



Centro Universitário de Brasília

MAIARA PINHEIRO SILVA

INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 33, §4º E 44 DA LEI Nº
11.343/2006

Brasília

2011

MAIARA PINHEIRO SILVA

INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 33, §4º E 44
DA LEI Nº 11.343/2006

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito no Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Professor Humberto
Fernandes de Moura

Brasília
2011

Primeiramente, dedico este trabalho aos meus pais, Jesualda e Gerson, por toda dedicação, confiança e amor infinito; aos meus avós, pelas fortes raízes de sabedoria e compreensão. Dedico também aos meus irmãos, Felipe, Luísa, Sidartha e Gabriela, por ser a base da minha felicidade; ao meu amor, Lourenço, que me presenteia todos os dias com sua amizade e companhia; aos meus amigos de longa data e aos que este curso me deu o privilégio de conhecer e dividir bons momentos; ao meu orientador, Humberto Fernandes de Moura, pelo conhecimento e paciência.

RESUMO

SILVA, Maiara Pinheiro. **Inconstitucionalidade dos artigos 33, §4º e 44 da lei 11.343/2006.** 61 laudas, Monografia, - graduação, Curso de Direito, UniCEUB, 2011.

Nesse trabalho, dividido em dois capítulos, serão abordadas a política criminal que fora adotada para combater o crime de tráfico de drogas, bem como a funcionalidade da pena para esses crimes e as críticas geradas em torno dessas. Também serão objeto de pesquisa as legislações internacionais e nacionais que trataram sobre o combate ao tráfico de drogas, aprofundando num comparativo entre as duas principais leis que foram incorporadas no ordenamento jurídico, sendo estas as leis 6.368/76 e a 11.343/06. Diante disto, far-se-á uma análise entre essas leis com o objetivo de observar que na lei 6.368/76, posteriormente revogada pela lei 11.343/06, não se vedava a substituição da pena, ao contrário da nova lei que veda expressamente. Fundamentando-se nos questionamentos da constitucionalidade da vedação à substituição da pena imposta pela lei 11.343/06 é que será estudada a pena restritiva de direito e os requisitos de sua aplicação, analisando a possibilidade de haver a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito nos crimes de tráfico de drogas. Por fim, será examinado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente à discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo que trata da vedação acima abordado.

Palavras-chave: drogas, tráfico, vedação, inconstitucionalidade, substituição, pena.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1. ANÁLISE DAS LEIS n.º. 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976 E n.º. 11.343, DE 26 DE AGOSTO DE 2006.....	6
1.1. Política criminal repressiva frente ao tráfico de drogas	6
1.1.1. Críticas a esta Política Criminal adotada.....	9
1.1.2. A funcionalidade da pena	11
1.2. Panorama das principais Legislações Internacionais e Nacionais para o tráfico de drogas	17
1.3. Convenção Única sobre Entorpecentes	21
1.4. Convenção de Viena.....	22
1.5. Lei n.º 6.368/76	25
1.5.1. Diretrizes da Lei 6.368/76	25
1.6. A atual legislação antidrogas – Lei n.º 11.343/06	31
2. A POSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS	36
2.1. Das penas restritivas de direito.....	36
2.2. Da aplicação das penas restritivas de direito.....	37
2.3. As leis antidrogas e a possibilidade da aplicação da substituição da pena	40
2.4. Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, a importância de ser amparado pela Constituição	41
2.5. O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal	43
2.6. Posicionamentos contrários e favoráveis sobre a inconstitucionalidade dos artigos 33, §4º e 44 da lei 11.343/06 e a conclusão acerca do tema.....	45
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a constitucionalidade, ou não, da vedação do instituto da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito nos crimes de tráfico de drogas, previstos nos artigos 33, §4º e 44 da nova lei antidrogas, a lei 11.343/06.

Primeiramente, será abordado o tipo de política criminal repressiva, que até então fora adotado pelo Brasil, para combater os crimes cometidos e, em especial, o crime de tráfico e uso de substâncias entorpecentes. Serão analisadas também, as críticas para com a política criminal adotada em nosso país.

Em consequência da análise das críticas dirigidas à política criminal implantada, sendo esta repressiva, segue-se o estudo da funcionalidade da pena, analisando as penalidades que a lei prevê como suficientes para a solução dos delitos. Em seguida, serão brevemente analisadas as legislações internacionais e nacionais que tratam da regulamentação de normas para o combate contra as drogas.

Após essa familiarização, o trabalho irá se aprofundar nas principais leis antidrogas que tiveram vigência no ordenamento brasileiro, sendo estas, a lei 6.368/76 e a 11.343/06, que revogou a primeira. O estudo será centralizado nessas duas leis, com o intuito de avaliar a previsão em cada uma delas da possibilidade, ou não, da substituição da pena. Será examinada a aplicabilidade das penas restritivas de direito em cada uma das leis supracitadas, adentrando nesse instituto para que sejam vislumbrados os requisitos de admissibilidade impostos legalmente.

Por fim, será analisado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente à discussão existente em torno da possibilidade ou não de se aplicar a substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos nos crimes de tráfico de drogas. Serão apresentados dois argumentos, os que são favoráveis à substituição, fundamentando-os na inconstitucionalidade da vedação dos dispositivos previstos na lei 11.343/06 por afrontar o princípio constitucional da individualização da pena, inserido na Constituição Federal pelo artigo 5º, inciso XLIII. Serão analisados, também, os argumentos contrários aos que defendem a substituição da pena, baseados no posicionamento de que não há uma afronta aos princípios constitucionais, sendo que é de livre decisão do legislador aplicar uma pena mais severa para determinados crimes, como por exemplo, o tráfico de drogas.

Assim, como a legislação atual vislumbrou a necessidade de buscar um tratamento diferenciado para o usuário de drogas, representada por uma proposta de solução alternativa ao problema social e compreendendo as mudanças sociais que se apresentaram,

bem como, a constatação do desgaste do sistema carcerário fundamentado apenas na restrição da liberdade, surgiu a necessidade de repensar a política criminal.

Dessa forma, na conclusão do presente trabalho monográfico, direciona-se o estudo para a possibilidade de modificar o tratamento aplicado às situações vinculadas ao tráfico, analisando o princípio constitucional que garante a individualização da pena. Princípio este, previsto na legislação vigente, cuja aplicabilidade é de competência da autoridade representada pelo juiz da causa.

1. ANÁLISE DAS LEIS n.º 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976 E n.º 11.343, DE 26 DE AGOSTO DE 2006.

O presente estudo tem por finalidade analisar as penas aplicadas em caso de tráfico de drogas, bem como a possibilidade da aplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito. Para isto, baseia-se na análise comparativa entre as Leis n.º 6.368/76 e n.º 11.343/2006, que representam os posicionamentos de momentos distintos das leis vigentes frente à penalidade para a conduta do tráfico de drogas. Utiliza-se, para tanto, estudos da aplicação da política criminal nas leis antidrogas e dos preceitos constitucionais.

Para melhor compreensão do tema, inicia-se a pesquisa em torno da análise da política criminal repressiva que fora adotada no Brasil para a prevenção ao tráfico de drogas.

Mais adiante, analisa-se a funcionalidade da pena, traçando um paralelo desta com a política criminal repressiva adotada. E, conseqüentemente, é apresentado um estudo sobre as leis que constam no ordenamento brasileiro, no âmbito internacional e nacional, para solucionar o tráfico de drogas.

1.1. Política criminal repressiva frente ao tráfico de drogas

A política criminal é um instrumento viabilizado por meio de leis penais que o Estado utiliza para controlar a criminalidade, tipificando determinadas condutas como crime. Assim, conceitua René Ariel Dotti:

A Política Criminal é o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais. Em sentido amplo, compreende também os meios e métodos aplicados na execução das penas e das medidas de segurança, visando o interesse social e a reinserção do infrator. Compete à Política Criminal fornecer e avaliar os critérios para se apreciar o valor do Direito vigente e revelar o Direito que deve vigorar.¹

Da mesma forma, Fernando Galvão Rocha sobre a aplicação da política criminal analisando a importância da mesma e apresentando a aplicação do direito penal como

¹ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo. 3ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 147-148.

último instrumento com o objetivo de controlar o comportamento humano frente à sociedade, assim afirma:

O fato-crime produz alteração da ordem social que transcende os limites do tolerável. Sendo a luta contra a criminalidade de fundamental interesse para toda a sociedade, a política, que se ocupa especificamente em preservar os valores socialmente adequados dos perigos decorrentes das relações interpessoais, lança mão do direito penal como último instrumento de controle apto a condicionar o comportamento humano segundo os parâmetros estabelecidos.²

Como já explicitado, para René Ariel Dotti, “a Política Criminal e o Direito Penal atuam como vasos comunicantes da realidade social”³. Assim, a política criminal elabora recomendações para reagir contra determinada conduta delitiva através do sistema penal (nos planos legislativo, executivo e judiciário), utilizando os meios mais adequados para o controle da criminalidade.

Ainda sobre as competências da política criminal e nessa mesma linha de pensamento, aduz Fernando Galvão Rocha:

A política criminal determina a missão, os conteúdos e alcances dos institutos jurídico-penais, bem como a aplicação prática do direito penal aos casos concretos. São as opções da política criminal que decidem sobre a incriminação ou não de determinadas condutas, considerando-se a vantagem social da qualificação.⁴

O mesmo autor ora citado ainda afirma sobre a política criminal que “o direito penal e a política criminal se completam, e dessa unidade cooperativa resulta a opção política fundamental do Estado para o trato dos delinquentes”⁵.

Ainda segundo o autor citado, a política criminal é aplicada de acordo com a estrutura e política que o Estado adota, e também pelos diversos fatores que influenciam o entendimento da sociedade sobre determinado fato-crime.⁶

Assim, ainda nas palavras de Fernando Galvão Rocha:

² ROCHA, Fernando A. N. Galvão. Política Criminal. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000. p. 20.

³ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo. 3º edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 147.

⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão. Política Criminal. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000. p. 47-48.

⁵ ROCHA, Fernando A. N. Galvão. Política Criminal. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000. p. 48.

⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão. Política Criminal. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000. p. 72-73.

No campo específico do direito penal, a manifestação política não se verifica somente quando da eleição dos bens e interesses que vão receber a tutela jurídico-penal, mas também na escolha das estratégias de combate às condutas que violam a proteção jurídica, em especial na dimensão da resposta estatal ao fato punível. Desse modo, a política jurídico-criminal ainda deve estabelecer orientação coerente para a aplicação concreta do ordenamento jurídico, de modo a harmonizar a intervenção repressiva com os objetivos sociais prioritários.⁷

No que tange a política criminal aplicada para o crime de tráfico de drogas, tema em análise, ela pode ser definida como uma política criminal repressora, que incorpora no ordenamento jurídico penalidades que resultam em uma diminuição de ações típicas que o qualifique como tráfico de drogas.

