

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO PARÁ
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL

SÉRGIO ANTÔNIO ROSA

**ANÁLISE DA POLITICA SOBRE DROGAS NO BRASIL A PARTIR DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

CÁCERES-MT

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO PARÁ
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL

SÉRGIO ANTÔNIO ROSA

**ANÁLISE DA POLITICA SOBRE DROGAS NO BRASIL A PARTIR DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, Mestrado interinstitucional da Universidade Federal do Pará e da Universidade Federal do Estado de Mato Grosso, como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do prof. Doutor Saulo Tarso Rodrigues.

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos.

CÁCERES-MT

2016

AUTORIZO A DIVULGAÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO, CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Roberta Maria Miranda Caetano - CRB 1 / 2914

R789a Rosa, Sérgio Antônio

Análise sobre drogas no Brasil a partir da criminologia crítica / Sérgio Antônio Rosa. Cáceres-MT, 2016.
98 f.

Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito)
- Mestrado interinstitucional da Universidade Federal do Estado do Pará e da Universidade Federal do Estado de Mato Grosso.

Orientador: Prof. Dr. Saulo Tarso Rodrigues.

1. Criminologia crítica. 2. Drogas. 3. Política criminal.
4. Tratamento. I. Título.

CDD 345.81

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO PARÁ
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

SÉRGIO ANTÔNIO ROSA

**ANÁLISE DA POLITICA SOBRE DROGAS NO BRASIL A PARTIR DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, Mestrado interinstitucional da Universidade Federal do Pará e da Universidade Federal do Estado de Mato Grosso, como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do prof. Doutor Saulo Tarso Rodrigues.

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Saulo Tarso Rodrigues

Orientador

Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués

Examinador

Prof. Dr. Marcos Prado de Albuquerque

Examinador

Dedico este Mestrado aos meus pais, José Rosa Neto e Teresinha Pinto Rosa por terem me incentivado e me apoiado em todas as decisões da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por nunca ter me abandonado estando sempre ao meu lado nos momentos mais difíceis.

Agradeço a meus pais pelo incentivo, pela motivação e por acima de tudo terem sempre acreditado em mim.

Agradeço ao meu orientador por ter aceitado a orientação, pela paciência comigo, pelo direcionamento do meu trabalho e por ter sempre me atendido em todas as vezes que precisei de seu auxílio.

Agradeço a todos os meus colegas de mestrado, os quais me atenderam prontamente quando precisei deles, pela união e pelo esforço de todos em favor do grupo.

RESUMO

O objetivo da presente dissertação de mestrado foi analisar a legislação brasileira em relação à política sobre drogas, analisando os diferentes tratamentos normativos dispensados pela lei nº 11.343/2006; o contraponto da justiça penal e da justiça terapêutica e a eficácia da Justiça Terapêutica. O problema que objetivou a fazer a pesquisa é saber: Como a legislação brasileira trata os diferentes casos de drogas, em termos de penalização? O tratamento dispensado ao “mula”, ao traficante e ao usuário de drogas pode ser considerado justo e ressocializador, ou seja, consegue recuperar o indivíduo e libertá-lo das drogas, além de reinseri-lo na sociedade? O que é mais eficaz, a Justiça Terapêutica com a inserção da ‘pena tratamento’ ou a prisão do usuário de drogas em celas comuns? Do ponto de vista do método a pesquisa proposta segue a lógica indutivo-dedutiva, pois faz deduções das normas existentes. Quanto à coleta de dados, a pesquisa se enquadra como sendo de revisão bibliográfica, cujos dados secundários foram obtidos na Constituição Federal, nas Leis Codificadas, na legislação ordinária, na doutrina e na jurisprudência, livros, artigos e reportagens, entre outros. Trata-se de uma revisão bibliográfica que tem como base os artigos já publicados na literatura sobre o assunto em questão. É preferível que a pessoa cumpra uma pena alternativa ou pena tratamento, ao invés de ir para a prisão, onde estão os maiores criminosos e, por causa disso, ver sua vida vinculada de forma irreparável ao mundo do crime. A Lei nº 11.343/06 está a caminho da maturidade jurídica. No mesmo sentido, caminha a doutrina através de subsídios suficientes para dirimir os pontos controversos. Seja como for, a Lei tem mais aspectos positivos do que negativos, e somente a análise prática de cada caso concreto tornará possível uma melhor interpretação de suas normas.

Palavras-Chave: Criminologia Crítica; Drogas; Política Criminal; Tratamento.

ABSTRACT

The goal of this dissertation was to analyze the Brazilian legislation on drug policy, analyzing the different regulatory treatments dispensed by law No. 11,343/2006; the counterpoint of criminal justice and justice and the effectiveness of Therapeutic Justice. The problem that aimed to do the research is: How the Brazilian legislation treats the different drug cases, in terms of penalty? The treatment to the dealer, the dealer and the drug user may considered fair and ressocializador, IE, you can retrieve the individual and free him from drugs, in addition to reinsert it in society? What is more effective, Therapeutic justice with the insertion of ' shame ' treatment or prison drug user in Gen pop? From the point of view of the proposed research, method follows the inductive-deductive logic, as it makes deductions of existing standards. As for data collection, the research qualifies as literature review, whose secondary data obtained in the Federal Constitution, Codified laws, ordinary legislation, doctrine and jurisprudence, books, articles and reports, among others. This is a literature review based on articles already published in the literature on the subject in question. It is preferable that the person comply with a feather or alternative treatment, instead of going to prison, where the biggest criminals are and, because of this, view your linked life irreparably to the world of crime. Law No. 11,343/06 is the path of legal maturity. In the same sense, the doctrine behind subsidies sufficient to resolve the issues. Nevertheless, the law has more positives than negatives, and only the practical analysis of the individual case will make possible a better interpretation of its rules.

Key-words: Critical Criminology; Drugs; Criminal Policy; Treatment.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA POLÍTICA SOBRE DROGAS	12
1.1 BEM JURÍDICO-PENAL	12
1.1.1 Funções de bem jurídico	14
1.1.2 Bem jurídico e Constituição	15
1.2 PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS	16
1.2.1.1 Princípio da legalidade	18
1.2.1.2 Princípio da culpabilidade	21
1.2.1.3 Princípio da intervenção mínima	23
1.2.1.4 Princípio da humanidade	24
1.2.1.5 Princípio da pessoalidade	26
1.2.1.6 Princípio da individualização da pena	27
1.2.1.7 Princípio da presunção da inocência	31
1.2.1.8 Princípio da proporcionalidade	33
1.2.1.9 Princípio da ofensividade	35
1.2.1.10 Princípio do devido processo legal	37
CAPÍTULO 2. ANÁLISE DA LEI Nº 11.343/2006	39
2.1 EXPLICAÇÕES CONCEITUAIS SOBRE SIGNIFICADO DE DROGAS E SUA POSIÇÃO NA HISTÓRIA	39
2.2 LEGISLAÇÃO SOBRE DROGAS NO BRASIL	42
2.3 CONCEITO DE USUÁRIO	49
2.4 O CONSUMO PESSOAL	51
2.5 TRÁFICO E USO (ART. 28, § 2º)	52
2.6 QUANTO AO USO	53
CAPÍTULO 3. A CRÍTICA DA LEI A PARTIR DA CRIMINOLOGIA	58
3.1 A POLÍTICA CRIMINAL E A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA	58
3.2 TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS: CRIMINALIZAÇÃO E DESCODIFICAÇÃO	66
3.3 OS DISCURSOS E AS PRÁTICAS DESCRIMINALIZADORAS	69

CAPÍTULO 4. JUSTIÇA PENAL E JUSTIÇA TERAPEUTICA	73
4.1 A INSTRUMENTALIDADE DO DISCURSO GARANTISTA E A CRÍTICA CONSTITUCIONAL AO DIREITO PENAL DAS DROGAS	73
4.2 JUSTIÇA TERAPÊUTICA – O QUE É?.....	78
4.3 ORIGEM.....	79
4.4 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA TERAPÊUTICA NO BRASIL	80
4.5 FORMA DE AUXÍLIO AO USUÁRIO E SUA FAMÍLIA.....	83
4.5.1 Internação	86
4.5.2 Centros de recuperação	87
4.5.3 CAPS AD – Atenção às pessoas com transtornos decorrentes do uso de substâncias psicoativas na rede pública.....	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
REFERÊNCIAS	93

1. INTRODUÇÃO

Sejam quais forem os tipos, as drogas podem viciar rápida ou lentamente uma pessoa e trazem consequências danosas à saúde humana, provocando alterações no sistema nervoso, aparelho cardio-respiratório, diminuição dos reflexos e em último, e extremo caso, a morte. O seu uso, muitas vezes, começa dentro da própria família, com drogas consideradas lícitas como o álcool, tabaco, medicamentos, mas que, da mesma forma que as demais, viciam e prejudicam.

O uso de substância psicoativa é um fenômeno crescente e presente nas organizações sociais, que leva a repensar a complexidade dessas relações, das interferências e implicações do abuso de drogas, cujo problema se encontra presente em vários setores da sociedade, pois dependência química atinge dimensões biopsicossociais / saúde, criminalidade e político-econômicas.

A lei de drogas – Lei nº 11.343/06, alterada recentemente pela Lei nº 12.961, de 04 de abril de 2014, trouxe algumas inovações, principalmente ao que se refere aos usuários de entorpecentes, aos mulars e destino das drogas após a apreensão. Busca-se demonstrar, também, as mudanças para os mesmos, bem como delinear o ponto controvertido das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possível descriminalização, despenalização ou até mesmo aplicação de penas alternativas.

A Lei nº 11.343/2006 trouxe inovações ao ordenamento jurídico, regulamentando as normas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, bem como definindo tais condutas criminalmente. Antes da referida Lei, as penas eram mais severas, tratadas com pena privativa de liberdade e multa, e agora, com essa nova lei, as penas foram simplesmente reduzidas, ficando com previsão de advertências, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas, o que caracterizou sem sombra de dúvidas um abrandamento significativo na punição da conduta típica.

A Lei de drogas alterou de maneira significativa a figura do usuário e do ‘mula’ que, conseqüentemente, acarretou críticas, elogios e divergências doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente no que tange à aplicação de penas alternativas ao invés da pena privativa de liberdade. Trata-se da chamada Justiça Terapêutica, que vem sendo implantada no Brasil desde a década de 1990, caracterizada pela obrigatoriedade do

encaminhamento do usuário ao tratamento, por meio da promulgação da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que alterou os artigos 43 a 47, 55 e 77 do Código Penal, que se referem às penas restritivas de direitos.

Apesar de não ser recente, duras polêmicas ainda persistem e os debates ainda continuam acirrados, principalmente, no que tange as penas alternativas ou pena restritiva de direito para quem transportar ou tiver consigo substâncias entorpecentes (drogas).

Por analisar como o sistema de justiça criminal vem atuando nos processos instaurados por consumo, porte e tráfico de drogas e como a legislação é aplicada, se com severidade ou mais branda, ou se a realidade com que se defrontam os aplicadores da lei suplantam as disposições legais, é que se justifica o presente trabalho.

Se bem construído, o presente trabalho poderá contribuir com as discussões sobre o assunto, ampliando o conhecimento dos operadores do direito e doutrinadores, e de toda a sociedade, evidenciando a evolução legislativa por que vem passando a seara do direito brasileiro e revelando os esforços dos legisladores, em aplicar medidas mais efetivas para deter o crime que diz respeito às drogas no país e, ainda, para reinserir o usuário e a ‘mula’ em medida de tratamento e ressocialização, diminuindo a população carcerária, oferecendo nova oportunidade.

O objeto da pesquisa é o estudo sobre o sistema penal brasileiro e a política sobre drogas.

O problema que objetivou a fazer a pesquisa é saber: Como a legislação brasileira trata os diferentes casos de drogas, em termos de penalização? O tratamento dispensado ao “mula”, ao traficante e ao usuário de drogas pode ser considerado justo e ressocializador, ou seja, consegue recuperar o indivíduo e libertá-lo das drogas, além de reinseri-lo na sociedade? O que é mais eficaz, a Justiça Terapêutica com a inserção da ‘pena tratamento’ ou a prisão do usuário de drogas em celas comuns?

Do ponto de vista do método a pesquisa proposta seguirá a lógica indutivo-dedutiva, pois fará deduções das normas existentes. Quanto à coleta de dados, a pesquisa se enquadra como sendo de revisão bibliográfica, cujos dados secundários serão obtidos na Constituição Federal, nas Leis Codificadas, na legislação ordinária, na doutrina e na jurisprudência, livros, artigos e reportagens, entre outros. Trata-se de uma revisão

bibliográfica que tem como base os artigos já publicados na literatura sobre o assunto em questão.

O objetivo geral foi analisar a legislação brasileira em relação à política sobre drogas. Como objetivos específicos tem-se: Analisar os diferentes tratamentos normativos dispensados pela lei nº 11.343/2006; analisar o contraponto da justiça penal e da justiça terapêutica; analisar a eficácia da Justiça Terapêutica.

Do ponto de vista do método, a pesquisa proposta segue a lógica indutivo-dedutiva, pois fará deduções das normas existentes. Quanto à coleta de dados, a pesquisa se enquadra como sendo de revisão bibliográfica, cujos dados secundários serão obtidos na Constituição Federal, nas Leis Codificadas, na legislação ordinária, na doutrina e na jurisprudência, livros, artigos e reportagens, entre outros. Trata-se de uma revisão bibliográfica que tem como base os artigos já publicados na literatura sobre o assunto em questão.

No primeiro capítulo apresenta-se os fundamentos constitucionais da política sobre drogas, as funções do bem jurídico penal e a constituição, além dos princípios penais constitucionais que regem o direito penal.

No segundo capítulo apresenta-se a análise da Lei nº 11.343/2006, com explicações conceituais sobre significado de drogas e sua posição na história, a legislação sobre drogas no Brasil, o conceito de usuário, o significado de consumo pessoal para a lei, tráfico e uso (art. 28, § 2º) e o uso de drogas.

No terceiro capítulo apresenta-se a crítica da lei a partir da criminologia, a política criminal, a crítica criminológica, as tendências político-criminais contemporâneas: criminalização e descodificação, e os discursos e as práticas descriminalizadoras.

No quarto e último capítulo apresenta-se a justiça penal e a justiça terapêutica, a instrumentalidade do discurso garantista e a crítica constitucional ao direito penal das drogas, origem, significado, aplicação no Brasil da justiça terapêutica, e as formas de auxílio ao usuário e sua família.

CAPÍTULO 1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA POLÍTICA SOBRE DROGAS

1.1 BEM JURÍDICO-PENAL

O ilícito penal consiste na prática de um ato vedado em lei ou omissão de conduta/fato exigível não permitido, ou seja, prática ou abstenção que ameaça ou provoca dano ao que se denomina bem jurídico-penal. Entendimento seguido por Luiz Regis Prado¹:

Na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma – “princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos”.

É importante ressaltar que a concepção de bem jurídico-penal surgiu em função do objeto jurídico do delito do Direito Penal moderno, visto que no passado “o ilícito penal aparece contemplado em uma dimensão eminentemente teológica ou privada”,² em síntese, o ilícito penal era uma transgressão religiosa ou proveniente dos conceitos ideológicos de determinada sociedade.

No sentido oposto, o pensamento iluminista com uma visão diferenciada da sociedade mudou o conceito de ilícito penal, abarcando outros valores que não os eminentemente teológicos ou ideológicos fundados numa filosofia racionalista, nesse sentido o insigne professor Luiz Regis Prado³ pontua:

O movimento iluminista determinava uma visão radicalmente diferente da sociedade e de logo na problemática penal. Tem-se, pois, que, mais que uma corrente de ideias, vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos. É, por assim dizer, produto do embate de duas linhas bem distintas: o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês. Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva.

¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003. p. 31.

² Id. Ibid., p. 27.

³ Id. Ibid., p. 28.

Esta mudança cultural foi fundamental porque concebeu um sentido mais humanitário e racional na aplicação do *jus puniendi* do Estado desenvolvendo-se o conceito de bem jurídico-penal.

Não há dissensão de que o bem jurídico-penal é objeto do Direito Penal, contudo, estabelecer seu conceito exige maior labor, visto tratar-se de questão controvertida encontrando conceituações diversas na doutrina. Na definição De Plácido e Silva⁴, bem jurídico é: “coisa, material (valor econômico), ou imaterial (interesse moral), que constitua ou possa constituir objeto de direito”, portanto, é tudo que se pode atribuir valor numa sociedade.

Rechtsgut E. J. Lampe⁵ concebe bem jurídico como valor cultural, nesse sentido afirma:

Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.

Claus Roxin⁶ não traça exatamente a definição de bem jurídico, contudo, apresenta elementos para determiná-lo:

São chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas. De maneira substancialmente análoga diz-se também que o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos gravosos. Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais.

Já Eugenio Raúl Zaffaroni⁷ afirma que bem jurídico é objeto que encontra proteção do Estado mediante tipificação penal, neste sentido pontua:

Se tivéssemos que dar uma definição a ele, diríamos que bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.

Pode-se observar que invariavelmente diversos autores não apresentam a definição de bem jurídico ou bem jurídico-penal, apenas apresentam parâmetros para os

⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p.118.

⁵ *Apud* PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 44.

⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 35.

⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 439.

identificar. No entanto, esses parâmetros são de vital importância para a análise da legitimidade de dispositivos penais descritos no ordenamento jurídico penal. Para nós bem jurídico-penal é o mais precioso valor cultural da sociedade que exposto a perigo de lesão ou lesado merece a tutela do Direito Penal no qual constitui seu objeto.

Contudo, a intenção não é esgotar o fundamento e o conceito de bem jurídico-penal, apenas apresentar algumas reflexões visando a demonstrar o conteúdo axiológico que se reveste tão abrangente tema.

1.1.1 Funções de bem jurídico

São várias as funções de bem jurídico, contudo, Luis Regis Prado⁸ aponta quatro delas, quais sejam: “a função de garantia, a exegética, a individualizadora e a sistemática”.

Em relação a primeira função, a de garantia, Luis Regis Prado⁹ afirma:

Função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado: o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal. O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado Democrático e Social de Direito, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos. Essa função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais.

Quanto à função exegética do bem jurídico, essa se constitui num importante instrumento de interpretação da norma penal. Neste sentido, Luiz Regis Prado¹⁰ diz:

Função teleológica ou interpretativa: como um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de um certo bem jurídico. Tem-se que o bem jurídico constitui “o núcleo da norma e do tipo. Todo delito ameaça um bem jurídico... Não é possível interpretar, nem portanto conhecer, a lei penal, sem lançar ideia de bem jurídico”. Assim, o bem jurídico “é o conceito central do tipo, em todo do qual giram os elementos objetivos e subjetivos e, portanto, um importante instrumento de interpretação.

Como forma de análise da aplicação da pena, a função individualizadora do bem jurídico considera a gravidade da lesão para então estabelecer o seu *quantum*. Nesse sentido

⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 60.

⁹ PRADO, 2003, p. 60.

¹⁰ Id. Ibid., 2003, p. 60.

Luiz Regis Prado¹¹: “como critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico”.

Já a função sistemática delinea a formação de grupos de tipos penais da parte especial do Código Penal, ou seja, tem por objetivo classificar os tipos penais em grupos, auxiliando a ordenação da parte especial do Código Penal de acordo com o bem jurídico protegido, estruturando-se em títulos e capítulos. Castilho¹² preleciona:

O critério para o agrupamento adotado pela nossa lei é o do bem jurídico. Assim, o art. 149 pertence ao Título dos crimes contra a pessoa, ao Capítulo VI dos crimes contra a liberdade individual e à Seção I dos crimes contra a liberdade pessoal. Percebe-se que há uma gradativa especificação do bem jurídico, no sentido de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.

Parafraseando Luiz Regis Prado¹³, em síntese, as funções: “limitadora opera uma restrição na tarefa do próprio legislador; a teológica-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição; e a individualizadora diz respeito à mensuração da pena/gravidade da lesão ao bem jurídico”.

1.1.2 Bem jurídico e Constituição

As constituições têm um conteúdo extremamente axiológico, segundo José Afonso da Silva¹⁴ “seu objeto é estabelecer a estrutura do Estado, limites de atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político, dentre outros”. Portanto, por se tratar da mais importante carta normativa do país, não seria despropositada a afirmação de que o bem jurídico se funda nas diretrizes e limites estabelecidos na constituição.

Da relação entre bem jurídico-penal e constituição Márcia Dometila de Carvalho¹⁵ assevera que:

¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 61.

¹² CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Considerações sobre a interpretação jurídico-penal em matéria de escravidão**. *Estud. av.*, São Paulo, v. 14, n. 38, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25/10/2015.

¹³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 61.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43.

¹⁵ CARVALHO, Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 33.

Pois bem, partindo-se de que a Lei Maior traz em si os princípios máximos da justiça, que se quer impor, qualquer ofensa a bem jurídico, protegido penalmente, terá que ser cotejado com os princípios constitucionais. Deixa, assim, a ofensa aos citados bens, de ter relevância penal, se os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados. Consequentemente, o bem jurídico, protegido pela norma penal, deve sofrer um processo de avaliação, diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se.

A relação entre bem jurídico e a constituição são importantes porque são valores basilares que regem todo o ordenamento penal, nesse sentido Luiz Regis Prado¹⁶ afirma:

Para selecionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal – bem jurídico –, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal. Esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o núcleo gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal.

O pensamento jurídico moderno reconhece que o fim imediato e primordial do Direito Penal firma-se na proteção de bens jurídicos de forma a não invadir outras esferas de atuação onde o ilícito é meramente administrativo, civil ou tributário, Claus Roxin¹⁷ assevera que: “O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas”.

O bem jurídico inserido no texto constitucional tem como objetivo operacionalizar as diretivas político-criminais, seu conteúdo fortemente dirigente e compromissório estabelecem um novo modo de aferir a constitucionalidade das leis de forma a promover freios significativos na liberdade de conformação do legislador.

1.2 PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS

Ao tratar de princípios do direito recorre-se à dogmática jurídica buscando identificá-los, contudo, torna-se necessário investigarmos a essência do direito e suas origens. Quando se estuda as fontes do direito, observa-se que o direito se funda nos princípios que é

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 66.

¹⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33.

sua base de sustentação. Diante dessa constatação, com vistas a melhor elucidar o conceito de princípios, traz-se à baila a definição apresentada por De Plácido e Silva¹⁸:

Princípios. No sentido, notadamente no plural, significa as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.

Os princípios exprimem a noção de mandamento nuclear do ordenamento jurídico, pois propagam toda carga lógica e racional que se revelam como necessárias para compreensão harmônica do sistema normativo.

A Constituição Federal de 1988 garantiu os direitos do homem e do cidadão no momento em que, explícita e implicitamente, trouxe no seu bojo os princípios constitucionais de direito penal, meio para impedir a ingerência arbitrária do Estado repressor. Em relação aos princípios penais constitucionais Luiz Luisi¹⁹ preleciona:

Os chamados princípios constitucionais especificamente penais concernem aos dados embaixadores da ordem jurídica penal, e lhe imprimem uma determinada fisionomia. É exemplo clássico desta ordem de princípios o postulado da legalidade dos delitos e das penas que dá ao direito penal uma função de garantia da liberdade individual, pois condiciona a existência de um delito e da pena a ele aplicável a uma lei anterior, o quanto possível clara e precisa. Também o princípio da personalidade da pena expressa uma exigência de limitação da sanção penal estritamente à pessoa do réu. Tais princípios e outros similares, como os da intervenção mínima, da individualização da sanção penal e da humanidade, arginam e condicionam o poder punitivo do Estado, e, segundo o magistério de F. Palazzo, “situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal.

Os princípios penais constitucionais entremeiam a Carta Magna de maneira implícita ou explícita, assim a relação entre direito penal e a Constituição, muito mais que mera hierarquia de leis, revela-se de vital importância na tutela dos bens jurídicos mais

¹⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p 639.

