menos gravosos para o Estado e para aqueles que incorrerem na prática da infração, com resultados tão ou mais efetivos. Como exemplo, podemos mencionar casos de crime contra o patrimônio como estelionato ou apropriação indébita em que há o pagamento do valor devido à vítima e que, por tal motivo, não há que se falar em dano ao patrimônio. Nestas situações, em que outros ramos do direito são suficientes para proteger o bem jurídico tutelado, não há que se falar em incidência do Direito Penal, devendo este ser sempre utilizado como *última ratio*.

Sobre tal aspecto de adaptação das leis às normas e valores sociais, infelizmente o legislador não tende a acompanhar tais evolução e mudanças, ficando, por vezes, a cargo do Poder Judiciário, por meio da hermenêutica jurídica e do contexto social atual, evitar excessos de juridicidade e arbitrariedades estatais.

O princípio da lesividade surgiu no período do florescimento da filosofia iluminista como meio de diminuir os abusos do Estado sobre a vida das pessoas e está relacionado com o princípio da intervenção mínima, este último que preconiza que o Direito Penal só deve incidir em determinada situação quando, comprovadamente, outros ramos do Direito se mostrarem insuficientes para proteger aqueles bens. [69]

Para Nilo Batista, o princípio da lesividade possui quatro funções[70], quais sejam: (I) proibir a incriminação de uma atitude interna; (II) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; (III) proibir a incriminação de

[68] JESUS, Damásio E., de. Direito Penal, volume I : parte geral – 28 ed. Revisada – São Paulo : Saraiva, pág. 10.
[69] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Pág. 51.
[70] Idem. Apud, BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, p. 92-94.

simples estados ou condições existenciais; (IV) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

O princípio da lesividade está também intimamente relacionado com o princípio da proporcionalidade, o qual restringe intervenção estatais desnecessárias. Deve existir um exame de adequação e necessidade em face da norma incriminadora, análise a qual é feita em um primeiro momento pelo legislador e posteriormente por provocação do Poder Judiciário. Desta feita, o legislador apenas está autorizado a intervir na esfera privada do indivíduo se houver equilíbrio entre a intensidade da intervenção e os fundamentos que a justifiquem, devendo haver respeito aos limites constitucionais ao se restringir direitos individuais, o que só poderá ocorrer para a defesa dos interesses de terceiros, e caso outras medidas fora do âmbito penal não sejam suficientes para proteção do bem jurídico em jogo, sob pena de excesso de poder estatal.

Nesta linha de raciocínio, entende-se que ninguém pode ser punido simplesmente pelo o que pensa ou sente, por uma conduta que não ofenda a nenhum bem jurídico ou por aquilo que é. Ademais, prega que ninguém poderá ser penalizado por uma conduta que não afete ou que não cause danos para terceiros, quando não excede ao âmbito do próprio autor, à exemplo do que ocorre com a autolesão e com o suicídio.

O art. 16 da lei nº 6.368/76, revogada pela lei nº 11.343/06, criminalizava o uso pessoal de entorpecentes, com pena de detenção de 6 meses a 2 anos, o que fomentou a discussão se tal incriminação seria contrária ao princípio da lesividade, sendo que mesmo após a edição da nova lei de drogas a discussão ainda persiste.

Na lição de GRECO:

> o que houve, na verdade, foi uma despenalização, melhor dizendo, uma medida tão somente descaracterizadora, haja vista que o novo tipo penal não prevê qualquer pena que importe em privação de liberdade do usuário, sendo, inclusive, proibida a sua prisão em flagrante, conforme dessume da redação constante no parágrafo 2º do art. 48 da Lei Antidrogas. [71]

[71] Idem, pág. 52.

Assim, da mesma forma que representa um abuso criminalizar o suicídio ou a autolesão, o mesmo raciocínio se aplica para a criminalização do uso de entorpecente, em decorrência da flagrante ofensa ao princípio da lesividade.

A conclusão que se chega é pela impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de uma terceira pessoa não seja atingido. As pessoas, naturalmente, são diferentes, e por mais que uma atitude de alguém gere repulsa ou desprezo para a sociedade, cada qual tem o livre arbítrio para decidir o quer fazer do próprio corpo e com relação à sua vida. Não é função do Direito Penal punir atitudes que podem ser consideradas como imorais, tais como a prostituição ou a homossexualidade, por exemplo. A punição somente é válida se atingir um bem de outrem e, ainda, se este bem não puder, comprovadamente, ser protegido por outro ramo do Direito.

Por fim, tudo o que for da esfera própria do indivíduo deverá ser respeitado pela sociedade e, mais ainda, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas.

Capítulo 3 – Legislação Antitóxicos

3.1 Origem Histórica do Combate ao tráfico de drogas

O problema das drogas é inquestionável, gera violência, danos à saúde pública, à economia. Por vezes está relacionado à delitos graves como a lavagem de dinheiro e merece a atenção e enfrentamento por parte de toda a comunidade internacional. Todavia, a dúvida que nos assola ainda nos dias atuais é como combater esse problema, considerando que a denominada “guerra às drogas”, notadamente, fracassou.

O uso de substâncias psicoativas acompanha a humanidade, seja com objetivos de tratamentos médicos, espirituais, religiosos ou recreativos. Porém, pode-se afirmar que as políticas de controle internacional sobre narcóticos e substâncias psicotrópicas começaram a surgir no início do século XX quando a comunidade

internacional passou a se preocupar com o aumento do consumo do ópio, o qual era comercializado principalmente pelos ingleses como moeda de troca de produtos e altamente consumido pelos chineses, que enfrentaram uma grande epidemia de abuso da droga, gerando um quadro grave na saúde pública.[72]

A denominada “guerra às drogas” foi deflagrada pelo então presidente norte americano Richard Nixon, no início dos anos 70 e brevemente se espalhou pelo mundo, reforçando a expansão do poder punitivo do Estado e a utilização do direito penal com parâmetros bélicos que exacerbam a hostilidade contra o “criminoso” ou “inimigo”.[73]

Nixon declarou que as drogas tornaram-se o “inimigo número um” da nação, pelo que se impunha um plano de ataque sem precedentes na história.[74] As medidas anunciadas consistiam em imediatos investimentos de centenas de milhões de dólares na guerra contra as drogas, com o desenvolvimento de novos mecanismos de detecção de entorpecentes, maior controle alfandegário, a busca pela responsabilização criminal de traficantes dentro e fora dos Estados Unidos e o tratamento compulsório de usuários, além de numerosas ações de ingerência na política interna de outros países, vez que os americanos se consideravam vítimas de uma suposta invasão externa de entorpecentes que alimentava um mercado consumidor americano e que alegadamente traziam sérios problemas de saúde e segurança pública, o que justificaria a ação externa.[75]

Em 1973, foi criada a DEA – *Drug Enforcement Administration*, com o escopo fundamental de assegurar em todo o país a aplicação de severas políticas e normas federais de repressão às drogas, detentora também de incumbências externas, notadamente de coordenação de ações e serviços de inteligência, como o

---

[72] UNODC: United Nations Ofiice on Drugs and Crime. Drogas: marco legal. Disponível em http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html. Acesso em 06/04/2017.

[73] KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185>. Acesso em 06.04.2017.

[74] The New Public Enemy nº 1. Time Magazine, 28/06/1971. Disponível em http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,905238-1,00.html. Acesso em 07/05/2017.

[75] Taffarelo, Rogério Fernado. Drogas: Falência do Proibicionismo e Alternativas de Política Criminal. Dissertação de Mestrado, USP. 2009. Disponível em file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/DISSERTACAO_COMPLETA_ROGERIO.pdf. Acesso em 07/05/2017. Pág. 65/67.

apoio a pesquisas e treinamento de agentes de repressão tanto dentro como fora do país, representando a definitiva exportação da guerra às drogas por todo o planeta.[76]

No plano internacional, foram editadas três convenções das Nações Unidas sobre o controle internacional de drogas. A primeira delas, denominada Convenção Única Sobre Entorpecentes (1961), ratificada pelo Brasil em 16 de maio de 1973, tem como objetivo combater o abuso de drogas por meio de ações internacionais coordenadas, limitando a posse, o uso, a troca, distribuição, importação, exportação, manufatura e produção de drogas exclusivas para uso médico e científico bem como combatendo o tráfico de drogas por meio da cooperação internacional para deter e desencorajar os traficantes.

A segunda convenção promulgada é a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971), ratificada pelo Brasil 21 de Fevereiro de 1971, estabelece um sistema de controle internacional para substâncias psicotrópicas, criando-se formas de controle sobre diversas drogas sintéticas de acordo, por um lado, a seu potencial de criar dependência, e por outro lado, a poder terapêutico.

A terceira e última convenção da ONU é a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), ratificada pelo Brasil em 20 de dezembro de 1988, a qual fornece medidas contra o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro, além de firmar uma cooperação internacional por meio, por exemplo, da extradição de traficantes, seu transporte e procedimentos de transferência.[77]

A magistrada e autora Maria Lúcia Karam se posiciona contrariamente ao combate do problema com maior rigor punitivo estatal e violação de direitos humanos. De acordo com o ponto de vista da autora, esta é uma resposta ineficiente à sociedade que anseia por segurança pública, além de um fator agravante da violência:

> Alimentando-se de totalitárias propostas de troca da liberdade por segurança, de danosas ideias que colocam a ordem acima da dignidade e das vidas de seres humanos; de inúteis e autodestrutivos desejos de vingança; de intensificadas buscas de bodes expiatórios; de renovadas fantasias acerca

[76] Idem.
[77] Idem.

> de crimes e de penas, o poder punitivo se expande e, com sua expansão, aprofunda a violência, os danos e as dores tradicionalmente provocados pela atuação do sistema penal.[78]

3.2. Evolução Legislativa no Brasil.

O decreto legislativo nº 78, de 1973, aprovou o texto do Acordo Sul-Americano sobre Entorpecentes e Psicotrópicos, firmado pela República Federativa do Brasil, Argentina, Bolívia, Equador, Paraguai, Uruguai e Venezuela, em Buenos Aires, a 27 de abril de 1973. Consoante o seu art. 1º, tinha como principais finalidades instrumentar as medidas necessárias à consecução de estreita colaboração e intercâmbio eficaz de informação em tudo que diz respeito à luta contra o uso impróprio de entorpecentes e psicotrópicos, especialmente no que se refere a: a) controle de tráfico lícito; b) repressão do tráfico ilícito; c) cooperação entre órgãos nacionais de segurança; d) harmonização das normas penais e cíveis; e) uniformização das disposições administrativas que regulam a venda; f) prevenção da toxicomania; g) tratamento, reabilitação e reajustamento dos toxicômanos.

A lei nº 6.368/76, promulgada em 21 de outubro de 1976, disciplinava as formas de repressão e prevenção do uso e tráfico de drogas, cujo texto foi notadamente influenciado pela política da guerra contra as drogas, criminaliza não só o traficante, mas também o usuário de drogas. Partia-se da premissa de que a proibição era o caminho mais acertado para o combate às drogas.

Referida lei revogou expressamente o art. 281 do Código Penal que dispunha dos crimes relativos ao uso e venda de entorpecentes, que tinha a seguinte redação:

> Art. 281: Plantar, importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo, substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

---

[78] Idem.

> Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez mil cruzeiros.
>
> § 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista: Pena - reclusão de dois a oito anos e multa de três a doze mil cruzeiros.
>
> § 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa de quinhentos a cinco mil cruzeiros, o médico ou dentista que prescreve substâncias entorpecentes fora dos casos indicados pela terapêutica ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal regulamentar.
>
> § 3º As penas do parágrafo anterior são aplicados àquele que:
>
> I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;
>
> II - Utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;
>
> III - Contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.
>
> § 4º As penas aumentam de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

A Constituição Federal de 1988 traz no inciso XLIII do artigo 5º que *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

Em 2002 foi editada a lei nº 10.409/2002, a qual foi mutilada por vetos presidenciais em decorrência de diversas inconstitucionalidades constantes em seu texto.

A parte que dispunha sobre os crimes foi completamente expurgada bem como boa parte dos artigos que cuidavam da apuração criminal. Apenas as disposições que tratavam de procedimento entraram em vigor (Capítulo IV – Do procedimento penal e Capítulo V – Da instrução criminal). A parte penal continuou a ser regida pela Lei nº 6.368/76, que trazia as figuras típicas em seus artigos 12 a 17.

Dessa forma, criou-se uma lamentável situação em que a legislação anterior antitóxicos se transformara em um verdadeiro centauro do Direito: a parte penal continuava sendo de 1976, enquanto a processual, a de 2002[79]. A situação gerou uma enorme indefinição e uma divisão na jurisprudência, pois, na prática, alguns juízes aplicavam o novo procedimento judicial, enquanto outra parte continuava a aplicar o rito da lei nº 6.368/76.80.