Com o intuito de diminuir os males causados pela problemática do tráfico e consumo de drogas é que se tem por finalidade a criação de medidas preventivas e repressivas. Desse modo, Vicente Greco Filho expõe o seguinte sobre esse posicionamento: “podemos classificar as medidas de combate à narcomania em medidas preventivas, terapêuticas e repressivas, conforme se destinarem a evitar o uso de drogas, curar as toxicomanias instaladas e punir os responsáveis pelo vício.”⁸

Assim, a política criminal repressora que fora implantada, para o combate às drogas, resultou na incorporação a tratados internacionais e na criação de leis cujas penalidades previam a privação de liberdade. Essas legislações tornaram-se cada vez mais rigorosas com o passar do tempo, como a seguir será estudado. Além de privar a liberdade, mais tarde o crime fora equiparado aos crimes hediondos, que haviam sido considerados como crimes de maior periculosidade social, resultando, como consequência desta incorporação, na vedação de institutos que pudessem beneficiar o indivíduo que infringisse tal norma.

Mesmo trazendo uma aplicação repressiva, a política criminal deverá enquadrar-se nos preceitos constitucionais, respeitando seus princípios, valores e as garantias fundamentais do indivíduo.

Dessa forma, elucida Fernando Galvão Rocha:

⁷ ROCHA, Fernando A. N. Galvão. Política Criminal. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000. p. 20.

⁸ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14ª Edição. Editora Saraiva. p. 60.

A política criminal guarda especial vinculação com a moral, posto que o tratamento punitivo dirigido ao ser humano almeja ser um imperativo de justiça. Para aferir a justiça ou injustiça de uma conduta, será necessário interpretá-la como atitude inserida em determinado ambiente social, tomando-se como parâmetro o sistema normativo que o grupo elaborou. Mas a reprovação penal, embora possua evidente substrato social, é sempre e somente reprovação jurídica.⁹

Ocorre que nem sempre essas garantias, ainda que amparadas pela Constituição, são respeitadas. Na prática, muitas leis entram em vigor mesmo ferindo princípios constitucionais e os resultados esperados da penalidade da política criminal repressiva, a prevenção à liberdade, não são os obtidos.

Por isso, há uma descrença no que concerne a eficácia dessa política criminal repressiva, resultando, assim, em severas críticas. Em decorrência desse fato é que se torna necessário um aprofundamento na fundamentação de tais críticas.

1.1.1. Críticas a esta Política Criminal adotada

Como já fora abordado, a política criminal é determinada pelas regras impostas pelas leis penais para determinado delito, devendo este ser punido por se tratar de conduta não admitida pela sociedade. Ocorre que a política criminal sofre críticas pela forma que suas diretrizes são impostas, determinando que o delituoso deve ser afastado da sociedade; utilizando o Direito Penal extremo e muitas vezes desumano como única ferramenta capaz de alcançar a paz social.

Esse modelo de Política Criminal é comentado por Cláudio do Prado Amaral:

Nas últimas décadas tem se assentado uma política criminal que é, todavia, evidentemente prática; menos teórica, menos científica, menos valorativa e menos garantidora de direitos fundamentais. Afirmou-se, assim, uma política criminal de orientação intimidadora e inocuidadora, frequentemente oportunista e populista.¹⁰

A política criminal se tornou puramente repressiva, violadora de direitos fundamentais. Na definição de Juarez Tavares, “a política criminal se há transformado, enfim, em política da segurança, até mesmo com o chamado à intervenção das forças armadas”¹¹.

⁹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão. Política Criminal. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000. p. 34.

¹⁰ AMARAL, Cláudio do Prado. Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea – dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo. IBCCRIM, 2007.p. 210.

¹¹ TAVAREZ, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, v. 04, 1998.

Nas palavras de Juarez Tavares, é feita uma análise sobre os meios utilizados pela política repressiva, conforme pode-se verificar abaixo:

O princípio exclusivo que fundamenta esse modelo é o da efetividade dos meios e não pode fugir às suas conseqüências naturais, isto é, à proteção eficaz contra os perturbadores da ordem econômica e de suas metas culturais. Em primeiro lugar através de medidas duras de repressão à criminalidade de rua (furtos, roubos, seqüestros, etc.) por meio do aumento de recursos dispostos aos órgãos da persecução penal (aumento das penas, escutas telefônicas, ampliação da prisão cautelar, revelia, procedimentos secretos, etc.) e, em segundo lugar, através dos órgãos privados de segurança pública, que encarnam a essência desse modelo.¹²

Nessa mesma linha segue Salo de Carvalho:

Contudo a adoção de categorias como periculosidade, reeducação, personalidade desviante, prevenção da reincidência e a formação de sistema de medidas de segurança extrapenais desmentem o projeto humanitário, pois, ao serem deslocadas do paradigma etiológico e ao retornarem ao horizonte de ação do direito penal, revigoram práticas autoritárias e segregacionistas.¹³

A repressão do Estado para com os delitos cometidos recebe um apoio social. Em função da divulgação de grandes crimes que resultam num estado de indignação e medo coletivos, este contexto emotivo abre espaço para legitimar ações repressivas violentas estatuídas pelo Estado. Assim aborda Natália de Oliveira Carvalho:

Preponderante papel nesse superdimensionamento da sensação social de insegurança incumbe à mídia, cuja atuação, pautada na lógica da concepção do mundo como uma grande aldeia global, costumeiramente traduz-se na imposição geral de uma realidade unívoca, a partir da qual dificulta-se a percepção do que está próximo e do que está distante. Da difusão maciça de catástrofes, abrangendo desde as de ordem natural quanto as perpetradas pelo homem, instauram-se a indignação, a cólera e o medo, permitindo-se a “invasão da democracia pela emoção”.

Com base nesse discurso, as massas mostram-se infantilizadas e submissas, legitimando quaisquer providências tomadas pelo Estado, detentor único da violência legítima, a bem de garantir uma suposta segurança coletiva. O medo cega a sociedade e corrobora o poder dos dominantes.”¹⁴

¹² TAVAREZ, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, v. 04, 1998.

¹³ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 35.

¹⁴ CARVALHO, Natália Oliveira de. *O império do medo: matriz da política de repressão criminal*. Disponível em: www.ibccrim.org.br.

Dessa forma, analisando a dificuldade histórica do controle social, por meio da política criminal, conclui Antonio Sólón Rudá em seu artigo:

O controle social por meio de políticas estatais não é um fenômeno novo na história da humanidade, ao contrário, conforme se verificou no decorrer do presente trabalho, o Estado, desde sua formação moderna, ocorrida após a Idade Média, esteve às voltas com problemas relacionados ao inchaço populacional e seu efetivo controle. Desta forma, conclui-se que o Estado não tem conseguido cumprir com seu papel constitucional no sentido de implementar políticas criminais eficazes. Nesse sentido, veja, por exemplo, as políticas criminais do século XIX e seguintes, que não tiveram o condão de fazer valer as garantias aos direitos inalienáveis dos cidadãos. Conclui-se também que a utilização da criminalização, da psiquiatria e do urbanismo, como meio de controle social, se mostrou inapta aos objetivos almejados.¹⁵

Toda a crítica sobre o modelo de Política Criminal repressiva que é adotado decorre da descrença da eficácia dessa política, que é visível no próprio sistema penitenciário. A repressão feita e a exclusão do indivíduo ao sistema prisional não diminuem a criminalidade, tampouco ressocializam e reeducam o encarcerado. Pelo contrário, o sistema prisional, a que é remetido o criminoso pelo modelo da Política Criminal, fomenta o crime e a injustiça para esses indivíduos que são submetidos a um regime desumano.

A política criminal adotada por determinado sistema é a resposta da sociedade para o grau de determinada conduta ilícita, sendo necessária a criação de uma penalidade que corresponda ao nível da ilicitude praticada. Nesse sentido, a política criminal influencia na funcionalidade dessa penalidade, que será objeto de estudo no próximo tópico.

1.1.2. A funcionalidade da pena

A pena é consequência da Política Criminal adotada, portanto, faz-se necessária a compreensão da função da pena, onde seu estudo decorre de três correntes doutrinárias que aqui serão abordadas.

Nas palavras de Rogério Greco, “verifica-se que desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado”.¹⁶

¹⁵ RUDÁ, Antonio Sólón. Direito Penal Constitucional. Da Formação dos Estados Modernos à Política de Criminalização como forma de Controle Social. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>.

¹⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Niterói, Rio de Janeiro. 13ª Edição. Editora Impetus, 2011. p. 470.

A punição é uma sanção, é como uma resposta à conduta ilícita praticada por determinado sujeito. Cezar Roberto Bitencourt define, de acordo com a doutrina tradicional, que “a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa senão a concepção retributiva da pena”.¹⁷ Sendo que a pena mais comum é a pena privativa de liberdade.¹⁸

Pela abordagem de Cezar Roberto Bitencourt merecem destaque as três teorias mais importantes que explicam o sentido, função e finalidade das penas, sendo estas a teoria absoluta, teoria relativa e teoria unificadora.¹⁹

Na teoria absoluta ou retribucionista, destacam-se tradicionalmente Kant e Hegel²⁰. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, de acordo com a teoria de Kant, “quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania”²¹, entendendo a lei como um imperativo categórico²². Acerca da visão de Kant, Cezar Bitencourt sintetiza:

Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.²³

Ilustrando a teoria defendida por Kant é que Antonio Carlos Santoro Filho elucida que:

Com Kant, portanto, a pena assume o caráter de retribuição moral ao mal praticado, configura-se medida de reafirmação da justiça que não pode ser

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 98.

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – parte geral arts. 1º a 120 do CP. São Paulo. 24º Edição. Volume 1. Editora Atlas S.A., 2007. p. 248.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 98.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 101.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 101.

²² “Os imperativo encontram sua expressão no “dever-ser”, manifestando dessa forma essa relação de uma lei objetiva da razão com uma vontade que, por sua configuração subjetiva, não é determinada forçosamente por tal lei. Os imperativos, sejam categóricos ou hipotéticos, indicam aquilo que resulte bom fazer ou omitir.” BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 101.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 103.

afastada em hipótese alguma, sob pena de se considerar a sociedade como partícipe do delito perpetrado.²⁴

Porém, Hegel apresenta uma fundamentação sobre a pena diferente do que Kant defendia, sua proposta é apresentada de forma mais jurídica, nesse ponto, explicita Cezar Bitencourt que “para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinqüente”.²⁵

Nesse mesmo sentido, de explicitar a teoria retributiva, aduz Antonio Carlos Santoro Filho:

Se as leis do Estado haviam sido instituídas pela vontade de todos os membros da sociedade, a não-obediência a estas normas, a “quebra” do contrato social, provocava a desestabilização da ordem estabelecida, o que demandava uma atuação por parte desse Estado.

Para o restabelecimento dessa ordem, e para que a culpabilidade do autor do fato não recaísse sobre todos os membros da sociedade, deveria o sujeito que provocou a quebra do contrato, tendo atuado de acordo com seu livre arbítrio, ser reprimido pelo Estado.²⁶

O Estado absolutista apresentava características onde o Direito, o Estado e a religião confundiam-se entre si.²⁷ E, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt “no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus”.²⁸

Este Estado é visto como um estado de transição da Idade Média para a sociedade liberal, tendo um aumento da burguesia e de capital. Com esse desenvolvimento houve uma maior preocupação com a segurança desse capital. Decorrente dessa preocupação surgiu o Estado burguês, dissolvendo então, a ideia de associar o Estado a Deus.