¹⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 13.

relevantes determinados pela Constituição Federal. Nesse sentido, Luiz Regis Prado²⁰ preceitua:

A Constituição, fonte primária da lei penal, contempla uma série de normas de Direito Público, dentre as quais se destacam as referentes às garantias e direitos individuais. Estas normas consubstanciam explícita ou implicitamente princípios basilares do Direito Penal – princípios constitucionais penais –, próprios do Estado de Direito democrático, que impõem limitação infranqueável ao *jus puniendi* estatal. Dentre eles, merece especial atenção o princípio da legalidade ou da reserva legal, segundo o qual ninguém pode ser punido por crime ou cumprir pena que não estejam previamente dispostos em lei (art. 5º, XXXIX, CF). Têm, ainda, especial relevância o princípio da irretroatividade da lei penal e sua exceção (art. 5º, XL); o princípio da personalidade (art. 5º, XLV) e o da individualização das penas (art. 5º, XLVI), além da vedação, constitucionalmente expressa, de aplicação das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou de quaisquer outras de natureza cruel (art. 5º, XLVII), em tudo consentânea com o princípio da humanidade. Demais disso, estabelece o texto constitucional princípios relacionados ao direito de defesa, ao devido processo legal e às garantias da execução penal, igualmente indispensáveis a uma perfeita tutela dos direitos individuais (art. 5º, LIII a LXVIII e XLVII a L). Dispõe também sobre a extradição de nacionais e estrangeiros (art. 5º, LI e LII) e sobre as regras de competência para legislar em matéria penal e de Direito Penitenciário (arts. 22, I e 24, I). Igualmente, encontram agasalho constitucional implícito ou indireto outros princípios também importantes. Assim, o postulado da culpabilidade, que rechaça toda e qualquer hipótese de imposição de pena sem culpabilidade e fixa nesta última os limites de responsabilidade penal, é implicitamente acolhido pelo texto constitucional no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), ratificado pelos arts. 4º, II (prevalência dos direitos humanos); 5º, XLVII (individualização da pena) e 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade), além de vincular-se estreitamente ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput*). Além disso, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (princípio da lesividade ou da ofensividade), segundo o qual não há delito sem lesão ou sem perigo de lesão a um bem jurídico determinado, resulta da própria concepção de Estado de Direito democrático insculpida na Carta Constitucional, que determina o conceito de bem jurídico e limita a atividade do legislador ordinário no momento da criação do ilícito penal (teoria constitucional eclética).

Os princípios penais constitucionais revestem-se de importância ímpar não só como limitação ao Estado punitivo como também norte e dimensão dos bens que merecem a tutela do Direito Penal, contudo, abordaremos os princípios que consideramos os mais relevantes, dada à abrangência que prestam ao sistema jurídico penal e às políticas criminais.

1.2.1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade postulado basilar de todo o ordenamento jurídico-penal, segundo Luiz Vicente Cernichiaro²¹ “conhecido também como princípio da reserva legal,

²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 55.

²¹ CERNICHARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 10.

princípio da anterioridade da lei penal”. Postulado expresso no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal. Essa explícita disposição constitucional, também é encontrada no Direito Penal, conforme preleciona Márcia Dometila Lima de Carvalho²²:

1. Na Constituição atual, o princípio da legalidade encontra-se expresso logo depois do princípio da igualdade, através da conhecida fórmula de caráter geral: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (inciso II do art. 5º). A sua versão para o Direito Penal encontra-se no inciso XXXIX do mesmo artigo 5º, sob a fórmula: “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”, traduzindo o aforismo romano, *nullum crimen nula poena sine lege*.

Na atualidade, o princípio da legalidade se apresenta sob três aspectos: reserva legal, taxatividade e irretroatividade, nessa linha ideológica Luiz Luizi²³ afirma:

O princípio da legalidade, segundo a doutrina mais contemporânea, se desdobra em três postulados. Um quanto às fontes das normas penais incriminadoras. Outro concernente a enunciação dessas normas. E um terceiro relativo à validade das disposições penais no tempo. O primeiro dos postulados é o da reserva legal. O segundo é o da determinação taxativa. E o último é o da irretroatividade.

O postulado da reserva legal determina que somente a lei pode criar crimes e prescrevê-los, vinculando a atuação da atividade judicante no rigoroso sentido da lei restringindo o poder punitivo estatal, na dicção de Cezar Roberto Bitencourt²⁴ “a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei”, tal determinação consagra a garantia do exercício dos direitos fundamentais do cidadão. Seguindo esse entendimento, Luiz Luizi²⁵ aduz:

Registre-se, ainda, que o postulado da Reserva Legal, além de marginalizar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado. Daí porque é de indiscutível na atualidade a lição de R. Von Hippel quando sustenta que os princípios da Reserva Legal é um axioma destinado a assegurar “a liberdade do cidadão contra a onipotência e a arbitrariedade do Estado e do Juiz”. Ao reiterar na Constituição de 1988 o postulado da Reserva Legal, o constituinte brasileiro não somente manteve um princípio já secularmente incorporado ao direito pátrio, mas se aliou às Constituições e aos Códigos Penais da quase totalidade das Nações já que o mencionado princípio é, uma essencial garantia de liberdade e de objetiva Justiça.

²² CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 53.

²³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 17.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

²⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 23.

Em relação ao postulado da determinação taxativa, pode-se dizer que tal postulado refere-se à amplitude e limites da lei, ou seja, determinar seu alcance para que produza efeitos de forma clara e objetiva sem que apresente multiplicidade de sentido ou que denote incerteza, no entendimento de Luiz Regis Prado²⁶ “diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficiente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo penal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica”.

A taxatividade da lei penal também tem a função de proteger o cidadão frente ao arbítrio do Poder Judiciário, sem os pressupostos de clareza e objetividade, a incompreensão da norma penal poderia transformar-se em um arcabouço de interpretações, submetida ao bel prazer do jurista, conforme expõe Luiz Luiz²⁷:

Sem este corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e pois, arbitrarias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei. [...] A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a descricionariedade (*sic*) do aplicador da lei. [...]

Quanto ao postulado da irretroatividade, significa dizer que nova legislação penal incriminadora não abrange os atos pretéritos do cidadão. A norma penal que incrimina fato anteriormente lícito, jamais pode retroagir. Sua eficácia só produz efeitos para os fatos praticados a partir de sua entrada em vigor. Portanto, o cidadão não poderia sentir-se obrigado à observância de preceito inexistente. É a consagração do postulado *tempus regit actum*²⁸ (o tempo rege o ato).

O artigo 5º, XL, da Constituição Federal de 1988 dispõe: “A lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Tal dispositivo constitucional demonstra a preocupação do legislador com o instituto da irretroatividade penal, conforme bem observa Luiz Vicente Cernichiaro²⁹:

A conjugação do art. 5º, XL, da Constituição com a lei ordinária conduz à seguinte observação. Toda vez que a lei penal dispuser – “revogam-se as disposições em contrário” (declaração tradicional na técnica legislativa, entretanto, despicienda

²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 133.

²⁷ PRADO, idem, *ibidem*, p. 24.

²⁸ SOILBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 342.

²⁹ CERNICHARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 49.

porque a lei posterior, que disciplina diferentemente o mesmo objeto da lei anterior, sempre a revoga no limite do que dispôs de modo diverso) – estará implícita uma ressalva – “salvo se a lei revogada for mais benéfica, relativamente às relações jurídicas formadas durante a sua vigência”. Dessa forma, a lei não tem efeito retroativo, nem alcance ultrativo. Para que isso acontecesse, repita-se, seria necessário produzir efeito antes ou depois de sua vigência. Não é isso que acontece. Respectivamente, em sendo mais favorável, afasta a incidência da anterior, ou impede que a posterior a afaste.

A exceção do princípio da irretroatividade da norma penal é a que se coloca quando for mais benéfica ao réu ou quando ocorrer *abolitio criminis*.

No tocante às leis excepcionais e temporárias, não se aplica a irretroatividade da lei penal, abordando a questão Luiz Luiz³⁰ pontua:

A atual Constituição brasileira merece encômios por ter disposto de forma clara a retroatividade quando beneficia ao réu. Isto importa que sempre a lei penal retroage quando em favor do réu, ainda quando haja sentença com trânsito em Julgado. Ao contrário da legislação penal peninsular, a nossa lei penal, por abarcar todas as hipóteses possíveis consagra que mesmo no caso de uma sucessão de leis, se aplica dentre elas a mais favorável, mesmo quando tenha havido condenação definitiva. Merece uma menção especial o problema relativo as chamadas leis excepcionais e temporárias. As primeiras são as que só adquirem eficácia quando ocorrem fatos e situações especiais. É o caso das normas previstas no Código Penal Militar, somente efetivas e aplicáveis por ocasião de uma guerra. Uma vez cessada a guerra tornam a ter eficácia. As ditas leis temporárias diferem das excepcionais, porque uma vez decorrido o prazo para sua vigência não só perdem a eficácia, como deixam de vigorar. Em verdade deixam de existir.

Nos termos do artigo 3º do Código Penal, as leis excepcionais e temporárias são ultrativas, para Luisi³¹ “Essas leis, segundo o dispositivo citado, têm ultratividade, ou seja, aplicam-se ao fato cometido sob seu império, mesmo depois de revogadas pelo decurso de tempo ou pela superação do estado excepcional” portanto, dado seu caráter transitório não poderiam perder sua eficácia por terem deixado de ter vigência em razão da provável impunidade que poderiam motivar, isto porque haveria risco do réu procrastinar o processo até que não vigorasse mais e aproveitar-se de uma garantia constitucionalmente tutelada para se quedar impune.

1.2.1.2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Presente em muitas Constituições contemporâneas o princípio da culpabilidade praticamente extinguiu a responsabilidade objetiva em matéria penal o que, efetivamente,

³⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 29.

³¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 69.

constitui autêntica garantia individual na aplicação da pena. No direito brasileiro, encontra-se implicitamente na Constituição, Luiz Luiz³² preleciona:

[...] Basta considerar o texto do inciso XVII, da nossa Carta Magna: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em Julgado [sic] de sentença penal condenatória”. Isto quer dizer que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõe seja provada e declarada a culpabilidade de uma [sic] agente que seja autor ou participe de um fato típico e antijurídico. Também se deduz a presença da culpabilidade do texto do inciso XLVI, do Código V, da Constituição de 1988, que consagra a individualização da pena. É inquestionável que a individualização da pena, no seu aspecto judicial, ou seja, na aplicação da pena e um réu, tem como base fundamental a culpabilidade. É esta que vai viabilizar a condenação, a escolha da pena quando há alternativa, e a sua quantificação. Enfatize-se que dando relevância constitucional ao princípio da culpabilidade o nosso ordenamento jurídico que tem como um de seus fundamentos à dignidade da pessoa humana põe como centro do nosso direito penal o homem, visto como ser livre, ou seja, capaz de autodeterminar-se.

O princípio da culpabilidade consagra a responsabilidade subjetiva no direito penal moderno, é o postulado da *nulla poena sine culpa* (não há pena sem culpa) em contraposição à responsabilidade objetiva que caracterizava o direito penal do passado. Ao tratar do assunto, com clareza que lhe é peculiar, Luiz Regis Prado³³ afirma:

A exigência de responsabilidade subjetiva quer dizer que, em havendo delito doloso ou culposos, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, que integra, na verdade, o tipo injusto e não a culpabilidade. Com isso, afasta-se a responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado fortuito decorrente da atividade lícita ou ilícita. O agente, aqui, responde pelo simples fato de ter causado materialmente o evento, sem nenhum liame psicológico. É bastante a produção do dano para a aplicação da pena. Está ela ligada em sua origem pelo princípio canônico medieval: “*versari in re illicita operam danti rei illicitae, imputatur aminia quae sequuntur ex delicto*, ou simplesmente, *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*” – quem pratica um ato ilícito responde por todas as suas consequências, independentemente de serem queridas, previstas ou fortuitas. Atribui-se responsabilidade dolosa, quando sequer há culpa. Ademais, não se deve confundir a responsabilidade objetiva com a chamada responsabilidade pelo fato de outrem, segundo a qual o autor responde pelo resultado – decorrente da conduta de outro –, sem que tenha contribuído para tal. Destarte, o Direito Penal só pune fatos (ação/omissão), daí estabelecer uma responsabilidade por fato próprio (Direito Penal do fato), opondo-se a um direito penal do autor fundado no modo de vida ou no caráter.

Já Cezar Roberto Bitencourt³⁴ observa o postulado da culpabilidade sob três aspectos:

Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma

³² LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 37.

³³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 136.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer destes elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade, como elemento da determinação ou medição da pena. Nesta acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta a quem ou além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade, como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nesta acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa.

O princípio da culpabilidade reveste-se de importância ímpar porque demonstra a evolução recente do direito penal no sentido de impedir uma desmedida imposição de pena ao agente, ou seja, a consequência jurídica deve ser proporcional à gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado pelo direito penal de forma a não incidir na violação de outros direitos fundamentais, como nos tempos da vingança privada do direito romano e tantos outros similares.

1.2.1.3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima consagra o Direito Penal como *ultima ratio* orientando e restringindo a criação de normas penais ao mínimo necessário na tutela de bens jurídicos penais, a criminalização só é indispensável quando houver sido esgotado outros meios de controle social. É o que preconiza o professor Cezar Roberto Bitencourt³⁵:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Contudo, apesar de implicitamente encontrar alcance constitucional o supracitado princípio não tem recebido a devida atenção, questão que se torna evidente pelo acentuado crescimento de normas penais incriminadoras. Em relação a esse crescimento, enfatiza Luiz Luiz³⁶:

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

³⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 44.

O Código Penal de 1940, - cuja parte especial está ainda em vigor, - foi acrescido por uma séria vultuosa de leis que preveem novos tipos penais, em sua maioria totalmente desnecessários e em desacordo com reais injunções, e outros elaborados de modo a comprometer a seriedade da nossa legislação penal, chegando em alguns casos a conotações paradoxais e hilariantes.

Diante disso, para que a intervenção penal tenha alcance prático e eficaz é importante que sua atuação seja necessária e aplicada somente como medida extrema e suficiente para justificar tal ação por parte do Estado, parafraseando o professor Cezar Roberto Bitencourt³⁷ “antes de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social”.

1.2.1.4 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Historicamente o princípio da humanidade decorre dos ideais iluministas que eclodiram nos séculos XVII e XVIII, isto porque antes deste período o direito penal tinha um caráter eminentemente punitivo. Os preceitos do movimento iluminista influenciaram o direito penal moderno asseverando que penas degradantes fossem abolidas do ordenamento jurídico penal em respeito à dignidade da pessoa humana. Sob esta perspectiva, Luiz Luiz³⁸, afirma:

A consagração do princípio da humanidade no direito penal moderno, deve-se ao grande movimento de ideias que dominou o século XVII e XVIII, conhecido como iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogam a transformação do Estado partindo de duas ideias fundamentais. De um lado a afirmação da existência de direitos inerentes a condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes.

Durante o período iluminista, as manifestações mais constantes eram por mudanças profundas no ordenamento jurídico e a humanização da pena abolindo penas corporais severas e de morte, o que culminou na adoção de acordos internacionais para a proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Luiz Regis Prado³⁹:

Em um Estado de Direito democrático vedam-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.

³⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 46.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 142.

dignidade humana (v.g., tratamento desumano ou degradante). Assim, estabelecem a Declaração dos Direitos do Homem (1948): “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. III), e ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. V)”⁴⁰; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966): “ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas” (art. 7); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) define e pune a tortura (arts. 1 e 4), entre outras.

No Brasil, o princípio da humanidade não está expressamente previsto na Carta Magna, contudo, ao realizar uma interpretação sistemática é perceptível que ela o consagra, conforme demonstra Luiz Luizi⁴⁰:

A nossa Constituição Federal de 1988 consagrou em diversos dispositivos o princípio da humanidade. No inciso XLIX do art. 5º está disposto que é “assegurado aos presos o respeito, à integridade física e moral”; E no inciso seguinte está previsto que “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Mas onde o princípio em causa assume relevância é no inciso XLVII do mencionado artigo 5º onde se ordena que não haverá penas: a) de morte salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

O princípio da humanidade está fortemente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana onde encontra fundamento constitucional; nesse contexto, preleciona Luiz Regis Prado⁴¹:

É justamente na dignidade da pessoa humana que radica o fundamento material do princípio da humanidade, visto que constitui “o último e fundamental limite material à atividade punitiva do Estado”. [...]. Apresenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade. A Constituição estabelece como fundamento do Estado de Direito democrático a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), dispondo, ainda, expressamente, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI, CF); [...]

O princípio da humanidade constitui orientação legislativa com objetivo de impedir que penas severas e degradantes voltem a integrar nosso ordenamento jurídico, como ocorreu na história recente do nosso país, que durante o golpe militar de 1964 suspendeu

⁴⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 47.

⁴¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 143.

direitos e aplacou garantias constitucionais. Na análise do professor Marcelo Ridenti⁴², da Unicamp:

Especialmente para as classes dominantes, houve legados positivos: crescimento econômico e enorme concentração de riquezas, com a manutenção da ordem social e econômica estabelecida. Os trabalhadores e a maioria da sociedade usufruíram apenas marginalmente daquele progresso, pois tiveram de enfrentar o arrocho salarial, o aumento das desigualdades sociais, a repressão aos opositores do regime, a restrição aos direitos e liberdades democráticas, a militarização das polícias que segue até hoje, a imposição de decretos-lei (origem das atuais medidas provisórias) etc.

O regime de exceção implantado pelo Golpe Militar de 1964 demonstra o papel fundamental que desempenha o princípio da humanidade para proibir penas cruéis e degradantes, nesse cenário, como bem aduz Luiz Luiz⁴³ “todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade”.

1.2.1.5 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE

O princípio da pessoalidade, explicitamente elencado na Constituição Federal de 1988, traz em seu artigo 5º, inciso XLV, a seguinte determinação: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Depreende-se desse dispositivo que a sanção penal não pode se atingir outras pessoas que não tiveram participação no crime, entendimento que segue Luiz Luiz⁴⁴ ao afirmar que:

É princípio pacífico do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado. Praticamente todas as nossas Constituições está disposto que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. [...] Ao contrário do período pré-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco.

Luiz Vicente Cernichiaro⁴⁵ insere o princípio da pessoalidade de no princípio da responsabilidade pessoal, afirmando que a constituição pátria incluiu responsabilidade própria

⁴² DECCA, Edgar De, et al. Quatro visões do golpe. **Jornal da Unicamp**, São Paulo, 29 março 2004. Disponível em: http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/marco2004/ju246pag10.html. Acesso em: 25/10/2015.

⁴³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 51.

⁴⁴ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 51.

do Direito Civil, contudo, em que pese seu caráter patrimonial só obriga ao pagamento apenas o condenado, conforme apresenta:

O princípio da responsabilidade penal, portanto, tem significado preciso: somente o delinquente pode sofrer a pena. Daí a veemente redação constitucional – “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. A Constituição de 1988 foi além. Incluiu explicitamente particular resultante da responsabilidade pessoal, própria do Direito Civil. As penas que caracterizam as infrações penais no Brasil consoante a Lei de Introdução ao Código Penal, Dec.-lei 3.914, de 9.12.41, são a reclusão, a detenção e a multa. O princípio, insista-se, abrange tanto as privativas de liberdade como a patrimonial. Só o condenado será submetido a restrições no exercício do seu direito de liberdade. E mais. Somente ele terá obrigação de pagar a multa. A execução penal, portanto, porque se restringe aos estritos limites da condenação, impõe obrigação só ao condenado.

Contudo, ainda que a pena seja aplicada individualmente ao condenado não se pode olvidar das consequências sociais que acarretam, dentre elas a questão do possível comprometimento da subsistência da família do apenado. Como forma de abrandar parte dessas consequências decorrentes da aplicação da sanção penal a lei de execuções penais prevê algumas situações visando a amparar as famílias do condenado para evitar que determinados fatos prejudiquem ainda mais a instituição familiar, como no triste caso trazido por Luiz Luiz⁴⁶:

Não se ignora, - conforme lembra J. Frederico Marques, - que a pena pode causar danos e sofrimentos a terceiros. É exemplo desta situação, - referido por G. Battaglini – o caso da esposa, que por condenado e preso seu marido e chefe de família, e não tendo conseguido emprego, viu-se obrigada a prostituir-se para garantir a subsistência própria e dos filhos. Para obviar casos iguais e similares ao aludido as legislações vem prevendo a criação de instituições aptas a prestar assistência a família do sentenciado, e mesmo das vítimas do delito. Na Itália, o chamado ordenamento penitenciário torna obrigatória a assistência da família do sentenciado. Entre nós a Lei nº 7210 de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal) prevê em seu artigo 22, XVI incumbir ao serviço social “orientar e amparar, quando necessário, à família do internado e da vítima”. E no artigo 29, parágrafo 1º letra “b” ordena que o produto da remuneração do trabalho do preso deverá atender, dentre outros objetivos, “a assistência a família”.

O princípio da pessoalidade é uma garantia constitucional arduamente conquistada, embora a sanção penal ainda atinja indiretamente as pessoas que convivam com o condenado, não se pode esquecer da importância que representa tal postulado como garantia constitucional.

1.2.1.6 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

⁴⁵ CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. Direito penal na constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 73.

⁴⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 51.

É postulado previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XLVI: “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”.

No entendimento de Luiz Luiz⁴⁷ a individualização da pena é um processo que se desenvolve em três momentos complementares. O legislativo:

Na primeira etapa através da lei, - que fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. Não se trata de penas com quantitativos certos e fixos. Também prevê as espécies de pena e muitas vezes as prevê de forma alternativa, e mesmo, em outras ocasiões, dispõe a sua aplicação cumulada. Em outros textos normativos viabiliza as substituições da pena, geralmente as mais graves por espécies mais atenuadas. Todavia a lei penal não se limita as previsões normativas mencionadas mas, também, fixa regras que vão permitir as ulteriores individualizações. Assim ao estabelecer as regras que o juiz deve obedecer para chegar, em cada caso, considerando suas peculiaridades, a fixação da pena definitiva e concreta. Como é, ainda, na lei que se hão de encontrar as diretrizes balizadoras da execução as sanções penais.

No segundo momento da individualização da pena tem-se o judicial:

[...] Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução. A individualização judiciária, embora as regras que a devem orientar estejam na lei, enseja ao Juiz uma indiscutível descriconariedade. [*sic*] No Código vigente as regras básicas que presidem a individualização judiciária se encontram no artigo 59 da nova parte geral do Código Penal. Neste texto legal, como ocorria com a legislação revogada, e ocorre, em parte, no artigo 133 do Código Rocco, está disposto que ao Juiz cabe escolher a pena aplicável, sua quantidade, o regime de execução, e a possível substituição da pena “atendendo à culpabilidade, seus antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias e o comportamento da vítima” tendo presente “o necessário e o suficiente para a repressão e prevenção do crime”. O juiz, pois, nos limites que a lei impõe realiza uma tarefa de ajustamento da resposta penal em função não só das circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado, e, também, do comportamento da vítima. Trata-se de missão em que o aplicador da lei tem, sem dúvidas, uma área significativa de descriconariedade. [*sic*] O Código Penal italiano enfatiza este aspecto da individualização judiciária da sanção penal, prevendo no seu artigo 132 que “nos limites fixados pela lei, o Juiz aplica a lei discricionariamente” e no artigo 133 fixa as regras em função, e dentro das quais, deve exercer o poder discricionário referido no artigo que o antecede. [...] É de se entender que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma “descriconariedade [*sic*] juridicamente vinculada”. O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles o Juiz pode fazer as opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atento as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina. Todavia é forçoso reconhecer estar habitualmente presente nesta atividade do julgador um coeficiente criador, e mesmo irracional, em que, inclusive

⁴⁷ LUIZI, idem, ibidem, p. 52.

inconscientemente, se projetam a personalidade e as concepções da vida e do mundo do Juiz. [...]”⁴⁸

A terceira e última fase de individualização da sanção penal é o executório ou administrativo:

Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução. “Aí”, - como observa Aníbal Bruno, - é que a sanção penal, “começa verdadeiramente a atuar sobre o delinquente, que se mostrou insensível a ameaça contida na cominação”. Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais. Relativamente a esta forma de individualização existe na Constituição de 1988 uma série de preceitos explícitos que dispõe sobre a sua ordenação. Assim no inciso XLIX do artigo 5º se diz ser “assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral”. No inciso XLVIII do referido artigo 5º se determina que o cumprimento da pena se dará em estabelecimentos distintos atendendo “a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” e no inciso L do mencionado artigo 5º se garante às presidiárias “condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal a sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa. Nos quadros da nossa orientação constitucional e ordinária pode se entender ter prevalecido o que se poderá chamar de “polifuncionalidade” da sanção penal, ou seja, uma concepção eclética em que se integram as instâncias retributivas [*sic*] e as da reinserção social.⁴⁹

Diversos são os princípios que vinculam a pena no ordenamento brasileiro, Luiz Vicente Cernichiaro⁵⁰ aduz que ao lado do princípio da reserva legal, do princípio da irretroatividade da lei penal e do princípio da responsabilidade penal outros existem diretamente relacionados com a substância e a finalidade da pena, qual sejam, o princípio humanitário e o princípio do interesse público.

No Direito Penal brasileiro há três penas privativas de liberdade: reclusão, detenção e prisão simples, contudo, é a prestação social alternativa que busca contornar as consequências negativas das penas privativas de liberdade impostas ao sentenciado, neste sentido, ao tratar do princípio humanitário, Luiz Vicente Cernichiaro⁵¹ preleciona:

⁴⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 52-53

⁴⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 52-53.