Em 2006 foi editada a lei nº 11.343/2006, atualmente em vigor. Em seu art. 75, revogou expressamente as leis anteriores, vindo com a incumbência de dar um tratamento mais atualizada e moderno ao combate de drogas. Mas será que o objetivo foi atingido? Em uma primeira análise, podemos concluir que ainda há muito o que avançar na política criminal contra as drogas. Apesar de décadas pela busca de soluções para o combate do problema, a questão, infelizmente, permanece uma discussão atual e deve ser debatido por toda a sociedade.

De acordo com TAFFARELO:

> A modificação da legislação até então vigente era sabidamente desejada por grande parte dos estudiosos das ciências médicas, sociais e criminais, visto que a ênfase absoluta na repressão não resulta na eficácia preventiva almejada, e originava diversos outros problemas sociais. Entre estes, vale mencionar a estigmatização e a marginalização social, o inchaço no sistema penal, a obstrução à implementação de programas preventivos de eficácia comprovada – como o caso da redução de danos. [81]

A lei de drogas de 2006 trouxe importantes avanços na política de prevenção, combate e repressão ao uso de drogas. Do art. 3º ao art. 26, trata especificamente das políticas públicas sobre drogas, traçando atuações e políticas governamentais nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, promovendo

---

[79] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Legislação Penal Especial. 2ª ed : Saraiva. Pág. 680.
[80] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Legislação Penal Especial. 2ª ed. São Paulo : Saraiva - 2006. Pág. 70.
[81] TAFFARELO, Rogério Fernando. Drogas: Falência do Proibicionismo e Alternativas de Política Criminal. Dissertação de Mestrado, USP. 2009. Disponível em file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/DISSERTACAO_COMPLETA_ROGERIO.pdf. Acesso em 07/05/2017. Pág. 80.

informação sobre os riscos do uso de drogas e tratamento de dependentes, a fim de prevenir o surgimento de novos usuários, tratar e reinserir os dependentes químicos.

Para efetivar a política pública de drogas criou o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, cujo órgão integra o CONAD – Conselho Nacional Antidrogas e SENAD – Secretaria Nacional Antidrogas. O SISNAD está autorizado a fazer convênios com os Estados, Distrito Federal, e Municípios, visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas, e com os Municípios, com o objetivo de prevenir o uso indevido delas e de possibilitar a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas (art. 73).

A lei nº 12.681/2012 instituiu o SINESP - Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, com a finalidade de armazenar, tratar e integrar dados e informações para auxiliar na formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação das políticas relacionadas com a segurança pública, o sistema prisional e execução penal e enfrentamento do tráfico de crack e outras drogas ilícitas.

Para Gustavo Junqueira, a lei n. 11.343/2006 representa uma mudança de paradigma na política do combate às drogas, a qual busca racionalizar o tratamento do problema afastando tabus e moralismos. Acrescenta ser a marginalização a causa e consequência do uso de drogas, formando um resistente círculo vicioso, não sendo o caminho mais acertado a imposição de medidas extremas como a privação da liberdade.[82]

Nota-se a nova terminologia trazida no art. 1º, que substituiu o termo “substância entorpecente” por “droga”, que consiste em qualquer substância causadora de dependência, substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, desde que esteja relacionada na lista do Ministério da Saúde consoante disposição do art. 14, inciso I, letra “a” do Decreto nº 5.912/2006 [83],

---

[82] Leis Penais Especiais / Flávio Martins Alves Nunes Júnior...(et al.). – 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais : 2016. – Coleção Elementos do Direitos do Direito; v. 18 / Coordenação Marco Antonio Araújo Jr., Darlan Barroso. Pág. 257/258.

[83] Art. 14. Para o cumprimento do disposto neste Decreto, são competências específicas dos órgãos e entidades que compõem o SISNAD: I - do Ministério da Saúde:
a) publicar listas atualizadas periodicamente das substâncias ou produtos capazes de causar dependência.

editada por meio da Portaria nº 344/98 da Anvisa que estabelece as substâncias proscritas no Brasil[84]. Neste turno, as normas incriminadoras podem ser caracterizadas como lei penal em branco, haja vista que o seu complemento se encontra em ato normativo diverso da lei, conforme mencionado.

3.3. Dos Crimes

3.3.1. Posse para uso pessoal - evolução legislativa do crime de porte de drogas

Alteração legislativa que merece destaque, é a diferenciação feita pelo legislador entre o usuário e traficante.

O legislador, em 2006, ficou literalmente no meio do caminho entre a criminalização e descriminalização do porte de drogas para uso próprio, haja vista ter excluído a pena de prisão ao usuário de drogas, substituída por penas restritas de direito, mantendo, porém, a conduta tipificada como crime.

Atualmente, passados mais de dez anos de vigência da lei de drogas, a discussão sobre a política criminal adotada pelo Brasil está em pauta na sociedade e nos Tribunais Superiores, que vêm assumindo papel de protagonismo na discussão sobre o panorama do Brasil em relação à política pública adotada contra as drogas e o preocupante aumento do número de encarcerados como reflexo da aplicação da lei.

O artigo 16 da revogada lei nº 6.368/76 tinha a seguinte redação: *"adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal regulamentar: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 a 50 dias-multa".*

O artigo 28 da atual lei nº 11.343/2006 dispõe:

[84] Art. 66 da lei 11.343/2006: 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.

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas[85] 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.

[85] Vide art. 1º, § único e art. 66 ambos da Lei 11.343/2006: Art. 1º, § único: para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. 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.

A nova lei trouxe uma *novatio legis in mellius* ou *lex mitior*. Em outras palavras, o tratamento que passou a ser dado ao usuário é mais benéfico do que o anterior, retroagindo a lei mais nova e aplicando-se imediatamente aos casos decididos por sentença transitada em julgado, em homenagem ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica contido no art. 5º, inciso XL da Constituição Federal.

Verifica-se pelas penas cominadas ao tipo legal, tais como pena de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa, que o legislador sinalizou que o uso de drogas deveria ser tratado como uma questão de educação e saúde pública, e não como uma questão de polícia.

Todavia, em que pese a despenalização em face do usuário de drogas, em virtude na ausência de cominação de pena privativa de liberdade para aquele delito, do ponto de vista jurídico-penal e político-criminal o novel diploma não representou avanço jurídico relevante, apresentado alterações pouco significativas em comparação ao que dispunha a lei de tóxicos anterior. Isso porque a não incidência de pena de prisão ao usuário já era consabida realidade, mormente após o advento da lei nº 9.099/95 e, mais tarde, da lei nº 10.259/01, possibilitando a suspensão condicional do processo e a transação penal para a figura do art. 16 do antigo diploma.[86]

3.3.2. Natureza Jurídica

Questão polêmica no mundo jurídico é sobre se houve a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, pois de forma incomum, não há cominação de pena privativa de liberdade ao art. 28.

[86] TAFFARELO, Rogério Fernado. Drogas: Falência do Proibicionismo e Alternativas de Política Criminal. Dissertação de Mestrado, USP. 2009. Disponível em file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/DISSERTACAO_COMPLETA_ROGERIO.pdf. Acesso em 07/05/2017. Pág. 80/81.

Muitos doutrinados, como Luiz Flávio Gomes, entendiam se tratar de uma infração *sui generis*.[87] Os defensores de tal tese, partem da premissa do quanto disposto no art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal:

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

Outra corrente, defendia tratar-se de contravenção penal, partindo-se da premissa da vigência do art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal, que expressa que se a infração penal for punida com multa isolada, deve ser considerada contravenção, artigo o que deve ser relido diante do art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que prevê penas diversas da reclusão, detenção, ou prisão simples, sendo possível existir crime sem nenhuma dessas penas.

Considerando, ainda, que a mais grave sanção aplicável para o delito em tela é a multa isolada no caso de descumprimento das penas alterativas previstas no preceito secundário do tipo penal, seria necessário concluir que se trata de uma contravenção penal.[88]

O Supremo Tribunal Federal dirimiu a controvérsia gerada na doutrina e firmou o entendimento de que o porte de drogas para uso próprio é crime. Foi entendido que houve “despenalização” com a ausência de pena de reclusão, para o tipo das penas privativas liberdade[89], e não como descriminalização, sendo que a condenação pelo delito em estudo gera todos os efeitos secundários de crime, como reincidência, gerar falta durante a execução penal, entre outros.

---

[87] Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e William Terra de Oliveira, Nova Lei de Drogas Comentada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

[88] Leis Penais Especiais / Flávio Martins Alves Nunes Júnior... (et al.). – 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais : 2016. – Coleção Elementos do Direitos do Direito; v. 18 / Coordenação Marco Antonio Araújo Jr., Darlan Barroso. Pág. 259.

[89] STF - RE nº 430.105/RJ. Min. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em 13/02/2007 – Informativo nº 456 do STF.

3.3.3. Objetividade jurídica

Quanto a objetividade jurídica do crime em estudo, é a tutela da saúde pública e, secundariamente, a vida e a saúde de cada cidadão.

Leciona Capez:

> "Objeto jurídico desse crime é a saúde púbica, e não o viciado. A lei não reprimi penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de ´usar´ mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação". [90]

Em verdade, é incorreto afirmar que o uso de drogas é criminalizado no Brasil, vez que a lei não pune o uso da droga. É interessante notar que, apesar de ser uma diferença meramente conceitual, haja vista que o usuário de drogas necessariamente precisa trazer consigo a substância para consumi-la, é penalizado o agente que pratica as seguintes condutas:

a) Adquirir: obter mediante troca, compra ou à título gratuito;

b) Guardar: manter a droga para um terceiro;

c) Ter em depósito: manter a substância para si mesmo;

d) Transportar: levar a droga por um meio de locomoção qualquer;

e) Trazer consigo: levar a droga junto a si, sem o auxílio de um meio de locomoção.[91]

Ainda consoante as lições de Capez, sobre a existência de ofensa ao princípio da alteridade ou transcendentalidade, que veda a incriminação de atitude meramente interna do agente a qual só afeta a ele mesmo e não nenhum bem jurídico

---

[90] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Legislação Penal Especial. 2ª ed : Saraiva. Pág. 682 e 683.
[91] Idem.

de terceiro, o autor entende que não há que se falar em ofensa ao mencionado princípio:

> "A Lei em estudo não tipifica a ação de usar droga, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28. Interessante questão será a de quem consome imediatamente a substância sem portá-la por mais tempo do que o estritamente necessário para o uso. Nesse caso não houve detenção, nem perigo social, mas simplesmente o uso. Se houvesse crime, a pessoa estaria sendo castigada por pelo poder público por ter feito mal à sua saúde e à de mais ninguém.[92]

3.3.4. Inconstitucionalidade Da Criminalização Do Porte de Drogas Para Uso Próprio

Para uma parcela minoritária da doutrina o tipo penal seria inconstitucional em razão da ofensa às garantias da liberdade, intimidade e vida privada, partido da premissa de que o porte de drogas para uso próprio configura autolesão, a qual não poderia ser punida diante dos princípios da alteridade penal e da ofensividade.

Maria Lúcia Karam defende a liberdade individual de cada indivíduo de dispor como bem entender da sua própria saúde e a descriminalização do comércio de drogas, haja vista que somente dessa forma se possibilitaria o consumo daqueles que querem consumir:

> "Em uma democracia, o Estado não está autorizado a intervir em condutas que não envolvem um risco concreto, direto e imediato para terceiros, não estando assim autorizado a criminalizar a posse para uso pessoal de drogas ilícitas, que, equivalente a um mero perigo de autolesão, não afeta qualquer bem jurídico individualizável. Também não está o Estado autorizado a intervir quando o responsável pela conduta age de acordo com a vontade do titular do bem jurídico, não estando assim autorizado a criminalizar a venda ou qualquer outra forma de fornecimento de drogas ilícitas para um adulto que quer adquiri-las, conduta que, tendo o consentimento do suposto ofendido, tampouco tem potencialidade para afetar concretamente qualquer bem

[92] Idem, pág. 684.