²⁴ FILHO, Antonio Carlos Santoro. Fundamentos de Direito Penal – Introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito. São Paulo. Editora Malheiros Editores, 2003. p. 26.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 104.

²⁶ FILHO, Antonio Carlos Santoro. Fundamentos de Direito Penal – Introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito. São Paulo. Editora Malheiros Editores, 2003. p. 26.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 99.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 99.

Com essa transformação do Estado, aparece a divisão de poderes²⁹ e é nesse desligamento de Estado e Deus que a pena ganha um novo sentido, sendo este reflexo de leis humanas, caracterizadas como uma necessidade de retribuição para a sociedade. Surge então a ideia de contrato social³⁰, desse ponto de vista afirma Cezar Roberto Bitencourt que:

O indivíduo que contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, uma vez que com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com uma pena.³¹

A pena tem como objetivo retribuir o delito que o indivíduo praticou, já que sua atitude foi violadora do contrato social. A pena tem caráter de justiça.³²

As teorias relativas ou preventivas da pena têm sua finalidade voltada para a prevenção da prática de delitos. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt “nas teorias relativas à pena se impõe para que não volte a delinquir”³³. E ainda, o mesmo doutrinador, expõe que:

Para as duas teorias a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos.³⁴

Sobre tais teorias, elucida Paulo Queiroz:

Já que vêem a pena não como fim em si mesmo, mas como meio a serviço de determinados fins, considerando-a utilitariamente, portanto. Fim da pena é principalmente a prevenção de novos delitos, daí porque são também conhecidas como teorias da prevenção ou prevencionistas.³⁵

Da função preventiva da pena surgem duas teorias, a teoria da prevenção geral e a teoria da prevenção especial.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 100.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 100.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 100.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 100.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 106.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 106.

³⁵ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro. 7º Edição. Editora Lumen Juris, 2011. p.782.

A primeira teoria, a prevenção geral, que é defendida por Feuerbach³⁶, soluciona o problema da criminalidade com o Direito Penal, afirmando ser a pena uma ameaça para a sociedade não praticar atos ilícitos. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, a prevenção geral baseia-se na “idéia da intimidação, ou utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem”³⁷. E ainda sobre a referida teoria, o mesmo autor ora citado aduz que “para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos”³⁸.

Nesse mesmo sentido, complementa Antonio Carlos Santoro Filho:

A pena passa a possuir como maior função inculcar nos membros da sociedade o medo do castigo, a partir não somente da previsão legal da sanção para os tipos de crimes, como também pelo exemplo conferido com a aplicação e execução desta sanção aos que praticam tais condutas.

Através do medo evita-se que crimes sejam cometidos, pois se cria a certeza da punição como lógica consequência da ação desvalorada, suprimindo-se, assim, a força dos impulsos criminosos como fatores dominantes da conduta.³⁹

Diferindo da teoria da prevenção geral, a prevenção especial procura evitar a prática do delito, canalizando sua preocupação apenas para o delinqüente, com o intuito de que este não volte mais a delinqüir.

Assim, nas palavras de Paulo Queiroz:

A teoria da prevenção especial pretende a substituição da justiça penal por uma espécie de medicina social, a fim de promover um saneamento social, seja pela aplicação de medidas terapêuticas, seja pela segregação por tempo indeterminado, seja pela submissão a um tratamento ressocializador apto a inibir as tendências criminosas.⁴⁰

E ainda sobre a teoria da prevenção especial, Antonio Carlos Santoro Filho define tal teoria como:

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 107.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 108.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 108.

³⁹ FILHO, Antonio Carlos Santoro. Fundamentos de Direito Penal – Introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito. São Paulo. Editora Malheiros Editores, 2003. p. 29-30.

⁴⁰ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro. 7º Edição. Editora Lumen Juris, 2011. p.355.

Segundo a qual a medida penal somente pode ter por fim – e justificativa – evitar que o criminoso pratique novos crimes, seja recuperando-o e readaptando-o à vida social ajustada, de acordo com as normas jurídicas, seja inculcando-lhe o medo de novamente vir a sofrer a sanção penal, ou, ainda, na impossibilidade das duas primeiras hipóteses, segregando-o da vida social.⁴¹

Preceitua Cezar Roberto Bitencourt que “a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”⁴².

Há, ainda, uma terceira teoria sobre a função da pena, sendo esta a teoria mista ou unificadora da pena. Encontrando-se aqui um misto das duas teorias, da absolutista e da preventiva, exemplificadas por Mirabete “passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção”⁴³.

Esclarecendo a teoria mista, Mirabete preceitua:

Já para as teorias mistas (eccléticas) fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.⁴⁴

Cezar Roberto Bitencourt resume que “as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado”⁴⁵.

Para essa teoria a pena tem por finalidade não só a reparação do delito, mas, também visa a ressocialização do delinqüente. Com isso, a funcionalidade da pena segue a política criminal repressiva, que vislumbra no Direito Penal e na pena privativa de liberdade como único meio capaz de solucionar os problemas sociais.

⁴¹ FILHO, Antonio Carlos Santoro. Fundamentos de Direito Penal – Introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito. São Paulo. Editora Malheiros Editores, 2003. p. 32.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 111.

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – parte geral arts. 1º a 120 do CP. São Paulo. 24º Edição. Volume 1. Editora Atlas S.A., 2007. p. 245.

⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – parte geral arts. 1º a 120 do CP. São Paulo. 26º Edição. Volume 1. Editora Atlas S.A., 2010. p. 231.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 113.

Sobre as teorias acima citadas, Antonio Carlos Santoro Filho conclui que estas “são passíveis de severas críticas, pois não serviram a atingir o principal objetivo a que se propunham – qual seja, extinguir ou mesmo diminuir a criminalidade.”⁴⁶

O mesmo autor ora citado afirma que tais teorias são contrárias aos preceitos do Estado Democrático de Direito⁴⁷, assim, defende que a pena deve vislumbrar como finalidade um equilíbrio de criminalidade, sem ter o propósito de exterminá-la.⁴⁸

Por isso que, decorrente da rejeição social a determinadas condutas, é necessária a atuação do legislativo para efetivar a vontade da sociedade no sentido de sanar condutas delituosas, garantindo assim, a devida segurança que a sociedade anseia. Com isso, vê-se a necessidade da criação de normas que dite as penalidades impostas aos atos ilícitos.

Diversas são as condutas ilícitas que não são toleradas pela sociedade e, portanto, expressas em normas. Assim ocorre com o tema em estudo, tráfico de drogas, que, com a evolução da sociedade e seguindo os seus princípios e valores, foi visto como uma conduta portadora de malefícios sociais, vendo-se, então, a necessidade da criação de legislações que tivessem a capacidade de coibir o uso e a venda de substâncias entorpecentes.

Portanto, torna-se imprescindível o estudo de algumas das principais legislações internacionais e nacionais no âmbito do tráfico de substâncias entorpecentes.

1.2. Panorama das principais Legislações Internacionais e Nacionais para o tráfico de drogas

O combate à disseminação do uso e do comércio de entorpecentes é uma realidade vivenciada há muito tempo pelas sociedades, desde os países mais desenvolvidos aos menos desenvolvidos. A produção, o consumo e o tráfico de substâncias entorpecentes são um dos principais motivos para estagnar a sociedade, já que resulta no aumento da criminalidade.

⁴⁶ FILHO, Antonio Carlos Santoro. Fundamentos de Direito Penal – Introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito. São Paulo. Editora Malheiros Editores, 2003. p. 36.

⁴⁷ FILHO, Antonio Carlos Santoro. Fundamentos de Direito Penal – Introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito. São Paulo. Editora Malheiros Editores, 2003. p. 36.

⁴⁸ FILHO, Antonio Carlos Santoro. Fundamentos de Direito Penal – Introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito. São Paulo. Editora Malheiros Editores, 2003. p. 36.

A origem da conscientização legislativa brasileira perante o problema das substâncias entorpecentes vem desde as Ordenações Filipinas, vigorada no território brasileiro por mais de dois séculos, sendo substituída apenas com a promulgação do Código Criminal do Império, em 1830, onde a maior preocupação era em torno da posse, do comércio e da importação de algumas substâncias (Livro V, Título LXXXIX – “que ninguém tenha em caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”).⁴⁹

O Código Criminal do Império não se manifestou sobre as questões já abarcadas nas Ordenações Filipinas, o que já difere na Codificação da República, onde as substâncias entorpecentes foram criminalizadas.

Vigorando o Código de 1890, passou-se a regulamentar os crimes contra a saúde pública, previsto em seu artigo 159, que dispunha: “exporá venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”, submetendo o infrator à pena de multa.

Já no âmbito internacional, apesar do problema da comercialização e do uso de entorpecentes ser antigo, as primeiras tentativas para controlar e reprimir esse problema foram iniciadas no começo do século passado⁵⁰. Dessa forma, o doutrinador Vicente Greco Filho explicita sobre as primeiras ações repressivas internacionais:

A primeira delas foi com a conferência de Xangai, em 1909, que reuniu 13 países para tratar do problema do ópio indiano infiltrado na China. Essa conferência internacional, porém, não produziu resultados práticos. Em dezembro de 1911, reuniu-se em Haia a primeira Conferência Internacional do Ópio, a qual resultou, em 1912, numa convenção internacional prejudicada em sua execução pela I Grande Guerra, tendo entrado em vigor apenas em 1921. Com a criação da Sociedade das Nações, sua Convenção constitutiva reconheceu a atribuição de elaboração de acordos sobre o tráfico de ópio e outras drogas nocivas, tendo sido criada em fevereiro de 1921 a “Comissão Consultiva do ópio e outras drogas nocivas”. Ainda vinculadas à

⁴⁹ Redação do Código Filipino:

“Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, 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 caza algumas das ditas cousas para vender, perca toda a sua fazenda, a metade para nossa Câmara, e a outra para quem o accusar, e seja degradado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trazer 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 taes, de que se presume que as não darão á outras pessoas. E os ditos Officiaes as não darão, nem 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 metterem suas mezinhas os ditos materiaes, segundo pelos Medicos, Cirurgiões e Escriutores for mandada. E fazendo o contrario, ou vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiaes conhecidos, póla primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir. E pela segunda haverão mais qualquer pena, que houvermos por bem”.

⁵⁰ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14º Edição. Editora Saraiva. p. 73.