⁵⁰ CERNICHARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 102.

⁵¹ Id. *Ibid.*, p. 103.

A prestação social alternativa acompanha os movimentos universais que buscam contornar as consequências negativas da pena privativa de liberdade. A experiência demonstra, ninguém duvida, o presídio é a escola da indisciplina, da deformação de caráter, não exerce nenhum efeito educativo, deseduca, amplia a desadaptação social. Elaboram-se medidas substitutivas para que a pena conserve o conteúdo jurídico e moral de resposta ao delinquente, sem afastá-lo, porém, de sua convivência. Não se aprende a viver em sociedade impedido de frequentá-la. Aí reside o grande dilema, drama mesmo, da pena. Infelizmente, ainda não se concebeu medida que não fosse a supressiva do direito de liberdade relativamente a certas pessoas que revelam, com sua conduta, inexistência do mínimo de condições para, em liberdade, não agredir o semelhante, consentindo que este viva com tranquilidade e segurança.

Com relação ao princípio do interesse público Luiz Vicente Cernichiaro⁵² reafirma seu entendimento no sentido de assegurar a finalidade social da aplicação da sanção penal:

O monopólio do Estado de punir o delinquente não pretende apenas conter a resposta pelas próprias mãos, afastar o ofendido do ofensor. O sentido é mais elevado. Confere à pena o significado de instituto do Direito Público, fazendo sobrepassar o interesse público ao sentimento de vingança da vítima. Esse degrau, na evolução histórica, é a pena só ganhar legitimidade e revestir de legalidade quando útil à sociedade. Aqui, surge o momento de investigar a finalidade da pena. Evidentemente, nos parâmetros da Constituição. Nenhuma pena pode afrontar a dignidade da pessoa humana. Aí está a primeira limitação ao trabalho do legislador. O valor consagrado impede ainda qualquer pena, sem interesse público, afetar o patrimônio moral do condenado. Ganham o resguardo da Constituição as sanções que sejam úteis à sociedade. É lógico, penas há que constroem a pessoa. Todavia, só poderão acarretar essa consequência se intrínsecas ao cumprimento da pena mesma. Ao contrário, encontram repulsa, cã o a finalidade seja estigmatizar o condenado.

Com a edição da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a chamada lei de crimes hediondos, instituiu-se o regime integralmente fechado no ordenamento jurídico pátrio; à época, o STF entendeu pela constitucionalidade do referido regime indo de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, provocando indignação de renomados juristas, contudo, recentemente, discutindo a questão o STF alterou seu posicionamento sob clara observância do princípio violado, conforme bem expõe Ricardo Augusto Schmitt⁵³:

Passando algum tempo, para nossa alegria, o Plenário do STF, discutindo a matéria, em decisão inédita, por seis votos a cinco, (HC nº 82.959-7, no qual foi relator o Min. Marco Aurélio), alterou seu entendimento ao reconhecer a inconstitucionalidade da proibição a progressão de regime aos crimes hediondos e equiparados, por entender que a etapa (fase) de execução também integra o princípio individualizador da pena, ou, nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence, “de nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução.” [...] Rendemos aplausos a decisão enfocada, por anunciar novos tempos em nosso Tribunal Constitucional, o qual cumpriu sua tarefa de guardião dos

⁵² Id. Ibid., p. 104.

⁵³ SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios penais constitucionais**. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 544.

princípios (garantias) constitucionais. Com isso, atualmente, os Tribunais Superiores (STJ e STF) vem reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90 [...].

De forma concisa, pode-se dizer que o princípio da individualização da pena assegura que a sanção penal seja aplicada àquela pessoa individualmente considerada de acordo com sua personalidade e observando-se a proporcionalidade entre a gravidade do crime e gravidade da pena que deve ser cumprida ao amparo das garantias constitucionais em respeito à dignidade do condenado e à finalidade da pena e não em função dos anseios sociais de punição, a exemplo do ocorrido com a lei dos crimes hediondos.

1.2.1.7 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal estabelece que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" decorre do princípio do devido processo legal e consagra-se como um dos mais importantes no Estado Democrático de Direito na garantia da tutela da liberdade individual.

A situação de condenado estabelecida somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória visa a resguardar a integridade física e moral do acusado de forma a evitar a aplicação antecipada da sanção penal sem que o processo tenha sido finalizado, permitindo que o contraditório e a defesa plena sejam efetivamente exercidos.

Contudo, torna-se necessário fazer a distinção entre a sanção penal e a prisão cautelar, conforme demonstra Luiz Vicente Cernichiaro⁵⁴:

A sanção penal tem por pressuposto sentença condenatória transitada em julgado. A prisão cautelar é instituto no Direito Processual Penal. Assenta-se em princípios próprios, distintos dos que orientam o Direito Penal. Firma-se como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 313). A Constituição lhe dá respaldo. Art. 5º, LXI: Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Art. 5º, LXII: A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

⁵⁴ CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 93.

Em se tratando de institutos excepcionais que agridem o direito de liberdade, a própria Lei Magna acrescenta: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade competente (art. 5º, LXV) e ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI).

A prisão cautelar, não implica em afastar o princípio da presunção da inocência, demonstrada a sua necessidade, e observados os preceitos constitucionais, a medida constritiva cautelar torna-se legítima, como observa Alexandre de Moraes⁵⁵:

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado.

Antonio Scarance Fernandes⁵⁶, realçando o caráter de excepcionalidade da prisão cautelar e a aplicação do princípio da presunção de inocência ainda que o acusado esteja preso, assevera que:

O raciocínio agora deve ser outro. A regra deve ser a de que o acusado, presumido inocente, fique em liberdade durante o processo, só se admitindo a prisão em situações excepcionais. Assim, se antes a regra devia ser a permanência do acusado em custódia provisória, hoje, em razão da presunção inicial da inocência, a regra deve ser a liberdade, que será cerceada em maior ou menor grau em consonância com critérios expressamente definidos pelo legislador, e em hipóteses taxativamente previstas. Tanto o preso como o solto devem, em princípio, ser vistos como inocentes.[...]. A opção extrema é manter a prisão, substituindo a prisão em flagrante pela prisão preventiva, desde, é óbvio, que presentes os requisitos legais que a autorizem. Pode, todavia, substituir a prisão em flagrante por outra medida cautelar, ficando o réu sujeito a determinados compromissos, resultando para ele maiores ou menores restrições. Com pequenas diferenças, é o sistema seguido por legislações recentes da Alemanha, Portugal e Itália. Tem havido nos textos legais maior rigor quanto a determinados crimes, objetivando-se que o acusado permaneça geralmente preso durante o processo. São, contudo, exceções.

Já em relação as modalidades de prisão cautelar é imprescindível que sejam observados os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* sob pena de tornar-se medida arbitrária e revestida de ilegalidade, conforme asseveram Nestor Távora e Alex Sampaio⁵⁷:

⁵⁵ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 103.

⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.324.

⁵⁷ In SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios penais constitucionais**. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 185.

São contempladas cinco modalidades de prisão cautelar, quais sejam: flagrante, preventiva, temporária, “decorrente” de pronúncia e “decorrente” de sentença condenatória recorrível. Assim, como toda e qualquer medida cautelar, e não podia ser diferente, a cautelaridade prisional também está a exigir a fumaça do bom direito e o perigo da demora não só para a decretação da prisão, mas acima de tudo, para sua manutenção.

Diga-se com isso que, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são o sustentáculo para a decretação e para a vitalidade da prisão cautelar. Em desaparecendo, é sinal de prisão ou é ilegal, e por isso merece ser relaxada, ou então de que é cabível a revogação ou a concessão da liberdade provisória.

O princípio da presunção de inocência, preceito garantidor das liberdades individuais encontra amparo não só na esfera nacional, mas também em âmbito internacional devido aos tratados e convenções internacionais em que o Brasil é signatário, ainda que tenha alterado a redação presentes nos diplomas internacionais, como pontuam Nestor Távora e Alex Sampaio⁵⁸:

Ao agasalhar o princípio no texto da nossa constituição vigente, os constituintes deram-lhe redação diversa daquelas assentadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1987, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10/12/1948, no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 16/12/1966 e, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22/11/1969. A redação adotada despertou, de pronto, manifestações dos nossos doutrinadores, com vistas a esclarecer e delimitar o alcance que o legislador quis dar ao princípio em nosso ordenamento jurídico [...] Do exposto, entendemos que a redação do inc. LVII, do art. 5º, da nossa Carta Maior, não macula o *status* atribuído ao Princípio da Presunção da Inocência, pois emanou dos ideais de um momento da nossa história que buscou, sem menosprezar garantias para a segurança social, assegurar máxima garantia às liberdades, que vinham severamente desrespeitadas no governo anterior de feições autoritárias e inquisitórias.

A Carta Magna ao consagrar o princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade assegura que o Estado não aja arbitrariamente restringindo a liberdade individual com base em meras suposições. Constitui garantia que traduz limitação constitucional ao poder do Estado em tema de persecução penal, que deve ser realizada prezando-se pela observância incondicional dos contornos basilares constitucionais das garantias individuais para que a sanção penal seja aplicada somente quando houver trânsito em julgado da sentença condenatória, o que salienta o apreço que a Constituição atribui ao direito da liberdade pessoal.

1.2.1.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

⁵⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios penais constitucionais**. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 182.

O princípio da proporcionalidade não está explicitamente previsto na Carta Magna, seu reconhecimento advém da análise sistemática de determinados dispositivos constitucionais que visam a reduzir toda e qualquer intervenção jurídico-penal exacerbada do Estado na proteção de bens jurídicos tutelados. Ainda que não explícito na Constituição brasileira tal postulado consagrado na ordem constitucional deve ser considerado os Direitos Fundamentais sofrerem ameaça de lesão, não como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, envolvendo a união de três fatores essenciais, como afirma Cezar Roberto Bitencourt⁵⁹:

[...] Conjugam-se a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “*stricto sensu*”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais.

No entanto, Sebastian Borges de Albuquerque Mello⁶⁰, citando Alexy: apresenta o princípio da proporcionalidade sob três dimensões: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, em relação a primeira:

A proporcionalidade/necessidade exige que, na realização do fim ou interesse público, seja adotada a medida que tenha a menor ingerência possível nos Direitos Fundamentais. Desta forma, se o Estado possui dois meios igualmente eficazes para a obtenção de um determinado fim, o cidadão possui dois meios igualmente eficazes para a obtenção de um determinado fim, o cidadão tem direito de exigir do Estado aquele que não vulnera seus Direitos Fundamentais. E se, para realização de um interesse público, só estão presentes dois meios que vulneram Direitos Fundamentais, deve-se proporcionar ao cidadão a menor desvantagem possível, isto é, à escolha do meio menos gravoso. Desta maneira, deve-se exigir a prova de que para obtenção de determinado fins, não era possível adotar outro meio menos gravoso pra [sic] o cidadão.

A segunda dimensão trata da adequação:

A dimensão da adequação demanda a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto e ajustado aos fins que justificam sua adoção. Em outras palavras, busca a proporcionalidade/adequação conformar os meios de acordo como os fins almejados pelo Estado. Deste modo, se um meio não é adequado para a realização de um interesse público, e esse meio afeta a realização de algum dos Direitos Fundamentais, então, este meio está vedado porque não otimiza nenhum direito fundamental.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

⁶⁰ In SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios penais constitucionais**. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 205.

A terceira dimensão refere-se a da proporcionalidade em sentido estrito:

Por fim, quando se trata de proporcionalidade em sentido estrito, trata-se, na expressão de Alexy, de um mandado de ponderação. Isto significa que se uma norma de direito fundamental (com caráter de princípio) entra em colisão com outro princípio em sentido oposto, é preciso sopesar os interesses em conflito, para que se busque a medida mais adequada possível, para que os meios não sejam excessivamente desproporcionais em relação ao fim. O referido princípio serve para estabelecer o equilíbrio de interesses contrapostos, tendo base a linha do menor prejuízo possível. Isso significa, grosso modo, que se busca a justa medida na relação entre os homens entre si e das coisas submetidas à sua disposição.

Em relação à atuação do princípio da proporcionalidade, Antonio Scarance Fernandes⁶¹ pontua que, há dois pressupostos essenciais: um formal e outro material:

A doutrina aponta pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade: um, formal, o da legalidade, e outro, material, o da justificação teleológica. Em virtude do princípio da legalidade, estendido ao direito processual penal, não poderia a restrição a direito individual ser admitida sem prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita. Do pressuposto da justificação teleológica, decorre que a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional.

As características do princípio da proporcionalidade têm reflexo direto no Direito Penal tendo em vista que é o ramo do direito que tutela os bens jurídicos mais relevantes do ordenamento jurídico, representando limitações à atuação estatal na liberdade individual.

Tal princípio toma contornos dos mais importantes porque é justamente no Direito Penal que o Estado excede seu poder/dever de tutelar bens jurídicos, relativo aos Direitos Fundamentais, decorrendo daí sua importância como um dos mais relevantes postulados na limitação da intervenção estatal que conjugados com os da razoabilidade, intervenção mínima e culpabilidade constituem-se em preceitos constitucionais efetivos na preservação dos direitos individuais.

1.2.1.9 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O princípio da ofensividade parte da premissa de que não há crime sem ofensa, assim como o ordenamento jurídico orienta-se por esta premissa, ainda que não seja expressamente previsto na Constituição Federal, não há como deixar de se considerar sua

⁶¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

consagração em âmbito constitucional. Corroborando com esse entendimento, Luiz Flávio Gomes⁶² expõe:

Em que pese a inexistência de uma expressa previsão, constitucional ou legal, do princípio da ofensividade, não é reduzida a corrente doutrinária que o considera implicitamente consagrado nas ordens jurídicas acima mencionadas. Daí sua irrefutável relevância e eficácia vinculante não só âmbito político-criminal, senão também e principalmente em sede de hermenêutica e de aplicação do Direito penal aos casos concretos.

Com base no princípio da ofensividade uma conduta só será considerada como ilícito penal se consistir em lesão concreta a bem jurídico, caso contrário não haverá crime. O Direito Penal tem por finalidade proteger bens jurídicos constitucionalmente considerados, num Estado Democrático de Direito não se pode conceber a punição de fatos que não causem dano a bem jurídico, como bem salienta Cezar Roberto Bitencourt⁶³:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

Em virtude do princípio da ofensividade, os crimes de perigo abstrato estariam vedados no Direito Penal porque não havendo resultado concreto incorreriam em inegável inconstitucionalidade, pois não se pode impor restrição de direitos fundamentais básicos como a liberdade ou o patrimônio sem que seja para proteger materialmente ofensas a outros direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, Luiz Flávio Gomes⁶⁴ afirma:

O resultado jurídico deve ser, em primeiro lugar, real ou concreto, ou seja, o Direito penal da ofensividade não se coaduna como o perigo abstrato. Aliás, em virtude do princípio da ofensividade, pode-se enfatizar que o perigo abstrato é totalmente incompatível com o Direito Penal do *ius libertatis*. Porte de arma de fogo quebrada ou desmuniada: para quem não considera o princípio da ofensividade, há crime. Essa concepção, entretanto, segundo nosso ponto de vista, é inconstitucional, porque não se pode restringir direitos fundamentais básicos como a liberdade ou o patrimônio sem que seja para tutelar concretas ofensas a outros direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade).

⁶² In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios penais constitucionais**. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 39.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27.

⁶⁴ In SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios penais constitucionais**. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 46.

Portanto, percebe-se que o princípio da ofensividade orienta tanto o Poder Legislativo na criação de normas penais, como o Poder Judiciário durante o processo interpretativo, aduz Cezar Roberto Bitencourt⁶⁵:

O princípio da ofensividade tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.

É perceptível que o princípio da ofensividade mantém estreita relação com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, mas com este não se confunde, como bem esclarece Cezar Roberto Bitencourt⁶⁶:

Por fim, o princípio da ofensividade não se confunde com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, segundo o qual não compete ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos, como *ultima ratio*, ao Direito Penal se reserva somente a proteção de bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento da coletividade. A diferença entre ambos pode ser resumida no seguinte: no princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, há uma séria limitação aos interesses que podem receber a tutela do Direito Penal; no princípio da ofensividade, somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano.

Resta evidente que infração penal não é só conduta, é necessária a configuração do resultado jurídico que efetivamente cause lesão ou potencial lesão a bem jurídico, que é na realidade a função teleológica do princípio da ofensividade.

1.2.1.10 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal de caráter nitidamente processual consagrado Constituição Federal de 1988 ao estabelecer em seu artigo 5º, inciso LIV, que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e no artigo 5º, LV, que dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Esses, dentre outros dispositivos constitucionais, traçam diretrizes que vão nortear

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29.

e vincular o Direito Processual com o Direito Constitucional, como bem salienta Márcia Dometila Lima de Carvalho⁶⁷: “A verdade é que o Direito Processual Penal nada mais [*sic*] que Direito Constitucional aplicado, sismógrafo ou espelho da realidade constitucional”.

Assim, dado seu caráter abrangente no ordenamento jurídico o princípio do devido processo legal se relaciona com vários outros dispositivos constitucionais, conforme ressalta Márcia Dometila Lima de Carvalho⁶⁸:

Na realidade, o princípio é de compreensão bastante ampla, dele se deduzindo vários outros princípios ou regras de caráter processual penal. Não se pode olvidar, inclusive, que o princípio básico do Direito e Processo Penal, o princípio da legalidade, expresso na consagrada fórmula: *nullum crimen, nulla poena sine lege* é, nada mais, nada menos, do que um desenvolvimento do princípio do devido processo legal.

Destarte, em se tratando de princípio constitucional e com reflexos diretos no diploma instrumental que o legitima e fundamenta pode-se inferir que tal princípio vai deduzir outros de caráter processual, nessa linha de pensamento, merece novamente ser destacada a anotação de Márcia Dometila Lima de Carvalho⁶⁹:

Este super-princípio, desdobrado em princípios processuais como o do juiz natural (inciso LIII do artigo 5º da CF), o da publicidade das audiências (inciso LX, artigo 5º da CF), o da presunção [*sic*] da inocência (inciso LVII do artigo 5º da CF), do qual decorrem outros princípios processuais como o do *in dubio pro reu*, o do contraditório e o da ampla defesa, transformam o processo penal em verdadeira garantia de liberdade, vinculando a relação e assegurando, às partes, os respectivos processo e jurisdição.

O princípio do devido processo legal constitui-se como um dos mais consagrados postulados do ordenamento jurídico porque é justamente no processo que os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna e demais diplomas legais vão ser exercidos e se materializar no mundo fenomênico para produzir seus efeitos concretos e imediatos na vida das pessoas. Não podemos deixar de observar seus preceitos sob pena de cometer, invariavelmente, injustiças ou promover a impunidade, verdadeiras chagas do mundo contemporâneo.

⁶⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 77.

⁶⁸ Id. *Ibid.*, p. 78.

⁶⁹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 78.

CAPÍTULO 2. ANÁLISE DA LEI Nº 11.343/2006

2.1 EXPLICAÇÕES CONCEITUAIS SOBRE SIGNIFICADO DE DROGAS E SUA POSIÇÃO NA HISTÓRIA

De acordo com Orth⁷⁰ e Ferreira e Martini⁷¹, a história do uso de drogas é tão antiga quanto a própria história da humanidade, estando entre os homens desde o início dos tempos, cuja relação é permeada pelas mais diversas áreas, como a medicina, a ciência e, principalmente, muito ligada à religião, à cultura e ao lazer.

As plantas podem ser usadas para curar, como também para provocar efeitos alucinógenos. Martinho⁷² conta que essas plantas eram muito usadas nas culturas grega e romana, quando do acontecimento dos rituais religiosos, mas também eram uma prática social, principalmente em festas, bodas, triunfos, vitórias, datas expressivas, jogos e todo tipo de manifestação de confraternização. A propagação do uso dessas substâncias ocorreu por causa das conquistas sobre outras nações por esses povos, pois o povo dominado adquiria os costumes e crenças do dominador.

Uma dessas plantas é a cocaína, citada por Ferreira e Martini⁷³, cujo uso remonta às civilizações pré-colombianas dos Andes que, cerca de 4500 anos atrás, já conheciam e utilizavam a folha extraída da planta *Erythroxylon coca* ou coca boliviana, cujos dados foram comprovados pelas escavações arqueológicas do Peru e da Bolívia.

Ferreira e Martini (2001) afirmam que o nome 'coca' procede de uma palavra aimará, "khoka", cujo significado seria "a árvore". Para os incas, a planta era sagrada, um

⁷⁰ ORTH, Anaídes Pimentel da Silva. **A dependência química e o funcionamento familiar à luz do pensamento sistêmico**. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Florianópolis-SC: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. Disponível em: <www.ufsc.br>. Acesso em 25/10/2015.

⁷¹ FERREIRA, Pedro Eugênio M.; MARTINI, Rodrigo K. *Cocaína: lendas, história e abuso*. **Rev. Bras. Psiquiatr.** [online]. 2001, vol. 23, n. 2 Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 25/10/2015.

⁷² MARTINHO, M. **Lésbicas e fumo**. 2010. Disponível em <http://www.umoutroolhar.com.br/saude_fumo.htm>, acessado em 25/10/2015.

⁷³ FERREIRA, Pedro Eugênio M.; MARTINI, Rodrigo K. *Cocaína: lendas, história e abuso*. **Rev. Bras. Psiquiatr.** [online]. 2001, vol. 23, n. 2 Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 25/10/2015.

presente do Deus Sol, relacionada à lenda de Manco Capac, o filho do sol, que desceu do céu sobre as águas do lago Titicaca para ensinar aos homens as artes, a agricultura e para presentear-lhes com a coca. Até a chegada dos espanhóis à América, seu uso era privilégio da nobreza Inca. No Brasil colonial, porém, o consumo entre os índios se popularizou, apesar da oposição da igreja católica.

No Norte do Brasil, a cocaína também é chamada de epadu. Muitas tribos da Bacia Amazônica, na região fronteira entre Venezuela, Colômbia e Brasil, ainda nos dias atuais mascam o "epadu" ou "ipadu" como forma de preparo das folhas torradas de coca misturadas com elementos alcalinos, transformadas em pó e agrupadas em pequenas bolinhas. Os homens e as mulheres mais idosos, principalmente da tribo dos Tucanos, ingerem o pó, várias vezes ao dia, utilizando colheres de osso. Além do valor nutritivo, esses indígenas buscam o bem-estar e a ação euforizante que fazem parte de seus cotidianos. Esse uso está intimamente integrado à cosmovisão dessas tribos.⁷⁴

O uso de bebidas alcoólicas também é citado por Orth⁷⁵, como sendo ancestral e faz parte da história do uso de substâncias pelo homem, podendo-se encontrar na Bíblia relatos da embriaguez de Noé, assim como outras situações onde o álcool era responsável por pecados, como o homicídio.

Martinho⁷⁶ destaca que, no período medieval, durante a ascensão e poder da Igreja, muitas pessoas por conhecerem os efeitos psicoativos de plantas foram mortas ou silenciadas pela inquisição, para não colocar em risco o poder dominante da época.

De acordo com Orth⁷⁷, a partir do estabelecimento do cristianismo, o uso de plantas alucinógenas foi condenado. As drogas passaram a ser condenadas, tanto nos rituais mágicos e religiosos, como também no uso terapêutico, pois o sofrimento era tido como uma forma de aproximação de Deus.

⁷⁴ FERREIRA, Pedro Eugênio M.; MARTINI, Rodrigo K. *Cocaína: lendas, história e abuso*. **Rev. Bras. Psiquiatr.** [online]. 2001, vol. 23, n. 2 Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 25/10/2015.

⁷⁵ ORTH, Anaídes Pimentel da Silva. **A dependência química e o funcionamento familiar à luz do pensamento sistêmico**. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Florianópolis-SC: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. Disponível em: <www.ufsc.br>. Acesso em 25/10/2015.

⁷⁶ MARTINHO, M. **Lésbicas e fumo**. 2010. Disponível em <http://www.umoutoolhar.com.br/saude_fumo.htm>, acessado em 25/10/2015.

⁷⁷ ORTH, Anaídes Pimentel da Silva. **A dependência química e o funcionamento familiar à luz do pensamento sistêmico**. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Florianópolis-SC: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. Disponível em: <www.ufsc.br>. Acesso em 25/10/2015.

Para Martinho⁷⁸, o uso de substâncias psicoativas no período medieval, com exceção do álcool, era restrito e combatido. Inicialmente algumas drogas, que provocavam diferentes tipos de embriaguez e alteravam o modo de percepção, eram utilizadas em rituais mágicos religiosos com o objetivo de aproximar o homem do paraíso. O uso dentro deste contexto estava associado ao objetivo religioso.