> jurídico individualizável. Leis que desconsideram o consentimento do titular do bem jurídico e criminalizam a conduta do terceiro que age de acordo com sua vontade ilegitimamente criam um mecanismo destinado a indiretamente impedir que aquele titular do bem jurídico exerça seu direito de dele dispor (no caso em foco, dispor de sua própria saúde). A proibição de uma conduta teoricamente lesiva de um direito de um indivíduo não pode servir, ainda que indiretamente, para tolher a liberdade desse mesmo indivíduo que a lei diz querer proteger". [93]

Para TAFFARELO, as condutas do usuário podem, no máximo, configurar espécie de autolesão, de todo impunível em nosso direito, sem qualquer repercussão, sequer potencial ou presumível, em face da saúde pública, além de constituir flagrante desprezo à tutela constitucional da intimidade, da vida privada e, em um última análise, da dignidade da pessoa humana, querer "protegê-lo de si mesmo".[94]

Com efeito, a legislação de tóxicos nunca tipificou as condutas de "usar" drogas em si, mas outras condutas que causem risco social ("adquirir", "guardar", "ter em depósito", "transportar" e "trazer consigo"). Portanto, a lei pune apenas o perigo social representado pela detenção atual da substância, que deixa de existir quando ela já foi consumida.[95]

Neste diapasão, CAPEZ defende que não há que se falar em ofensa ao princípio da alteridade (quando a conduta não transcenda a figura do autor e seja capaz de ferir o outro) ou intromissão excessiva do Estado no tocante a criminalização do porte vez que a conduta gera prejuízo ao agente e à terceiro. Considerando que a lei visa coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, existe perigo para a saúde da coletividade advindo da prática do porte de drogas, o que não se aplicaria para aquele usuário que só porta a droga

---

[93] KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185>. Acesso em 06.04.2017.

[94] Taffarelo, Rogério Fernado. Drogas: Falência do Proibicionismo e Alternativas de Política Criminal. Dissertação de Mestrado, USP. 2009. Disponível em file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/DISSERTACAO_COMPLETA_ROGERIO.pdf. Acesso em 07/05/2017. Pág. 85.

[95] Gonçalves, Victor Eduardo Rios. Legislação Penal Especial. 2ª ed. São Paulo : Saraiva - 2006. Pág. 52.

por um curto período, apenas o necessário para consumir a droga, vez que só estaria prejudicando a própria saúde.[96]

Compartilhando da mesma posição, GONÇALVES considera absurdo o entendimento de alguns no sentido de que a incriminação ao mero porte de entorpecente para uso próprio seria inconstitucional em razão da vedação do Estado interferir na liberdade das pessoas para fazerem o que bem entenderem com sua própria saúde, vez que o porte de entorpecente representa um perigo a toda a sociedade, argumenta que a pessoa sob efeito de drogas pode ficar violenta, causar acidentes e, até mesmo, em face da necessidade de sustentar o vício, cometer crimes contra o patrimônio ou de outra natureza, razões pelas quais conclui pela constitucionalidade da criminalização do porte de drogas.[97]

3.3.5. Crime de perigo abstrato

O crime de perigo abstrato é aquele em que não há a concretização de um resultado decorrente da conduta do agente, por isso é denominado como *crime de mera conduta*. Há uma presunção absoluta quanto à periculosidade de determinada conduta, de modo que não exige a produção de um resultado tampouco a configuração do perigo em concreto do bem jurídico tutelado. Podemos citar como exemplos de crimes de perigo abstrato o porte de drogas para consumo pessoal, embriaguez ao volante, porte ilegal de armas, tipos penais que protegem bens difusos e coletivos como o meio ambiente, entre outros em que o legislador não previu um resultado naturalístico.

Para o doutrinador Victor Gonçalves, o crime de porte de drogas é de perigo presumido ou abstrato, pois pune o riso à saúde pública, representado por quem detém o entorpecente.[98]

O professor Pierpaolo Bottini ensina sobre os crimes de perigo abstrato:

---

[96] Capez, Fernando. Curso de Direito Penal. Legislação Penal Especial. 2ª ed : Saraiva. Pág. 684.

[97] Gonçalves, Victor Eduardo Rios. Legislação Penal Especial. 2ª ed. São Paulo : Saraiva - 2006. Pág. 53/54.

[98] Idem.

> São legítimos e constitucionais, desde que o magistrado se certifique de que, no caso concreto, aquele comportamento específico tinha potencialidade para lesionar ou colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal, que não era absolutamente inócuo. (...) Em síntese, o crime de perigo abstrato não é de mera conduta, mas exige uma materialidade, um desvalor de resultado, consubstanciada na periculosidade do comportamento — que não se confunde com a exigência de lesão nem de perigo concreto. O reconhecimento dessa materialidade é a única forma de compatibilizar a técnica legislativa de descrição de uma mera conduta típica com o princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal. [99]

Em sentido contrário, há muitas críticas na doutrina para os crimes de perigo, cujo conteúdo da conduta típica e antijurídica não consiste, efetivamente, em um dano ou lesão, mas sim em um perigo de dano ou lesão. Tais infrações dividem-se em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. O perigo concreto é definido como a “probabilidade” (e não mera possibilidade) de uma produção efetiva de um dano inerente à realização de determinada conduta. Quanto aos crimes de perigo abstrato, equiparáveis à mera desobediência de uma norma não se justificariam em um Estado Democrático de Direito e tampouco se sustentariam, em face dos postulados da intervenção mínima e da ofensividade (não há crime sem comprovada ofensa) e da proporcionalidade.

Assim, a segunda e minoritária corrente doutrinária sustenta, a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, em respeito ao princípio do estado de inocência e da ofensividade. Para o renomado Luiz Flávio Gomes:

> A presunção legal de perigo, como sabemos, desobriga o acusador de demonstrar o perigo concretamente. É exatamente isso que conflita flagrantemente com a presunção de inocência, pois esta impõe o dever ao acusador de “comprovar legalmente a culpabilidade” (v. art.8, n. 1, do citado “Pacto de San Jose”). Comprovar legalmente a culpabilidade significa demonstrar dentro do processo a existência de um fato lesivo ou perigoso para algum bem jurídico e, ao mesmo tempo, que ele é atribuível ao seu agente. [100]

---

[99] Pierpalo Cruz Bottini. Crimes de Perigo Abstrato não são de mera conduta. Disponível em http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta. Acesso em 14/04/2017.

[100] GOMES, Luiz Flávio. A Contravenção do artigo 32 da lei das contravenções penais é de perigo abstrato ou concreto? (a questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido). **Revista**

De acordo o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, a definição de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal, ressaltando, entretanto, que a atividade legislativa de crimes deste tipo deve ser objeto de rígido controle constitucional, cabendo ao Poder Judiciário *"aferir o grau potencial de lesão aos bens jurídicos que se buscou tutelar por meio do direito penal" (...) para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, fundado no princípio da proporcionalidade."*[101]

3.3.6. Aplicação do Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância ou bagatela deve ser analisado em correlação aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal e tem como consequência o reconhecimento da atipicidade material da conduta tipificada como crime, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.[102]

Nas lições de GRECO, para que um fato seja caracterizado como típico, se faz necessário o preenchimento de todos os elementos que compõe o crime, quais sejam, o fato típico, antijurídico e culpável. No tocante à tipicidade penal, é preciso que haja tipicidade formal ou a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal e o preenchimento da tipicidade conglobante, a qual possui dois aspectos fundamentais: conduta antinormativa e fato materialmente típico, sendo este último aspecto exatamente onde reside a análise da aplicação do princípio da insignificância. Deste modo, para que haja a adequação perfeita da

brasileira de ciências criminais. São Paulo: Revista dos tribunais, 10/1994 a 12/1994. Nº 8. p. 69 a 84.

[101] STF. RE nº 635659. Ministro Relator Gilmar Mendes. Págs. 13/14.

[102] STF. HC n. 108.872/RP. 2ª Turma, Ministro Relator Gilmar Mendes. Julgado em 06/09/2014.

conduta do agente ao modelo abstrato (tipo), deve ser levado em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção.[103]

É controversa a incidência do princípio da insignificância para o crime do art. 28 da lei nº 11.343/2006. A jurisprudência divide-se sobre possibilidade da aplicação do referido princípio para o crime em estudo.

No Superior Tribunal de Justiça é pacífico o entendimento pela não aplicação do princípio, pois a pena já é branda e educativa.

Em sede de julgamento do Habeas Corpus nº 35.920/DF[104] de relatoria do Ministro Relator Rogério Schietti Cruz do Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que o princípio da insignificância não se aplica ao crime de porte de drogas e que a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei de Drogas ocorre independentemente da quantidade apreendida de drogas, não estando condicionado à ocorrência de lesão ao bem jurídico protegido, haja vista se tratar de crime de perigo abstrato, de modo que bastaria a realização da conduta proibida para a presunção do perigo ao bem tutelado: a saúde pública.

De acordo com o E. Ministro: "*a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a própria saúde, além de evitar a reiteração do delito. Nesse contexto, entendo que, em razão da política criminal adotada pela Lei n. 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de drogas apreendidas" (sic).*

Já o Supremo Tribunal Federal se posiciona de forma diversa: no julgamento do Habeas Corpus nº 110.475/SC[105], o Ministro Relator Dias Tofolli, reconheceu a aplicação do princípio da insignificância para o crime do art. 28 da lei de drogas para aquele caso em que houve a apreensão de ínfima quantidade de droga (0,6 g de maconha), sendo entendido, ainda, que se tratar de crime de perigo abstrato não é um argumento válido para afastar o princípio da bagatela, vez que mesmo nesses casos, não se afasta a necessidade de aferição da lesividade da conduta, ou

[103] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 14 ed., 2012 : Impetus Ltda. Pág. 62/23.
[104] STJ. HC 35.320/DF. 6º Turma, Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 20/05/2014.
[105] STF. HC 110.475/SC. 1ª Turma. Ministro Relator Dias Tofolli. Julgado em 14/02/2012

seja, se capaz ou não de atingir, concretamente, o bem jurídico resguardado pela norma.

De acordo com a decisão:

> Relativamente ao usuário de substância entorpecente, o tema ainda suscita discussões quanto à aplicação da tese de bagatela. O fato é que, com acertos e desacertos, a legislação penal especial avançou significativamente no trato da questão, não mais permitindo a imposição de pena privativa de liberdade. (...) Nesse contexto, a conduta tida por criminosa, para além da adequação típica formal do revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76, merece, nos dias atuais, acurado exame à luz da garantia da dignidade da pessoa humana, que impõe uma atuação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, conferindo-se, desse modo, maior relevância à proteção de valores tidos como indispensáveis à ordem social, a exemplo da vida, da liberdade e da propriedade, quando efetivamente ofendidos (tipicidade material).

Tal entendimento vem se solidificando na Suprema Corte, consoante a jurisprudência firmada em sede do Habeas Corpus nº 131.310/SE[106], de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em que é concedia a liminar para suspender a ação penal na origem, considerando as particularidades da causa, sobretudo a reduzida quantidade de substância entorpecente para uso próprio.

3.3.7. Critérios De Diferenciação Entre Usuário e Traficante

O art. 28, §2º da lei de Tóxicos elenca os oito critérios legais de distinção entre o porte de drogas para uso próprio e o tráfico, in verbis:

> Art. 28 (...) § 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.

[106] STF. HC 131.310/SE. Decisão Monocrática. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Julgado em 22/02/2016

Ao passo em que o legislador andou bem ao despenalizar o porte de drogas para uso pessoal, a subjetividade nos critérios selecionados gerou insegurança jurídica no momento da diferenciação entre usuário e traficante. Não há parâmetros claros e objetivos na lei e nem na jurisprudência para determinar a tipificação da conduta pelo art. 33 ou art. 28 da lei em estudo. Claramente foi deixada pelo legislador uma lacuna de classificação.

As graves consequências trazidas pela redação da Lei por vezes têm início já na Delegacia de Polícia, quando a polícia judiciária prende em flagrante, inicia a persecução penal pelo art. 33 e, ao final do processo, o juiz decide pela condenação por porte de drogas para uso pessoal - cuja prisão em flagrante é, inclusive, expressamente vedada pela lei[107], momento em que o prejuízo ao indivíduo restou configurado por todo o constrangimento de responder a um processo criminal pelo delito de tráfico (ao crime de art. 28 são aplicáveis os benefícios da Lei n. 9.099/95), além de, muitas vezes, ter tido a prisão preventiva decretada.

Citamos como exemplo de flagrante constrangimento ilegal a prisão preventiva que perdurava por aproximadamente sete meses de um indivíduo acusado por tráfico, que portava 69g de maconha, cuja custódia foi revogada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso[108]:

> No atual sistema prisional brasileiro, enviar jovens, geralmente primários, para o cárcere, em razão do tráfico de quantidades não significativas de maconha, não traz benefícios à ordem pública. Pelo contrário, a degradação a que os detentos são submetidos na grande maioria dos estabelecimentos e a ausência de separação dos internos entre primários e reincidentes e entre provisórios e condenados, transformam os presídios em verdadeiras "escolas do crime". Presos que cometeram ou são acusados de ter cometido crimes de menor potencial lesivo passam a ter conexões com outros criminosos mais perigosos, são arregimentados por facções e frequentemente voltam a delinquir após saírem das prisões.

---

[107] Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. (...) § 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

[108] STF. HC 127.986/RS. Ministro Relator Roberto Barroso. Julgado em 08/05/2015.