Sociedade das Nações, mais cinco conferências foram realizadas: a de 1924, da qual surgiu, em 1925, o acordo de Genebra, tornou realidade os dispositivos da Conferência de Haia de 1912, tendo sido revista na Conferência de Bangkok em 1931; ainda em 1924, em novembro, nova Conferência realizou-se em Genebra, à qual compareceram, além dos membros da Sociedade das Nações, os Estados Unidos e Alemanha, tendo sido, neste Conferência, ampliado o conceito de substância entorpecente e instituído sistema de controle do tráfico internacional por meio de certificados de importação e autorização de exportação; em 1931 e 1936, também em Genebra, duas novas Conferências foram realizadas, ficando estabelecida a obrigação de os Estados participantes tomarem as providências para proibir, no âmbito nacional, a disseminação do vício.⁵¹

Tais Convenções Internacionais resultaram na criação de legislações que pudessem no âmbito interno, obter maior eficácia na repressão às drogas.

O Código Brasileiro de 1890 mostrou-se insuficiente para combater as drogas que tinham invadido o país em 1914, por isso, influenciado pela Convenção de Haia de 1921 é que foi implantado o Decreto n. 4.294, de 6 de julho de 1921, sendo depois modificado pelo Decreto n. 15.683⁵².

Houve a necessidade de tornar mais rígida a conduta violadora da saúde pública, vindo então com a Consolidação das Leis Penais, em 1932. Durante essa época, explicita o autor Vicente Greco Filho no que tange aos vários Decretos implantados, e suas modificações:

Por falta de condições de efetivação da legislação, também ainda incipiente, os resultados da repressão foram precários, tendo sido, em janeiro de 1932, editado o Decreto n. 20.930, modificado pelo Decreto n. 24.505, de junho de 1934.⁵³

A política de combate criminal de drogas no Brasil apresenta um sistema repressivo mais intenso com os Decretos n.º. 780/36, modificado pelo Decreto n. 2.953/38, que apresentavam um impulso na luta contra as drogas; e o ingresso do país no modelo internacional de controle às drogas, Decreto-Lei n. 891 de 25 de novembro de 1938, que modificou o Decreto n. 20.930 que estava acoplado na Consolidação das Leis Penais. Na visão do autor Vicente Greco Filho “o texto do Decreto-Lei n. 891/38 inspirou-se na Convenção de Genebra de 1936 e traz relação das substâncias consideradas entorpecentes,

⁵¹ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14ª Edição. Editora Saraiva. p. 74.

⁵² FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14ª Edição. Editora Saraiva. p. 84.

⁵³ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14ª Edição. Editora Saraiva. p. 84.

normas restritivas de sua produção, tráfico e consumo, bem como trata da internação e interdição civil dos toxicômanos”⁵⁴.

Seguindo o posicionamento de Vicente Greco Filho, logo após a modificação do Decreto n. 780/36 pelo Decreto n. 2.953/38:

Foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, pelo Decreto-Lei n. 3.114, de 13 de março de 1941, alterado pelo Decreto-Lei n. 8.647, de 1946, com atribuições de estudar e fixar normas gerais sobre fiscalização e repressão em matéria de entorpecentes, bem como consolidar as normas dispersas a respeito.⁵⁵

Embora sejam encontrados resquícios de combate ao consumo e tráfico das drogas no decorrer da legislação brasileira, somente é possível a verificação do surgimento de uma política proibicionista sistematizada a partir década de 40.

Assim, com a edição do Código Penal de 1940 pelo Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, ficou previsto em seu artigo 281: “importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Dessa forma, explicita Salo de Carvalho:

A característica marcante do Código Penal de 1940 é a tentativa, a partir do ensaio da Consolidação das Leis Penais na década de 30, de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação da lei codificada. No entanto, a partir do Decreto-Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a publicação da Lei 4.451/64 (que introduz ao art. 281 a ação plantar), se inicia na legislação pátria – não apenas no que diz respeito às drogas, mas aos entorpecentes de maneira muito especial – amplo processo de descodificação, cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal).⁵⁶

Decorrendo da II Guerra Mundial, o aumento do consumo de drogas gerou preocupação e uma mobilização internacional, resultando na Convenção Única sobre entorpecentes. É sobre este ponto que Vicente Greco Filho examina esse contexto com a seguinte afirmação:

A II Guerra Mundial, como toda convulsão de âmbito internacional, pela desorganização ou perturbação social que causou, trouxe aumento do índice

⁵⁴ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14º Edição. Editora Saraiva. p. 84.

⁵⁵ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14º Edição. Editora Saraiva. p. 84.

⁵⁶ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5º edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 12-13.

do consumo de drogas, preocupando desde logo a ONU, assim que criada. Sob sua convocação, em 1946, foi assinado protocolo, atualizando acordos anteriores; em 1948, em Paris, e em 1953, em Nova York, firmam-se outros protocolos, sendo que este último restringiu a produção de opiáceos na fonte, permitindo sua destinação apenas para uso médico. Finalmente, em 1961, em 30 de março, firmou-se a Convenção Única de Nova York sobre entorpecentes, que anulou as anteriores, salvo a de 1936.⁵⁷

A necessidade de criar legislações que controlassem o uso e a venda de substâncias entorpecentes ganhava força internacional, com o objetivo de auxiliar os países que queriam sanar esse vício, gerando uma mobilização para a conscientização e proibição de tais substâncias.

1.3. Convenção Única sobre Entorpecentes

Essa Convenção, por meio de seus órgãos, fiscalizava os países que a ratificaram. Tal fiscalização era exercida por meio de relatórios enviados com estatísticas de produção, consumo, importação e exportação de substâncias controladas. “A Convenção estabelece as medidas de controle e fiscalização, prevendo restrições especiais aos particularmente perigosos”⁵⁸, afirma Greco Filho.

Assim, ainda sobre a Convenção Única, posiciona-se Vicente Greco Filho:

Dispõe, ainda, a Convenção Única sobre as medidas que devem ser adotadas no plano nacional para a efetiva ação contra o tráfico ilícito prestando-se aos Estados assistência recíproca em luta coordenada, providenciando que a cooperação internacional entre os serviços competentes se faça de maneira rápida. Em seguida, a Convenção traz disposições penais, recomendando que todas as formas dolosas de tráfico – produção, posse, etc. de entorpecentes em desacordo com ela – sejam punidas adequadamente. Quanto aos toxicômanos, recomenda seu tratamento médico e que sejam criadas facilidades à sua reabilitação.⁵⁹

A Convenção Única sobre Entorpecentes ainda permitia aos Estados a adoção de medidas mais rígidas, podendo aumentar o rol das penas e das fiscalizações além das que já estavam previstas na Convenção.

No Brasil, a Convenção ora abordada, fora ratificada em 19 de junho de 1964, promulgada pelo Decreto n.º. 54.216, de 27 de agosto de 1964.

⁵⁷ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14.º Edição. Editora Saraiva. p. 74.

⁵⁸ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14.º Edição. Editora Saraiva. p. 74.

⁵⁹ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14.º Edição. Editora Saraiva. p. 75.

Em 1968, o dispositivo do art. 281 do Código Penal, que proporcionava a punição exclusiva do comerciante de drogas, foi modificado pelo Decreto-Lei 385/68, criminalizando o usuário com a mesma pena imposta ao traficante. Tal decreto contrariava a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 ao igualar a penalidade para traficante e usuário, identificando no mesmo patamar todos os envolvidos com tóxicos, independente da forma de sua participação.

O Decreto-Lei 385/68 vigorou por três anos, quando só então a Lei 5.726/71 adequou o sistema repressivo brasileiro de drogas dentro das orientações internacionais.

A Lei n. 5.726/71 corrigia de algum modo o Dec.-lei n. 385, concedendo aos infratores viciados uma atenção diferente, não os considerando criminosos se dependentes de drogas, mas simplesmente enfermos a merecer tratamento. Infelizmente não estabelecia a nova lei a diferenciação entre o experimentador e o traficante, nivelando-os num mesmo plano, o que só veio a acontecer cinco anos depois, com a promulgação da Lei n. 6.368.⁶⁰

As normas da Convenção Única visavam o controle aos entorpecentes ou narcóticos, não sendo incluídos até então os psicotrópicos, como as anfetaminas. Com isso, em 1971, foi convocada uma conferência para ampliar e abranger essas substâncias. Essa conferência foi chamada de Convenção de Viena.

1.4. Convenção de Viena

A Convenção de Viena foi firmada em 21 de fevereiro de 1971, controlando a preparação, uso e o comércio de substâncias psicotrópicas. Nas palavras de Salo de Carvalho:

A Convenção de Viena, aprovada pelo Congresso Nacional em 1991, consolida a política de repressão às drogas ilícitas que diversos tratados internacionais, sustentados pela agência de drogas norte-americana impuseram durante a década de oitenta.⁶¹

A Convenção de Viena completava a Convenção Única sobre entorpecentes, sendo que estas duas tiveram grande repercussão para solidificar outros acordos realizados, como o Acordo Sul-Americano de Entorpecentes e Psicotrópicos, realizado em Buenos Aires, sendo explicitado por Greco Filho:

O Acordo parte da premissa que o problema do uso indevido de drogas requer atenção permanente e solidária dos países da América do Sul, os

⁶⁰ VIEIRA, João. O Magistrado e a Lei Antitóxicos. Rio de Janeiro. 1º edição. Ed. Forense, 1992. p. 7.

⁶¹ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5º edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 45.

quais, mesmo apresentando características próprias do problema, devem ser orientados por princípios e objetivos comuns. Entre os seus objetivos merece destaque a intenção de harmonizar as normas legais dos vários signatários, de acordo com o “Primeiro Protocolo Adicional”, que indica as figuras delituosas que devem ser previstas.⁶²

Vale ressaltar que as Convenções Internacionais, acatadas pelo Brasil, não elucidam a forma de penalização que o país deve aplicar, ou o *quantum* da pena. Tais Convenções abordam a importância do tratamento antidrogas, conscientizando os países para que estes se tornem signatários e busquem a criação e implementação de leis e normas que visem a fiscalização do consumo e do tráfico de drogas. Portanto, as legislações internacionais não vedam o cumprimento de pena fora do regime prisional, cabendo este ao Estado signatário escolher.

A adesão do Brasil aos movimentos internacionais para o controle sobre as substâncias entorpecentes trouxe reflexos normativos para dentro do país, resultando em portarias e programas nacionais visando obter medidas estratégicas para a um controle eficaz.

Nesse sentido, aduz Vicente Greco Filho:

A Portaria n. 131, de 6 de abril de 1972, do Sr. Ministro da Saúde, aprovou, por sua vez, o Regimento Interno da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes do Ministério da Saúde (CONFEN), órgão orientador e disciplinador da fiscalização e controle de substâncias entorpecentes e equiparados, como objetivo de reprimir seu tráfico e utilização ilícita. Esse órgão fora criado pelo Decreto n. 780, de 28 de abril de 1936, e mantido pelo Decreto-Lei n. 891/38. Constitui, ainda, órgão consultivo do Ministério da Saúde para orientação do Governo em suas relações com a ONU e outras autoridades internacionais ou estrangeiras, visando o cumprimento de acordos e convenções sobre a matéria. Revela destacar a importância dessa portaria como instrumento para a fixação da política sanitária nacional relativa aos fármacos.⁶³

A Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, substituiu a Lei 5.725/71, e nas palavras de Vicente Greco Filho:

Em suas linhas gerais, seguindo a orientação aberta pela anterior Lei n.5.726/71, o diploma procurava ressaltar a importância da educação e da

⁶² FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14º Edição. Editora Saraiva. p. 77.