Porém, Orth⁷⁹ relata que o Islamismo aceitava o uso de drogas, sendo que a bebida alcoólica era a única proibida por Maomé; o ópio e o cânhamo eram muito utilizados como analgésico e calmante, assim como também para fins eutanásicos. O ópio, de acordo com a autora supracitada, é uma substância extraída da papoula e usada como narcótico. Outra planta bastante utilizada foi o cânhamo da qual também se origina a *Cannabis*, erva proveniente da Ásia, surgida por volta de 4.000 a. C., usada com objetivos tanto terapêuticos quanto para facilitar a meditação.

Ferreira e Martini⁸⁰ contam que os primeiros relatos europeus sobre esse vegetal são de autoria de Américo Vespúcio (1499), publicados em 1507, nos quais descreve a coca sendo mastigada com cinzas. No final do século XVI, a coca foi introduzida na Espanha pelos conquistadores para fins medicinais e como suposto afrodisíaco, porém seu uso não se difundiu nessa época.

Orth⁸¹ comenta que a cocaína, por possuir propriedades estimulantes, teve seu consumo expandido rapidamente, inclusive para fins terapêuticos. Freud chegou a escrever artigos indicando seu uso em múltiplas manifestações psiquiátricas, perturbações digestivas e anemias, entre outras patologias.

Ferreira e Martini⁸² contam que em 1884, Karl Koller descobriu que o olho humano tornava-se insensível à dor com o uso de cocaína, representando o primeiro passo para a anestesia local. Em 1898, foi descoberta a fórmula exata da estrutura química da

⁷⁸ ORTH, Anaídes Pimentel da Silva. **A dependência química e o funcionamento familiar à luz do pensamento sistêmico**. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Florianópolis-SC: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. Disponível em: <www.ufsc.br>. Acesso em 25/10/2015.

⁷⁹ Idem, ibidem.

⁸⁰ FERREIRA, Pedro Eugênio M.; MARTINI, Rodrigo K. *Cocaína: lendas, história e abuso*. **Rev. Bras. Psiquiatr.** [online]. 2001, vol. 23, n. 2 Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 25/10/2015.

⁸¹ ORTH, Anaídes Pimentel da Silva. **A dependência química e o funcionamento familiar à luz do pensamento sistêmico**. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Florianópolis-SC: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. Disponível em: <www.ufsc.br>. Acesso em 25/10/2015.

⁸² FERREIRA, Pedro Eugênio M.; MARTINI, Rodrigo K. *Cocaína: lendas, história e abuso*. **Rev. Bras. Psiquiatr.** [online]. 2001, vol. 23, n. 2 Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 25/10/2015.

cocaína. Em 1902, Willstatt (prêmio Nobel) produziu cocaína sintética em laboratório. Sob a forma de cloridrato de cocaína, a cocaína forma um pó branco cristalino. No começo, a cocaína foi considerada um fármaco milagroso e os americanos começaram a prescrevê-la para enfermidades particularmente difíceis de tratar.

De acordo com Ferreira e Martini⁸³, William S Halsted, tido como um dos pais da cirurgia moderna, pesquisou a cocaína por volta de 1880, obtendo sucesso no bloqueio da dor, iniciando a era das cirurgias oculares. Acreditando (incorretamente) que a morfina e a cocaína pudessem substituir uma à outra, Halsted utilizou morfina para tratar sua dependência de cocaína, tornando-se, também, dependente de morfina até o final de sua vida.

Em relação ao tabaco, afirma Orth⁸⁴ que inicialmente, só era usado pelos povos nativos das Américas em cerimônias religiosas e em rituais de passagem. O princípio ativo do tabaco, a nicotina, foi isolado em 1828 e em 1843 começaram a ser desenvolvidas fórmulas farmacêuticas que permitiram a sua produção industrial. Assim como o uso de substâncias é conhecido como fazendo parte da história da humanidade, há muito tempo também são conhecidos os problemas decorrentes desse uso.

2.2 LEGISLAÇÃO SOBRE DROGAS NO BRASIL

A primeira legislação criminal no Brasil que puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada nas Ordenações Filipinas, que tiveram vigência no Brasil de 1603 até 1830, quando entrou em vigor o Código Penal Brasileiro do Império. O texto era o seguinte:

Livro V

Título LXXXIX.

Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda nem outro material venenoso. Nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimao, nem água delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua casa algumas das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar, e seja degredado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios.

1. E os Boticarios as não vendão, nem despendão, se não com Officiaes, que por razão de seus Officios as hão mister, sendo porem Officiaes conhecidos per elles, e

⁸³ Idem, ibidem.

⁸⁴ Idem, ibidem.

taes, de que se presume que as não darão à outras pessoas, E os ditos Officiaes as não darão, nem a venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja, segundo o dano for.

2. E os Boticarios poderão metter em suas mezinhas os ditos materiaes, segundo pelos Médicos, Cirurgiões, e Escriptores for mandada. E fazendo o contrario, ou vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiaes conhecidos, pola primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir. E pela segunda haverão mais qualquer pena, que houvermos por bem.⁸⁵

No Código de 1830 não havia nenhuma menção sobre a proibição do consumo ou comércio de entorpecentes. Desse período até 1890 haviam apenas restrições esparsas em posturas municipais, como a proibição pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro da venda e uso do pito de pango, o cachimbo de barro usado para fumar maconha. O vendedor era multado em 20 000 réis, e os escravos e demais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia.⁸⁶

O Código Penal de 1890 voltou a proibir os entorpecentes, em seu artigo 159, no Título III da Parte Especial (Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública) prevendo como crime: "expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários", com pena de multa.⁸⁷

O aumento do consumo de ópio e haxixe, especialmente pela aristocracia, possibilitou o surgimento de novas Leis Penais e a alteração do art. 159, do então Código Penal de 1890, que sofreu acréscimo de doze parágrafos, acrescentando a prisão à pena de multa. O novo modelo de gestão repressiva foi delineado pelo acréscimo de vários verbos incriminatórios, pela substituição da expressão "substâncias venenosas" pela palavra "entorpecentes", pela previsão da pena de prisão, pela formalização da venda e pela subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública, que encontrou amparo nos Decretos 780/1936 e 2.953/1938, e no modelo internacional de controle por meio do Decreto-Lei 891/1938, editado de acordo com a Convenção de Genebra. Após a promulgação do Código Penal pelo Decreto-Lei nº 2.848/1940, a matéria é revista e alterada, conforme art. 281, dando origem à política proibicionista sistematizada.⁸⁸

⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

⁸⁶ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 25 out. 2015; CARVALHO, idem, *ibidem*, p. 60-61.

⁸⁷ CARVALHO, idem, *ibidem*, p. 60-61.

⁸⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67-68.

A publicação do Decreto-Lei nº 4.720/1942, que dispõe sobre o cultivo, e a publicação da Lei nº 4.451/1964, que traz o art. 281, sobre a ação de plantar, inicia-se a decodificação da legislação sobre drogas, fato que causa o descontrole da sistematização da dogmático-jurídico penal.

Em 10 de fevereiro de 1967, o então Presidente Castello Branco publica o Decreto-Lei 159, instituindo no art. 1º que, à qualquer substância capaz de determinar dependência física ou psíquica, mesmo que não considerada entorpecente, seria aplicada a legislação repressiva sobre drogas. O parágrafo único dava ao Diretor Nacional do Serviço de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Departamento Nacional de Saúde a atribuição de relacionar as substâncias. Em março do ano seguinte, foi editado o Decreto nº 62.391, dispondo sobre a fiscalização em laboratório da produção de substâncias tóxicas e entorpecentes.⁸⁹

Importante alteração trouxe o Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968, que alterou a redação do art. 281 do Código Penal. O entendimento jurisprudencial do STF era que o artigo não abrangia os consumidores, posto que em seu parágrafo 3º previa a punição do induzidor ou o instigador, estando excluído o usuário, visto que bastaria a regra geral do art. 25 (atual art. 29) do Código Penal de 1940 para configurar a co-autoria.⁹⁰

Devido à descriminalização via jurisprudência, o Decreto-lei equiparou a pena do usuário, que "traz consigo para uso próprio", à do traficante, indo contra a orientação internacional, que trazia o discurso de diferenciação. De acordo com Salo de Carvalho, "[...] o Decreto-Lei nº 385 abalou a consciência científica e jurídica da Nação, dividindo juristas, médicos, psiquiatras, psicólogos". Alguns meses depois, o Decreto-Lei 753, de 11 de agosto de 1969, tratou da fiscalização de laboratórios que produzissem ou manipulassem substâncias entorpecentes e equiparadas mostrando preocupação com a distribuição de amostras desses produtos.⁹¹

⁸⁹ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁹⁰ CARVALHO, idem, *ibidem*, p. 68; SILVA, idem, *ibidem*.

⁹¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69; SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 25 out. 2015.

A Lei nº 5.276 de 29 de outubro de 1971, trouxe grande decepção aos juristas, visto que manteve, o art. 281 do Código Penal e a equiparação entre usuário e traficante, mas aumentou a pena para 01 a 06 anos de reclusão. Em seu artigo 1º a Lei convoca a nação para a “guerra santa contra as drogas”, dizendo ser dever de todos “colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”.

Com o advento da Lei 11.343/2006 denominada Lei de Drogas, as Leis 10.409/02 e Lei 6368/76, que tratavam dos crimes pertinentes ao uso ou tráfico de substâncias entorpecentes, foram revogadas, visto que a nova lei trata de forma diferente de todos estes assuntos, antes por elas dispostos.

Cabe, contudo, dispor que a Lei nº 6.368/76 foi o primeiro diploma legal brasileiro a tratar especificamente sobre os crimes relacionados com o tráfico de drogas, acompanhando as orientações dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais. A diferença entre essa última e a Lei nº 5.726/71 é a graduação de penas, mantendo o discurso médico-jurídico, com a diferença tradicional entre consumidor dependente e usuário de traficante, consolidando a visão moralizadora dos estereótipos, o que pode ser visualizado no tratamento dado ao jovem morador da favela e daquele de classe média.⁹² Mas, como desenvolvimento do entendimento científico sobre as drogas e seus efeitos sobre os indivíduos, as disposições desta lei tornaram-se obsoletas, motivo pelo qual foram complementadas por uma nova legislação (10.409/02).

A Lei n. 10.409/02 surgiu no ordenamento pátrio de uma forma bastante confusa, pois, parte da Lei 6.368/76, ainda estava em vigência, e a outra parte era complementada pela lei de 2002 em comento.

Assim sendo, nesta época a Lei 6.368/76 dispunha sobre os crimes e os procedimentos envolvendo os crimes relacionados às substâncias entorpecentes, enquanto a Lei n. 10.409/02 tratava das ações de prevenção, tratamento e erradicação, além dos efeitos da sentença.

A fim de encerrar a confusão que a aplicação dessas duas Leis traz para a efetividade do combate aos crimes de drogas no Brasil, foi criada a Lei 11.343/2006, Lei de Drogas, a qual trouxe novo tratamento jurídico ao tráfico e consumo de drogas, mantendo e

⁹² CARVALHO, idem, *ibidem*, p. 74-75.

reforçando o sistema proibicionista instaurado com a Lei nº 6.368/76. A diferença entre as duas leis são as penas descriminalizadoras, alternativas. A Lei nº 11.343/2006 equipara a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos independentes com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.⁹³

A Lei nº 11.343/2006 trouxe uma descriminalização para o crime de uso de drogas. Para os autores, como Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes, que creem ter havido uma descriminalização, tal entendimento decorre do fato de que as penas elencadas para penalizar o usuário de drogas, a bem da verdade, não têm caráter de sanção penal.

Nesse sentido, explica Gomes⁹⁴:

Em relação ao usuário e/ou dependente de drogas a nova lei de tóxicos, que será sancionada e publicada em breve, não mais prevê a pena de prisão. Isso significa descriminalização, legalização ou despenalização da posse de droga para consumo pessoal? A resposta que prontamente devemos dar reside na primeira alternativa (descriminalização). A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser "crime". De qualquer modo, como veremos em seguida, a conduta descrita continua sendo ilícita (uma infração, mas sem natureza penal). Isso significa que houve tão-somente a descriminalização, não concomitantemente a legalização. Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime (ou seja: deixa de ser infração penal). (...) Sempre que ocorre uma descriminalização é preciso verificar se o ato antes incriminado foi totalmente legalizado ou se (embora não configurando uma infração penal) continua sendo contrário ao Direito. O fato descriminalizado (que é retirado do âmbito do Direito penal) pode deixar de constituir um ilícito penal, mas continuar sendo sancionado administrativamente ou com sanção de outra natureza.

Conforme Carvalho⁹⁵, há problemas de interpretação na Lei nº 11.343/2006 que derivam das formas de construção da tipicidade penal em ambos os delitos, da disparidade entre as quantidades de penas previstas e da inexistência de tipos penais intermediários com graduações proporcionais entre os dois modelos ideais de condutas (comércio e uso pessoal), que representam o sustentáculo do sistema proibicionista (art.28 e 33 da referida Lei).

Dessa forma, entre o mínimo e o máximo da resposta penal verifica-se a existência de zona cinzenta intermediária cuja tendência, em decorrência dos vícios advindos

⁹³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117-119;

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060807161853937>. Acesso em: 25/10/2015.

⁹⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 279.

do dogmatismo jurídico e da expansão do senso comum punitivo, é a de projetar a subsunção de condutas dúbias em alguma das inúmeras ações puníveis presentes nos 18 verbos nucleares integrantes do art. 33⁹⁶, que descrevem as várias condutas violadoras da norma penal, que dizem respeito ao tráfico de drogas, conforme Silva⁹⁷. São elas:

- a) Importar: introduzir no País o entorpecente proveniente de países estrangeiros, irregularmente, isto é, sem a respectiva autorização.
- b) Exportar: mandar ou transportar do Brasil para outro país substância entorpecente. As condutas de importar ou exportar precisam ser melhor analisadas face elas constituírem modalidade própria do delito em estudo, assim como causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. I, da nova lei antidrogas.

No juízo de Silva⁹⁸, a simples conduta de importar ou exportar drogas, por si só configura o tipo penal de tráfico, não incidindo automaticamente a causa de aumento de pena atrás referida. Para que isso ocorra, é preciso que o agente, além de praticar ação infracional de uma dessas condutas, também deve realizar outras previstas para a configuração desse tipo penal, onde se tipifica o crime e a importação ou exportação com causa de aumento de pena.

- c) Remeter: mandar, enviar a terceiro, dentro do território nacional, substância entorpecente, transferindo-lhe a posse.
- d) Preparar: compor, misturando substâncias entorpecentes diversas.
- e) Produzir: gerar, criar, fabricando a substância entorpecente, envolvendo até mesmo a indústria extrativa em pequena ou grande quantidade.
- f) Fabricar: fazer o entorpecente por processo mecânico.
- g) Adquirir: tornar-se possuidor a qualquer título, mesmo gratuito.
- h) Vender: comercializar, ceder, mediante preço convencionado em grande ou pequena quantidade.
- I) Expor à venda: mostrar, predispor ou exhibir à venda substância entorpecente.
- j) Oferecer: apresentar para ser aceito, ofertar a qualquer título, mesmo gratuito, predispor para venda substância entorpecente.
- l) Fornecer: prestar, abastecer, dar, a qualquer título, mesmo gratuito, substância entorpecente.
- m) Ter em depósito: reter a substância entorpecente a sua disposição em nome próprio ou por conta de terceiros.
- n) Transportar: levar de um lugar para outro, substância entorpecente, por qualquer meio, em nome próprio ou de terceiros.
- o) Trazer consigo: ser portador, é guardar portando substância entorpecente.
- p) Guardar: reter conservando, manter, ocultar substância entorpecente. Prescrever: É receitar, dolosamente (já que a lei prevê a forma culposa - art. 38), substância entorpecente.
- q) Ministras: prestar, fornecer, administrar substância entorpecente.
- r) Entregar: passar às mãos de outrem, a qualquer título, substância entorpecente.⁹⁹

⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 279.

⁹⁷ SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Nova Lei Antidrogas**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 52-54.

⁹⁸ SILVA, Jorge Vicente, *op. cit.*, p. 53.

⁹⁹ SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Nova Lei Antidrogas**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 52-54.

Para configurar essa modalidade de crime, pode estar presente apenas uma, ou diversas destas condutas, mas de qualquer forma, trata-se de crime único, e não de concurso de infrações penais. Por exemplo, no caso do agente que transporta, guarda, oferece e vende a droga, pratica quatro das condutas relacionadas como requisito para esse tipo penal, entretanto, para Gomes¹⁰⁰, cuida-se de crime único, podendo essas várias ações do agente serem valoradas no momento da fixação da pena-base, quando puderem ser mensuradas nas referências do art. 59, do Código Penal, na condição de circunstâncias desfavoráveis ao acusado.

Outra questão, relacionada com a valoração da conduta do agente para produzir o tipo penal, está vinculada com a gratuidade, ou não, em que ela seja praticada, porque, por previsão expressa do dispositivo, “ainda que gratuitamente” quando iniciada qualquer uma das dessas condutas, restará configurado o tipo penal em estudo.¹⁰¹

A norma ainda deixa expresso que somente configura essa modalidade de crimes quando a conduta do agente for praticada “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.¹⁰² Relativamente ao requisito relacionado com a autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, faz-se necessário que a interpretação seja levada a efeito conjuntamente com o disposto no art. 31 da lei em comento, o qual possui a seguinte redação:

É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.¹⁰³

De tal modo, necessariamente deve-se verificar o alcance da lei, autorizando essas modalidades de condutas, devendo as regras regulamentadoras dessa matéria não disporem o contrário, assim como as autorizações não podem estar em desacordo com os normativos regulamentares e previsões da lei. Nesse caso, nas hipóteses em que o agente seja autorizado a praticar qualquer uma das condutas postas nos tipos penais ora em estudo, estando essa

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 198

¹⁰¹ SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Nova Lei Antidrogas**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 53.

¹⁰² BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1814.

¹⁰³ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1814.

autorização em desacordo com as regras regulamentares ou previsão da lei, configura erro de proibição, não sendo a sua ação punível.¹⁰⁴

Carvalho¹⁰⁵ ressalta que o referido art. 33 prevê as mesmas condutas do revogado art. 12, da Lei nº 6.368/76, o que justifica a preocupação com a definição de critérios para o juízo da admissibilidade. Se tal não ocorresse, a amplitude do art. 12 poderia alcançar, por analogia, tanto o traficante, como o passador, o viciado e, até mesmo, o experimentador.

A inovação da Lei nº 11.343/2006 trouxe a inovação apenas da pessoa que oferece para consumo compartilhado, sem finalidade de lucro (art. 33, § 3º), condutas que permanecem incriminadas, apesar de o entendimento geral da jurisprudência ser o de desclassificar para consumo pessoal, face à excessiva sanção. Nesse sentido, ressalta o autor, o legislador esqueceu de descriminalizar algumas modalidades de condutas e deixou de diferenciar ações diversas em relação à lesão ao bem jurídico tutelado, como por exemplo, a diferença de comércio atacadista e varejista, o reconhecimento de figuras privilegiadas como o comércio de subsistência, o fornecimento para consumo compartilhado, entre outros.

2.3 CONCEITO DE USUÁRIO

O usuário de drogas recebeu da legislação brasileira um tratamento diferenciado, isso em face de sua condição de dependência. É caracterizado pela pessoa que consome, porta, transporta ou planta drogas com o objetivo de consumo pessoal, nos termos do artigo 28 e incisos da Lei de Drogas. Para os termos da Lei de Drogas, o usuário de drogas é aquele indivíduo que consome, porta, transporta ou planta drogas em pequena quantidade para consumo pessoal. Explica Greco Filho¹⁰⁶ que:

A alteração é relevante porque amplia a possibilidade do enquadramento no tipo mais benéfico das condutas quando para consumo próprio ou de outrem em caráter pessoal, ou seja, sem o animus de disseminação. Na lei anterior, somente poderia ser aplicado o art. 16, desqualificando-se o art. 12, se o agente trazia consigo para uso exclusivamente próprio, caracterizando-se o então art. 12 se a droga fosse também para uso pessoal de terceiro. O texto atual, portanto, é mais amplo e benéfico, abrangendo situação que era antes considerada injusta, a de se punir com as penas do então art. 12, aquele que, por exemplo, dividia a droga com companheiros ou a adquiria para consumo doméstico de mais de uma pessoa.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 199

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117-119

¹⁰⁶ GRECO FILHO, V. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 45.

Tão logo, para que o novo tratamento penal legado ao usuário de drogas a caracterização do usuário é de suma relevância para que tal diferencial seja aplicado. Nos termos da Lei de Drogas em seu artigo art. 28, § 2º¹⁰⁷, *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.

O principal elemento caracterizador do usuário de drogas é o “uso pessoal”, ou seja, o objetivo de realizar o consumo próprio da droga, sem finalidade de contrabandar.

Afirma Gomes¹⁰⁸ a expressão uso pessoal:

Além do dolo exige-se ademais uma finalidade (intenção) especial do agente: ‘para consumo pessoal’. Esse é o dolo específico (como diz a doutrina italiana) ou elemento subjetivo do injusto (como diz a doutrina alemã) ou o requisito subjetivo especial que o tipo requer. Além do dolo (que significa saber e querer: saber que tem a posse da droga e querer tê-la) o tipo em destaque faz expressa referência a uma intenção especial do agente. Estamos, destarte, diante de um tipo incongruente ou incongruente assimétrico (que é o que exige além do dolo uma especial intenção do infrator). Se o sujeito tem a posse da droga para destinação a terceiros, outra será a infração (art. 33 e ss. da nova Lei). Nesse caso não terá incidência o art. 28.

A expressão “consumo pessoal”, portanto, é bastante subjetiva e levanta enorme celeuma na prática dos Tribunais, mas, já é consenso que para se caracterizar o uso pessoal deve ser averiguada a finalidade de consumo, a natureza da droga, o local, as condições em que se deu a apreensão, e, principalmente, a quantidade apreendida. Na opinião de Carvalho¹⁰⁹, não houve a descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas, pois o art. 28 manteve as condutas dos usuários criminalizadas, alterando somente as sanções previstas.

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 25/10/2015.

¹⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Wiliam Terra de. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149.

¹⁰⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 175.

“Alertamos, porém, para o fato de que nem a pequena quantidade nem o exame psiquiátrico são suficientes para a conclusão a respeito da finalidade que determina a incidência da infração mais leve”¹¹⁰.

Desta forma, observa-se que o usuário de drogas é uma figura peculiar dentro do ordenamento jurídico, pois embora cometa um crime, a pena aplicada é a mesma de outros delitos, como afirma Carvalho¹¹¹, ou seja, independentemente de ser para consumo pessoal, a conduta é penalizada como se fosse tráfico, adquirir, ou ceder gratuitamente: todas as condutas caracterizam-se como tráfico e as penas aplicadas são de igual dureza.

2.4 O CONSUMO PESSOAL

A Lei de Drogas trata do usuário de drogas em seu artigo 28, sendo que, no parágrafo primeiro deste dispositivo legal existe uma inovadora disposição que trata da possibilidade de se equiparar aos usuários outros tipos de conduta.

Como se pode vislumbrar da análise do artigo 28, §1º, da Lei de Drogas¹¹², *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
 I - advertência sobre os efeitos das drogas;
 II - prestação de serviços à comunidade;
 III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
 § 1º. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Como se observa a Lei de Drogas, em seu artigo 28, §1º, trata da equiparação dos indivíduos que semeiam, cultivam ou colhem a droga com a finalidade de realizar o consumo pessoal da mesma, com aqueles considerados usuários de drogas, tão logo, recebendo o mesmo tratamento penal.

¹¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49.

¹¹¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 284-285.

¹¹² BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 25/10/2015

Afirma Gomes¹¹³ que:

Essa velha polêmica agora encontrou solução legislativa (diga-se de passagem, bastante adequada): o §1º do art. 28 expressamente prevê a conduta de semear, cultivar ou colher planta tóxicas “para consumo pessoal”. Esse requisito subjetivo especial (essa intenção especial) do agente delimita essa infração da prevista no art. 33, §1º, II. Uma coisa é semear, cultivar ou colher plantas tóxicas para consumo pessoal, outra para tráfico. Nesse ponto o legislador merece elogios. Não se pode equipara uma plantação de vários alqueires de maconha com o cultivo ou colheita de um pé de maconha. Fatos distintos merecem tratamentos diferenciados.