O Eminente Ministro, atento à questão da falha da política pública contra as drogas adotada pelo Brasil, sugerindo que seja o momento de refletir e corrigir os rumos traçados nesta empreitada que tem se mostrando ineficaz, ressaltando que:

> A forte repressão às drogas, a criminalização do consumo da maconha e a ausência de critérios legais objetivos para diferenciar o usuário, o pequeno e o grande traficante têm produzido consequências mais negativas sobre as comunidades diretamente dominadas pelas organizações criminosas e sobre a sociedade em geral, do que aquelas produzidas pela droga sobre os usuários. Essa política tem importado em criminalização da pobreza, em aumento do poder do tráfico e em superlotação dos presídios, sem gerar benefícios reais para a redução da criminalidade e o aumento da segurança pública. Em verdade, a política designada de "guerra às drogas", inclusive à maconha, liderada pelos Estados Unidos, é hoje considerada um fracasso por diversos organismos e entidades internacionais.

Após considerar a descriminalização do uso de drogas como algo complexo, o ministro do STJ Sebastião Reis Junior cogitou a hipótese de um estudo estatístico para respaldar a fixação de um parâmetro mínimo de porte que não seria visto como tráfico.[109]

Lamentavelmente, o que temos visto na prática são decisões judiciais totalmente antagônicas em face dos mesmos fatos. Em sede de recurso de Apelação[110], o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reverteu a absolvição em primeira instância do réu, em que o juiz sentenciante havia entendido existirem fortes elementos que indiquem a incursão no artigo 28, da Lei nº 11.343/06[111], condenando o acusado pela prática do crime do art. 33 da lei de tóxicos.

Outro caso emblemático, é o julgamento do Habeas Corpus nº 373.364 do Superior Tribunal de Justiça[112], em que o acusado foi pego com a irrisória quantidade de 1g de crack, condenado em primeira instância pela prática do crime do art. 28 da lei de tóxicos e, em razão ao provimento do apelo do Ministério Público, foi condenado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul a nada irrisórios sete anos de prisão no regime

---

[109] Ministro do STJ defende cumprimento efetivo do novo Código Penal. Disponível em http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/04/01/ministro-do-stj-defende-cumprimento-efetivo-do-novo-codigo-penal. Acesso em 05/05/2017.

[110] TJ/SP. Apelação nº 0000254-23.2014.8.26.0247. Ministro Relator Luis Soares de Melo. Julgado em 01/12/2015.

[111] TJ/SP. Processo nº 0000254-23.2014.8.26.0247. Vara Única da Comarca de São Sebastião do Foro Distrital de Ilha Bela. Julgado em 22/10/2014.

[112] STJ. HC 373.364/RS. Sexta Turma. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 16/02/2017.

fechado pela prática do delito disposto no art. 33, caput, c/c art. 40, III, ambos da lei 11.343/2006. O acórdão foi cassado pelo Superior Tribunal de Justiça e, por conseguinte, reestabelecida a sentença que condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006.

É certo que os juízes devem sempre pautar suas decisões em critérios objetivos e fundamentados concretos (CF, art. 93, inciso IX), levando em conta, para determinar se a droga se destina a uso pessoal, não apenas a natureza e quantidade da substância apreendida, mas o local e às condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais bem como à conduta e aos antecedente do agente. Todavia, a atual redação da lei deixa uma margem bastante subjetiva, ficando à cargo do magistrado enquadrar o agente como usuário ou traficante.

Nas lições de Andreucci:

> A posse de pequena quantidade de droga, não implica, por si só, posse para consumo pessoal. Nada impede que o traficante tenha consigo pequena quantidade de drogas para vender ou que tenha vendido a maior parte da droga, restando-lhe pequena quantidade. Pode ocorrer ainda que o usuário, com receio de incursões frequentes em locais de risco para a aquisição da droga em pequena quantidade a adquira em quantidade considerável, guardando-a para consumo a longo período de tempo. Neste caso, verificada apenas a quantidade droga, haveria injustiça tipificação de sua conduta como tráfico.[113]

Em entrevista à impressa, ao ser questionado sobre o motivo de tanta controvérsia para distinguir o usuário e o traficante e as consequências desta "confusão" gerada, o Ministro Rogério Schietti do Superior Tribunal de Justiça respondeu que:

> Não existe um critério legal seguro para definir. Alguns casos surpreendem, como a condenação recente de uma pessoa por tráfico de drogas, porque flagrado com 0,7 grama de crack, ou seja, menos de um grama da droga. Pela legislação, temos três classificações: usuário, pequeno traficante e traficante já integrado à atividade criminosa ou integrante de organização criminosa. Para o último, as penas são de no mínimo cinco anos; para o do meio, pode variar entre um ano e oito meses até os cinco anos, com

[113] ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial – 11 ed : Saraiva 2016. Pág. 232.

> possibilidade de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Muitas vezes é difícil precisar em qual dessas categorias cada réu que julgamos se encontra. Não é só a quantidade de drogas. O juiz deve analisar outros fatores que subjazem à situação concreta, como o local dos fatos, se havia outras pessoas em situação típica de comércio, se o réu estava em porta de discoteca, nas imediações de uma escola, se havia alguma balança de precisão, dinheiro, agenda com nomes de clientes etc. São várias situações.[114]

Na mesma entrevista, o Ministro sugere que o legislador deveria ter delimitado parâmetros mais seguros para a diferenciação entre traficante e usuário, sem retirar do juiz a possibilidade de analisar cada caso concreto.

3.3.8. Da Competência e Procedimento em Caso De Posse Para Consumo Pessoal

O delito do art. 28 é considerado de menor potencial ofensivo, cuja competência para julgamento é do Juizado Especial Criminal, regido pela lei 9.099/95.

Após receber a *notitia criminis*, a autoridade policial deverá lavrar termo circunstanciado pelo delito de porte de drogas, encaminhando imediatamente o autor do fato para ser ouvido perante o juiz competente ou, na impossibilidade de fazê-lo, deverá assumir compromisso de comparecimento em juízo (art. 48, § 2º c/c art. 69 da lei 9.099/95).

Marcada a data de audiência preliminar, poderá o Ministério Público propor a transação penal (art. 72 da lei nº 9.099/95), que deverá restringir-se à aplicação das penas alternativas previstas no artigo 28: (I) advertência, (II) prestação de serviços à comunidade ou (III) comparecimento à programa ou curso educativo e sua duração não pode ultrapassar os 05 (cinco) meses, nos casos dos itens II e III, em caso de reincidência o limite passa para 10 (dez) meses (§§ 3º e 4º, art. 28). A aplicação das penas poderá ser alternativa ou cumulativa, e substituídas a qualquer

---

[114] Coordenador do seminário sobre Lei de Drogas aponta necessidade de mudanças. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Coordenador-do-semin%C3%A1rio-sobre-Lei-de-Drogas-aponta-necessidade-de-mudan%C3%A7as. Acesso em 01/05/2017.

tempo, de acordo com a adequação para cada caso concreto, nos termos do art. 27 da lei 11.343/2006.

A sanção de advertência sobre os efeitos das drogas consiste na censura ao autor do fato, esclarecendo o juiz sobre os efeitos nocivos da droga não somente para ele, mas também para toda a sociedade. A prestação de serviços à comunidade foi erigida à categoria de pena principal, perdendo seu caráter substitutivo que é imposto pelo Código Penal. Em caso de descumprimento, pode ser substituído por admoestação verbal ou multa. Já o comparecimento à programa ou curso educativo trata-se de sanção também inovadora, também podendo ser substituída por admoestação verbal ou multa em caso de descumprimento.[115]

Sobre a discricionariedade do *parquet* no oferecimento da proposta imediata de aplicação da pena, o entendimento majoritário da doutrina é no sentido de que a discricionariedade do Ministério Público se dá em razão da pena a ser aplicada (multa ou restritiva de direitos), e não quanto a propor ou deixar de propor a transação, tratando-se esta, de direito subjetivo do réu, quando preenchidos os requisitos elencados nos incisos do artigo 76 da lei nº 9.099/95.

Neste turno, compartilhamos da posição do professor Pedro Henrique Dercian, que leciona:

> Sustenta-se, inicialmente, que o juízo de pertinência atribuído ao promotor deve estar restrito, exclusivamente aos termos da lei. Em outras palavras, se o suposto autor do fato preencher os requisitos legalmente constituídos, inexoravelmente fará jus à proposta.[116]

Caso o Ministério Público deixe de oferecer a proposta, o juiz, caso discordando das razões do Promotor poderá o remeter o feito ao Procurador-Geral de Justiça, por analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal, como já pacificou a

---

[115] ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial – 11 ed : Saraiva 2016. Pág. 232/233.
[116] DEMERCIAN, Pedro Henrique. Curso de Processo Penal, 6 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pág. 430.

Suprema Corte, nos termos da súmula 696[117] que versa sobre a suspensão condicional do processo, que apresenta a mesma natureza consensual da transação penal.

Se houver o descumprimento da proposta aceita e homologado em juízo, o julgador poderá impor novas medidas na tentativa de fazer o sujeito cumprir com o acordo: o § 6º do art. 28 dispõe que o juiz poderá, para a garantia do cumprimento das medidas educativas, submeter o agente, sucessivamente, a (I) admoestação verbal ou (II) multa. Ou seja, a multa é a mais grave e a última penalidade possível. Diversamente ocorria na legislação anterior (art. 16, lei nº 6.38/76), quando o acordo não cumprido acarretaria no oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

Se mesmo após homologada a transação, houver reincidência pelo delito de porte de uso de drogas para isso pessoal, não está impedido de realizar uma nova transação em relação ao art. 28, mesmo que dentro do lapso de cinco anos. O mesmo não acontece se cometer uma infração diversa, ficando proibido de fazer outra transação durante o período de cinco anos (art. 76, § 2º, inciso II, da lei 9.099/95).

Caso não haja transação penal, é possível a aplicação da suspensão condicional do processo (art. 89 da lei nº 9.099/1995). Não sendo a suspensão possível, segue-se o procedimento sumaríssimo da lei dos juizados especiais. As penas alternativas do art. 28, em caso de condenação, são impostas em sentença final. Nessa hipótese a sentença gera todos os efeitos penais (antecedentes, reincidência etc.). Por fim, em caso de descumprimento injustificado do decreto condenatório, volta a ter incidência o § 6º do art. 28 da Lei 11.343/2006, ou seja, cabível ao magistrado realizar a admoestação e, quando necessário, aplicar a pena de multa (que será executada nos termos do art. 164 e ss. da lei de execução penal).

Admoestação verbal deve consistir em censura verbal feita pelo juiz, concitando o agente a cumprir a medida que lhe foi aplicada, e deve ser feita em audiência para esse fim designada. Já a multa, que deve suceder a admoestação verbal, será imposta pelo juiz atendendo à reprovabilidade da conduta fixada em dias-

[117] Súmula 696, STF: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

multa (mínimo quarenta e máximo cem dias-multa), valores os quais serão creditados ao Fundo Nacional Antidrogas.

3.3.9 - Do Tráfico de Drogas

O *"caput"* do tipo penal vem representado por dezoito verbos, os mesmos expressos no revogado art. 12 da lei nº 6.368/76, traduzindo tipo misto alternativo, em que a prática de mais de uma conduta implica em crime único, e não em concurso de crimes.[118]

A pena foi aumentada de 3 a 15 anos para 5 a 15 anos, impondo-se uma multa mais pesada (500 a 1.500 dias-multa).

Reza o art. 33 da lei nº 11.343/2006:

> 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.
>
> § 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

[118] ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial – 11 ed : Saraiva 2016. Pág. 238.

> utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.
>
> § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.
>
> § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Tal como os crimes de tortura e terrorismo, o delito de tráfico de drogas foi expressamente disposto pelo legislador constituinte no art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal e o equiparou aos chamados crimes hediondos, assim entendidos aqueles definidos na Lei nº 8.072/1990.

Assim, não restam dúvidas sobre a escolha legislativa em dar um tratamento mais severo ao crime de tráfico, o qual é inafiançável, insuscetível de anistia, graça ou indulto, e a progressão de regime só pode acontecer após o cumprimento de dois quintos da pena, caso o réu seja primário, ou de três quintos, caso seja reincidente, vez que submetido aos rigores da malfadada lei de crimes hediondos, a qual, diga-se, foi causadora de diversas controvérsias no mundo jurídico.

A pena cominada ao tipo penal é bastante severa e pode chegar até a quinze anos de reclusão. De acordo com dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) a alarmante fração de 27% (vinte e sete por cento) da população carcerária corresponde a condenados ou pessoas que aguardam julgamento pela prática de tráfico de entorpecentes[119], o que demonstra os rigores da política criminal e a postura inquisitorial alguns magistrados no encarceramento quando se trata de Lei de Drogas.

---

[119] VITTO. Renato Campos Pinto de. DEPEN – Levantamento de Informações Penitenciárias. Junho, 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf. Acesso em 01/05/2017.

3.3.10. Objetividade jurídica

A objetividade jurídica ou o bem jurídico tutelado pelo tipo legal em estudo é a saúde pública da coletividade.