⁶³ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14º Edição. Editora Saraiva. p. 92.

conscientização geral na luta contra tóxicos, único instrumento realmente válido para se obter resultado no combate ao vício.⁶⁴

Mais tarde, na década de 90, a necessidade da reformulação integral do texto da Lei de Drogas de 1976 estava sendo debatida no Congresso Nacional.⁶⁵ Neste aspecto, discorre Salo de Carvalho “ocorre que os posicionamentos quanto à disfuncionalidade da Lei 6.368/76 pendiam da crítica antiproibicionista, com apresentação de projetos com medidas despenalizadoras e descriminalizantes, ao diagnóstico da necessidade de incremento da punitividade.”⁶⁶

Decorrente desses debates é que fora promulgada a lei n. 10.409/2002 que modificou, não na íntegra como idealizada originalmente, mas em partes, a Lei de Drogas 6.368 de 1976. Dessa forma explicita Salo de Carvalho:

Após a aprovação no âmbito legislativo, a íntegra do capítulo referente aos delitos e às penas recebeu veto da Presidência da República, entrando em vigor apenas sua parte processual. O veto da matéria penal derivou, na prática forense, situação anômala e inédita: a aplicação conjugada de dois textos com fundamentos e historicidade diversas. Assim, no que tange ao processo penal, a Lei 10.409/02 obteve plena vigência, restando a estrutura material do direito penal (delitos e penas) atrelada à antiga Lei 6.368/76.⁶⁷

Diante do ocorrido entre as duas Leis, fora sustentado que a melhor medida a se tomar seria a elaboração de uma nova lei que revogasse as duas anteriores, o que ocorreu com a promulgação da Lei n. 11.343 de 2006.

No presente estudo as leis 6.368/76 e a 11.343/2006 são de extrema importância, sendo necessário um maior aprofundamento, analisando e comparando as duas legislações e suas diretrizes no que tange ao tratamento para a conduta de tráfico de entorpecentes.

⁶⁴ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14ª Edição. Editora Saraiva. p. 94.

⁶⁵ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 59.

⁶⁶ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 59.

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 59.

1.5. Lei n.º 6.368/76

A Lei 6.368/76, de 21 de outubro, instaura um novo modelo de controle, acompanhando as orientações de combate às drogas de outros países através dos tratados e convenções internacionais, adequando-se ao modelo já utilizado por outras sociedades.

Isaac Sabbá Guimarães afirma sobre a referida lei que “do ponto de vista da política criminal, referida, basicamente, ao estabelecimento da **política de prevenção e tratamento** e da **política de repressão** às condutas que ponham em risco de dano ou que causem efetivo dano à saúde”⁶⁸.

No que concerne às condutas criminalizadas na Lei 6.368 pouco se nota a diferenciação em relação aos estatutos passados, mas, em relação às penas impostas, a distinção é visível, haja vista que “é no que concerne à graduação das penas, cujo efeito reflexo será a definição do modelo político-criminal configurador do estereótipo do narcotraficante”⁶⁹.

O método repressivo aderido pela Lei 6.368 era a do discurso médico-jurídico, diferenciando o usuário dependente, que era representado como um doente, do traficante, apontando a ideia deste último como inimigo interno que deveria ser punido e eliminado da sociedade.

A nova legislação apresenta sanções e medidas distintas para os sujeitos criminalizados, criando assim dois institutos proibitivos, sendo um utilizado para o usuário com a finalidade de tratamento, e o outro aplicado ao traficante com a finalidade de repressão.

1.5.1. Diretrizes da Lei 6.368/76

A Lei 6.368/76 é dividida em cinco capítulos: da prevenção, do tratamento e da recuperação, dos crimes e das penas, do procedimento criminal e das disposições gerais.

O primeiro capítulo da Lei 6.368/76 trata da prevenção dos entorpecentes, e estabelece como dever de toda pessoa colaborar com a prevenção e a repressão do tráfico e do uso indevido de substâncias entorpecentes.

Isaac Sabbá Guimarães exemplifica o primeiro capítulo da Lei por meio de três vertentes que se seguem abaixo:

⁶⁸ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Tóxicos – Comentários, Jurisprudência e Prática (À luz das Leis 10.409/02 e 6.368/76). Curitiba: Editora Juruá, 2004. p. 25. [GRIFO DO AUTOR]

⁶⁹ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 19.

A primeira, arranca do princípio de que o narcotráfico e o uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica são verdadeiros males sociais que não podem ser tratados unicamente pelas instâncias formais de controle. Por isso que a lei firma normas de compromisso que co-envolvem as pessoas físicas e jurídicas. Ou seja, estabelece metas compromissórias entre todos, que se tornam responsáveis pelas ações de prevenção. A segunda vertente tendente à política de prevenção, perfilha uma política de controle, pela qual cabe precipuamente ao Estado fiscalizar as atividades científicas, terapêuticas e comerciais de substâncias que determinem a dependência física ou psíquica, para que se evite sua má destinação. Para tanto, determina certas normas para aquelas atividades e poderes para sancionar, inclusive com a possibilidade de destruição de plantações, culturas, colheitas de plantas que possam ser utilizadas como entorpecentes ou matéria-prima para a fabricação de substâncias que determinem dependência física ou psíquica. A terceira vertente procura dar um aspecto orgânico a esta política, centralizando-a num Sistema Nacional Antidrogas.⁷⁰

No que tange a prevenção, a Lei 6.368/76, apresentou em seu artigo 4º, que segue:

Art. 4º. Os dirigentes de estabelecimento de ensino ou hospitalares, ou de entidades sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, adotarão, de comum acordo e sob orientação técnica de autoridades especializadas, todas as medidas necessárias à prevenção do tráfico ilícito e do uso indevido de substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica, nos recintos ou imediações de suas atividades.

Assim, posiciona-se Isaac Sabbá Guimarães:

O legislador penal procurou reforçar aqui a intenção de conscientização da sociedade em geral para os problemas relacionados com as drogas, escolhendo a parceria de importantes segmentos sociais para adotarem a política de prevenção. Assim, os estabelecimentos de ensino (não só públicos, mas também privados), bem como as entidades sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, adotarão medidas necessárias à prevenção.⁷¹

E ainda:

A expressão aí disposta pelo legislador implica uma condição de obrigatoriedade de adesão à política de prevenção. Trata-se de um imperativo legal de adoção de medidas de prevenção ao tráfico ilícito e ao uso indevido de substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica e administrativa dos dirigentes daqueles estabelecimentos.⁷²

⁷⁰ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Tóxicos – Comentários, Jurisprudência e Prática (À luz das Leis 10.409/02 e 6.368/76). Curitiba: Editora Juruá, 2004. p. 25 – 26.

⁷¹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Tóxicos – Comentários, Jurisprudência e Prática (À luz das Leis 10.409/02 e 6.368/76). Curitiba: Editora Juruá, 2004. p. 28.

⁷² GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Tóxicos – Comentários, Jurisprudência e Prática (À luz das Leis 10.409/02 e 6.368/76). Curitiba: Editora Juruá, 2004. p. 28.

O legislador buscou formas para a prevenção e repressão do uso e da comercialização de substâncias entorpecentes, visando o tratamento do usuário dependente que agora era visto como uma figura diferente do traficante.

E é por meio dessa ideia que, no segundo capítulo da Lei, são sistematizados o tratamento e a recuperação dos dependentes, independente do delito que tenham estes cometidos, associando a imagem do usuário a um dependente que requer tratamento médico.

Nesse aspecto, argumenta Salo de Carvalho:

A fusão dependência-delito, presente na lógica do tratamento e da recuperação moldada pela Lei de Drogas de 1976, gera espécie de criminalização da adção, pois, como todos os pressupostos da criminologia etiológica, impõe como dever do Estado a intervenção no dependente para impedir sua conduta criminosa futura. No entanto o binômio dependência-delito não é apenas porque evoca medidas profiláticas ao estabelecer como objetivo da ação médica a prevenção de delitos. Em decorrência, olvida a importância da adesão (voluntariedade) do dependente ao programa de recuperação, transformando o tratamento em medida polícialasca.⁷³

No terceiro capítulo são abordados os crimes e as penas aplicados para quem, com determinada conduta, recaia sobre a modalidade de tráfico de entorpecentes.

Tal modalidade é apresentada no artigo 12 da referida Lei e nos incisos de seus dois parágrafos. Quais sejam:

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

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

- I- Importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;
- II- Semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

⁷³ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 24-25.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

- I- Induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;
- II- Utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou se substância que determine dependência física ou psíquica;
- III- Contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

O caput do art. 12 apresenta 18 ações típicas que podem ser praticadas isoladamente ou em seqüência, explicitando, assim, João Gaspar Rodrigues que “trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Dessa forma, como já dissemos acima, dá-se a consumação com a prática de uma das condutas incriminadas”.⁷⁴

Declara novamente João Gaspar que “A intenção da lei com a multiplicidade de verbos típicos é de tentar abranger o maior número possível de condutas, com o evidente intuito de conceder uma maior proteção social”.⁷⁵

A pena para as condutas que caracterizam o tráfico de drogas foi estabelecida em reclusão entre 03 (três) e 15 (quinze) anos, e seria nessa pena que o magistrado, dentro do caso em concreto, dosaria a penalidade adequando-a ao sujeito incriminado.

Porém, com a finalidade de tornar mais rígida a penalidade do crime de tráfico de drogas a lei 8.072/90, dos crimes hediondos, equiparou o tráfico de drogas, vedando os institutos da anistia, graça, indulto e fiança.⁷⁶

Observa-se que a lei dos crimes hediondos e os equiparados a estes, que tinha como fim a aplicação mais severa das penas, não vedou expressamente a substituição da pena, uma vez que no seu texto originário, que vedava a liberdade provisória e a progressão de regime, sofreu alterações decorrentes de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sendo alteradas pela lei 11.464.

⁷⁴ RODRIGUES, João Gaspar. Tóxicos - Abordagem crítica da Lei nº 6.368/76. Campinas. 1º edição. Editora Bookseller. 2001. p. 103.

⁷⁵ RODRIGUES, João Gaspar. Tóxicos - Abordagem crítica da Lei nº 6.368/76. Campinas. 1º edição. Editora Bookseller. 2001. p. 103.

⁷⁶ Conforme a lei 11.464/07 que alterou alguns dispositivos da lei 8.072/90, a liberdade provisória e a progressão de regime, anteriormente proibidas, foram concedidas. A liberdade provisória não é mais vedada e a progressão de regime ocorrerá após o cumprimento de 2/5 da pena, caso o condenado seja primário, e 3/5 se reincidente.

Nesse sentido, não se vislumbra a vedação à substituição da pena para esse tipo de crime, uma vez que não é expresso na redação da lei dos crimes hediondos e tampouco na lei 6.368/76. Assim, o entendimento que prevalecia no Supremo Tribunal Federal fora de que caberia a substituição da pena para os crimes hediondos e os crimes de tráfico de drogas.