Como se pode verificar equiparam-se aos usuários também aqueles indivíduos que cultivam, plantam ou colhem drogas com a finalidade de fazer uso próprio. De acordo com Carvalho¹¹⁴, havendo especificação legal do dolo no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, para que não ocorra inversão do ônus da prova e para que se respeitem os princípios constitucionais de proporcionalidade e de ofensividade, igualmente deve ser pressuposto da imputação das condutas do art. 33 o desígnio mercantil. Do contrário, não havendo essa comprovação ou havendo dúvida quanto à finalidade de comércio, imprescindível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 28. Nesse sentido, a jurisprudência delineou pressuposições que permitem outras interpretações: “[...] não pode ser acusado de tráfico de maconha aquele que eventualmente a transporta, sem prova de sua condição de traficante ou de relacionamento com quem pratica o tráfico”.¹¹⁵

2.5 TRÁFICO E USO (ART. 28, § 2º)

Em face da modificação no tratamento do usuário, questão de extrema pertinência nesta seara jurídica se dá no quando da definição de tráfico e de uso, pois, a pena para estas duas figuras é totalmente diversa.

Essa diferenciação pode ser vista na análise do artigo 28, §2º da Lei de Drogas¹¹⁶, *in verbis*:

Art. 28.

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Wiliam Terra de. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008,. p. 149.

¹¹⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 288-290.

¹¹⁵ BRASIL. TJMG. AC 13.891. Rel. Iracy Jardim. RF 275/305. In: FRANCO, A. S.; STOCCO, R. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 3147.

¹¹⁶ Idem, *ibidem*.

[...]

§ 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.

Enquanto ao traficante pode ser imputado pena privativa de liberdade, o usuário sofre penas mais brandas, como a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento ao programa ou curso educativo.

Segundo Kümpel¹¹⁷:

De maneira acertada, a nova lei não pune o usuário ou dependente com pena privativa de liberdade, até porque a pena carcerária nesses casos jamais atinge o seu objetivo, que é o da reinserção social. Dessa forma, o art. 28 apresenta como principais sanções a prestação de serviços à comunidade e o comparecimento à programa ou curso educativo (incisos II e III), no prazo de cinco ou dez meses (§§ 3.º e 4.º). A grande inovação está no § 7.º, ocasião em que o juiz pode determinar ao infrator tratamento especializado e gratuito para sua desintoxicação.

O usuário por sua condição de figura dependente químico necessita ter um tratamento diferenciado, e a atual Lei de Drogas efetiva essa necessidade ao imputar a este uma pena mais branda com finalidade eminentemente educativa. Entretanto, para Carvalho¹¹⁸, o elemento subjetivo que caracteriza o crime seria o dolo genérico, contudo, as modalidades comissivas de “[...] adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo drogas”, além de previstas no art, 28, estão presentes junto às modalidades de tráfico. A única forma de diferenciação entre elas seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal. Não ficando demonstrado esse fim, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33.

2.6 QUANTO AO USO

O tratamento diferenciado dado à figura do usuário de drogas através da Lei de Drogas se efetiva essencialmente na qualidade das penas atribuídas a estes indivíduos.

¹¹⁷ KUMPEL, Vitor. **Aspectos fundamentais sobre a Nova Lei de Drogas**. Disponível em: <http://www.fernandocapez.com.br/vs2/index.php?action=70&id=28&PHPSESSID=e8ec2dd00f9fb6c974f01aef8c7f76f3>. Acesso em: 25/10/15.

¹¹⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 288-289.

Tão logo, no caput do artigo 28¹¹⁹, e em seus incisos, dispõe-se que:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O que causou polêmica quando do advento da "Lei de Drogas" foi a consequência jurídica do delito, porque a norma penal não tem como sanção a pena privativa de liberdade, mas simples advertência, medidas educativas ou multa, as quais podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente (art. 27). Nesse sentido, é importante esclarecer que o *caput* do art. 28 faz menção ao termo "pena" e seu § 1º à expressão "medidas", o que atrai a conclusão de que se trata da mesma coisa, ou seja, da consequência jurídica da conduta delituosa¹²⁰.

Vozes levantam-se em favor da nomenclatura alternativa "medidas", por exemplo¹²¹:

No *caput* do art. 28 o legislador menciona a palavra "penas": No § 1º fala em "medidas"; no § 6º menciona a locução "medidas educativas": Afinal, as consequências previstas no art. 28 configuram penas ou medidas? De acordo com nossa opinião, são penas alternativas que não possuem, entretanto, caráter penal (no sentido clássico). Logo, mais adequada é a denominação "medidas": Tudo que está previsto no art. 28 configura "medidas alternativas" (à prisão).

No que concerne à pena de medidas educativas, o magistrado pode proceder à admoestação verbal do sujeito ou até mesmo imputar-lhe a pena de multa.

Sobre as medidas educativas explica Greco Filho¹²² que:

Para garantia do cumprimento das medidas previstas no artigo, o juiz pode submeter o condenado, sucessivamente, a admoestação verbal, também de pouca ou nenhuma eficácia, entendendo-se, porém, que deva ser mais séria do que a advertência aplicada como pena (art. 28, § 6º). Quanto a multa será calculada nos termos do art. 29, entre 40 e 100 dias-multa, fixando-se cada um no valor de um trinta avos a três vezes o maior salário mínimo vigente no País ao tempo do fato (art. 49, § 1º, do CP), e reverterá à conta do Fundo Nacional Antidrogas, em pagamento voluntário ou

¹¹⁹ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 25/10/2015

¹²⁰ SANTANA, Edmundo Manoel. Análise conjuntural dos crimes previstos na "Lei de Drogas". **Consulex - Revista Jurídica**, v. 12, n. 275, p. 54-60, Jun., 20, p. 57,

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Nova Lei de Drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 129-130.

¹²² GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

execução judicial. No máximo, o dia-multa do Código Penal pode ser maior, qual seja, o de cinco vezes o salário mínimo. O não pagamento da pena multa não converterá a pena em prisão, nos termos do art. 51 do Código Penal.

Tão logo, no crime de tráfico para uso não há que se falar de pena privativa de liberdade, cabendo sim, pena alternativa nos termos dos Juizados Criminais, onde se procede a transação. Explica Mirabete¹²³:

A transação penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.

A primeira das medidas previstas é a de simples advertência, mas não com finalidade meramente moral ou sentimental, e sim relacionada aos "efeitos da droga", com especial enfoque nos malefícios à saúde física e mental do agente. Ocorre que a norma não fornece parâmetros para efetivar-se tal advertência, razão por que é importante realizar estudos em conjunto com a Medicina Legal para viabilizar a aplicação da medida com base em laudos técnicos¹²⁴.

De outro modo, o legislador estaria implicitamente induzindo o juiz a experimentar os efeitos da droga em seu organismo para, posteriormente, advertir concretamente. Esse é o principal motivo das críticas à "sanção", que poderá levar à prática de atos inócuos, além de causar constrangimentos ao aplicador da lei¹²⁵.

Segue-se a medida de prestação de serviços à comunidade, que deverá ser cumprida, preferencialmente, em entidades educacionais, assistenciais ou hospitalares, ainda que particulares, que auxiliem na recuperação e tratamento de usuários de droga. Conclui-se que a finalidade da medida é fazer com que o agente verifique, na prática, as dificuldades operacionais e pessoais para a recuperação do dependente.¹²⁶

Ocorre que a referida Lei limita-se a dispor sobre o prazo máximo de aplicação da medida, que é de cinco meses (art. 28, § 3º), devendo o juiz valer-se das regras gerais, previstas no art. 46 do Código Penal, para definir a jornada semanal e a forma de seu cumprimento. A prestação do serviço não é remunerada.

¹²³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 17.

¹²⁴ SANTANA, Edmundo Manoel. Análise conjuntural dos crimes previstos na "Lei de Drogas". **Consulex - Revista Jurídica**, v. 12, n. 275, p. 54-60, Jun., 20, p. 58.

¹²⁵ Idem, *ibidem*.

¹²⁶ Idem, *ibidem*.

A Lei nº 11.343/06 prevê o comparecimento do usuário à programa ou curso educativo. Trata-se de uma medida com fins pedagógicos, que não encontra correspondente no Código Penal, cumprindo ao magistrado fixar o local a ser frequentado e a forma de comparecimento, pois há omissão da norma quanto a esses pormenores. O problema é a efetividade da medida, dada a carência de programas educativos com essa finalidade, com duração máxima de cinco meses (art. 28, § 3º).

Alguns autores entendem que as consequências jurídicas do disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 acabaram por criar a “Justiça Terapêutica” cujo objetivo é a conscientização do agente da sua condição de viciado ou dependente, e não a aplicação de uma pena propriamente dita. Nesse sentido, Sabbá Guimarães comenta que¹²⁷:

A tal medida pode ser concretizada não apenas pelo tratamento médico-hospitalar ou ambulatorial, mas através de qualquer outro meio, como os programas de reeducação, curso ou atendimento psicológico. A política criminal atual veio, finalmente, contemplar a justiça terapêutica aplicável ao autor do crime sob análise, referenciado estritamente às pessoas usuárias e dependentes de drogas.

No caso de o usuário não cumprir com as medidas educativas a ele imputadas, este não poderá ser punido com a pena privativa de liberdade, assim sendo, “Com a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) parte-se da absoluta impossibilidade da pena para o usuário e pretende-se que o assunto nem sequer passe pela política (sempre que possível)¹²⁸. Em síntese, o agente jamais cumprirá pena privativa de liberdade por sua desídia ou injustificada resistência, sequer pelo crime de desobediência

Os juristas tecem inúmeras críticas acerca destas penalidades que para muitos são insuficientes, como bem explica Volpe Filho¹²⁹:

- a) A advertência não preenche nem com conta-gotas as características da pena, que são retribuição e prevenção, tendo em vista a teoria da união, que parte da ideia da retribuição como base, acrescentando os fins preventivos e gerais. Essa pena não intimida o cidadão a não consumir drogas, nem mesmo assume feição de retribuição, sendo completamente inócua.
- b) A pena de advertência banaliza o Direito Penal, ferindo por completo os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade. Permitindo uma pena dessa natureza dentro do Direito Penal, é igualá-lo aos demais ramos, causando descrédito perante a sociedade, que não mais temerá as sanções penais.

¹²⁷ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei de Drogas comentada**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 24.

¹²⁸ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Wiliam Terra de. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116.

¹²⁹ VOLPE FILHO, Clovis Alberto. Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006) Parte I. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1154, 29 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8852>>. Acesso 25/10/2015.

c) Por fim, a advertência não guarda relação com nenhuma pena do inc. XLVI, art. 5º, da Constituição Federal. Essa norma deve ser usada como parâmetro para que o legislador comine pena alternativa de modo direto a determinada infração penal. Assim, o máximo da pena de natureza penal prevista no Texto Maior é a privação ou restrição da liberdade, enquanto o mínimo é a prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. A pena de advertência não encontra relação alguma com essa norma, se situando muito aquém a prestação social alternativa.

O fato de o usuário de drogas ser penalizado somente com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo e descumprir tal penalidade, não poder dar ensejo a sua pena privativa de liberdade sofre severas críticas doutrinárias em face da impunidade e da ineficácia da norma.

A Lei em comento também prevê hipótese de reincidência no caso do condenado por consumo de drogas (art. 28, § 4º), cuja consequência é tão-somente o aumento do tempo máximo da prestação de serviços à comunidade ou do comparecimento à programa educativo, que passa de cinco para dez meses. Lembre-se, oportunamente, que se o agente se recusar ou injustificadamente deixar de cumprir a medida o juiz o admoestará verbalmente ou aplicará pena de multa.

Como se viu, a importância da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, está em que as inovações trazidas permitirão ao magistrado a correta diferenciação entre traficante e usuário ou dependente de drogas e, também, por tipificar expressamente como delito equiparado o cultivo de plantas para preparação de pequena quantidade de droga. Há, porém, imperfeições que dificultam a efetividade da norma penal, especialmente diante do não-cumprimento das medidas previstas como consequências jurídicas do delito.

CAPÍTULO 3. A CRÍTICA DA LEI A PARTIR DA CRIMINOLOGIA

No presente capítulo será tratado sobre a visão crítica da criminologia sobre o crime, abrangendo as políticas criminais e a crítica criminológica, as tendências contemporâneas da política criminal, a criminalização, a descodificação, os discursos e as práticas descriminalizadoras.

3.1 A POLÍTICA CRIMINAL E A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA

A pena de prisão é tida como indispensável para sociedade, entretanto, a evolução do homem acarretou algumas alterações em sua forma e finalidade. Atualmente, a prisão é a forma quase que exclusiva encontrada pelos estudiosos do direito para sanar a problemática daqueles que cometem infrações.

Em várias passagens da Bíblia Sagrada encontra-se o significado mais antigo. O Apóstolo Pedro teria narrado aos juízes da Palestina:¹³⁰ “Havendo eu recebido autorização dos sacerdotes, encerrei muitos santos nas prisões; e contra estes dava meu voto, quando os matavam”.

Nos tempos passados, as prisões eram designadas para os escravos e prisioneiros que aguardavam o julgamento e tinham como pena a condenação de morte, infortúnios corporais (amputação dos membros e açoites), trabalho forçado, confisco de bens e galés¹³¹. Desse modo, a prisão era utilizada como o meio de se efetivar o cumprimento da pena, sendo uma espécie de “sala de espera”, ocasião em que a ansiedade e agonia tomavam conta do homem.

Platão, já com seus estudos filosóficos, estabeleceu em seu nono livro de ‘As Leis, três tipos de prisão’:

Uma na praça do mercado, que servia de custódia; outra denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de correção, e uma terceira destinada ao

¹³⁰ Antigo Testamento, versículo 26, 10 da Bíblia Sagrada.

¹³¹ Galé era o nome de uma embarcação: prisão flutuante, os presos remavam sob ameaça do chicote.

suplício, que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade.¹³²

Propunha a filosofia de Platão duas ideias que marcaram a história das penas, uma com a pena de prisão e outra como custódia; esta última forma era a única, de fato, aplicada na sociedade. Não havendo, naqueles tempos, uma estrutura própria de penitenciária, bastaria tão somente que o lugar fosse inexpugnável. Verifica-se também, a presença das prisões civis, nas quais, os devedores eram presos, a fim de desempenharem suas obrigações, ficando à disposição de seus credores, os quais eram feitos escravos, forçando-os a pagarem a dívida ou avalizando seu crédito.¹³³

Ratifica-se que, não havia a preocupação dos valores consagrados pela dialética social, conforme o espírito humanitário e coletivo. Eis que chegou a Idade Média e a pena privativa de liberdade não era aplicada, apenas aumentaram-se as formas de tortura imposta na pena de custódia, que faziam parte de um espetáculo, nos quais, as multidões aplaudiam e participavam das mutilações ou até mesmo a morte dos prisioneiros. Os governantes tinham a prerrogativa de escolher as sanções criminais, os quais observavam o estado financeiro da família do réu, pois havia a possibilidade de substituição por prestações em metal ou espécies.¹³⁴

O que surgiu nessa época foi a prisão de Estado e a Prisão Eclesiástica. Na de Estado, eram recolhidos aqueles que faziam oposições ao governo e declarados traidores e, ainda, aqueles que se identificavam como adversários políticos dos administradores do Estado. Conjuntamente surgiu a detenção que poderia ser temporal, perpétua ou alternativamente receber o perdão real. Diferentemente a Prisão Eclesiástica, que pregava a ideia de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, com a finalidade de reflexão, penitência e oração.¹³⁵

Aqueles que cometiam infrações eram levados ao isolamento para refletirem sobre o mal que causaram na sociedade e buscarem pensamentos e atitudes que pudessem reparar o mal cometido. E, com isso, começou a influência da religião na evolução da pena, pois com a Prisão Eclesiástica, demonstrou-se um tratamento humanitário para com o ser humano, iniciando o respeito à dignidade da pessoa humana.

¹³² GARRIDO GUZMAN, Luiz. **Manual de ciência penitenciária**. Madrid: Edersa, 1983, p.75.

¹³³ GARRIDO GUZMAN, Luiz. **Manual de ciência penitenciária**. Madrid: Edersa, 1983, p. 77

¹³⁴ Idem, *ibidem*.

¹³⁵ Idem, *ibidem*.

Dessa forma, a pena privativa de liberdade começa a ganhar força. De acordo com Hilde Kaufman, “A pena privativa de liberdade é o desenvolvimento de uma sociedade buscando a felicidade, surgida do pensamento cristão”¹³⁶.

Pode-se ressaltar na Idade Média, a seriedade do sistema canônico, que deixou um exemplo de isolamento, compunção e correção dos transgressores. Na Idade Moderna ocorreu a erradicação da pobreza, que se pulverizou por toda a Europa, deixando ainda mais crítico o ordenamento jurídico, pois as penas não tinham aplicabilidade. Sobre essa ocasião Hans Von Hentig ensina que:

Os distúrbios religiosos, as longas guerras, as destruidoras expedições militares do séc. XVII, a devastação dos países, a extensão dos núcleos urbanos e a crise das formas feudais de vida e da economia agrícola haviam ocasionado um enorme aumento da criminalidade em fins do século XVII e o início do XVIII. Acrescenta-se a isso a supressão dos conventos, o aniquilamento dos grêmios e o endividamento do estado. Tinha-se perdido a segurança, o mundo espiritual fechado aos incrédulos, hereges e rebeldes tinha ficado para trás. Tinha de se enfrentar verdadeiros exércitos de vagabundos e mendigos. Pode-se estabelecer a sua procedência: nasciam nas aldeias incendiadas e nas cidades saqueadas, outros eram vítimas de suas crenças, vítimas atiradas nos caminhos da Europa. Era preciso defender-se desse perigo social, mas não era possível negar-lhe simpatia por razões religiosas ou sociais, diante dos danos que as legiões estrangeiras tinham feito.¹³⁷

Nesse contexto histórico, a sociedade pensava apenas em sobreviver; a criminalidade tomou conta da sociedade e não havendo como penalizar tantas pessoas, a pena de morte caiu no esquecimento. Somente com a melhora da economia é que iniciou um movimento determinado a acabar com a criminalidade. Desta forma, os governantes utilizaram os prédios dos Castelos, para esconder aqueles que cometiam crimes e que colocava em risco a segurança. Surgiram os primeiros passos do sistema penitenciário no mundo, causando uma enorme transformação, pois a ideia era de que os apenados deveriam se converter, através de disciplina e trabalho no ramo têxtil, para que pudessem conquistar vantagens econômicas. Diante de tanto sucesso, começa a ser expandido pelo mundo afora, com algumas adequações para cada país. As ideias dos pensadores, Howard, Bentham e Beccaria, marcaram a legislação criminal, com suas reformas.¹³⁸

Cesare Beccaria nasceu em Milão, em 1738; sua eloquência em persuadir todos os tipos de classe econômica ajudou-o para, utilizando pensamentos e ideias sobre reformas de

¹³⁶ KAUFMANN, Hilde. **Princípios para La reforma de La ejecución penal**. Buenos Aires: Depalma, 1977, p.18 e 19.

¹³⁷ HENTIG, Hans Von. **La pena**. Madrid: ESPASA-CALPE, 1967, p.15.

¹³⁸ Idem, *ibidem*.

outros filósofos, chamar a atenção para a necessidade da reforma no sistema criminal. Acreditava que nas prisões não podia prevalecer sujeira nem fome; certamente, as penas deveriam ser mais eficazes, porém menos agressivas com o corpo do condenado, não havia indigência de impor medo, crueldade, apenas prevenir os delitos e não contribuir com mais violência e crueldade. Um fator importante é que os suspeitos deviam ser julgados com rapidez, pois a demora causava angústia e sofrimento aos homens que, na maioria das vezes, deparavam-se presos por muitos anos.¹³⁹

A preocupação de Beccaria era a de encontrar formas mais eficientes de prevenir delitos, usando a lei, a partir do qual nasce o novo ramo da ciência penal. A origem da política criminal está, portanto, no racionalismo de Beccaria. A partir desse momento, foram criados diagnósticos e projeções legislativas e enfatizou-se, no campo executivo / administrativo, ações e discursos preventivos, além de se direcionar políticas de repressão à delinquência.¹⁴⁰

John Howard, que segundo alguns autores, nasceu em Hackney, em 1726, tinha intenção de construir um estabelecimento prisional adequado, aonde pudesse ser visto o critério de humanização, pois não admitia o sofrimento pelos quais os condenados passavam em sua época. Religioso, Howard encontrou na religião o meio mais adequado, através da reflexão e buscando o arrependimento com o isolamento noturno. Sugeriu alguns critérios em relação à organização dos presos e à fiscalização daqueles que tinham contado direto com os prisioneiros, por ter consciência dos abusivos existentes.¹⁴¹

Jeremy Bentham, nasceu em 1748, buscou o método do comportamento nos princípios éticos e destacou o valor da arquitetura no estabelecimento prisional, onde a vingança não prevalecia e sim a prevenção de novos delitos. Observando ainda, que a saída do condenado da prisão deveria ter uma assistência, demonstrando que sabia a abrangência e a importância de reconduzir, com êxito, os apenados à sociedade. Projetou a construção do Panóptico, um prédio, onde as celas poderiam ser vigiadas e visualizadas pelos seguranças, porém não obteve muito sucesso, mas algumas prisões foram baseadas em suas ideias.¹⁴²

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2001, 32-33.

¹⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 142-146.

¹⁴¹ BITENCOURT, op. cit., p. 38-39.

¹⁴² BITENCOURT, op. cit., p. 44-45.

Portanto, a essência da prisão modifica-se, objetivando a proteção do bem jurídico com a solução dos conflitos sociais, com base nos costumes, erigidas sobre padrões culturais, sociais e morais, razão pela qual uma conduta será analisada como típica se criar uma circunstância de real perigo para a sociedade.

A história brasileira não é muito diferente dos fatos acima relatados, já que a influência estrangeira sempre existiu no país. Com a descoberta do Brasil, os portugueses instalaram-se primeiramente em Salvador-BA, fazendo-a sede do governo-geral, onde criaram prisões nas câmaras municipais, prédios militares e fortificados, construídos, também, para garantir a defesa do território. Sendo exclusivamente uma colônia brasileira, a pena de prisão era exteriorizada através de medidas cautelares e não como pena independente. Pode-se enfatizar neste período histórico, o acórdão de 1892, que condenou os Mártires da Inconfidência Mineira, no qual, figurava Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes. A sentença ventilada demonstra o rigor com que os governantes aplicavam as penas, com a finalidade de manter a ordem e os costumes sociais, que regiam na época, conforme os dizeres:

Portanto, condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa da Capitania de Minas Gerais a que com embarço e pregação seja conduzido pela ruas públicas ao lugar da forca e nela morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica aonde em o lugar mais público dela será pregada, em um poste até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas ao sitio de Varginha e das Sebolas (*sic*) aonde o Réu teve suas infames praticadas, e aos mais nos sítios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens aplicam para o Fisco e Câmara Real e a casa em que vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão, pelo qual se conserve em memória a infâmia deste abominável Réu.¹⁴³

Posteriormente, D. Pedro demonstrou sua indignação com a realidade dos prisioneiros, mas nada realizou de concreto. Somente com a Constituição Federal de 1824, mudou a história dos apenados do Brasil, ao abolir o açoite, a tortura e outras penas cruéis utilizadas pelos portugueses.

De fato, somente em 1830 foi instituída a pena privativa de liberdade através do Código Criminal do Império. Porém, a pena de morte não foi abolida, apenas era utilizada nos casos considerados de alta periculosidade, nem a pena de galés, que neste Código significava

¹⁴³ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 23.

trabalho forçado em obras públicas. O código de Império trouxe a pena de prisão perpetua ou simples juntamente com trabalho diário.

O início dos estabelecimentos penais no Brasil começou com a construção das Casas de Correção, inaugurado em 1850 e 1852, no Rio de Janeiro e em São Paulo. Tiveram a influência das ideias de Bentham, com seu modelo Panóptico, mas na do Rio de Janeiro ocorreu um erro e não ficou como na ideia central.

Havia celas individuais, pátios e claras oficinas de trabalho, pois o Brasil ficou marcado por prisão e trabalho, pensamento que perdeu força com o passar dos tempos. Os condenados dividiam espaços com os escravos, que na época representavam uma grande massa da população.

Começa a desenvolver-se a cultura e o interesse de juristas e governantes pela personalidade do criminoso, que viajam para conhecer sistemas penitenciários, nascendo a discussão de construir colônias penais agrícolas, marítimas e industriais, reconhecendo que, no país, a realidade do prisioneiro é desumana e de absoluta miséria. Fernando Salla descreve que o prisioneiro era conhecido: “Como um doente, a pena como um remédio e a prisão como um hospital”¹⁴⁴.

O Código Republicano de 1890 trouxe mudança, que até hoje em dia é utilizada, pois aboliu a forca e as galés, atribuiu às penas privativas de liberdade um limite de até 30 anos, adotou a prisão cautelar, consistente no isolamento do prisioneiro na cela e depois passaria ao regime de trabalho obrigatório em comum, mas em absoluto silêncio.