3.3.11. Do Tráfico Privilegiado

A jurisprudência da Suprema Corte[120] define que o tráfico privilegiado é aquele em que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organizações criminosas, consoante dispõe § 4º do art. 33 da lei 11.343/2006, *in verbis:*

> Art. 33, §4º: Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

De outro lado, parte da doutrina entende de forma diversa, isto é, que o citado dispositivo se trata de causa de diminuição de pena sui generis e que a figura do tráfico privilegiado estaria, na verdade, prevista nos §§ 2º e 3º do art. 33 da lei de drogas:

> Dessa forma, estamos convencidos de que as figuras do tráfico privilegiado se encontram situadas nos §§ 2.º e 3º do supracitado dispositivo legal que, prevendo circunstância amenizadora da conduta, bem como pena mínima e máxima em seu preceito secundário consigna: Assim, inegavelmente, eventual condenação pode dar-se em alguns dos dispositivos supra, mas não no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, simplesmente porque não é tipo básico ou derivado, mas apenas, repetimos, uma causa de diminuição da pena sui generis que, na aplicação da pena, preenchidos os requisitos legais (primário, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou pertencer a organizações criminosas), é poder-dever de o magistrado considerá-la na

[120] STF, HC nº 118.553/MS. Pleno. Ministra Relatora Carmem Lúcia. Julgado em 23/06/2016.

> terceira e última fase da aplicação da pena (CP, art. 68), podendo graduar fundamentadamente o quantum a ser diminuído com base no art. 42 da Lei de Tóxicos.[121]

As condutas trazidas pelos §§ 2.º e 3º do art. 33 são figuras típicas novas, sem correspondentes na lei nº 6.368/76. São consideradas de menor potencial ofensivo

3.3.12. Do Afastamento Da Natureza Hedionda do Crime de Tráfico Privilegiado

Conforme mencionamos, os rigores da lei de crimes hediondos são aplicáveis ao crime de tráfico de drogas. Todavia, a jurisprudência mais recente dos Supremo Tribunal Federal [122] afastou a natureza hedionda especificamente quanto ao delito de tráfico de drogas privilegiado, firmando o entendimento de que tal conduta não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da lei de tóxicos, e que o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa, requisitos cumulativos, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente.

Em seu voto, E. Min. Ricardo Lewandowski, ponderou a saturação do sistema carcerário brasileiro e os princípios constitucionais para conceder a ordem:

> “Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.”

---

[121] Pêcego, Antonio José F. de S. Boletim IBCCRIM Ano 21, nº 243, fevereiro/2013 – ISSN 1676-3661
[122] STF, HC nº 118.553/MS. Pleno. Ministra Relatora Carmem Lúcia. Julgado em 23/06/2016.

Seguindo o entendimento firmado pelo pleno da Suprema Corte, e a fim de observar os princípios da segurança jurídica, e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da proposta de revisão Petição nº 11.796/DF[123], revisou o entendimento consolidado em sede do Recurso Especial nº 1.329.088124, que tramitou sob o rito dos recursos repetitivos, cancelando o enunciado da súmula nº 512, que dispunha: *a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, par. 4º, da Lei n. 11.343/2006, não afasta a hediondez do crime do tráfico de drogas.*

A Ministra Relatora consignou que a nova tese é fundamentada ainda no fato de que o legislador conferiu ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º) tratamento especial ao atribuído no caput e ao § 1º do artigo 33, haja vista que o artigo 44 da lei de drogas, estabeleceu que apenas os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da lei "são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", reforçando a tese de que não se trata de delito hediondo.

Neste prisma, o Tribunal firmou a seguinte tese: o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006) não é crime comparado a hediondo.

Nesta baila, é justa a opção do legislador e correta a hermenêutica dos Tribunais Superiores de dar tratamento penal proporcional à gravidade do fato praticado, haja vista que um cidadão que comete um lamentável fato isolado em sua vida não pode ser punido da mesma forma um traficante contumaz. É certo, ainda, que penas alternativas terão maior eficácia na sua ressocialização do que o encarceramento, que como é sabido serve muito mais como uma porta de entrada do preso para o crime organizado.

A referida política criminal é adequada para punir, com proporcionalidade, aqueles considerados como “pequenos traficantes”, que vendem uma menor

[123] STJ, Petição nº 11.796/DF. Terceira Seção, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 23/11/2016.
[124] STJ, REsp nº 1.329.088/RS. Terceira Seção, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior. Julgado em 13/03/2013.

quantidade de drogas para sustentar o próprio vício ou “mulas”, pessoas que transportam as drogas de um local para o outro.

3.3.13. Do Regime Inicial de Cumprimento de Pena

O art. 2º, § 1.º, da lei nº 8.072/1990, com a alteração sofrida pela lei nº 11.464/2007, passou a prever para os crimes hediondos e os equiparados a obrigatoriedade da imposição de regime inicial de cumprimento de pena fechado, incidindo a regra também para o os crimes de tráfico de drogas, não se aplicando a regra o art. 33 do Código Penal, em tese.

A polêmica acerca da constitucionalidade do referido artigo restou superada após o julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/SP[125], no qual foi declarada incidentalmente a sua inconstitucionalidade em decorrência da ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Firmou-se o entendimento de que a fundamentação para imposição de regime mais severo é sempre necessária, ainda que estejamos diante de crime hediondo, a qual deve basear-se em elementos concretos e individualizados de cada caso específico, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

O Superior Tribunal de Justiça também vem seguindo o mesmo entendimento[126], no sentido de que, independentemente do caráter hediondo do crime quando da fixação do regime carcerário inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos

[125] STF - HC: 118840 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/09/2013, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 13/09/2013 PUBLIC 16/09/2013

[126] STJ, HC nº 385.509/SP. Decisão Monocrática. Ministro Relator Joel Ilan Paciornik. Julgado em 23/01/2017.

do Código Penal, além de observar o entendimento cristalizado nas Súmulas 440 do STJ 127 e 718 128 e 719 129 do STF.

É lógico o raciocínio jurídico de que, se é inconstitucional, por violar o princípio da individualização da pena, proibir a conversão em restritivas de direitos, também o seria impor regime inicial fechado.

3.3.14. Da Inconstitucionalidade do Art. 44 da Lei de Drogas

A norma em comento veda expressamente a concessão de liberdade provisória ao acusado por tráfico de drogas.[130] Não surpreendentemente, foi causadora de grandes discussões no universo jurídico: por um lado, compreensível que a lei recaia com maior rigor em face de crimes tão graves e perturbadores da ordem social, inclusive porque este é um comando da Carta Magna. todavia, lamentavelmente, parece que a todo o momento temos de frisar que vivemos em um Estado Democrático de Direito, e que o respeito à Lei Maior não é uma opção, mas um dever. Ora, a regra do nosso sistema é a liberdade do indivíduo, e a custódia é a exceção, cuja decretação jamais pode ser dada por fundamentos genéricos, ou simplesmente porque a lei assim determina, abstratamente. O art. 44 torna, ao revés do que impõe a Constituição, a prisão preventiva como obrigatória, em flagrante afronta aos princípios da presunção de inocência, proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência, que à princípio apontava pela constitucionalidade da proibição de concessão da liberdade provisória aos acusados por tráfico de entorpecentes (HC 83.468/ES, 1ª Turma,

---

[127] Súmula 440, STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

[128] Súmula 718, STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

[129] Súmula 719 STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

[130] 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. (...).

unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.2.2004; HC 82.695/RJ, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 6.6.2003), declarando *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão "liberdade provisória" do caput do art. 44 da Lei 11.343/2006[131]. Nos termos do voto de Gilmar Mendes:

> "Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais. A previsão constitucional de que o crime de tráfico de entorpecentes é inafiançável (art. 5º, XLIII) não traduz dizer que seja insuscetível de liberdade provisória, pois conflitaria com o inciso LXVI do mesmo dispositivo, que estabelece que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (...) Nesse sentido, imperioso concluir que a segregação cautelar — mesmo nos crimes atinentes ao tráfico ilícito de entorpecentes — deve ser analisada tal qual as prisões decretadas nos casos dos demais delitos previstos no ordenamento jurídico, o que conduz à necessidade de serem apreciados os fundamentos da decisão que denegou a liberdade provisória ao ora paciente, no intuito de verificar se estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP que rege a matéria."

O argumento dos defensores da vedação da liberdade provisória em decorrência de ser um crime inafiançável certamente não poderia prosperar. Primeiro, porque a norma legal é conflitante com diversas garantias constitucionais e não é proporcional. Depois, porque o crime inafiançável, na prática, é menos oneroso ao acusado do que crime que permite a concessão de fiança. Neste último, quando ausentes os motivos que autorizam a prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal), o magistrado deverá conceder a liberdade provisória, sendo vedada a imposição do pagamento de fiança (art. 324, inciso IV do Código de Processo Penal), recaindo-lhe apenas o ônus de comparecer a todos os atos processuais, enquanto para o réu afiançado recai-lhe o mesmo ônus além de ter que comunicar ao juiz sobre eventual alteração de endereço e não poder se ausentar por mais de oito

[131] STF. HC 104.339/SP. Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes. Julgado em 10/05/2017.

dias de sua residência sem comunicação prévia nos autos (art. 328, Código de Processo Penal).

Outra vedação do malfadado art. 44 da lei de tóxicos, quanto à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte em sede do HC 97.256/RS[132], devido a ofensa ao princípio da individualização pena além de ressaltar o tratamento diferenciado conferido ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo, tal como no caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154 de 26 de junho de 1991.

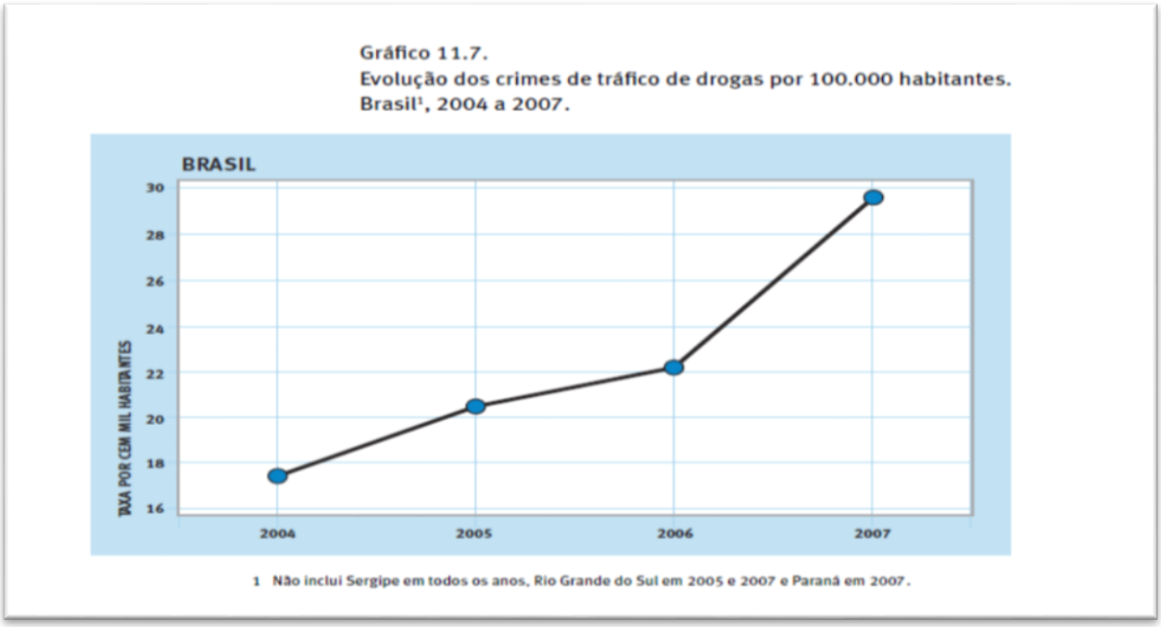
Atualmente, apesar dos posicionamentos já firmados pela jurisprudência sobre as questões do regime e da pena, muitos juízes ainda aplicam regimes iniciais de cumprimento de pena mais severos do que a pena cominada, não respeitando os comandos do art. 33 do Código Penal, sob o fundamento da hediondez e gravidade em abstrato do delito. Sobre essa situação, discorreu o Ministro Rogério Schietti:

> "Ainda existe a ideia de que, para traficante, só é possível o regime fechado, mas não é bem assim. Aos pequenos traficantes seria recomendado evitar o regime fechado, para evitar o convívio carcerário. Quando a pena é inferior a quatro anos, pode-se fixar de forma diferente. Em relação à prisão provisória, nós observamos que muitos juízes não analisam a suficiência de outras medidas diferentes da prisão, como a proibição de frequentar determinados lugares ou de ter contato com certas pessoas. Após a reforma do Código de Processo Penal, em 2011, é exigido do juiz que analise outras medidas, alternativas à prisão cautelar. Isso é mais dramático no universo feminino (...) . Atualmente, 70% das prisões de mulheres decorrem do tráfico. Em estados como o Rio Grande do Sul e Roraima, o índice chega a 89%, ou seja, de cada dez mulheres presas, nove são por tráfico. É algo assustador – uma questão de gênero importante, porque as mulheres estão sendo punidas de maneira diferente do homem". [133]

[132] STF HC 97.256/RS. Plenário. Ministro Relator Ayres Brito. Julgado em 01/09/2010.
[133] Coordenador do seminário sobre Lei de Drogas aponta necessidade de mudanças. Especial Notícias STJ, 2017. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Coordenador-do-semin%C3%A1rio-sobre-Lei-de-Drogas-aponta-necessidade-de-mudan%C3%A7as. Acesso em 01/05/2017.