Dessa forma, sobre o julgamento do habeas corpus n°. 85.894-5/RJ antes mesmo da reforma da progressão de regime e da liberdade provisória nos crimes hediondos, o Ministro Gilmar Mendes aduz:

A possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos encontra-se em discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC n° 82.959-SP. Em sessão de 02.12.2004, proferi voto-vista no referido habeas corpus pela inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n° 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), com efeito “ex nunc”. Ressaltei que essa eficácia “ex nunc” deve ser entendida como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Sustentei, ainda, que o modelo adotado na Lei n° 8.072, de 1990, faz tabula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos, pois não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços enviados com vistas à ressocialização. Retira-se qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena.⁷⁷

Concluindo que:

Nos termos do art. 59 do Código Penal, o juiz decidirá, dentre as penas cominadas em abstrato ao fato punível, aquela que melhor se ajusta ao caso concreto, observando a culpabilidade e os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, além do comportamento da vítima.

Estabelecida a pena-base aplicável, bem como a sua quantificação (Art. 59, I e II c/c art. 68 do Código Penal), o juiz deve verificar se estão presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal para, determinar, se for o caso, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.⁷⁸

⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. 2. Tráfico de Entorpecentes. 3. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Ausência de proibição expressa na Lei 8.072/90 que impeça a concessão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente. 5. Definição da espécie da pena deve ser anterior à fixação do regime de seu cumprimento. 6. Precedentes. 7. Ordem deferida. HC 85.894-5/RJ. Relator (a): Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 19/04/2007, Data da publicação: DJe 28/09/2007.

⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. 2. Tráfico de Entorpecentes. 3. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Ausência de proibição expressa na Lei 8.072/90 que impeça a concessão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente. 5. Definição da espécie da pena deve ser anterior à fixação do regime

Ocorre que, na tentativa de suprir deficiências vislumbradas na lei 6.368/76 é que no dia 28 de fevereiro de 2002 entrou em vigor a lei 10.409 com o objetivo de revogar a lei 6.368. Ocorreu que esta lei fora promulgada com diversas ilegalidades e dispositivos vetados. Nesse sentido posiciona-se Renato Flávio Marcão:

Permeado de inconstitucionalidades e impropriedades técnicas, o Projeto que a ela deu origem contou com dezenas de vetos Presidenciais, e a sobra acabou por constituir uma verdadeira colcha de retalhos.

Até mesmo o art. 59 do Projeto, que revogava integralmente a Lei 6.368/76 precisou ser vetado. Não foi possível abandonar a legislação que se atacou de ultrapassada e vetusta.

Como resultado, estão em vigor vários dispositivos da Lei 6.368/76, e outros tantos da Lei 10.409/2002, sendo certo, ainda, que desta última, vários dispositivos revelam-se inaplicáveis.⁷⁹

Dessa forma, a solução aplicada para esse impasse fora a de manter a vigência das duas legislações, sendo que na parte penal caberia a aplicação da lei 6.368/76 e na parte processual aplicaria a lei 10.409/02.

Em decorrência das críticas e visando a unificação das duas legislações, a lei 6.368/76 e a 10.409/02, viu-se a necessidade de elaborar uma nova lei que revogasse as duas anteriores e de forma integral abordasse a parte penal e processual sobre as drogas.

Assim, em 23 de agosto de 2006, a nova lei antidrogas, a lei 11.343, foi promulgada, trazendo algumas modificações com relação às posteriores leis, mas mantendo a mesma essência de política criminal, como argumenta Salo de Carvalho:

Apesar de fundada na mesma base ideológica da Lei 6.368/76 (ideologia de diferenciação), é possível estabelecer importantes distinções entre os estatutos criminais. Se na Lei 6.368/76 há nítida sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interno), cujo efeito foi densificar a repressão ao comércio ilícito e suavizar a resposta penal aos usuários e dependentes – notadamente após a edição da Lei 9.099/95⁸⁰ -, a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e

de seu cumprimento. 6. Precedentes. 7. Ordem deferida. HC 85.894-5/RJ. Relator (a): Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 19/04/2007, Data da publicação: DJe 28/09/2007.

⁷⁹ MARCÃO, Renato Flávio. Legislação Antitóxicos - Novos problemas iminentes (Projeto de Lei 6.108/2002, que altera a Lei 10.409/2002). [online] Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=1433> Acesso em 15 de setembro de 2011.

⁸⁰ Lei que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que determina que os delitos que não estiverem ligados com o tráfico de drogas são considerados de menor potencial ofensivo.

traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas restritivas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.⁸¹

Nota-se que apesar de algumas alterações na forma material, as duas principais leis que compõem o ordenamento jurídico brasileiro têm a mesma base ideológica, qual seja, o do sistema proibicionista.⁸² Tal sistema repressivo continuou apresentando-se tão fortemente que na nova legislação, a lei 11.343/06, aumentou substancialmente suas penas, principalmente no caso de tráfico de entorpecentes.

Dessa forma, necessário se faz o estudo amplo da atual legislação que regula o combate às drogas, a Lei 11.343/2006.

1.6. A atual legislação antidrogas – Lei n.º 11.343/06

Decorrente das severas críticas em torno da lei 6.368/76, as inúmeras publicações de estatutos penais e a tentativa falha de uma renovação normativa com a vigência parcial da lei 10.409/02, levaram a sociedade e as entidades governamentais a uma dificuldade de implantar uma política criminal coerente com o problema vivido.⁸³ Dessa forma, houve a necessidade de formalizar uma lei que amparasse integralmente as normas antidrogas, tanto na parte penal como na processual.

A lei 11.343 decorreu do Projeto n. 7.134 de 2002, do Senado Federal, que recebeu como apenso o Projeto n. 6.108/2002, do Poder Executivo, sendo depois reelaborado pelo Senador Romeu Tuma e voltando para o Senado onde recebeu emendas e fora promulgado no dia 23 de agosto de 2006.⁸⁴

A nova lei fora dividida em 06 (seis) capítulos, sendo estes: Título I: Disposições preliminares; Título II: Do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas; Título III: Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas – que trata das diretrizes que devem direcionar a prevenção

⁸¹ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 69.

⁸² CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 68-69.

⁸³ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 68-69.

⁸⁴ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14ª Edição. Editora Saraiva. p. 119.

do uso indevido, tal título foi dividido em 03 (três) capítulos, sendo o último “Dos Crimes e das Penas” – Título IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; os Títulos V e VI tratam da Cooperação Internacional e das disposições finais.⁸⁵

A lei em análise trouxe algumas modificações referentes ao texto das leis revogadas. Dentre essas alterações, algumas merecem maior atenção sendo estas: a posse da droga para consumo próprio que deixa de ser punida com pena privativa de liberdade, a apologia ao uso de drogas deixa de ser crime na lei especial de tráfico de drogas⁸⁶, a pena para tráfico de drogas aumentou de 3 a 15 anos para 5 a 15 anos, além de 500 a 1.500 dias-multa e a vedação da conversão da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas, expressa no artigo 33, §4º da lei vigente.⁸⁷

O artigo que versa sobre a conduta que enseja o crime de tráfico de drogas, tema ora estudado, substituiu o artigo 12 da antiga lei pelo artigo 33, juntamente com seus 04 (quatro) parágrafos e incisos, apresentando também algumas alterações, sendo assim:

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

⁸⁵ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14º Edição. Editora Saraiva. p. 119.

⁸⁶ Apesar da conduta de apologia ao uso de drogas não ser mais tipificada como crime na Lei 11.343/06, ainda é prevista e tipificada pelo Código Penal no artigo 287, que prevê:

“Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena – detenção, de três a seis meses, ou multa.”

⁸⁷ COSTA, Anna Maria. As novidades da nova Lei Antidrogas. *Justilex*. n° 58. p. 18-21. Outubro, 2006.

utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.⁸⁸

No tocante a essa inovação legislativa, Vicente Greco Filho aduz:

A Lei n. 11.343/2006, no *caput* do art. 33, manteve a incriminação dos dezoito núcleos previstos no *caput* do antigo art. 12 da Lei 6.368/76, alterando apenas a terminologia para “drogas” em vez de “substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica”, prevista na lei anterior.

Acrescentou uma nova modalidade de conduta (§3º) e causa de diminuição de pena, vedando expressamente a possibilidade de conversão em pena restritiva de direitos (§4º).

A pena mínima do *caput* foi recrudescida para cinco anos, em vez dos três anos da lei anterior, aumentando-se também, substancialmente, as margens mínima e máxima para aplicação da pena de multa, que era de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa.

Por fim, não foi mais prevista a conduta que era definida no art. 12, §2º, III, da Lei n. 6.368⁸⁹, que punia de forma equiparada ao *caput* do art. 12 o incentivo e a difusão do vício e do tráfico.⁹⁰

Não sendo diferente das críticas que eram feitas na antiga lei, as alterações trazidas pela Lei 11.343/06 também foram contestadas, principalmente com a vedação da

⁸⁸ Brasil. Lei n.º. 11.343. 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.

⁸⁹ Assim dispunha o dispositivo citado:

“Art. 12. (...)

§1º (...)

§2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

(...)

III- contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determine dependência física ou psíquica”.

⁹⁰ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14º Edição. Editora Saraiva. p. 170.

substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, tema em estudo. Em decorrência dessa vedação, que não era mencionada como proibida na lei anterior, a lei 6.368/76, alguns doutrinadores se posicionam contrários a esta medida tomada pelo legislador na atual lei antidrogas.

No que abarca a modificação das penas para o tráfico de drogas, posiciona-se Vicente Greco Filho:

É de reclusão, de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa. A pena privativa de liberdade que já havia sido exacerbada pela Lei n. 6368 comparando-se os textos de 1940, do Decreto-Lei n. 385, e da Lei n.5.726, foi ainda mais recrudescida pela atual lei. O aumento da pena mínima para cinco anos foi para evitar a substituição por penas restritivas de direitos, expressa no §4º, possibilidade que causava grande divergência doutrinária e jurisprudencial em face da Lei n. 6.368, cuja pena prevista era de três anos.⁹¹

Nesse mesmo ponto elucida Rogério F. Taffarello:

O fato de se vedar qualquer possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos demonstra claramente a insistência em uma ingênua noção de que possa a prisão constituir uma panaceia para todos males sociais, cujas causas vão muito além do que a miopia do legislador parece lhe permitir enxergar.⁹²

Dessa mesma forma Maria Lucia Karam também critica as alterações trazidas pela nova lei antidrogas:

O desmedido rigor penal volta a se manifestar na Lei n° 11.343/06 que, indo além da vedação à graça e a à anistia, imposta por cláusula de penalização deslocadamente incluída na Constituição Federal, também veda o indulto, a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade ou sua conversão em pena restritiva de direitos.⁹³

Maria Lucia Karam entende que tais vedações amparadas pela lei 11.343 “conflita com o princípio da isonomia. Igualmente viola o princípio da individualização, que repele generalizações fundadas na espécie abstrata do crime”⁹⁴.