Deve-se observar que, nesta época, o Brasil misturou dois tipos de sistemas: o Sistema Pensilvânico ou Celular, onde a organização era baseada no isolamento total dos prisioneiros e o Sistema Auburniano adotava o trabalho em comum e o silêncio absoluto. Especificaram-se alguns delitos, individualizando a pena, pois criou a reclusão para crimes de natureza política, a prisão disciplinar para os considerados menores infratores — naquela época os menores de 21 anos, eram abrigados em estabelecimentos industriais —, e a prisão com trabalho destinado aos considerados vadios e capoeiristas, pois no Estado da Bahia havia um número considerável destes bailarinos nas ruas, vistos como marginais que colocavam em risco a segurança da sociedade. Surgiu também o livramento condicional, aplicado aos

¹⁴⁴ SALLA, Fernando. **As Prisões em São Paulo em 1822 – 1940**. São Paulo: Annablume, 1999.

condenados com penas superiores a 06 (seis) anos, com bom comportamento e faltando apenas 02 (dois) anos para dar cumprimento à pena.

Desta forma, tinha-se um sistema penitenciário teórico, que atendia as expectativas da população, porém, no que tange à sua execução, as estatísticas demonstravam a distância entre a lei e sua aplicabilidade, pois em 1906 em São Paulo havia 976 (novecentos e setenta e seis) condenados à prisão cautelar e apenas 160 (cento e sessenta) vagas. Começava-se a entrar na problemática da superlotação. Na época houve uma solução de curto prazo, pois os presos começam a trabalhar em obras públicas.¹⁴⁵

Fazendo história no país foi inaugurada, em 1920, a Penitenciária de São Paulo, no bairro do Carandiru. Um Projeto de Ramos de Azevedo para abrigar 1.200 presos, com vários recursos como enfermarias, oficinas, escolas, segurança e celas com acomodações adequadas. Os presos aglomerados não respeitavam a regra do silêncio, criando novas maneiras de comunicação entre eles, afastando a disciplina que era rigorosamente aplicada.¹⁴⁶

Em plena vigência, o Código Penal Brasileiro é editado em 1940, com tímidas e inócuas alterações em 1977, 1984 e 1989.

E as críticas que há quanto ao encarceramento levam a perceber que os princípios de sua progressiva humanização é a via de sua permanente reforma, atribuindo à pena privativa de liberdade um aperfeiçoamento quando necessário ou substituir por outra pena, quando possível, caracterizando que a evolução pode trazer a solução da falência da pena de prisão. Em decorrência destes apanhados históricos, nas últimas décadas cresceram os movimentos em favor da justiça e da equidade, para que não se tenha a pena privativa de liberdade como sendo a espinha dorsal das penas aplicadas no Brasil.

Vive-se em um Estado Democrático de Direito, princípio basilar previsto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, constituindo a garantia inócua de que toda sociedade, sem exceção, deve cumprir as leis e ainda, por serem democráticas, as leis devem ser de ordem igualitária preservando as garantias e deveres individuais.

O Código Penal, respeitando os princípios, descreve a pena, que é espécie de sanção penal, juntamente com a medida de segurança.

¹⁴⁵ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002, p. 41-42.

¹⁴⁶ Idem, *ibidem*.

Para Fernando Capez:

Pena é sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição ao delincente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade¹⁴⁷

Para Guilherme Nucci, “Pena é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”¹⁴⁸. Desta forma, a pena deve estar prevista em lei, aplicada através de uma sentença condenatória, destinando-se ao condenado, o qual lesionou o Estado, sendo usada para estimular as condutas positivas e bloquear as perniciosas, refletindo uma justa pretensão social.

A política criminal, dessa forma, é o conjunto de princípios e de recomendações para reagir contra o delito, por meio do sistema penal, visto que o Estado necessitaria de orientações político-criminais para programar ações de combate ao crime e a política criminal seria o elemento orientador das ações e estaria atrelada ao processo legislativo e à atuação das agências repressivas.¹⁴⁹

Essa concepção universalista sofreu grande abalo com o surgimento das correntes críticas da criminologia nos anos 60, especialmente, por causa do fracasso dos objetivos da pena privativa de liberdade, pois verificou-se que o sistema atuava contra seus próprios princípios, ou seja, o sistema não recuperava o indivíduo. As ações das agências oficiais caracterizam-se pela desigualdade e pela seletividade, ocasionando danos maiores que o próprio delito praticado, por meio da violência institucional, ou seja, o indivíduo, que é apenas consumidor de drogas, após a prisão, pode se tornar traficante, criminoso, engajado no crime pelos companheiros de cela.

Para a criminologia crítica, a criminalidade se revela como um status atribuído a alguns indivíduos, por uma dupla escolha: uma, pelos bens protegidos e pelo comportamento

¹⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, p.358 e 359.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal: Parte geral e especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2007, p. 371.

¹⁴⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 142-146.

ofensivo desses bens e pela seleção dos indivíduos estigmatizados que infringem as normas. Trata-se de um bem negativo.¹⁵⁰

3.2 TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS: CRIMINALIZAÇÃO E DESCODIFICAÇÃO

O Código Penal Brasileiro traz as causas de exclusão da ilicitude, quando preenchidos os requisitos de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, pois se adota o princípio *in dubio pro societate*. Não sendo nenhum dos casos acima descritos, aplicam-se as penas descritas na legislação conforme o crime praticado.

Classifica-se a pena em privativa de liberdade, restritiva de direitos e pecuniários, conforme o artigo 32 do Código Penal. Será aqui analisada a pena privativa de liberdade, por ser cumprida inicialmente em regime fechado, portanto no Sistema Penitenciário. Foi esta forma que o Brasil encontrou concretamente para colocar em prática as sanções do Código Penal Brasileiro.

De fato, aquele que comete um ato descrito no Código Penal e se condenado a mais de 08 anos de prisão, inicialmente seu regime será o fechado, cumprirá pena em Sistema Penitenciário. Então, o Sistema Penitenciário foi criado para dar aplicabilidade na pena de prisão, para crimes considerados graves.

A Constituição Federal de 1988, Código Penal e Lei de Execução Penal (LEP) descrevem as regras do regime fechado, que são aplicadas pelo estabelecimento penal. Inicialmente, será feito um exame criminológico no preso, que consiste em individualização da execução da pena, prevista no art. 34, *caput*, do CP e art. 8º, *caput*, da LEP.

Em seguida, será submetido ao trabalho diurno e comum entre os presos, de acordo com suas aptidões ou ocupações exercidas anteriormente, compatíveis com a pena. Pode trabalhar fora do estabelecimento penal em obras públicas e terá o isolamento no repouso. O trabalho é um direito social de todos, previsto na Constituição Federal, tendo uma finalidade educativa e produtiva, conforme a LEP. O trabalho nos presídios faz com que os

¹⁵⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia e crítica do direito penal**. 6. Ed. 2ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2014, p. 161.

presos ganhem remuneração, que não poderá ser inferior a 3/4 do salário mínimo, além dos benefícios da previdência social e da remição de que, a cada 03 dias trabalhados descontam-se 01 dia na sua pena. Portanto, o trabalho dentro dos presídios proporcionou a reforma do Sistema Penitenciário, oportunizando o trabalho dentro das cadeias, devolvendo ao homem o respeito de ter uma ocupação lícita, dignidade de estar sendo remunerado, o reconhecimento e o valor do preso, aumentando suas expectativas de vida para o futuro. Sendo uma regra do regime fechado e um direito constitucional do preso, observa-se que o próprio legislador reconhece a importância do trabalho nos presídios.

Coloca-se em discussão a integralidade da pena de prisão, a realidade da infraestrutura atual, a falta de orçamento e a precariedade de funcionários, abandonando a teoria e as interpretações legais e focando para a realidade da atual sociedade o que está inalcançável: o objetivo reabilitador.

A ideia de que a prisão gera um efeito contrário do que desejado, pois, em vez de ressocializar o delinquente, converte-se em uma oportunidade de aglomeração de pensamentos, trocas de vícios e degradações. Podem-se classificar os efeitos controversos da pena de prisão em três categorias:

- 1- Uma estrutura física com recinto úmido que circula pouco ar, que é usado pelos presos como repouso noturno, onde fazem suas refeições e suas necessidades fisiológicas, tornando-se um foco para doenças e desrespeito com o ser humano.
- 2- Um conjunto de pessoas que cometeram crime, que já estão com a mente perturbada e diversas experiências de vida, uma indústria de pensamentos e objetivos negativos que são transmitidos entre os presos.
- 3- Último fator é a revolta do preso e de sua família em face do Estado e da sociedade, acreditando serem os responsáveis pela realidade encontrada no sistema penitenciário.

Esses fatores constroem um subgrupo dentro da prisão, onde começam a se destacar os líderes, formando seus códigos de comunicação e suas regras. Dependendo do líder, sua cultura e suas experiências são seguidas e utilizadas por muitos, causando uma má influência e colaborando para o desvio de personalidade dos demais presos, cujo líder ganha credibilidade e aumenta o sentimento de impunidade. Certamente, a existência deste subgrupo dificulta a ressocialização do recluso.

E ainda, o tratamento ressocializador é destinado após a sentença condenatória se tornar definitiva, não cabendo mais recursos a serem utilizados pelo condenado. Com exceção a esta regra, tem-se a Lei Antidrogas, na qual prevê que só poderá recorrer da sentença aquele que se submeter ao encarceramento.

Porém, antes de serem concretizadas as condenações definitivas, encontram a prisão em flagrante delito, prisão preventiva e a temporária, todas com privação da liberdade do homem, sendo que os detentos que se encontram em algumas dessas modalidades de prisão possuem tratamento diferenciado por não ser considerados culpados, mas a pena de prisão faz com que o detento fique juntamente com aqueles que já possuem condenação, mais um fator da falência da pena de prisão.

A política criminal é o conjunto de princípios e recomendações para reagir contra o fenômeno delitivo por meio do sistema penal, que atua como conselheira dos órgãos de segurança pública, entretanto, essa concepção universal obteve crescente ampliação da incidência do direito penal, por meio da maximização dos processos de criminalização e que, justamente por isso, sofreu grande abalo com o surgimento das correntes críticas da criminologia nos anos 60, mormente, com a constatação do fracasso da pena de prisão e sua finalidade de resgatar o indivíduo da vida de crimes.¹⁵¹

A partir de então, a tendência político-criminal passa a ser de descriminalização, que surge a partir de 1974, como orientadora e como alternativa à crise do sistema criminal, deflagrada pelo processo de inflação legislativa e de descodificação que caracterizou o direito penal no século XX,¹⁵² e que surgiram para diminuir o contingente de pessoas nas prisões, especialmente aquelas que cometiam crimes de baixo potencial ofensivo ou menor complexidade, bem como eliminar do direito penal a missão de definição de padrões comportamentais, amparados por linhas morais. Observa-se que o direito penal era, e ainda é, usado como mecanismo moralizador, por seguir as linhas behavioristas, a exemplo da Lei de Contravenções penais do Brasil.¹⁵³

Nessa década, a de 1970, as drogas como Heroína, anfetaminas e barbitúricos, eram muito consumidas, a ponto de se considerá-las responsáveis pelo aumento da

¹⁵¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 146-160.

¹⁵² Idem, *ibidem*.

¹⁵³ Idem, *ibidem*,

criminalidade, havendo necessidade de internacionalização da política criminal, contra as drogas, com a realização do convênio sobre substâncias psicotrópicas para aumentar o controle sobre os fármacos.¹⁵⁴

As funções reais do sistema penal foram desmistificadas pelas teorias críticas da criminologia, sobretudo, quanto ao fim das penas, visto que apontam o alto custo social e econômico da criminalização e a necessidade de racionalização das normas proibitivas, do processo de perseguição penal e das formas de punibilidade. A nova visão, trazida pela criminologia crítica, possibilitou o surgimento de políticas alternativas para tratamento do crime. O assunto em comum era a diminuição dos custos da criminalização, com a criação de práticas diferenciadas, algumas não judiciais, ao problema do crime, especialmente o crime de drogas.¹⁵⁵

3.3 OS DISCURSOS E AS PRÁTICAS DESCRIMINALIZADORAS

Os movimentos de política criminal alternativa podem ser identificados nas tendências do abolicionismo e do minimalismo penal. A criminalidade, no ponto de vista criminológico-crítica, não é uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, e sim a atribuição de um *status* a determinados indivíduos, por meio de uma dupla seleção: primeiramente, “a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais” (processo de criminalização primária); depois, “a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas” (processo de criminalização secundária). Desse modo, conclui-se que “a criminalidade é um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”¹⁵⁶.

O “mercado de ilicitudes”, portanto, está presente onde há abundância e onde há precariedade e às vezes se torna indistinta a legitimidade da acumulação de riqueza proveniente do “mercado lícito” e a ilegitimidade daquela advinda do “mercado de ilicitudes”,

¹⁵⁴ ARGUELLO, K. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2012.

¹⁵⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 146-160.

¹⁵⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 161.

sendo que ambas formas de acumulação não raramente estão imbricadas. O mercado das drogas possui caráter emblemático no que tange a essa relação lícito/ilícito e à própria seletividade do sistema de justiça criminal. O indivíduo não é visto como doente, mas como criminoso. Atribui-se a criminalidade, não ao sistema econômico excludente, mas às drogas, como uma desculpa, um desvio do olhar da verdadeira realidade, para não se enxergar a cruel política excludente do governo, como a falta de uma política promocional de emprego, habitação, saúde, educação, entre outros.¹⁵⁷

Defendendo a tese de que a política econômica é a base de toda criminalidade existente estão Rusche e Kirchheimer¹⁵⁸, cuja conclusão foi fruto de estudo das estatísticas criminais de diversos países europeus, realizadas durante as primeiras décadas do século XX, defendendo que “a conclusão é inegável. Uma vez mais, vemos que a taxa de criminalidade não é afetada pela política penal, mas está intimamente dependente do desenvolvimento econômico”.

Em sua obra, os autores¹⁵⁹ destacam que o sistema econômico tem profunda influência em uma maior ou menor prática de crimes, pela falta de política social e assistencial às classes mais pobres e pelas constantes fraudes e roubos de toda sorte realizadas pelas classes mais abastadas e pelos políticos corruptos e gananciosos.

Para esses autores¹⁶⁰, a pobreza, a falta de empregos, de assistência à saúde, falta de política empregacionista, de incentivos às empresas para abrir mais vagas de emprego, de atendimento às necessidades mais básicas faz com que a criminalidade aumente, porque a população vai buscar no crime o meio de sustento. E, segundo os mesmos autores, essa situação é evidenciada há séculos, desde antes da Idade Média.

Os conflitos sociais marcaram a transição para o capitalismo na Europa entre séculos XIV e XV, levando à criação de leis criminais mais duras para as classes mais empobrecidas, pois houve um crescimento da criminalidade devido às condições econômicas não favoráveis da época. Esse sistema de penas só variava conforme as categorias a serem

¹⁵⁷ ARGUELLO, K. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2012.

¹⁵⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 270.

¹⁵⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 30-35.

¹⁶⁰ RUSCHE; KIRCHHEIMER, op.cit., p. 30-35.

aplicadas e conforme os delitos. Nessa época, os pobres tinham como pena os castigos corporais, enquanto os ricos tinham fiança. O tratamento entre as duas classes era bem diverso. Quando o crime crescia, as diferenças na punição se tornava mais evidente.¹⁶¹

Quanto mais pobres as massas, mais duros eram os castigos, para dissuadi-los do crime. O castigo físico cresceu na Europa, indo desde a mutilação e açoites até a pena de morte. Esse sistema só mudou no final do século XVI, quando se cogitou a possibilidade de explorar a mão de obra dos presos, com a adoção da escravidão nas galés, deportação, trabalhos forçados. Observa-se que essas mudanças tiveram como resultados, o desenvolvimento econômico, que revelou o valor potencial dos presos. A crescente escassez de força de trabalho possibilitou a mudança da política da época, com a instituição da casa de correção e uma nova política econômica.¹⁶²

As casas de correção surgiram na Inglaterra, mas tiveram seu desenvolvimento máximo na Holanda. Nelas, misturavam-se os princípios das casas de assistência aos pobres, das oficinas de trabalho e das instituições penais, para se criar um ambiente cujo objetivo precípuo era transformar mendigos, prostitutas, ladrões, desempregados, ou seja, os indesejáveis, em força de trabalho útil. Com vistas a atingir seu propósito, essas casas adotavam a ideologia calvinista do trabalho como a essência da vida e utilizavam-se da religião para inculcar em seus internos a disciplina e a disposição para o labor.¹⁶³

Rusche e Kirchheimer, ao abordarem do advento e expansão dessas instituições nos séculos XVII e XVIII, ressaltam que “a política institucional para as casas de correção neste tipo de sociedade não era o resultado de amor fraterno ou de um senso oficial de obrigação para com os desvalidos. Era, outrossim, parte do desenvolvimento do capitalismo”.¹⁶⁴

Rusche e Kirchheimers conjecturam que “os fundamentos do sistema carcerário encontram-se no mercantilismo; sua promoção e elaboração foram tarefas do Iluminismo”.¹⁶⁵ Nesse momento histórico, teóricos – e burgueses – passaram a se insurgir contra as incertezas

¹⁶¹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 34-35.

¹⁶² RUSCHE; KIRCHHEIMER, op.cit., p. 37-86.

¹⁶³ RUSCHE; KIRCHHEIMER, op.cit., p. 39.

¹⁶⁴ RUSCHE; KIRCHHEIMER, op.cit., p. 80.

¹⁶⁵ RUSCHE; KIRCHHEIMER, op.cit., p. 109.

em relação à punição e às arbitrariedades dos tribunais, uma vez que, entre outros fatores, não havia correspondência entre crime cometido e pena arbitrada, os acusados muitas vezes não eram sequer informados sobre o conteúdo da acusação que contra eles pairava, em suma, não existia o que chamamos hoje de segurança jurídica. Fato é que a burguesia, detentora de riquezas, mas não do poder, o qual concentrava-se apenas nas mãos da nobreza, procurava fórmulas para limitar a autoridade dos soberanos, em todas suas áreas de atuação, e especialmente no âmbito penal, no qual estavam em jogo os bens mais valiosos dos cidadãos, tais como a vida e a liberdade.¹⁶⁶

Nas discussões de Rusche e Kirchheimer¹⁶⁷ sobre as políticas penais do fascismo e do nacional-socialismo, os autores analisaram os esforços para introdução de uma política punitiva mais severa, justificada por motivos socioeducacionais e enfatizaram os limites desse programa, que foram impostos, primeiramente pela crise econômica que levou à intensificação da punição, e também pela racionalização exigida pela sociedade industrial moderna.

Um dualismo se revela em outros campos da lei penal. A grande massa de delitos menores contra a ordem social existente está crescendo constantemente, junto com as dificuldades econômicas e o aumento dos regulamentos burocráticos. Os autores enfatizam que, enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, não haverá solução e nem política penal que resolva.¹⁶⁸

¹⁶⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 109-115.

¹⁶⁷ RUSCHE; KIRCHHEIMER, op.cit., p. 280.

¹⁶⁸ YOUNG, J. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CAPÍTULO 4. JUSTIÇA PENAL E JUSTIÇA TERAPEUTICA

No presente capítulo será tratado sobre a política de drogas no Brasil, enfatizando que o problema das drogas no Brasil não é meramente criminal, mas um problema de saúde pública e que não se pode converter o problema das drogas em um problema penal. Há certa confusão entre a atividade de traficar drogas e a de consumi-las. Quem trafica é criminoso e quem consome também? Para responder essas questões será visto qual a resposta penal ao uso de entorpecentes e o tratamento penal dado ao tráfico.

4.1 A INSTRUMENTALIDADE DO DISCURSO GARANTISTA E A CRÍTICA CONSTITUCIONAL AO DIREITO PENAL DAS DROGAS

A Lei nº 11.343/2006 trata de instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, entre outros assuntos, regulando a situação do usuário de drogas em seu Artigo 33, assim dispondo:

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 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: (Vide ADI nº 4.274)

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. (Vide Resolução nº 5, de 2012).¹⁶⁹

De acordo com Nóbrega¹⁷⁰, as condutas sancionadas a partir da edição da referida Lei são: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo. Adquirir significa comprar, obter a posse da droga; guardar exprime a conduta de ocultar, ter sob guarda, sem que terceiros saibam dessa posse; ter em depósito alcança a conduta de manter a droga sob controle, sob imediato alcance e disponibilidade; transportar expressa a ideia de deslocamento, de um local para outro; trazer consigo é a mesma coisa que portar a droga, tendo disponibilidade de acesso, de uso.

No entender de Capez,¹⁷¹ a referida Lei trouxe inúmeras modificações relacionadas à figura do usuário de drogas, como por exemplo, a criação de duas novas figuras típicas: transportar e ter em depósito; a substituição da expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas, o fato de não mais existir a previsão da pena privativa de liberdade para o usuário, passando a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa e tipificando a conduta daquele que, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Ao invés de tipificar como crime o uso e porte de drogas e privar da liberdade o usuário, o legislador, ao editar a supracitada Lei, preferiu considerá-lo uma pessoa doente, para o qual estabeleceu medidas preventivas e tratamento. Justamente pelo fato de não prever a pena privativa de liberdade, alguns doutrinadores entendem que houve a descriminalização

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 01/02/2016.

¹⁷⁰ NÓBREGA, Carolina Caminha da. **Usuário de drogas**: a polêmica acerca da descriminalização do art. 28 da lei 11.343/06. Monografia (Graduação em Direito). 2007. Universidade do Vale do Itajaí. São José-SC, junho de 2007. Disponível em siaibib01.univali.br/pdf/Carolina%20Caminha%20da%20Nobrega.pdf. Acesso em 15/01/2016, p. 57.

¹⁷¹ CAPEZ, Fernando. **As inovações da lei de drogas**. 2013. Disponível em http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1804. Acesso em 01/02/2016.

da conduta. Para Gomes¹⁷², trata-se de infração *sui generis*, inserida no âmbito do Direito Judicial Sancionador. Não seria norma administrativa, nem penal. Isso porque de acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal, Art. 1º, só é crime, se for prevista a pena privativa de liberdade, alternativa ou cumulativamente, o que não ocorreria na hipótese do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

No conceito de Luiz Flávio Gomes descriminalizar é “[...] retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime (deixa de ser infração penal)”.¹⁷³ Segue dizendo que há duas espécies de descriminalização:

[...] a) a que retira o caráter ilícito penal da conduta mas não a legaliza. b) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente, (...) A primeira pode ser chamada de descriminalização ‘penal’ (porque só afasta a incidência do Direito penal, mas o fato continua sendo ilícito). A segunda pode ser denominada de descriminalização plena ou total (porque elimina o caráter ilícito do fato perante todo o ordenamento jurídico).¹⁷⁴

Para Brega filho e Saliba, descriminalização é o

[...] sinônimo de retirar formalmente ou de fato o âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas, em três formas possíveis: a) a descriminalização formal (penal), b) descriminalização substantiva (plena ou total), c) descriminalização de fato, quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena.¹⁷⁵

Os doutrinadores que defendem essa linha de pensamento, da descriminalização da posse de drogas para o consumo pessoal, têm como base para a sustentação do entendimento, o Artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914/41), que assim dispõe:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a qual a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de

¹⁷² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108/113.

¹⁷³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de. **Nova lei de Drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108.

¹⁷⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁵ FILHO. Vladimir Brega; SALIBA. Marcelo Gonçalves. A nova Lei de tóxicos: Usuários e dependentes – descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 16, 2007.

multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.¹⁷⁶

Para os adeptos dessa corrente, de acordo com Ferrari e Colli¹⁷⁷, considerando a redação dada ao artigo supracitado, somente será crime a conduta que a Lei cominar pena privativa de liberdade, na modalidade reclusão ou detenção. Observa-se que a Lei não prevê essa espécie de pena no preceito secundário do referido Artigo 28, não admitindo nem mesmo a sua conversão em caso de descumprimento. Desse modo, por causa dessa vedação, o texto não se enquadra no conceito de crime fornecido pelo Artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Dada à peculiaridade da conduta, o referido artigo passou a configurar uma infração *sui generis*, isto é, configura uma terceira categoria, que não se confunde nem como o crime nem com a contravenção penal.

Capez entende, no entanto, que não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e as penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do Art. 48, § 1º, da nova Lei). A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.¹⁷⁸

Para Brega Filho e Saliba:

A nova lei de tóxicos manteve o crime no art. 28. Não se pode falar em descriminalização, porém seu caráter despenalizador é indiscutível. A nova figura aboliu as penas privativas de liberdade e pecuniária ou inominada, perda de bens e valores e interdição temporária de direitos. (...) o caráter ilícito da conduta descrita no art. 28 é inegável e igualmente inegável a substituição da sanção penal.¹⁷⁹

¹⁷⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13914.htm. Acesso em 01/02/2016.