Capítulo 4 – O Colapso no Sistema Carcerário Brasileiro

De acordo com os dados e estudos da SENASP − Secretaria Nacional de Segurança Pública por meio do Relatório Brasileiro Sobre Drogas, o registro de ocorrências por tráfico de drogas vem aumentando desde o ano de 2004, com marcante crescimento entre 2006 e 2007, conforme demonstra a tabela abaixo com a evolução dos crimes de tráfico de drogas por 100.000 habitantes:[134]



Estudos divulgados pelo Ministério da Justiça em 26/04/2016[135] por meio do Relatório descritivo e analítico denominado Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), produzido a partir do termo de parceria nº 817052/2015

[134] Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. Relatório brasileiro sobre drogas / Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas; IME USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempliuk e Lúcia Pereira Barroso. – Brasília: SENAD, 2009, pág. 263. Disponível em http://justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/relatorios-politicas-sobre-drogas/relatoriobrasileirosobredrogas-2010.pdf. Acesso em 01/05/2017.

[135] MJ Divulga Novo Relatório Sobre População Carcerária, 2016. Disponível em http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira. Acesso em 05/05/2017.

e firmado entre o Depen, a Secretaria Nacional de Segurança Pública e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, traz informações sobre a população carcerária e estabelecimentos prisionais do país, estados e Distrito Federal, coletadas junto às unidades prisionais brasileiras.[136]

Ainda de acordo com o referido relatório, à época o Brasil ocupava a sexta posição no ranking dos maiores países encarceradores, o que seria fruto do elevado crescimento da população prisional nas últimas décadas, em especial dos presos provisórios e das prisões relacionadas ao tráfico de drogas, com forte indicação de que mudanças no tocante à política de prisões por este delito podem ser medidas para reduzir o ritmo acelerado do crescimento do número de pessoas privadas de liberdade no país.[137]

No relatório, é revelado o dado assustador de que o Brasil conta com a quarta maior população penitenciária do mundo, com 622.202 encarcerados em dezembro de 2014, atrás apenas de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237). Entre os detentos brasileiros, 40% são presos provisórios.

Em relação à taxa de encarceramento geral (número de pessoas presas por grupo de 100 mil habitantes), o Brasil encontra-se na sexta colocação mundial, com uma taxa de 306,2 detentos por 100 mil habitantes, ultrapassada apenas por Ruanda, Rússia, Tailândia, Cuba e Estados Unidos.

O diretor-geral do Depen, Renato De Vitto, ressalta que o perfil criminal das pessoas privadas de liberdade pode variar no tempo em função de diversos fatores: mudanças na dinâmica criminal, alterações na legislação, ênfase maior ou menor do sistema de justiça criminal sobre certos crimes e criminosos e diversos outros fatores, de modo que as mudanças no perfil criminal não refletem, necessariamente, **“tendências criminais”, mas, antes, preferências e práticas do sistema de justiça criminal (g.n.).** A importância em avaliar os crimes pelos quais as pessoas estão

[136] INFOPEN. Disponível em file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/Infopen_dez14.pdf. Acesso em 05/05/2017.
[137] Idem. Pág. 15/22.

sendo encarceradas consiste em dizer diretamente o que nossa sociedade, neste momento, reputa como crime e criminoso.[138]

Os crimes de roubo e tráfico de entorpecentes respondem, sozinhos, por mais de 50% das sentenças das pessoas condenadas atualmente. É apontada a expressiva participação nesta porcentagem do crime de tráfico de drogas (28%), categoria indicada como, muito provavelmente, a principal responsável pelo aumento exponencial das taxas de encarceramento no país. [139]

Pode-se atribuir o aumento de presos por tráfico tanto pela majoração da pena mínima cominada ao delito de tráfico de drogas quanto pelos diversos usuários que são considerados traficantes devido à lacuna deixada na lei de tóxicos que não traça limites na diferenciação entre usuário e traficante.

Outro dado curioso é sobre a população prisional feminina, que apesar de ser bem mais baixa do que a masculina (representa uma média 5,8% para 94,2% de homens), 64% dessas prisões são por crimes de tráfico de drogas.[140]

Em São Paulo, dados da SAP – Secretaria de Administração Penitenciária, apontam que mais de 70% delas foram presas por estar envolvida na traficância. Entre os homens, esse percentual é de 37%. Os presos por tráfico de drogas e condutas afins representam 38.96%.[141]

De acordo com dados mais recentes do CNJ, atualmente o Brasil já “saltou” para o terceiro lugar do ranking de países com a maior população carcerária do planeta em termos absolutos, com 711.463 presos. Dados de 2014 do Ministério da Justiça mostram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300.[142]

---

[138] Idem. Pág. 32
[139] Idem. Pág. 33
[140] Idem. Pág. 39/41.
[141] SAP. Levantamento Presos x Delitos. 2015. Diponpivel em http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/levantamento_presosxdelitos.pdf. Acesso em 12/05/2017. Pág. 3.
[142] Cidadania nos Presídios. Disponível em http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios. Acesso em 05/05/2017.

Em relatório divulgado pela Anistia Internacional em fevereiro de 2015, o Brasil é colocado no topo dos países mais violentos do mundo. São pelo menos 130 homicídios por dia. O relatório aponta que a sensação de impunidade é um incentivador, já que 85% dos homicídios não são solucionados no Brasil, e cita como os principais fatores para a crise no Brasil a violência policial, registros de tortura e a falência do sistema prisional. A reincidência e as condições desumanas das unidades prisionais são também fatores preocupantes. Segundo a Anistia, sete em cada 10 presos voltam a praticar crimes.[143]

Verifica-se que em pouco mais de uma década, foi constatada uma mudança drástica no perfil dos presos brasileiros. Se antes as cadeias tinham um maior índice de presos contra o patrimônio, como roubo e furto, agora estão abarrotadas por pessoas processadas ou condenadas pelo delito de tráfico de drogas.

Se à princípio a lei de drogas veio com um propósito progressista, e trouxe avanços com a despenalização do usuário, na prática representou um retrocesso com a vedação, posteriormente declarada inconstitucional pela Suprema Corte, da liberdade provisória e da substituição da reprimenda por penas alternativas à prisão, além da lacuna e subjetividade deixada na diferenciação entre o traficante, fatores que contribuíram com o abarrotamento carcerário e o aumento das prisões por tráfico de entorpecentes, que certamente não se deram por conta de melhor estrutura da polícia em investigar organizações criminosas e prender os chefe do tráfico, mas sim, reflete uma mudança da política criminal que passou a prender muito mais o pequeno traficante e até mesmo o usuário, o qual muitas vezes tem o tratamento penal de um traficante, réu primário, e que não integra organização criminosa. Em verdade, a lei de drogas vigente veio com trouxe uma ideia progressista revista de retrocesso.

Tal contexto traz o questionamento se a política criminal adotada atualmente é efetiva para combater o crime ou se serve mais como uma resposta aos anseios da sociedade por mais segurança. Nos parece que a segunda opção é a que

[143] Idem.

melhor representa a realidade. Todavia, a questão é polêmica e traz controvérsias jurídicas, políticas e até mesmo morais.

4.1. Das Subjetividades Legislativas Como Consequência do Aumento de Prisões Pelo Delito de Tráfico de Drogas

Como bem ponderado no relatório elaborado pelo Depen, o perfil dos encarcerados reflete as preferências e práticas da política criminal adotada. A razão do alto índice de encarceramento pelo delito de tráfico de drogas começa na delegacia de polícia. Na grande maioria dos casos, os policiais que fazem o flagrante e apreensão dos tóxicos são as únicas testemunhas dos fatos e os "intérpretes" dos fatos, o que pode dar subjetividade à apreensão da droga, ainda mais considerando a falta de parâmetros claros da lei do que seria tráfico e o que seria uso.

No voto do Ministro Relator Gilmar Mendes nos autos do Recurso Extraordinário nº 635659[144], esta realidade é constatada:

> o padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado.

É bem verdade que a jurisprudência dá grande valia aos depoimentos dos agentes da lei no processo penal, que na maioria dos casos são os únicos a terem contato direto com o acusado ao menos até a fase judicial, realidade que felizmente tem sido alterada com as chamadas audiências de custódias, regulamentadas pela Resolução nº 213/2015 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça, garantindo-se que o preso em flagrante seja encaminhado a presença do juiz no prazo de até 24 horas. Trata-se de direito subjetivo do preso, já expresso em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, consoante art. 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica

[144]STF. RE nº 635659. Ministro Relator Gilmar Mendes. Págs. 36/37.

(Convenção Americana de Direitos Humanos)[145]. Ainda a esse respeito, o Supremo Tribunal Federal consignou ser *"obrigatória, consectariamente, a realização da audiência de apresentação desde logo e em todo o território nacional"*[146]. Porém, a nova sistemática ainda está em processo de implementação no país e na maioria dos casos o juiz apenas terá contato com o acusado na fase judicial.

Certo é também que os menos favorecidos socialmente são os que acabam sofrendo os maiores prejuízos decorrentes de ações policias arbitrárias e da sua convalidação pelo judiciário. A quase totalidade dos casos de prisões em flagrante não são precedidos de investigações, sendo muitos deles embasados em *denúncias anônimas* e elementos probatórios obtidos por meios obtusos, como o vilipêndio ao domicílio. A precariedade da estrutura da polícia civil tampouco permitiria uma investigação consistente dos delitos de tráfico quando os agentes de segurança dispendem a maior parte do tempo realizando atendimento ao público.[147]

Em julgamento recente do Recurso Especial nº 1.574.681/RS[148] o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, a violação de domicílio, mesmo se tratando de crime permanente como no caso do tráfico de drogas, deve preceder de fundada suspeita, não sendo suficiente para autorizar o ingresso forçado em domicílio apenas a justificativa do caráter permanente do delito, sob pena de nulidade das provas obtida por este meio:

> RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

---

[145] Art. 7º: "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo".

[146] STF, ADI n. 5.240/SP. Relator Ministro Luiz Fux. Pleno. Julgado em 20/08/2015.

[147] Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Maria Gorete Marques de Jesus, Amanda Hildebrando Oi; Thiago Thadeu da Rocha; Pedro Lagatta; Coordenador: Maria Gorete Marques de Jesus. 2011. Disponível em http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf. Pág. 39/40. Acesso em 09/05/2017.

[148] STJ. RE nº 1.574.681/RS. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 21/02/2017.

> (...) A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. **Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda**.
>
> (...) "embora a jurisprudência tenha caminhado no sentido de que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem o consentimento do morador, **em hipóteses de flagrante-delito de crime permanente – de que é exemplo o tráfico de drogas –, o entendimento merece ser aperfeiçoado, dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se possa perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável** (...) Em verdade, se, de um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais efetiva do Estado, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, **também precisa, a seu turno, sentir-se segura e ver assegurada a preservação de seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por agentes das forças policiais, sob a única justificativa, extraída de apreciações pessoais dos invasores, de que o local supostamente é um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali possui droga armazenada**.

A chamada *entrada franqueada*, parece já ter sido concebida por muitos operadores do direito como algo natural, não havendo questionamento se de fato houve autorização ou a prática de abusos e arbitrariedades pela polícia. Simplesmente confia-se integralmente nas palavras dos agentes da lei. Realmente é difícil de acreditar que alguém espontaneamente deixasse um policial entrar em seu domicílio para encontrar a droga, produzindo, espontaneamente, prova contra si mesmo. Em verdade, o natural seria o oposto, ou questionamento sobre tal procedimento rotineiramente adotado pelo polícia, mormente quando existem elementos probatórios sólidos no sentido de que a invasão foi forçada e ilegal.

Capítulo 5. Da Discussão Sobre a Constitucionalidade da Penalização do Usuário de Drogas em Sede do Recurso Extraordinário nº 635659

O Recurso Extraordinário nº 635659[149], interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, cujo caso concreto envolve o consumo de três

[149] STF. RE nº 635659. Ministro Relator Gilmar Mendes.

gramas de maconha, com repercussão geral, alega a inconstitucionalidade do art. 28 da lei nº 11.343/2006, que define como prática de crime adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, com sujeição às penas de “I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.” O parágrafo primeiro do referido art., dispõe ainda que aquele que 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, estará sujeito às mesmas penas.