Discute-se sobre a proporcionalidade das penas para o crime de tráfico de drogas, sendo esse defendido por alguns doutrinadores como exacerbado, e por ora, com a vedação da substituição da pena é visto como inconstitucional.

⁹¹ FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14ª Edição. Editora Saraiva. p. 185.

⁹² TAFFARELLO, Rogério F. Nova (?) Política Criminal de Drogas: primeiras impressões. Boletim IBCCRIM. n°. 167. p. 2-3. Outubro, 2006.

⁹³ KARAM, Maria Lucia. A lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. Boletim IBCCRIM. n°. 167. Outubro, 2006.

⁹⁴ KARAM, Maria Lucia. A lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. Boletim IBCCRIM. n°. 167. Outubro, 2006.

Assim defende Maria Lucia Karam, em uma medida mais ampla:

Os riscos e danos provêm sim do proibicionismo. Em matéria de drogas, o perigo não está em sua circulação, mas sim na proibição, que, expandindo o poder punitivo, superpovoando prisões e suprimindo direitos fundamentais, acaba por aproximar democracias de Estados totalitários.⁹⁵

Tal posicionamento se fortalece na descrença do sistema prisional ser o único meio possível de reeducação do infrator. Adotando como medida mais eficaz para o Estado e para o condenado, a substituição de pena para determinados casos onde não há presença de periculosidade grave.

O que se pode entender sobre as modificações realizadas pela Lei 11.343/06, em relação à Lei 6.368/76, é que a nova lei concedeu pena mais branda para o usuário, já que este não é mais penalizado com pena privativa de liberdade; mas aumentou consideravelmente a pena do traficante, uma vez que houve um aumento de pena e a vedação de qualquer possibilidade de aplicação do instituto da substituição da pena.

Em consequência dessas alterações, a nova lei traz uma distinção entre usuário e traficante, mas ao vedar a substituição de pena para o traficante equipara a mesma pena para todos os casos e indivíduos que cometerem tal delito. Suprimindo, dessa forma, o livre-arbítrio do juiz de analisar caso a caso e assim separar os vários tipos de traficante existentes.

Nesse contexto, é relevante o estudo, que será feito no próximo capítulo, do instituto das penas restritivas de direitos, da sua aplicabilidade e eficácia e da possibilidade da substituição de pena para os crimes de tráfico de drogas. Também será abordado o entendimento do Supremo Tribunal Federal para essa questão que trouxe divergências doutrinárias.

⁹⁵ KARAM, Maria Lucia. A lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. Boletim IBCCRIM. n°. 167. Outubro, 2006.

2. A POSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Discute-se, desde a lei 6.368/76 revogada pela atual lei 11.343/06, a possibilidade de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos nos crimes de tráfico de drogas.

Essa discussão resultou em uma divisão entre posicionamentos favoráveis e contrários, uma vez que, como já visto, a lei 11.343/06, diferente da lei que revogara, vedou expressamente a substituição da pena nos artigos 33, §4º e 44, como será mais tarde estudado.

Dessa forma, antes de analisar a possibilidade ou não da substituição da pena, bem como a constitucionalidade ou não dos dispositivos que por ora vedam tal instituto na nova legislação sobre as drogas, é necessário o estudo aprofundado das penas que substituiriam as privativas de liberdade.

2.1. Das penas restritivas de direito

As penas restritivas de direito surgiram com a finalidade de amenizar as penas privativas de liberdade, que apesar de seu freqüente uso, fracassaram nos seus objetivos.⁹⁶

Dessa forma explicita René Ariel Dotti:

A experiência dos últimos anos em matéria de política criminal e penitenciária tem revelado que as sanções penais alternativas são necessárias e suficientes para reprovação e prevenção dos crimes menos graves e para os quais não se exige a perda da liberdade.⁹⁷

O autor ora citado define as penas restritivas de direito como:

São reações aplicadas contra o autor da infração limitando o exercício de determinados direitos, liberdades ou garantias. Tais penas, como a designação bem o diz, destinam-se a restringir ou recortar determinados direitos do condenado como a liberdade e o patrimônio.⁹⁸

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15º Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 549.

⁹⁷ DOTTI, Réne Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo. 3º Edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 538.

⁹⁸ DOTTI, Réne Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo. 3º Edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 538.

Na mesma linha de pensamento defende Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

Diante da já comentada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios de ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos no que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável.⁹⁹

O Direito Penal regulou as penas restritivas de direitos com o objetivo de conseguir alcançar o que fora proposto pelas penas privativas de liberdade, mas que não era almejado, visto que não ocorria uma garantia Estatal de direitos mínimos para os condenados, gerando uma resposta da população carcerária contrária a esperada.

Dessa forma, as penas restritivas de direitos foram introduzidas no Código Penal com a lei 7.209 de 1984, trazendo, para compor essa nova pena, a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Mais tarde, a Lei 9.714 de 1998 alterou os artigos 43 a 47, 55 a 77 do Código Penal, que tratam da aplicação das penas restritivas de direito, e ampliou a relação dessas penas alternativas.¹⁰⁰

Em decorrência da ampliação da lei 9.714, atualmente, as penas restritivas de direitos previstas no artigo 43 do Código Penal são as seguintes: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos (sendo que estas se subdividem em: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares), e, a limitação de fim de semana.

2.2. Da aplicação das penas restritivas de direito

As penas restritivas de direito também são denominadas de penas substitutivas ou penas alternativas, isso porque elas existem para substituir a pena privativa de liberdade nas condições impostas pelo artigo 44 do Código Penal, *in verbis*:

⁹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – Parte Geral arts. 1º a 120 do CP. São Paulo. 24º Edição. Volume I. Editora Atlas S.S., 2007. p. 255.

¹⁰⁰ DOTTE, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo. 3º edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 538.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;¹⁰¹

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Com o que fora exposto, somente pode-se aplicar a substituição de pena se há o devido cumprimento do artigo 44 do Código Penal, devendo a pena privativa de liberdade ser inferior a quatro anos e se o crime não for cometido com o emprego de violência ou grave ameaça¹⁰², que o réu não seja reincidente em crime doloso¹⁰³ e que a substituição seja suficiente para a conduta do apenado.

Dessa maneira, é necessário que primeiro o juiz estabeleça o total da pena privativa de liberdade para, somente depois, analisar se é possível a aplicação da substituição de pena dentro das condições elencadas pelo artigo 44 do Código Penal.¹⁰⁴

Assim, as penas restritivas de direito são aplicadas de forma que não podem ser cumuladas com a pena privativa de liberdade, tendo a mesma duração da pena privativa de liberdade que seria imposta.¹⁰⁵

Nesse sentido, posiciona-se Cezar Roberto Bitencourt:

Como na dosagem da pena o juiz deve escolher a sanção mais adequada, levando em consideração a personalidade do agente e demais elementos do artigo citado e, particularmente, a finalidade preventiva, é natural que nesse

¹⁰¹ Há uma contradição entre o artigo 44, I e o artigo 54, ambos do Código Penal. O artigo 54 do Código Penal é oriundo da lei 7.209 de 1984, que estabelecia que as penas restritivas de direitos podem substituir as penas privativas de liberdade fixada em um ano. Já o artigo 44, I provém da lei 9.714, de 1998, e prevê que a pode haver a substituição nas penas privativas de liberdade fixadas em até quatro anos. Nessa situação há um caso de derrogação parcial, no que tange ao tempo, da lei posterior a lei 7.209 de 1984.

¹⁰² Se o crime é praticado com violência ou grave ameaça, mas são crimes que se encaixam àqueles tidos de menos potencial ofensivo, tendo julgamento nos Juizados Especiais, cuja pena máxima é de dois anos, será possível a aplicação do instituto da substituição da pena.

¹⁰³ Por reincidência entende-se que o juiz poderá aplicar a substituição desde que estejam presentes dois requisitos: que em face da condenação anterior a substituição seja socialmente recomendável; e que a reincidência não seja pelo mesmo crime. É o que prevê o art. 44, §3º do Código Penal.

¹⁰⁴ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal –Parte Geral. São Paulo. 3º edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 637.

¹⁰⁵ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal –Parte Geral. São Paulo. 3º edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 637.

momento processual se examine a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade. Ao determinar a quantidade final da pena de prisão, se esta não for superior a quatro anos ou se o delito for culposos, o juiz, imediatamente, deverá considerar a possibilidade de substituição.¹⁰⁶

E é dessa mesma forma que o Código Penal orienta em seu artigo 59:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dessa forma, é evidente que o instituto da substituição da pena tenha como finalidade suprir o dano causado pela conduta de um indivíduo, mas sem excluí-lo da sociedade. Visa a busca de meios penalizantes mais eficazes que a prisão.

Assim ilustra Adalberto Dias Tristão:

A função pedagógica a que se destinava a pena detentiva não teve êxito. Ao reverso, a pena prisional, ao invés de reeducar, tem servido para corromper os encarcerados.

As penas restritivas de direitos, ou penas alternativas, foram adotadas pelo Código, seguindo a tendência moderna, possibilitando o não encarceramento de autores de crimes menos graves.¹⁰⁷

Resultante das falhas do sistema prisional e da possibilidade da análise do juiz para casos individuais em concreto, seguindo os requisitos interpostos, é que se vislumbra a aplicação da substituição da pena.

Devido a esse fato, o Direito busca medidas que possam solucionar o dano causado através da conduta criminosa com o menor grau de conseqüências para a sociedade e para o infrator.

Baseando-se nesse posicionamento é que há divergências doutrinárias no tema estudado, discutindo-se acerca da substituição da pena para o crime de tráfico de drogas, separando a doutrina entre a admissão ou não desse instituto, questionando a aplicabilidade das penas restritivas de direito nos casos de tráfico de entorpecentes.

¹⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15ª Edição. Editora Saraiva, 2010. p. 553.

¹⁰⁷ TRISTÃO. Adalberto Dias. Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança. Belo Horizonte. 6ª Edição. Revista, ampliada e atualizada, 2004. p. 108.

2.3. As leis antidrogas e a possibilidade da aplicação da substituição da pena

Como já fora abordado no capítulo anterior, o texto da antiga lei que regulamentava as drogas, sendo esta a lei 6.368/76, não vedava o instituto da substituição da pena, sendo possível que o condenado por tráfico de drogas, previsto no artigo 12, tivesse sua pena privativa de liberdade convertida para a restritiva de direito, isto quando respeitados os requisitos legais e o delito não fosse cometido com emprego de violência ou grave ameaça.

Nesse sentido, complementa Sandro Marcelo Paris Franzoi ao afirmar que “a moderna dogmática penal sugere a preterição da pena privativa de liberdade em favor de outras medidas distintas da prisão, especialmente quando se entremostrarem suficientes no caso em concreto para a ressocialização”.¹⁰⁸

Ocorre que a Constituição Federal de 88 em seu artigo 5º, inciso XLIII equipara o tráfico de drogas aos crimes hediondos, sendo estes posteriormente descritos na lei 8.072/90, vedando alguns institutos para o cometimento do crime de tráfico de drogas, assim in verbis¹⁰⁹:

Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem.¹¹⁰

A lei 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, afirmou as vedações dos institutos da graça, anistia e da fiança já previstos pela Constituição Federal. E ainda sobre a lei ora citada, o texto legal aborda de forma mais rigorosa os crimes hediondos e os equiparados a estes ao determinar que a pena seja cumprida inicialmente em regime fechado e que a progressão de regime ocorrerá somente com o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para réus primários e 3/5 (três quintos) quando reincidente¹¹¹, assim descritos:

Lei n.º 8.072/90:

Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança.