¹⁷⁷ FERRARI, Karine Ângela; COLLI, Maciel. Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descarcerização após o advento da Lei n. 11.343/06. **Unoesc & Ciência – ACSA**, Joaçaba, v. 3, n. 1, p. 7-16, jan./jun. 2012.

¹⁷⁸ CAPEZ, Fernando. **As inovações da lei de drogas**. 2013. Disponível em http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1804. Acesso em 01/02/2016

¹⁷⁹ FILHO, Vladimir Brega; SALIBA, Marcelo Gonçalves. A nova Lei de tóxicos: Usuários e dependentes – descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 16, 2007

Weigert¹⁸⁰ discorda sobre a descriminalização, pois, ainda que a conduta de porte para uso tivesse sofrido descriminalização, o que não houve, não significaria que o sujeito enquadrado em tal prática não mais sofreria estigmatização. Tal afirmação parece desconhecer as teorias criminológicas da reação social, ao aduzirem que não é o fato de a conduta ser legalmente crime que rotula o agente, mas sim, a reação social negativa frente àquele ato. Independentemente de tal discussão, a questão é que a Lei 11.343/06, ao mesmo tempo em que suaviza a pena do porte para uso de drogas (Art. 28), aumenta a pena mínima do tráfico de 03 para 05 anos (Art. 33). Significa dizer que não só mantém o delito de consumo, como também recrudescer as penas do comércio ilegal, mantendo, então, os dois principais modelos de enfrentamento da questão das drogas: usuário-doente e traficante-criminoso.

Nesse sentido, o usuário não deixa de ser considerado criminoso, mas deixa de cumprir cárcere para realizar tratamento, o que na visão do usuário é considerado, de certa forma, muito mais doloroso do que estar encarcerado, pois deixar de usar a droga requer sacrifício. Assim, não há que se falar em descriminalização ou despenalização total. Houve, sim, mudança na forma de penalizar o usuário.

Como lembra Weigert,¹⁸¹ o problema está em que ao usuário será imposta a punição mais branda possível, isto é, delito de menor potencial ofensivo, de competência do JEC e com imposição de penas alternativas (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a curso educativo). Em contrapartida, o traficante será punido gravemente, ou seja, haverá aplicação de pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos e sua processualização se dará de acordo com a lei dos crimes hediondos.

Para Silva¹⁸², a Lei 11.343/06 apresenta o artigo 28 como uma medida despenalizadora mista, pois as hipóteses dos incisos I e III (advertência sobre os efeitos das drogas e comparecimento a programa ou curso educativo) configuram medidas

¹⁸⁰ WEIGERT Mariana de Assis Brasil e. **A Criminalização do Uso de Drogas e a Expansão do Punitivismo no Brasil**. III Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2008. Disponível em <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIImostra/CienciasCriminais/62668%20-%20MARIANA%20DE%20ASSIS%20BRASIL%20E%20WEIGERT.pdf>. Acesso em 01/02/2016.

¹⁸¹ WEIGERT Mariana de Assis Brasil e. **A Criminalização do Uso de Drogas e a Expansão do Punitivismo no Brasil**. III Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2008. Disponível em <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIImostra/CienciasCriminais/62668%20-%20MARIANA%20DE%20ASSIS%20BRASIL%20E%20WEIGERT.pdf>. Acesso em 01/02/2016.

¹⁸² SILVA, Davi André Costa. Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8949>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

despenalizadoras próprias ou típicas, pois afastam, por completo, a aplicação de uma pena, — aplica-se uma medida educativa, e a hipótese do inciso II configura medida despenalizadora imprópria ou atípica, pois apesar de evitar a prisão, não afasta a aplicação de uma pena prevista na Constituição da República (Art. 5º, XLVI, *d*) e no Código Penal (Art. 32, II, *c/c* Art. 43, IV, CP) - prestação de serviços à comunidade.

Ocorre então, a aplicação da Justiça Terapêutica, criada para atender o indivíduo que comete crimes sob influência de drogas, segundo a qual, troca-se a pena de prisão pela pena tratamento.

4.2 JUSTIÇA TERAPÊUTICA – O QUE É?

No Brasil, a proposta de cumprimento da legislação penal de forma harmônica, com medidas sociais e de tratamento às pessoas que praticam crimes, nos quais o elemento droga esteja presente de alguma forma, é chamada de Justiça Terapêutica. Trata-se de um conjunto de medidas que visa aumentar a possibilidade de os infratores usuários e dependentes de drogas entrarem e permanecerem em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente aceitos e positivos.¹⁸³

Na definição de André Pontarolli:

A Justiça Terapêutica, nova proposta de alternativa penal, nascida nos Estados Unidos da América e já adotada em alguns Estados brasileiros, consiste em um conjunto de medidas voltadas para que o criminoso, envolvido com a utilização de drogas, receba tratamento, ou outro tipo de terapia, de acordo com o seu grau de utilização quando verificados os requisitos legais; buscando-se, desta forma, evitar a aplicação de pena privativa de liberdade e possibilitar a melhor reeducação e reintegração deste infrator.¹⁸⁴

Compreende, portanto, a Justiça Terapêutica, um novo conceito no enfrentamento do binômio drogas-crime, onde o encarceramento dá lugar a um tratamento adequado do indivíduo que cometeu um ilícito penal sob o efeito ou influência das drogas.¹⁸⁵ Trata-se,

¹⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Justiça Terapêutica**. 2010. Disponível em <http://www.tjgo.jus.br/joomla/index.php/projetos-e-acoefs/justica-terapeutica>. Acesso em 30/01/2016.

¹⁸⁴ PONTAROLLI, André. **Justiça Terapêutica**. Programa inovador no combate ao binômio existente entre as drogas e a criminalidade. 15/05/2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/47/1947/p.shtml>. Acesso em: 04/02/2016.

¹⁸⁵ NETO, Arnaldo F. A. Maranhão. **Estudos sobre a Justiça Terapêutica**. Recife: Bagaço, 2003. p. 20.

como afirma Ribeiro¹⁸⁶, de uma pena alternativa; alternativa à prisão, não privando de liberdade aquele que cometeu um delito, mas restringindo seus direitos.

Ensina Vergara¹⁸⁷ que os juízes encaminham os usuários de drogas e infratores que apresentam condutas violentas e antissociais para tratamento de desintoxicação em clínicas médicas e hospitais. A medida tomada implica o monitoramento da execução da pena - tratamento com a solicitação de avaliações, exames e relatórios da equipe de saúde e da assistência social e psicológica.

A Justiça Terapêutica é um programa judicial de redução do dano social, direcionado às pessoas que praticaram pequenos delitos, sob o efeito do álcool ou influência das drogas. É uma expressão que conjuga os aspectos legais e sociais próprios do direito (justiça) com a relação de cuidados, características das intervenções de orientação e reabilitação de uma situação (tratamento). Pode ser compreendida como um conjunto de medidas que visam aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados.¹⁸⁸

4.3 ORIGEM

A Justiça Terapêutica é um modelo importado dos Tribunais de Drogas dos EUA, que promovem ações no âmbito da justiça, objetivando construir uma nação livre das drogas. Este país exporta suas políticas a diversas outras nações, promovendo encontros, cursos, financiamentos, etc. O combate às drogas passa a ser um dos eixos centrais da política norte-americana, adotando termos como narcoguerrilha, que dão forma ao inimigo 'droga' e onde se produz o inimigo usuário. Ao mesmo tempo em que as drogas passam a ser o eixo das

¹⁸⁶ RIBEIRO, F. M. L. **Justiça terapêutica tolerância zero: arregaçamento biopolítico do sistema criminal punitivo e criminalização da pobreza.** Dissertação (Políticas Públicas e Formação Humana). 2007. 130 fls. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Educação. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em www.lpp-buenosaires.net/ppfh/.../fernanda_lages_criminalizacao.pdf. Acesso em 28/01/2016.

¹⁸⁷ VERGARA, Alcides José Sanches. Justiça terapêutica, drogas e controle social. **IV Jornada de Pesquisa em Psicologia: Desafios atuais nas práticas da Psicologia.** 25 e 26 de novembro de 2011. UNISC – Santa Cruz do Sul – RS. Disponível em http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/jornada_psicologia/article/view/10194. Acesso em 28/01/2016.

¹⁸⁸ SILVA, Luciana C. R.; QUEIROZ, Simone M.; QUEIROZ, Meire C.; BARBOSA, Telma V. de Paula. Justiça Terapêutica. **Direito e Sociedade.** Três Lagoas – MS. Ano 09, n. 1.p. 1, Jan./dez., 2009, p.: 166-181.

políticas de segurança nacional e internacional, o capital financeiro e a nova divisão internacional do trabalho obrigam diversos países a serem os produtores de tal mercadoria.

As políticas norte-americanas têm forte cunho moralista, alinhadas à ideia da abstinência total ou tolerância zero. A política de tolerância zero não se dirige apenas às drogas, mas às diversas “ilegalidades”, instituindo ações como toques de recolher e aumentando as penalidades para pequenos delitos, o que teria, supostamente, diminuído a criminalidade nesse país.¹⁸⁹

De acordo com Weigert, são três as maiores legislações proibicionistas de nossos tempos no marco internacional: Convenção Única de Estupefacientes de Nova York (1961), Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena (1971) e Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de Viena (1988). Esta última é considerada a maior expressão do proibicionismo e da consolidação da política norte-americana de guerra às drogas e foi ratificada pelo Brasil em 1991. Importante frisar, ainda, que esta é a política criminal de drogas vigente na maioria dos países ocidentais.¹⁹⁰

Os programas de Justiça Terapêutica passaram a ser adotados no Brasil no fim da década de 1990, retrocedendo-se a procedimentos e métodos de certa forma limitados e já ultrapassados do ponto de vista terapêutico. Permanências de práticas disciplinares e proibicionista que subsistem na proposta da justiça terapêutica podem ser visualizadas pelo fato de profissionais psicólogos, ao lado dos juízes, promotores, médicos e assistentes sociais serem convocados mais uma vez a exercer funções de vigilância e controle através da emissão de laudos, relatórios e exames regulares que trazem a marca do dispositivo de poder.¹⁹¹

4.4 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA TERAPÊUTICA NO BRASIL

¹⁸⁹ RIBEIRO, F. M. L. **Justiça terapêutica tolerância zero: arregaçamento biopolítico do sistema criminal punitivo e criminalização da pobreza.** Dissertação (Políticas Públicas e Formação Humana). 2007. 130 fls. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Educação. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em www.lpp-buenosaires.net/ppfh/.../fernanda_lages_criminalizacao.pdf. Acesso em 28/01/2016, p. 9.

¹⁹⁰ WEIGERT Mariana de Assis Brasil e. **A Criminalização do Uso de Drogas e a Expansão do Punitivismo no Brasil.** III Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2008. Disponível em <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIImostra/CienciasCriminais/62668%20-%20MARIANA%20DE%20ASSIS%20BRASIL%20E%20WEIGERT.pdf>. Acesso em 01/02/2016.

¹⁹¹ VERGARA, Alcides José Sanches. Justiça terapêutica, drogas e controle social. **IV Jornada de Pesquisa em Psicologia: Desafios atuais nas práticas da Psicologia.** 25 e 26 de novembro de 2011. UNISC – Santa Cruz do Sul – RS. Disponível em http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/jornada_psicologia/article/view/10194. Acesso em 28/01/2016.

O Programa da Justiça Terapêutica já vem sendo aplicado em alguns Estados brasileiros, como Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Sergipe e Paraná. A Justiça Terapêutica foi trazida para o Brasil por membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul, que desde 1999 vem divulgando congressos, seminários e estudos, inclusive fundando a Associação Nacional da Justiça Terapêutica. Pode-se dizer que o Estado que atualmente se apresenta mais avançado em termos de aplicação do programa é Pernambuco. Lá funciona, desde 2001, o Centro de Justiça Terapêutica, pioneiro na América Latina, que abrange a região metropolitana de Recife, fazendo em média 240 atendimentos mensais. O Centro atua de maneira eficaz e já conta com resultados efetivos.¹⁹²

No Rio de Janeiro, o programa foi instituído em 2002, não tem a amplitude teórica estabelecida pelo programa, porque restringe à aplicação do programa aos dependentes iniciados e acusados pelo uso de substância entorpecente. No Estado de Minas Gerais o programa foi instituído em 2003 e recebeu o nome de Justiça Cidadã e, assim como no Rio de Janeiro, restringiu os destinatários do programa. No Sergipe e no Paraná, existem programas de tratamento para usuários e dependentes químicos que tenham cometido infrações, mas são programas de acompanhamento que se aproximam mais do previsto na Lei de Tóxicos do que da Justiça Terapêutica e são marcados pela viabilidade sem a intervenção da tutela jurisdicional.¹⁹³

Em Goiás, o Programa de Justiça Terapêutica completou dois anos em 2012 e busca promover a diminuição da criminalidade por meio do combate ao uso de drogas. Desde sua criação, a Justiça Terapêutica já atendeu mais de mil beneficiários e conta com um percentual superior a 50% de adesão ao tratamento.¹⁹⁴

Em Mato Grosso do Sul, até 2010, a Justiça Terapêutica não era aplicada no Estado. A partir da realização do 1º Seminário de Justiça Terapêutica, realizado em Campo Grande – MS, em 29/10/2012, Mato Grosso do Sul começa a discutir a substituição da pena de prisão para pequenos crimes por tratamento contra a dependência química. O referido Seminário foi proposto pelo presidente da Casa de Leis, deputado Jerson Domingos (PMDB),

¹⁹² GIACOMINI, Eduarda. A Justiça Terapêutica como alternativa ao Sistema Penal Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 62, mar 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5978>. Acesso em fev 2013.

¹⁹³ Idem, ibidem.

¹⁹⁴ TORRES, Jeovana. Maria Umbelina permanece no Justiça Terapêutica. **Notícias do TJGO**. 01/02/2013 17h36. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/1336-maria-umbelina-permanece-no-justica-terapeutica>. Acesso em 04/02/2016.

e pelo juiz federal Odilon de Oliveira, da Vara de Lavagem de Dinheiro e Crimes Financeiros. O Ministério Público de Mato Grosso do Sul foi representado pelo Procurador de Justiça Hudson Shiguer Kinashi.

De acordo com o Juiz Odilon de Oliveira,

Na prisão, a chance de reabilitação é zero. Não se recupera o dependente químico com violência. A sociedade não ganha com as pessoas no xadrez, elas têm que ir para tratamento hospitalar ou para uma clínica de reabilitação.¹⁹⁵

O Promotor Marcos Kac, Vice-presidente da Associação Brasileira de Justiça Terapêutica e coordenador de Justiça Terapêutica do Ministério Público do Rio de Janeiro, afirma que o programa tem obtido bons resultados em todo o País. A reincidência nos crimes é superior a 90% sem o tratamento, mas cai para 12% a 15% com a Justiça Terapêutica.¹⁹⁶

Ementa: DIREITO Á SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. PESSOA MAIOR PORTADORA DE TRANSTORNO MENTAL DEVIDO AO USO DE MÚLTIPLAS DROGAS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Não há falta de fundamentação na decisão quando o julgador aponta objetivamente as razões determinantes do seu convencimento. 2. Tratando-se de pessoa usuária de drogas, com complicações neurológicas, agressiva e violenta é cabível pedir aos Entes Públicos a sua internação compulsória e o fornecimento do tratamento de que necessita, a fim de assegurar-lhe o direito à saúde e à vida. 3. Os entes públicos têm o dever de fornecer gratuitamente o tratamento de pessoa cuja família não tem condições de custear. 4. Há exigência de atuação integrada do poder público como um todo, isto é, União, Estados e Municípios para garantir o direito à saúde. 5. É solidária a responsabilidade dos entes públicos. Inteligência do art. 196 da CF. Recurso desprovido.¹⁹⁷

Já tramita na Câmara dos Deputados, em Brasília, o Projeto de Lei nº 4033/2012, do deputado Eduardo da Fonte (PP-PE), que institui o Programa Justiça Terapêutica no âmbito do Juizado Especial Criminal, com o objetivo de possibilitar a reabilitação de usuários e dependentes de drogas, que cometam infrações de menor potencial ofensivo. O programa terá,

¹⁹⁵ GUIMARÃES, W. **Justiça Terapêutica**: prisão é substituída por tratamento. Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. 30 de Outubro de 2012. Disponível em: <http://mp-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100153817/justica-terapeutica-prisao-e-substituida-por-tratamento>. Acesso em 04/02/2016.

¹⁹⁶ GUIMARÃES, W. **Justiça Terapêutica**: prisão é substituída por tratamento. Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. 30 de Outubro de 2012. Disponível em: <http://mp-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100153817/justica-terapeutica-prisao-e-substituida-por-tratamento>. Acesso em 04/02/2016.

¹⁹⁷ BRASIL. TJ/RS. **Agravo de Instrumento Nº 70052942521**, Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/01/2013. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 04/02/2016.

entre seus objetivos, envolver as famílias dos infratores no acompanhamento do tratamento e no processo de ressocialização do infrator.¹⁹⁸

Para Silva e Bandeira,¹⁹⁹ o estabelecimento de programas político-sociais, como o da Justiça Terapêutica que se preocupa com a reabilitação de infratores envolvidos com as drogas, consiste num instrumento apto a minimizar uma mazela social e sistemática em função da falência e do equívoco que se perpetua por intermédio do direito penal, permitindo que muitas pessoas restabeleçam uma vida digna. Este é um exemplo de intervenção efetiva em que o Estado age em prol do interesse público e do princípio da dignidade da pessoa humana e em benefício da manutenção da vida, já que a dependência química é uma doença séria e que acarreta prejuízos que atinge o indivíduo, a família e toda a sociedade. Isto ocorre primeiro, porque há toda uma estrutura criminosa que envolve o tráfico de drogas; segundo, porque muitos usuários cometem crimes sob o efeito dos tóxicos.

4.5 FORMA DE AUXÍLIO AO USUÁRIO E SUA FAMÍLIA

A forma de tratamento proposta para um paciente dependente de drogas deve ser individualizada, levando em conta características e expectativas do paciente, grau de doença e comprometimento do paciente. Drogas diferentes podem necessitar de ações psicoterápicas ou farmacológicas diversas. As formas de psicoterapia disponíveis parecem muito diversificadas porque são classificadas segundo o ambiente (ex.: lugar onde o paciente será tratado), a modalidade terapêutica (ex.: psicanálise, cognitivo - comportamental) e pela técnica empregada (ex.: psicoterapia individual, terapia ocupacional). Os programas mais eficazes associam técnicas terapêuticas e modelos diferentes aos locais de tratamentos diversificados²⁰⁰.

¹⁹⁸ AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. **Projeto cria programa para reabilitar usuários de drogas**. 24/09/2012 - 13h11. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/426670-PROJETO-CRIA-PROGRAMA-PARA-REABILITAR-USUARIOS-DE-DROGAS.html>. Acesso em 04/02/2016.

¹⁹⁹ SILVA, Antonio Aécio Bandeira da; BANDEIRA, Katherine Lages Contasti. **Drogas, violência e criminalidade**: o programa justiça terapêutica como políticas públicas de atenção ao dependente infrator. Universidade Federal do Maranhão. Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas. III Jornada Internacional de Políticas Públicas: Questão Social e Desenvolvimento no Século XXXI. São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoF/cf27b74d94a7b835a70eKatherine_Antonio.pdf. Acesso em 04/02/2016.

²⁰⁰ BEZERRA, Valdir Craveiro; LINHARES, Ana Carolina Bessa. A família, o adolescente e o uso de drogas. In: SCHOR, Néia; MOTA, Maria do Socorro F. Tabosa; BRANCO, Viviane Castelo. **Cadernos juventude, saúde e desenvolvimento**. Brasília, Brasil. Ministério da Saúde, ago. 1999. p. 184-96.

O Ministério da Saúde criou diretrizes para uma política ministerial específica, voltada à atenção desses indivíduos, por meio da Lei Federal 10.216/2002, sancionada em 6/4/2001, que constitui a política de Saúde Mental oficial para o Ministério da Saúde, bem como para todas as unidades federativas. Dessa forma, a referida Lei Federal 10.216/2002, também vem a ser o instrumento legal / normativo máximo para a política de atenção aos usuários de álcool e outras drogas, a qual também se encontra em sintonia para com as propostas e pressupostos da Organização Mundial da Saúde.²⁰¹ A Lei em questão tem diversos desdobramentos positivos possíveis, se aplicada com eficácia.²⁰²

A atual Política Nacional do Ministério da Saúde Brasileiro para a atenção integral aos usuários de álcool e outras drogas foi instituída por meio da Portaria nº 2.197/GM, em 14 de outubro de 2004.

A Lei nº 10.216 de seis de abril de 2001, que se constitui no marco histórico para a Reforma Psiquiátrica Brasileira, ratificou a Lei 8080/90 que estabelece as diretrizes do Sistema Único de Saúde, garantindo a todos os indivíduos usuários e dependentes de álcool e outras drogas, a universalidade de acesso à assistência integralmente, priorizando a descentralização dos serviços de atendimento, determinando que os mesmos devem ser estruturados na comunidade, próximos do convívio social dos usuários.²⁰³ Assim, as redes assistenciais devem centrar-se nas desigualdades existentes ajustando suas ações às demandas da população, para atender de forma equânime e democrática.²⁰⁴

As estratégias de tratamento devem ser planejadas. Quando o quadro é inicial, o médico pode iniciar o processo de tratamento sem referendar o paciente a especialistas, utilizando técnicas de intervenção breve, no próprio consultório. O tratamento pode envolver psicoterapias e/ou farmacoterapia. A fase inicial do tratamento visa desintoxicação e recomendação de abstinência como um objetivo de recuperação em longo prazo. Pode ser

²⁰¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Coordenação Nacional de DST/Aids. **A Política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas**. Ministério da Saúde, 2003, p. 33.

²⁰² DELGADO, P. G. O SUS e a Lei 10.216: Reforma Psiquiátrica e Inclusão Social. In: LOYOLA, C.; MACEDO, P. (Organizadores). **Saúde Mental e Qualidade de Vida**. Rio de Janeiro: Edições CUCA / UPUB, 2002.

²⁰³ BRASIL. Ministério da Saúde. **A política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas**. Série E. Legislação de Saúde. Brasília: Brasil. 2004.

²⁰⁴ PEREIRA, Maria Odete. **Análise da política do Ministério da Saúde do Brasil para a atenção integral dos usuários de álcool e outras drogas**. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 93.

necessário o manejo de problemas clínicos. Em outras circunstâncias, quando houver dependência severa ou problemas psiquiátricos associados o paciente precisará ser encaminhado para tratamento especializado. Os melhores índices de recuperação ocorrem quando o médico participa diretamente do encaminhamento, através de auxílio na marcação de consultas em centros específicos ou com profissionais com os quais mantenha contato ou apresenta o paciente a membros dos Alcoólicos Anônimos ou dos Narcóticos Anônimos. Neste instante também é feito o envolvimento de membros da família no processo do tratamento²⁰⁵.

Conforme bem afirma Pereira,

[...] o uso do álcool e outras drogas é um tema transversal a outras áreas da saúde, pois envolve a justiça, a educação, o bem-estar social e o desenvolvimento. Portanto, se faz necessária uma série de articulações intersetoriais com vários setores da sociedade civil, como movimentos sindicais, universidades e organizações comunitárias. Essas articulações são essenciais para a elaboração de planos estratégicos dos estados e municípios, de forma a ampliar as ações dirigidas às populações de difícil acesso, além de serem instrumentos essenciais para a promoção de direitos e controle social.²⁰⁶

Costa também ressalta que,

As propostas e formas de atendimento terapêutico variam de acordo com a visão de mundo e perspectiva política, ideológica e religiosa dos diferentes grupos e instituições, governamentais e não governamentais, atuantes nesta área. Da abstinência total à redução de danos, do internamento ao atendimento ambulatorial, dos grupos de ajuda ao tratamento medicamentoso, de programas governamentais a comunidades terapêuticas, o usuário de substâncias psicoativas, que deseja ou necessita de tratamento, tem uma variedade de alternativas, optando por aquela mais adequada ao seu perfil e/ou suas necessidades.²⁰⁷

No entanto, o que deve ficar bem claro a este paciente é que o processo não se restringe apenas ao momento da recuperação imediata, mas que certamente se estenderá por toda a sua vida. No que tange o processo de recuperação de um dependente químico, toda a sociedade tem sua parcela de responsabilidade. O Estado, através dos seus órgãos específicos, ligados ao programa de prevenção e tratamento de dependentes químicos, tem um importante papel na recuperação destas pessoas. O Estado deve estimular, garantir e promover ações para

²⁰⁵ BARROS, D. D.; GHIRARDI, M. I. G.; LOPES, R. E. Terapia Ocupacional Social. **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**, São Paulo. v. 13, n. 2, 2002. p. 55-61.