No caso ainda pendente de decisão final pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e vida privada (art. 5º, inciso X da Constituição Federal), considerando que a prática das condutas descritas no tipo incriminador prejudicariam, apenas, as escolhas pessoais do indivíduo sem erradiar qualquer prejuízo à terceiros, razão pela qual, não restaria caracterizada lesividade apta a justificar a edição da norma em comento.

O julgamento do recurso está atualmente suspenso por conta do pedido de vista do então Ministro Teori Zavascki, já tendo havido pronunciamento dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, bem como do Ministro Relator Gilmar Mendes.

O Ministro Relator Gilmar Mendes apresentou voto no sentido de prover o recurso e declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da lei nº 11.353/2006, entendendo-se que o porte para uso pessoa de qualquer droga é inconstitucional, mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, porém com caráter administrativo.

Nos termos do voto do Relator,

> “A criminalização da posse de drogas ´para consumo pessoal´ afeta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações. Quanto à autodeterminação, o direito de personalidade em geral garante ao particular determinar, por si próprio, sua identidade. Disso faz parte, entre

> outras coisas, “o direito de se assegurar da própria identidade e a liberdade de não ser onerado de maneira que afete massivamente a formação e a afirmação da identidade” (...). Nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação. A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais. É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação. **O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário**. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais” (...). A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde. (g.n.)[150]

Realizando o controle da constitucionalidade material da atividade legislativa que criminalizou o uso de drogas, o Ministro Relator enfatiza sobre a necessidade de o legislador observar o princípio da proporcionalidade ao elaborar a norma penal, para que seja adequada e necessária entre meios e fins, respeitando os princípios fundamentais, de modo que o meio empregado será inadequado caso o fim possa ser atingido com a adoção de outras medidas adequadas e ao mesmo tempo menos onerosas.[151]

O Ministro Edson Fachin, em seu voto, embasou o seu entendimento pela descriminalização do porte de drogas para uso pessoal principalmente em respeito à liberdade e autonomia privada de autodeterminação, e nos limites que devem existir na interferência estatal sobre o indivíduo. Enfatizou, ainda, a observância dos princípios da proporcionalidade, no sentido de que as medidas penais impostas devem ser adequadas para proteger o bem jurídico tutelado pela

---

[150] STF. RE nº 635659. Ministro Relator Gilmar Mendes. Págs. 36/37. Disponível em http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Voto%20Gilmar%20RE635659.pdf. Acesso em 21/05/2017.

[151] Idem. Pág. 06.

norma, bem como o princípio da ofensividade, limitador do Direito e que veda a punição pela autolesão. De acordo com o Ministro, com o sobesamento dos dois princípios seria possível, realizar o controle de constitucionalidade em face dos crimes de perigo abstrato.

Nos termos do voto do Ministro:

> Se, nos crimes de dano, o juízo recai sobre a criação do risco a um determinado bem jurídico como obra do autor, nos crimes de perigo abstrato a dúvida que afasta a incriminação exige que o dever de cuidado seja a melhor opção para a proteção do bem. (...) O juízo de adequação que é feito pelo órgão de controle jurisdicional consiste, portanto, em identificar se a incriminação que se objetiva utilizar para a tutela de determinado bem jurídico, sob a ameaça de sanção penal, é, para além de uma dúvida razoável, justificada. A análise de justificativa não visa, aqui, a inverter a "prerrogativa de avaliação fática" do legislador, mas apenas avaliar se ela demonstra, para além de uma dúvida razoável, ser a melhor estratégia de proteção.[152]

Fachin afirma que *"um ponto nodal"* é entender que o dependente é vítima e não criminoso, ressaltando a preocupante realidade carcerária do país bem como o usuário deve ser tratado para superar o vício e não de prisão, relembrando o texto do art. 196 da Constituição Federal o qual obriga o Estado a fornecer os meios necessários para tanto.[153]

Ao final de seu voto, o Ministro dá parcial provimento ao recurso para declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/2006, mantendo-se nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas além da maconha, além de declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo

---

[152] Idem. Voto Ministro Edson Fachin. Pág. 12. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf. Acesso em 21/05/2017,
[153] Idem. Pág. 14.

de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados iuris tantum no caso concreto.

Nos termos das anotações para o voto oral proferido pelo Ministro Roberto Barroso, é destacada a *"grande inconsistência em descriminalizar o consumo e manter a criminalização da produção e da distribuição*".[154] Assim como Fachin, Barroso votou pela descriminalização do porte para consumo próprio apenas para a maconha. Destaca a discussão no processo em tela trata da descriminalização, e não da legalização, ao passo que o consumo de maconha ou de qualquer outra droga continuará a ser ilícito, com penas administrativas, tais como proibição de consumo em lugares públicos, submissão a tratamento de saúde etc., e não mais sanções criminais. Lembrando do fracasso da "guerra às drogas", declarada pelo então presidente americano Richard Nixon e que espalhou pelo mundo, com dura repressão a produção, distribuição e consumo de drogas, sem que hoje lidamos com a triste realidade, após quarenta anos desta política pública, a realidade é o seu fracasso, que deve ser encarada por toda a sociedade, sem "tabus".

Atentando à realidade fática brasileira, em que o tráfico de drogas destrói comunidades, principalmente as mais carentes, e gera grandes abalos morais na sociedade, o Ministro traça como a primeira prioridade neutralizar, a médio prazo, o poder do tráfico, acabando com a ilegalidade das drogas e regulando a produção e a distribuição das drogas. A segunda seria impedir o avalanche carcerário de presos, jovens primários e pequenos traficantes. Por fim, a terceira prioridade seria deixar de tratar o consumidor como criminoso.

Barroso ressalta que o modelo criminalizador e repressor produz um alto custo para a sociedade e para o Estado, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da discriminação, vez que da promulgação da lei de drogas, em 2006, até hoje, houve um aumento do encarceramento por infrações relacionadas às drogas de 9% para 27%. Aproximadamente, 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas, ou seja, atualmente, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas. Destaca, por fim, o problema da ausência de critério objetivo para

[154] Idem. Anotações voto oral Ministro Roberto Barroso. Pág. 14.

diferenciar usuário e traficante, e a consequência prática desta lacuna jurídica: pobres são presos por tráfico e ricos tratados como usuários.

O Ministro vai além e afirma que a criminalização afeta a saúde pública, bem protegido pela norma incriminadora. A prevenção, orientação e tratamento dos usuários acaba ficando em segundo plano, levando em conta todo o investimento que a "guerra às drogas" exige com as políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal: *"Portanto, ao contrário do que muitos crem, a criminalização não protege, mas antes compromete a saúde pública"*.[155]

Assim como os demais Ministros, Barroso entendeu que o art. 28 da lei de drogas viola os direitos fundamentais da intimidade e vida privada, vez que tal conduta não ofende direitos de terceiros, destacando que não se deve confundir direito com moral: algo que não parece bom aos olhos da sociedade, não necessariamente deve ser tratado como ilícito.

Citando os princípios da proporcionalidade e da lesividade, afirma que

> não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima. O teste da proporcionalidade inclui, também, a verificação da adequação, necessidade e proveito da medida restritiva. A criminalização, no entanto, não parece adequada ao fim visado, que seria a proteção da saúde pública. O teste da proporcionalidade inclui, também, a verificação da adequação, necessidade e proveito da medida restritiva. A criminalização, no entanto, não parece adequada ao fim visado, que seria a proteção da saúde pública. [156]

Barroso declara a inconstitucionalidade do art. 28 e do seu parágrafo 1º da lei de drogas, sugerindo como parâmetro a quantidade de seis plantas fêmeas, o mesmo utilizado pelo Uruguai e 25 gramas para distinção entre usuário e traficante.

Após dez anos de vigência da lei de drogas, é louvável a forma em que o enfrentamento do tema tem sido feito pelos tribunais superiores, haja vista que o legislador parece não acompanhar a realidade e evolução da nossa sociedade. Realmente, romper "tabus" e conceitos moralmente consolidados não é tarefa fácil,

---

[155] Idem. Anotações para o voto oral do Ministro Roberto Barroso. Pág. 6. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf. Acesso 21/05/2017.
[156] Idem. Págs 9/10.

pois exige muitas vezes ir de encontro com a opinião pública que, na sua maioria, é "desinformada" e carente de conhecimento aprofundado de determinado assunto, haja vista que vivemos na sociedade da informação, do saber superficial e não profundo.

Diante deste contexto, observamos o papel dos tribunais superiores de protagonistas na reflexão e alteração da política pública de combate às drogas, atentos às nefastas e desastrosas consequências dos parâmetros adotados atualmente no Brasil e aos caminhos alternativos e de sucesso à chamada "guerras às drogas" que vêm sido seguidos pelo mundo diante desta questão, que aflige a todos, indistintamente.

Capítulo 6. Direito Comparado

Quando se trata do tratamento penal do usuário de drogas, diversos países já deram o passo para a descriminalização. Portugal é um exemplo de mudança de paradigma na política pública de drogas, e no ano de 2001 descriminalizou o uso para consumo próprio, mantendo, porém, a criminalização do traficante e produtores.

A Lei nº 30/2000 alterou a legislação portuguesa sobre drogas dispondo em seu art. 2º que *"para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias".* O usuário detido é conduzido pela polícia até a delegacia onde será feita a pesagem da quantidade de drogas apreendidas, que não pode ultrapassar o limite estabelecido em lei. Posteriormente, este será notificado a comparecer a uma comissão especializada no encaminhamento do viciado para tratamento, com atuação de profissionais em áreas multidisciplinares da saúde, psicólogos, assistentes sociais e juristas, que estão autorizados a aplicar medidas administrativas como trabalho voluntário, a proibição de frequentar determinados locais e perda de benefícios sociais.

Em entrevista dada em 16 de maio de 2016 à revista EXAME, João Goulão, Presidente do Instituto da Droga e Toxicodependência (IDT) de Portugal, ao ser questionado sobre os resultados das políticas adotadas, afirmou que foi constatada

uma diminuição do consumo de todas as substâncias ilícitas na população em geral, diminuição de mortes por overdose e doenças transmitidas pelo uso compartilhado de seringas, além da diminuição da criminalidade associada ao consumo de drogas.[157]

Na Holanda, se o usuário for pego com a até cinco gramas de maconhas não sofre qualquer sanção. Os *coffee shops* são ambientes turísticos famosos por tolerar o consumo, o qual não é permitido em via pública. O governo não almeja "perder tempo" com pequenos traficantes, pois reconhece ser impossível banir totalmente o uso de entorpecente. Por outro lado, a posse, o comércio, o transporte e a produção de todas as outras drogas são expressamente proibidas e reprimidas. Por outro lado, tanto a posse quanto o comércio, o transporte e a produção de todas as outras drogas são expressamente proibidos e reprimidos com eficiência - as penas podem chegar aos 12 anos de prisão.[158] Assim, a maconha não é legalizada, mas o sistema descriminalizou o usuário e regularizou a venda de pequenas quantidades em condições restritas. Isso é favorável pois retira o estigma de criminoso do usuário e evita a sua marginalização e exclusão social.

O país adota uma classificação das drogas em leves, moderadas, fortes e pesadas, de acordo com o risco e danos que causam ao usuário e à sociedade, de modo a possibilitar estabelecer graus de tolerâncias às diferentes substâncias. [159]

Na Espanha, a posse para consumo pessoal é descriminalizada, com o limite de 25g de haxixe e 100g de maconha, 3g de heroína, 7,5g de cocaína, 3mg de LSD, 900 mg de anfetamina e 1,44g de MDMA.[160]

---

[157] As lições radicais de Portugal para lidar com as Drogas. Talita Abrantes. 16.05.2016. Disponível em http://exame.abril.com.br/brasil/as-licoes-radicais-de-portugal-para-lidar-com-as-drogas/. Acesso em 21.05.2017.

[158] As drogas na Holanda. Disponível em https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/mundo-e-as-drogas/as-drogas-na-holanda.aspx. Acesso em 27/05/2017.

[159] Brasil Estuda modelo baseado na classificação das drogas adotado na Holanda. Disponível em https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/mundo-e-as-drogas/holanda-adota-classificacao-das-drogas.aspx. Acesso em 27/05/2017.

[160] Levantamento Sobre Legislação de Drogas nas Américas e Europa e Análise Comparativa de Prevalência de Uso de Drogas. Secretária Nacional de Políticas Sobre Drogas – Ministério da Justiça. Junho/2015. Pág. 16. Disponível em http://www.justica.gov.br/noticias/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf. Acesso em 28/05/2017.