²⁰⁶ PEREIRA, Maria Odete. **Análise da política do Ministério da Saúde do Brasil para a atenção integral dos usuários de álcool e outras drogas**. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 98.

²⁰⁷ COSTA, Selma Frossard. As Políticas Públicas e as Comunidades Terapêuticas no Atendimento à Dependência Química. **Serviço Social em Revista**. V. 11, nº 2, Jan/Jun 2009, Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: <http://www.uel.br>. Acesso em 28/01/2016.

que a sociedade (incluindo os usuários, dependentes, familiares e populações específicas), possa assumir com responsabilidade ética, o tratamento, a recuperação e a reinserção social, apoiada técnica e financeiramente, de forma descentralizada, pelos órgãos governamentais, nos níveis municipal, estadual e federal, pelas organizações não-governamentais e entidades privadas.²⁰⁸

4.5.1 Internação

A internação ocorre em local diferenciado da ala psiquiátrica, dentro de um hospital geral ou clínica, podendo dar suporte aos pacientes que apresentam comorbidade com outras patologias psiquiátricas, riscos de suicídio, problemas clínicos agudos, convulsões ou delírio. Pode ser indicado para pacientes que necessitam de ambientes com supervisão constante para atingirem a abstinência, com pouco apoio social, que sofrem pressão para não suspenderem o uso da droga, que não possuem seguro saúde ou meios de transporte para chegar ao local de tratamento, ou ainda, que demonstre forte preferência pela hospitalização. Oferece o acompanhamento por terapeutas e profissionais da saúde por um período de 21 a 28 dias. Devido aos custos elevados muitas vezes precisa ser substituído por tratamentos ambulatoriais. É também visto como um espaço para motivação do paciente com problemas relacionados ao uso de drogas. O departamento que trata desse tipo de problema costuma ser chamado de enfermaria de desintoxicação, a internação e permanência nesses locais são voluntárias e acompanham o período de abstinência.²⁰⁹

O Hospital-dia oferece o mesmo programa de tratamento que a hospitalização, mas é menos restritivo já que os pacientes vivem em suas residências. As abordagens utilizadas podem ser intensiva, que incluem frequência diária e integral; intermediária, com algumas vezes na semana e integral ou parcial ou quase ambulatorial, com visitas semanais e durante meio período. Aplica-se aos dependentes que tem a capacidade de se manter abstinente por períodos curtos de tempo. Pode ser indicado para pacientes com história de desistência do tratamento ambulatorial ou de recaída imediata após a hospitalização, com ambivalência quanto ao tratamento ou programas de mudanças. O hospital-dia oferece

²⁰⁸ Idem, *ibidem*.

²⁰⁹ FERIGOLO, Maristela; FERNANDES, Simone; DANTAS, Denise C. M.; BARROS, Helena. **Centros de Atendimento da Dependência Química**. Porto Alegre: Editora AAPEFATO. 2007, p. 12-13.

programas de 8 horas/dia, 5 dias da semana e pode durar semanas ou meses. Nesse caso, é preciso que o paciente tenha um bom apoio social/familiar.²¹⁰

O tratamento ambulatorial é mais indicado para aqueles indivíduos que descrevem tentativas prévias bem-sucedidas de abstinência, por conta própria ou histórias de sucesso com este método, que tenham dificuldades de recursos para tratamentos intensivos ou dificuldade para serem dispensados do trabalho por períodos mais longos. Funciona com uma equipe multidisciplinar composta por médicos, psicólogos, assistentes sociais.²¹¹

4.5.2 Centros de recuperação

Os centros de recuperação envolvem um local para habitação em uma comunidade com outros dependentes em um ambiente monitorado. Esta vivência de habitação na comunidade, envolvendo-se com outros indivíduos, permite que o dependente aprenda a viver enquanto abstêmio. Está indicado para pacientes com história de recaída após a hospitalização ou carência de apoio social. Se combinado com hospital-dia ou programas ambulatoriais noturnos, podem substituir ambientes de hospitalização.²¹²

As comunidades terapêuticas oferecem um balanço entre reclusão objetiva e suporte afetivo, com o intuito de diminuir as resistências defensivas e iniciar o processo de aprendizagem. A equipe é composta de ex-dependentes e ao menos um profissional para auxiliar nas terapias de grupo, que estimulam aceitação mútua, confronto de defesas, compartilhamento de inventário de vida, fraquezas e forças individuais, documentação de processos de doenças destrutivas, e oferecem auxílio para correção e elogios.²¹³

Os planos terapêuticos devem ser individualizados para cada paciente, considerando-se as dificuldades e forças do paciente para manter a abstinência em longo prazo. São alterados os detalhes de vida do dependente, com estímulo dos bons hábitos de higiene, maneiras, linguagem, atitude e conduta; muitos programas valorizam a religiosidade. O ambiente evita contato com outros indivíduos, com imersão total do paciente no tratamento, preenchendo o dia com atividades bem estruturadas do ponto de vista cronológico, não sendo

²¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 13.

²¹¹ FERIGOLO, Maristela; FERNANDES, Simone; DANTAS, Denise C. M.; BARROS, Helena. **Centros de Atendimento da Dependência Química**. Porto Alegre: Editora AAPEFATO. 2007, p. 14.

²¹² Idem, *ibidem*, p. 14.

²¹³ Idem, *ibidem*, p. 13.

permitidas interferências do mundo externo sobre as atividades, sendo que, em alguns programas, não são permitidos televisão, jornais ou revistas.

4.5.3 CAPS AD – Atenção às pessoas com transtornos decorrentes do uso de substâncias psicoativas na rede pública

Os CAPS AD são serviços para municípios com população acima de 100.000 habitantes, especializados em saúde mental que atendem pessoas com problemas decorrentes do uso ou abuso de álcool e outras drogas em diferentes níveis de cuidado: intensivo (diariamente), semi-intensivo (de 2 a 3 vezes por semana) e não-intensivo (até 3 vezes por mês). São serviços ambulatoriais territorializados, tendo como princípio a reinserção social. Realizam ações de assistência (medicação, terapias, oficinas terapêuticas, atenção familiar), de prevenção e capacitação de profissionais para lidar com os dependentes. Tendo ainda a função de organizar a rede mais ampla de atenção às pessoas com problemas decorrentes do uso ou abuso de álcool e outras drogas.²¹⁴

A Portaria GM/816 de 30 de abril de 2002, no domínio do Sistema Único de Saúde, estabeleceu o Programa nacional de Ação Comunitária Integrada aos Usuários de Álcool e Outras Drogas, considerando: a multiplicidade de níveis organizacionais das redes assistências localizadas nos Estados e Distrito Federal; os diferentes perfis populacionais existentes no país e a variabilidade de incidência dos transtornos decorrentes do uso abusivo e/ou dependência de álcool e outras drogas. Dessa forma, propôs-se a criação dos Centros de Atenção Psicossocial álcool e outras drogas – CAPS ad, dada a sua resolubilidade na assistência em saúde mental, para abrigar em seus projetos terapêuticos práticas de cuidados que contemplem a flexibilidade e a abrangência possíveis às demandas dessa população, com uma perspectiva estratégica de redução de danos sociais e à saúde.²¹⁵

A assistência a usuários de drogas deve ser oferecida em todos os níveis de atenção, privilegiando os cuidados em dispositivos extra hospitalares, como os CAPS ad,

²¹⁴ FERIGOLO, Maristela; FERNANDES, Simone; DANTAS, Denise C. M.; BARROS, Helena. **Centros de Atendimento da Dependência Química**. Porto Alegre: Editora AAEFATO. 2007, p. 17.

²¹⁵ PEREIRA, Maria Odete. **Análise da política do Ministério da Saúde do Brasil para a atenção integral dos usuários de álcool e outras drogas**. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 96.

devendo também estar inserida na atuação do Programa de Saúde da Família, programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), Programas de Redução de Danos e da Rede Básica de Saúde.²¹⁶

Observa-se que a política de assistência ao usuário de drogas e álcool vem de encontro ao que estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 6º, *caput*, como sendo a saúde um direito social, denominado direito de terceira geração e, por isso mesmo, essencial à garantia da sadia qualidade de vida, da dignidade humana e da saúde.²¹⁷ Nesse sentido, não se pode simplesmente relegar à prisão ou ao esquecimento, os usuários de drogas, pois os mesmos são seres humanos, cujos direitos são iguais aos de todos. Colocar os usuários de drogas em uma cela de prisão, sem oferecer condições adequadas de tratamento é o mesmo que permitir a continuidade do vício.

Os CAPS ad devem oferecer atendimento diário, nas modalidades intensiva, semi-intensiva e não intensiva, de acordo com o planejamento terapêutico que atenda às demandas individuais, de evolução contínua. As intervenções devem ser aplicadas precocemente, limitando o estigma associado ao tratamento. Esses serviços devem disponibilizar de dois a quatro leitos para desintoxicação.²¹⁸

²¹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **A política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas**. Série E. Legislação de Saúde. Brasília: Brasil. 2004.

²¹⁷ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 10.

²¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **A política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas**. Série E. Legislação de Saúde. Brasília: Brasil. 2004

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A "Lei de Drogas", Lei nº 11.343/2006, foi criada com a finalidade de adequar a legislação sobre tóxicos, hoje revogada, ao panorama social da atualidade, trazendo algumas inovações para atenuar as tendências radicais da doutrina e da jurisprudência, especialmente pelas omissões dantes existentes.

Em relação aos crimes e às penas, estabeleceu sanções mais severas para o delinquente, criou novos tipos penais, como é o caso do financiador do tráfico e do informante da associação criminosa. Por outro lado, trouxe inúmeros benefícios, inclusive ao próprio traficante de drogas, ao fixar causa especial de diminuição de pena.

O crime de tráfico e equiparados está definido no art. 33 e § 10 da Lei nº 11.343/06, que manteve no *caput* do artigo 18 condutas previstas no revogado art. 12 da Lei nº 6.368/76. A inovação legislativa ficou por conta do preceito secundário da norma penal, já que o mínimo da pena privativa de liberdade e a própria pena de multa teve considerável aumento.

Com relação às figuras equiparadas, salienta-se que no inciso I do § 1º foram tipificadas as condutas delituosas cujo objeto se configure matéria-prima destinada à preparação de drogas, sendo acrescentada na redação do dispositivo os termos "insumo" e "produto químico". Trata-se de norma penal cujo conteúdo, de natureza administrativa, deve ser estabelecido pela ANVISA.

Outra inserção nova na "Lei de Drogas" reside no inciso III do § 1º do art. 33. A revogada Lei nº 6.368/76 equiparava ao tráfico a conduta daquele que utilizava um determinado local ou consentia que alguém dele se utilizasse para a prática de tráfico ou uso de substância entorpecente. A nova lei equipara a traficância à conduta daquele que utiliza um determinado local ou permite que outrem dele se utilize para atos de tráfico, sem qualquer menção ao consumo, dada a *abolitio criminis* dessa figura delitiva. Ademais, acrescentou-se a expressão "bem de qualquer natureza", cessando a discussão se apenas os imóveis configurariam o delito. Pela sistemática atual, os bens móveis também se inserem no tipo penal.

Por seu turno, o § 2º do art. 33 deixou de equiparar ao traficante a conduta daquele que induz ou instiga alguém a consumir drogas, assim como fazia a revogada Lei de Tóxicos. A sistemática atual concede um tratamento jurídico-penal diferenciado e mais brando, com pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

Outra nova inserção na Lei em comento, diz respeito ao consumo eventual e compartilhado de droga entre pessoas com vínculo jurídico ou de fato, conduta tida como uma espécie de crime privilegiado. Estabelece o § 3º do art. 33, que: “Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem [...]”. Com isso, eliminou-se a possibilidade de tipificação da conduta prevista no art. 12 da Lei nº 6.368/76 frente aos verbos "fornecer" e "entregar". A análise do referido tipo penal revela que o legislador buscou alcançar o agente que não tenha relação direta com o tráfico de drogas.

Entretanto, a referida Lei deixou em suspenso a situação do “mula”, suscitando polêmicas discussões na doutrina. A princípio, os legisladores entendiam que esse indivíduo usado como “mula”, não teria participação no crime de tráfico de drogas e nem seria integrante de organizações criminosas.

Com o avançar das discussões e dos diversos casos de pessoas nessa situação, os legisladores na atualidade preferem entender que o “mula” é sim, na maioria das vezes, integrante de organização criminosa, bem como deve ser considerado traficante, recebendo com isso, a pena de reclusão.

Paira ainda na doutrina que, se esse indivíduo tiver bons antecedentes e preencher outros requisitos, a ele pode ser aplicada pena alternativa. Também poderia ser aplicada a justiça terapêutica, que é um programa judicial de redução do dano social, direcionado às pessoas que praticaram pequenos delitos, sob o efeito do álcool ou influência das drogas. É uma expressão que conjuga os aspectos legais e sociais próprios do direito (justiça) com a relação de cuidados, características das intervenções de orientação e reabilitação de uma situação (tratamento). Trata-se de um conjunto de medidas que visam aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados.

A Justiça Terapêutica é um modelo importado dos Tribunais de Drogas dos EUA, que promovem ações no âmbito da justiça, objetivando construir uma nação livre das drogas. O Programa da Justiça Terapêutica já vem sendo aplicado em alguns Estados brasileiros, como Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Sergipe e Paraná.

Este é um exemplo de intervenção efetiva em que o Estado age em prol do interesse público e do princípio da dignidade da pessoa humana e em benefício da manutenção da vida, já que a dependência química é uma doença séria e que acarreta prejuízos que atinge o indivíduo, a família e toda a sociedade. Isto ocorre primeiro, porque há toda uma estrutura criminosa que envolve o tráfico de drogas; segundo, porque muitos usuários cometem crimes sob o efeito dos tóxicos.

A justificativa dessa medida é bem louvável: para evitar a superpopulação carcerária e para dar uma nova chance ao indivíduo que, não sendo participante de organização criminosa e nem sendo usuário, mas apenas uma pessoa que o faz por extrema necessidade financeira, situação essa bem comum na atualidade brasileira.

Os traficantes, na maioria das vezes, se aproveitam de pessoas em extrema situação de pobreza e necessidade, para usá-las como “mulas”, ou seja, indivíduo que realiza o transporte da droga de um lado para outro, em seu próprio corpo. Porém, há situações nas quais as pessoas aceitam fazer esse tipo de trabalho, apenas por ganância, visto que, quanto maior a quantidade de droga, mais alto o valor pago para transportá-la. Nesse sentido, há que se ressaltar a necessidade de o juiz estar atento aos casos, estudando-os da melhor forma possível para que não haja injustiças.

É preferível que a pessoa cumpra uma pena alternativa ou pena tratamento, ao invés de ir para a prisão, onde estão os maiores criminosos e, por causa disso, ver sua vida vinculada de forma irreparável ao mundo do crime.

A Lei nº 11.343/06 está a caminho da maturidade jurídica. No mesmo sentido, caminha a doutrina atrás de subsídios suficientes para dirimir os pontos controversos. Seja como for, a Lei tem mais aspectos positivos do que negativos, e somente a análise prática de cada caso concreto tornará possível uma melhor interpretação de suas normas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. Projeto cria programa para reabilitar usuários de drogas. 24/09/2012 - 13h11. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/426670-PROJETO-CRIA-PROGRAMA-PARA-REABILITAR-USUARIOS-DE-DROGAS.html>. Acesso em 04/02/2016.

ARGUELLO, K. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, D. D.; GHIRARDI, M. I. G.; LOPES, R. E. Terapia Ocupacional Social. **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**, São Paulo. v. 13, n. 2, 2002. p. 55-61..

BEZERRA, Valdir Craveiro; LINHARES, Ana Carolina Bessa. A família, o adolescente e o uso de drogas. In: SCHOR, Néia; MOTA, Maria do Socorro F. Tabosa; BRANCO, Viviane Castelo. **Cadernos juventude, saúde e desenvolvimento**. Brasília, Brasil. Ministério da Saúde, ago. 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm. Acesso em 01/02/2016.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 25/10/2015.

_____. Ministério da Saúde. **A política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas**. Série E. Legislação de Saúde. Brasília: Brasil. 2004.

_____. Ministério da Saúde. **A política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas**. Série E. Legislação de Saúde. Brasília: Brasil. 2004.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Coordenação Nacional de DST/Aids. **A Política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas**. Ministério da Saúde, 2003.

_____. TJ/RS. **Agravo de Instrumento Nº 70052942521**, Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/01/2013. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 04/02/2016.

_____. TJMG. AC 13.891. Rel. Iracy Jardim. RF 275/305. In: FRANCO, A. S.; STOCCO, R. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Justiça Terapêutica**. 2010. Disponível em <http://www.tjgo.jus.br/joomla/index.php/projetos-e-acoess/justica-terapeutica>. Acesso em 30/01/2016.

_____. **Vade Mecum**. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **As inovações da lei de drogas**. 2013. Disponível em http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1804. Acesso em 01/02/2016.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CARVALHO, Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006**. 7. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Considerações sobre a interpretação jurídico-penal em matéria de escravidão**. *Estud. av.*, São Paulo, v. 14, n. 38, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25/10/2015.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

COSTA, Selma Frossard. As Políticas Públicas e as Comunidades Terapêuticas no Atendimento à Dependência Química. **Serviço Social em Revista**. V. 11, nº 2, Jan/Jun 2009, Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: <http://www.uel.br>. Acesso em 28/01/2016.

DECCA, Edgar De, et al. Quatro visões do golpe. **Jornal da Unicamp**, São Paulo, 29 março 2004. Disponível em: http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/marco2004/ju246pag10.html. Acesso em: 25/10/2015.

DELGADO, P. G. O SUS e a Lei 10.216: Reforma Psiquiátrica e Inclusão Social. In: LOYOLA, C.; MACEDO, P. (Organizadores). **Saúde Mental e Qualidade de Vida**. Rio de Janeiro: Edições CUCA / UPUB, 2002.

FERIGOLO, Maristela; FERNANDES, Simone; DANTAS, Denise C. M.; BARROS, Helena. **Centros de Atendimento da Dependência Química**. Porto Alegre: Editora AAPEFATO. 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Karine Ângela; COLLI, Maciel. Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descarcerização após o advento da Lei n. 11.343/06. **Unoesc & Ciência – ACSA**, Joaçaba, v. 3, n. 1, p. 7-16, jan./jun. 2012.

FERREIRA, Pedro Eugênio M.; MARTINI, Rodrigo K. *Cocaína*: lendas, história e abuso. **Rev. Bras. Psiquiatr.** [online]. 2001, vol. 23, n. 2 Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 25/10/2015.

FILHO. Vladimir Brega; SALIBA. Marcelo Gonçalves. A nova Lei de tóxicos: Usuários e dependentes – descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 16, 2007.

GARRIDO GUZMAN, Luiz. **Manual de ciência penitenciária**. Madrid: Edersa, 1983.

GIACOMINI, Eduarda. A Justiça Terapêutica como alternativa ao Sistema Penal Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 62, mar 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5978>. Acesso em fev 2013.

GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Nova Lei de Drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Lei de drogas**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060807161853937>. Acesso em: 25/10/2015.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Wiliam Terra de. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, V. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei de Drogas comentada**. Curitiba: Juruá, 2006.

GUIMARÃES, W. **Justiça Terapêutica: prisão é substituída por tratamento**. Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. 30 de outubro de 2012. Disponível em: <http://mp-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100153817/justica-terapeutica-prisao-e-substituida-por-tratamento>. Acesso em 04/02/2016.

HENTIG, Hans Von. *La pena*. Madrid: ESPASA-CALPE, 1967.

KAUFMANN, Hilde. **Princípios para La reforma de La ejecución penal**. Buenos Aires: Depalma, 1977.

KUMPEL, Vitor. **Aspectos fundamentais sobre a Nova Lei de Drogas**. Disponível em: <http://www.fernandocapez.com.br/vs2/index.php?action=70&id=28&PHPSESSID=e8ec2dd00f9fb6c974f01aef8c7f76f3>. Acesso em: 25/10/15.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARTINHO, M. **Lésbicas e fumo**. 2010. Disponível em <http://www.umoutroolhar.com.br/saude_fumo.htm>, acessado em 25/10/2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NETO, Arnaldo F. A. Maranhão. **Estudos sobre a Justiça Terapêutica**. Recife: Bagaço, 2003.

NÓBREGA, Carolina Caminha da. **Usuário de drogas: a polêmica acerca da descriminalização do art. 28 da lei 11.343/06**. Monografia (Graduação em Direito). 2007. Universidade do Vale do Itajaí. São José-SC, junho de 2007. Disponível em [siaibib01.univali.br /pdf/Carolina%20Caminha%20da%20Nobrega.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/Carolina%20Caminha%20da%20Nobrega.pdf). Acesso em 15/01/2016.

NÓBREGA, Carolina Caminha da. **Usuário de drogas: a polêmica acerca da descriminalização do art. 28 da lei 11.343/06**. Monografia (Graduação em Direito). 2007. Universidade do Vale do Itajaí. São José-SC, junho de 2007. Disponível em [siaibib01.univali.br /pdf/Carolina%20Caminha%20da%20Nobrega.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/Carolina%20Caminha%20da%20Nobrega.pdf). Acesso em 15/01/2016.

ORTH, Anaídes Pimentel da Silva. **A dependência química e o funcionamento familiar à luz do pensamento sistêmico**. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Florianópolis-SC: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. Disponível em: <www.ufsc.br>. Acesso em 25/10/2015.

PEREIRA, Maria Odete. **Análise da política do Ministério da Saúde do Brasil para a atenção integral dos usuários de álcool e outras drogas**. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

PONTAROLLI, André. **Justiça Terapêutica**. Programa inovador no combate ao binômio existente entre as drogas e a criminalidade. 15/05/2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/47/1947/p.shtml>. Acesso em: 04/02/2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, F. M. L. **Justiça terapêutica tolerância zero: arregaçamento biopolítico do sistema criminal punitivo e criminalização da pobreza**. Dissertação (Políticas Públicas e Formação Humana). 2007. 130 fls. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Educação. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em www.lpp-buenosaires.net/ppfh/.../fernanda_lages_criminalizacao.pdf. Acesso em 28/01/2016.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALLA, Fernando. **As Prisões em São Paulo em 1822 – 1940**. São Paulo: Annablume, 1999.

SANTANA, Edmundo Manoel. Análise conjuntural dos crimes previstos na "Lei de Drogas". **Consulex - Revista Jurídica**, v. 12, n. 275, p. 54-60, Jun., 2008.

SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios penais constitucionais**. Salvador: Editora Podivm, 2007.

SILVA, Antonio Aécio Bandeira da; BANDEIRA, Katherine Lages Contasti. **Drogas, violência e criminalidade**: o programa justiça terapêutica como políticas públicas de atenção ao dependente infrator. Universidade Federal do Maranhão. Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas. III Jornada Internacional de Políticas Públicas: Questão Social e Desenvolvimento no Século XXXI. São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoF/cf27b74d94a7b835a70eKatherine_Antonio.pdf. Acesso em 04/02/2016.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 25 out. 2015.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 25 out. 2015.

SILVA, Davi André Costa. Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8949>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Nova Lei Antidrogas**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luciana C. R.; QUEIROZ, Simone M.; QUEIROZ, Meire C.; BARBOSA, Telma V. de Paula. Justiça Terapêutica. **Direito e Sociedade**. Três Lagoas – MS. Ano 09, n. 1.p. 1, Jan./dez., 2009, p.: 166-181.

SOILBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TORRES, Jeovana. Maria Umbelina permanece no Justiça Terapêutica. Notícias do TJGO. 01/02/2013 17h36. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/1336-maria-umbelina-permanece-no-justica-terapeutica>. Acesso em 04/02/2016.

VERGARA, Alcides José Sanches. Justiça terapêutica, drogas e controle social. **IV Jornada de Pesquisa em Psicologia**: Desafios atuais nas práticas da Psicologia. 25 e 26 de novembro de 2011. UNISC – Santa Cruz do Sul – RS. Disponível em http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/jornada_psicologia/article/view/10194. Acesso em 28/01/2016.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006) Parte I. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1154, 29 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8852>>. Acesso 25/10/2015.

WEIGERT Mariana de Assis Brasil e. **A Criminalização do Uso de Drogas e a Expansão do Punitivismo no Brasil**. III Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2008. Disponível em [http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIImostra/CienciasCriminais/62668%20-%20MARI ANA%20DE%20ASSIS%20BRASIL%20E%20WEIGERT.pdf](http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIImostra/CienciasCriminais/62668%20-%20MARI%20ANA%20DE%20ASSIS%20BRASIL%20E%20WEIGERT.pdf). Acesso em 01/02/2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

YOUNG, J. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.