Quanto aos países da América do Sul, na Argentina a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade do art. 14 da lei nº 23.737 que criminaliza a posse para uso pessoal. A decisão da Corte não especifica o tipo de droga. Os critérios acerca da distinção entre usuário e traficante ficam à cargo do juiz.

Assim como a Colômbia que estipulou, por meio do art. 2º da lei nº 30 de 1986[161], critérios objetivos para delimitar a quantidade máxima de entorpecentes para uso pessoal, outros países da América Latina tais como Peru (8g de maconha, 5g de pasta de cocaína e 250mg de ecstase), Uruguai (40g por mês[162]), Equador (10g de maconha, 2g de pasta base para cocaína, 0,1g de heroína[163]), Paraguai (10g de maconha, 2g de cocaína[164]), também fizeram o mesmo.

Nos Estados Unidos, país em que é possível que os Estados Federados editem suas próprias legislações, alguns Estados como de Colorado e Washington já regulamentaram o mercado de algumas drogas, principalmente da maconha, para uso recreativo.[165]

---

[161] *Ley nº 30/1986. Artículo 2o. Para efectos de la presente Ley se adoptarán las siguientes definiciones: Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.*

[162] *Ley nº 14.294. Articulo 31: Quedará exento de responsabilidad el que transportare, tuviere en su poder, fuere depositario, almacenare o poseyere una cantidad destinada a su consumo personal, lo que será valorado por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica. Lei nº 19.172. Articulo 7: Sin perjuicio de ello, se entenderá como cantidad destinada al consumo personal hasta 40 gramos de marihuana.*

[163] *Articulo 228, Código Orgánico Integral Penal: La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, para consumo personal, será regulada por la normativa correspondiente.*

[164] *Ley nº 1.340/88, articulo 30: El que tuviere en su poder sustancias a las que se refiere esta Ley, que el médico le hubiere recetado o aquel que las tuviere para su exclusivo uso personal estará exento de pena. Pero si la cantidad fuere mayor que la recetada o que la necesaria para su uso personal, se le castigará con penitenciaría de dos a cuatro años y comiso. Se considerará de exclusivo uso personal del farmacodependiente, la tenencia en su poder de sustancia suficiente para su uso diario. cantidad a ser determinada en cada caso por el Médico Forense y un Médico especializado designado por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y otro por el afectado si lo solicitare, a su costa. En el caso de la marihuana no sobrepasará diez gramos y los gramos en el de la cocaína, heroína y otros opiáceos*.

[165] Levantamento Sobre Legislação de Drogas nas Américas e Europa e Análise Comparativa de Prevalência de Uso de Drogas. Secretária Nacional de Políticas Sobre Drogas – Ministério da Justiça. Junho/2015. Pág. 03. Disponível em http://www.justica.gov.br/noticias/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf. Acesso em 28/05/2017.

Capítulo 7. Conclusão

Ao longo deste trabalho discorremos sobre os direitos, garantias e princípios que regem o direito pátrio, a evolução da legislação sobre drogas no Brasil, a política pública nacional e internacionais no combate às drogas e suas origens, os tratados e normas internacionais sobre o tema, fazendo uma comparação, ao final, entre as legislações de outros países.

Após o estudo aprofundado da matéria, foi possível constatar que a atual legislação sobre entorpecentes, a lei nº 11.343/2006, inicialmente tida como uma lei de caráter progressista, por despenalizar aquele que porta drogas para consumo pessoal, na prática representou um imenso retrocesso na política nacional de drogas.

Podemos afirmar que um dos maiores problemas e injustiças da lei é a falta de critério objetivo para diferenciar o usuário e o traficante. Os parâmetros fornecidos ao julgador (natureza da droga, quantidade, local e condições da ação de apreensão, circunstanciais sociais e pessoais bem como à conduta e aos antecedentes do agente) são subjetivos, o que, na prática, aumentou demasiadamente o número de encarceramento de agentes primários, e que deveriam ser tratados como dependentes e não criminosos.

O cidadão tem assegurado o direito à vida privada, intimidade e livre arbítrio, sendo vedada a incriminação da autolesão, com respeito ao princípio da lesividade e intervenção mínima do direito penal. A aplicação da lei de tóxicos, como é feita atualmente, não é proporcional e nem razoável, na medida em que encarcera pessoas que precisam de tratamento médico para sair do vício, que são dependentes e não criminosos. Agindo assim, o Estado acaba por fornecer verdadeira escola do crime para aqueles jovens primários, que serão devolvidos para a sociedade com muito menos chances de ter reintegrados com uma boa vida social, o que é devastador para a coletividade.

Mesmo sabendo que a lei de tóxicos vigente é ineficiente e cruel, a pressão das camadas sociais, movidas pela sensação de insegurança e impunidade, para insistir no fracasso é enorme, o que por um lado é algo natural haja vista se tratar de um tema que envolve moralismo e conservadorismo. Contudo, todas as barreiras devem ser enfrentadas para atingirmos uma sociedade mais justa e humana, consectária do Estado Democrático de Direito.

Ora, não é justo e nada razoável que um indivíduo flagrado em posse de 1g de crack seja condenado pelo crime do art. 33 da lei de drogas.[166] Essa lamentável realidade nos faz refletir que tipo de política pública é essa que estamos seguindo, que desrespeita direitos e garantias individuais tão caros ao Estado Democrático de Direito, tais como o direito da dignidade da pessoa humana, da vida privada e da liberdade.

Por isso a lei tem caráter cruel, pois impede que um dependente químico receba tratamento adequado, e acaba por excluí-lo e marginaliza-lo.

Neste contexto, estamos diante de um verdadeiro “direito penal simbólico”: os ganhos são muitos menores do que a proteção real do bem jurídico tutelado. Quando falamos da criminalização de uma conduta geradora de perigo de dano abstrato, é preciso que seja demonstrada a concreta afetação deste bem, e não considerar apenas a importância abstrata do bem jurídico.

É claro que não somos favoráveis ao incentivo do uso das drogas, tampouco à continuidade do poder de tráfico, pelo contrário. Todavia, é dever do Estado debater soluções e traçar uma política pública eficiente, amenizando os prejuízos e violência decorrentes da produção, consumo e venda das drogas.

Precisamos nos espelhar nas políticas públicas adotadas em outros países, que deixaram a hipocrisia de lado e tomaram medidas para prevenir e reduzir danos do uso das drogas. Se o próprio Estados Unidos, criador da “guerra contra as

[166] STJ. HC 373.364/RS. Sexta Turma. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 16/02/2017.

drogas”, já permite o seu uso para fins recreativo, essa só pode ser uma forte evidência de que os novos tempos exigem novas posturas frente a este problema, e que a severa repressão fracassou.

Assim como a Holanda, temos de encarar o fato de que a droga jamais será extinta da sociedade. O consumo de drogas deve ser descriminalizado assim como é feito com o tabaco e o álcool, além de amplia o investimento em políticas públicas de orientação acerca dos riscos do uso. Certamente, o Direito Penal não pode se ocupar de matérias que podem ser solucionadas por outros ramos do direitos, sob pena de flagrante abuso estatal.

Mas nada disso adiantará sem a regulamentação do mercado de produção e venda de drogas, pois o tráfico e a violência continuarão a nos assolar.

Por fim, constata-se que não há mais tempo a perder para diminuir as injustiças decorrentes na aplicação da atual lei de drogas, sendo que o primeiro e mais importante passo a ser tomado é traçar parâmetros objetivos para diferenciar as figuras do usuário e do traficante. Após este passo, é preciso regulamentar o mercado de drogas, minimizando a violência causada pelos traficantes, a corrupção que envolve o mercado ilegal de entorpecentes e esta poderosa máfia, em respeito aos comandos da Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito.

8. REFERÊNCIAS

LIVROS:

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial – 11 ed : Saraiva 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Legislação Penal Especial. 2ª ed : Saraiva. Gonçalves, Victor Eduardo Rios. Legislação Penal Especial. 2ª ed. São Paulo : Saraiva - 2006.

COMPARO, Fábio. A afirmação histórica dos Direitos Humanos, pág. 01. Apud DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada: Revista dos Tribunais, 2009.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. Curso de Processo Penal, 6 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada : Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 14 ed., 2012 : Impetus Ltda.
JESUS, Damásio E., de. Direito Penal, volume I : parte geral – 28 ed. Revisada – São Paulo : Saraiva.

KANT, Immanuel, 1724-4804, A metafísica dos costumes, Tradução, textos adicionais e Notas Edson Bini /Bauru, SP: EDIPRO, 1 ed, 2003.
BODIN de Moraes, Maria Celina. O conceito da Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 109 e 110, *apud* André L. Costa Corrêa, Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins / Antonio Carlos da Silva do Amaral, Roberto Rosas, Carlos Márcio da Silva Velloso (coordenadores). São Paulo : Lex Editora, 2005.

LEMBO, Cláudio Salvador. Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins / Antonio Carlos da Silva do Amaral, Roberto Rosas, Carlos Márcio da Silva Velloso (coordenadores). São Paulo : Lex Editora, 2005.

LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penal, 2ª ed. Porto Alegre, 2003.
MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Volume I, 1ª Ed. atualizada Campinas : Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Volume I, 1ª Ed. atualizada Campinas : Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo : Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de, Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5, da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, 6 ed., São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 11ª ed, 2015, Rio de Janeiro/RJ : Forense.

Leis Penais Especiais / Flávio Martins Alves Nunes Júnior...(et al.). – 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais : 2016. – Coleção Elementos do Direitos do Direito; v. 18 / Coordenação Marco Antonio Araújo Jr., Darlan Barroso.

LINKS:

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.

Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, páginas 10 e 11. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf

Relatório de Visita Centro de Detenção Provisória de Sorocaba – Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Brasília, Outubro de 2015. Disponível em http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/comite-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/representantes/centro-de-detencao-provisoria-de-sorocaba-4.

Cidadania nos Presídios. Disponível em http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios.

Drogas: marco legal. Disponível em http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185.

The New Public Enemy nº 1. Time Magazine, 28/06/1971. Disponível em http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,905238-1,00.html.

Taffarelo, Rogério Fernado. Drogas: Falência do Proibicionismo e Alternativas de Política Criminal. Dissertação de Mestrado, USP. 2009. Disponível em file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/DISSERTACAO_COMPLETA_ROGERIO.pdf.

Pierpalo Cruz Bottini. Crimes de Perigo Abstrato não são de mera conduta. Disponível em http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta.

Coordenador do seminário sobre Lei de Drogas aponta necessidade de mudanças. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Coordenador-do-semin%C3%A1rio-sobre-Lei-de-Drogas-aponta-necessidade-de-mudan%C3%A7as.

VITTO. Renato Campos Pinto de. DEPEN – Levantamento de Informações Penitenciárias. Junho, 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf.
Coordenador do seminário sobre Lei de Drogas aponta necessidade de mudanças. Especial Notícias STJ, 2017. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Coordenador-do-semin%C3%A1rio-sobre-Lei-de-Drogas-aponta-necessidade-de-mudan%C3%A7as.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. Relatório brasileiro sobre drogas / Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas; IME USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempliuk e Lúcia Pereira Barroso. – Brasília: SENAD, 2009, pág. 263. Disponível em http://justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/relatorios-politicas-sobre-drogas/relatoriobrasileirosobredrogas-2010.pdf.

MJ Divulga Novo Relatório Sobre População Carcerária, 2016. Disponível em http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira. Acesso em 05/05/2017.

SAP. Levantamento Presos x Delitos. 2015. Diponpivel em http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/levantamento_presosxdelitos.pdf.
Cidadania nos Presídios. Disponível em http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios.

Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Maria Gorete Marques de Jesus, Amanda Hildebrando Oi; Thiago Thadeu da Rocha; Pedro Lagatta; Coordenador: Maria Gorete Marques de Jesus. 2011. Disponível em http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf.

As lições radicais de Portugal para lidar com as Drogas. Talita Abrantes. 16.05.2016. Disponível em http://exame.abril.com.br/brasil/as-licoes-radicais-de-portugal-para-lidar-com-as-drogas/

As drogas na Holanda. Disponível em https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/mundo-e-as-drogas/as-drogas-na-holanda.aspx.

Brasil Estuda modelo baseado na classificação das drogas adotado na Holanda. Disponível em https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/mundo-e-as-drogas/holanda-adota-classificacao-das-drogas.aspx.

Levantamento Sobre Legislação de Drogas nas Américas e Europa e Análise Comparativa de Prevalência de Uso de Drogas. Secretária Nacional de Políticas Sobre Drogas – Ministério da Justiça. Junho/2015. Pág. 16. Disponível em http://www.justica.gov.br/noticias/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf.

Artigos

PÊCEGO, Antonio José F. de S. Boletim IBCCRIM Ano 21, nº 243, fevereiro/2013 – ISSN 1676-3661

Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e William Terra de Oliveira, Nova Lei de Drogas Comentada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.