§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

¹⁰⁸ FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. A inconstitucional vedação da substituição da pena a traficante na nova lei de tóxicos. RDPP n.º 40 – Out-Nov/2006. p. 23.

¹⁰⁹ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010. p. 236.

¹¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, inciso XLIII.

¹¹¹ No que tange ao regime do cumprimento de pena e da progressão de regime para os crimes hediondos houve modificações determinadas pela lei n. 11.464 de 2007, alterando assim o texto antigo que estabelecia uma pena cumprida integralmente no regime fechado e vedava a liberdade provisória. Dessa forma o entendimento resultante fora de inconstitucionalidade e alteração desses dispositivos para o que se tem hoje.

§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.¹¹²

Nota-se, porém, que, a Constituição Federal, ao tratar em seu dispositivo sobre os institutos que seriam vedados para os crimes hediondos e os equiparados a estes, não faz menção à vedação da substituição da pena. Tão pouco a lei específica de crimes hediondos prevê a proibição de tal modalidade. Percebe-se então que, ao contrário da Constituição e da lei dos crimes hediondos, apenas com a lei 11.343/06 é que o instituto da substituição de pena é vedado.

Dessa forma, Maria Lúcia Karam defende que:

O desmedido rigor penal volta a se manifestar em dispositivo da Lei 11.343/06 que, indo além da vedação à graça e à anistia, imposta por cláusula de penalização deslocadamente incluída na Constituição Federal brasileira, também veda o indulto, a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade ou sua conversão em pena restritiva de direitos e, reproduzindo dispositivo introduzido no Código Penal brasileiro pela Lei 8.072/90, impõe o cumprimento de dois terços da pena privativa de liberdade para o livramento condicional, vedando-o para “reincidentes específicos”.¹¹³

Decorrente da inovação dos artigos 33, §4º e 44 da lei 11.343/06 é que se discute a constitucionalidade destes, devendo ser analisado em face dos princípios constitucionais, tais como o da individualização da pena e da proporcionalidade.

2.4. Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, a importância de ser amparado pela Constituição

A discussão sobre a constitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito é fundamentada na violação aos princípios da individualização da pena, amparado pelo artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal e pelo princípio da proporcionalidade.

Sobre individualização da pena, pode-se entender na definição de Nucci, como:

Significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira

¹¹² Lei n. 8.072/90. Crimes Hediondos. Art. 2º.

¹¹³ KARAM, Maria Lúcia. Lei 11.343/06: novos e repetidos danos aos direitos fundamentais.

individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido.¹¹⁴

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Paulo Queiroz:

A individualização judicial da pena – conceito que se opõe à generalização, a revelar que a sentença deve se ater tanto quanto possível ao caso concreto e evitar argumentos que transcendam a análise do caso concreto, sob pena de lhe conferir caráter exemplificador, generalizador, e não individualizador – é a fixação pelo juiz das conseqüências jurídicas da infração penal punível (crime ou contravenção), conforme o grau de culpabilidade do agente, avaliada de acordo com as circunstâncias jurídico-penalmente relevantes.¹¹⁵

O princípio da individualização da pena determina que o indivíduo que cometeu determinado delito seja condenado com base na análise do caso em concreto e da periculosidade do agente para com a sociedade. Dessa forma, a análise de cada caso em concreto deve ser realizada pelo juiz da causa.

O princípio da proporcionalidade está diretamente associado ao princípio da individualização da pena. Nas palavras de Nucci esse princípio:

Significa que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extremidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. A Constituição, ao estabelecer as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, consagra implicitamente a proporcionalidade, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento. Fixa o art. 5º, XLVI, as seguintes penas: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.¹¹⁶

Nesse mesmo sentido, Luís Paulo Sirvinskias elucida:

O princípio da proporcionalidade, também conhecido por princípio da proibição de excessos, consiste na aplicação da pena adequada e necessária ao tipo penal. A pena deve ser, em outras palavras, suficiente e eficaz ao delito cometido, ou seja, não pode ultrapassar os limites do crime praticado. Assim, a sanção deve ser proporcional à gravidade do delito cometido pelo delinquente.¹¹⁷

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade está ligado ao quantum da pena que será aplicado para determinado crime, devendo observar a periculosidade do delito e do agente e as conseqüências diretas desse crime para a sociedade.

¹¹⁴ Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – parte geral/ parte especial. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005. P. 58/59

¹¹⁵ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 7º edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011.

¹¹⁶ Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – parte geral/ parte especial. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005. P. 61.

¹¹⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. Introdução ao Estudo do Direito Penal. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003. p. 123.

Luís Regis Prado afirma que “a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.”¹¹⁸

Esses dois princípios são essenciais para a aplicação da pena, devendo o juiz da causa respeitar e embasar sua decisão com fulcro nesses preceitos, para que assim a sentença possa se valer de justiça.

O fundamento do posicionamento que defende a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena baseia-se no desrespeito a esses dois princípios, defendendo que o com a vedação o juiz da causa fica impedido de analisar o caso em concreto e realizar a condenação da maneira mais justa que assim entender.

Em face dessas discussões, houve a necessidade de recorrer ao Supremo Tribunal Federal a fim de sanar as dúvidas em torno do posicionamento da lei antidrogas vigente.

Nessa perspectiva, a análise desses questionamentos acerca da constitucionalidade da vedação da substituição de pena no tráfico de drogas da lei 11.343/06, que difere da lei anterior, e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal tornam-se essenciais para o presente estudo.

2.5. O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

O tema estudado ganhou maior repercussão após o advento da lei 11.343/06 que, em seus artigos 33, §4º e 44, vedou expressamente o instituto da substituição da pena, modificando, assim, o texto do artigo 12 da Lei 6.368/74 que não se posicionava acerca da proibição ou não da possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito nos casos de tráfico de drogas.¹¹⁹

¹¹⁸ PRADO. Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. Volume 1. 7ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 145/144.

¹¹⁹ Lei 6.368/76, in verbis:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

Discute-se a possibilidade de aplicar a substituição de pena nos casos de tráfico, questionando se é cabível que em toda conduta tipificada como tráfico recaia apenas a pena privativa de liberdade, e, discute-se, ainda, a constitucionalidade ou não da vedação que o dispositivo da nova lei fez, implicando no descumprimento do princípio constitucional da individualização da pena, retirando do Juiz a capacidade de estudar cada caso em concreto e analisar a aplicação da melhor penalização.

Dessa forma, deve-se analisar através do Habeas Corpus n.º 97.256 do Rio Grande do Sul, que fora impetrado pela Defensoria Pública da União para o Supremo Tribunal Federal, o posicionamento de cada Ministro frente à discussão imposta sobre a constitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

O referido Habeas Corpus fora impetrado em defesa a um condenado, flagrado com 13,4 gramas de cocaína, remetido a uma pena de reclusão de um ano e oito meses, em regime inicialmente fechado.¹²⁰

Questiona-se no processo se a vedação trazida pela lei 11.343/06, que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade para a restritiva de direito para condenados por tráfico de drogas, é compatível com o dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLVI, que trata da individualização da pena, assim in verbis:

Artigo 5º, 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;¹²¹

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Lei 11.343/06, in verbis:

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

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

¹²⁰ Notícias STF. STF declara inconstitucionais dispositivos da lei de drogas que impedem pena alternativa. [online]. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=160358>> Acesso em: 12/09/2011.

Diante do Habeas Corpus remetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, onde o Ministro Carlos Ayres Britto fora o relator de tal processo, para decidir sobre a constitucionalidade da vedação, sendo este a favor da inconstitucionalidade.

Na data de 1º de setembro de 2010 o Supremo, por seis votos a quatro, entendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo que veda a substituição de pena para o tráfico de drogas. De acordo com esse posicionamento estavam os Ministros Carlos Ayres Britto, relator do processo, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Celso de Mello. Já os ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ellen Gracie e Marco Aurélio formaram a divergência.¹²²

Sendo assim, os ministros favoráveis à inconstitucionalidade da vedação feita pelo artigo 33, §4º e artigo 44 da lei 11.343/06, decidiram que o juiz da causa é quem deverá analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para ter sua pena privativa de liberdade convertida em uma sanção restritiva de direito. Ficando a salvo o princípio da individualização da pena prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI.¹²³

Nesse sentido, a análise dos posicionamentos favoráveis e contrários, a serem realizados nos próximos tópicos, torna-se necessária para melhor compreensão do trabalho ora estudado.

2.6. Posicionamentos contrários e favoráveis sobre a inconstitucionalidade dos artigos 33, §4º e 44 da lei 11.343/06 e a conclusão acerca do tema

Com a finalidade de aprimorar o presente estudo, analisando a possibilidade da aplicação da substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direito, torna-se necessário o estudo dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para o Habeas Corpus n.º. 97.265/RS.

Dessa forma, a divergência ao posicionamento dos Ministros que entendem pela inconstitucionalidade da vedação à substituição de pena foi formada pelos Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio.

¹²¹ BRASIL, Constituição Federal. Art. 5º, inciso XLVI.

¹²² Notícias STF. STF declara inconstitucionais dispositivos da lei de drogas que impedem pena alternativa. [online]. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=160358>> Acesso em: 12/09/2011.

¹²³ Notícias STF. STF declara inconstitucionais dispositivos da lei de drogas que impedem pena alternativa. [online]. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=160358>> Acesso em: 12/09/2011.

Tais Ministros não vislumbram que a vedação feita pela Lei de drogas tenha ferido o princípio constitucional da individualização da pena, uma vez que o Legislador tem autonomia para penalizar com mais gravidade um crime que sofre uma maior intolerância social.

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, declarou não acatar o posicionamento da inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena imposta pelos artigos 33, § 4º e 44 da Lei 11.343/06, defendendo que:

No nosso Direito Positivo, a substituição da pena não é cabível em qualquer crime. Com efeito, o Código Penal traz vedações À substituição da pena em várias situações, como se observa no seu artigo 44. Assim, a menos que consideremos esse dispositivo inconstitucional, temos de reconhecer que o juiz, em vários casos, é impedido de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista, justamente, esta vedação legal.¹²⁴

¹²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracteriza pelo seu menos potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da conivolação em causa, na concreta situação do paciente. HC 97.256/RS. Relator (A): Min. Carlos Ayres Britto. Data do julgamento: 01/09/2010, Data da publicação: DJe 15/12/2010.

O Ministro ora citado afirma que a possibilidade da substituição da pena é restrita apenas para alguns crimes, e sendo dessa forma, o próprio artigo que regula a substituição da pena aborda os requisitos para que este possa ser formalizado.

Neste ditame elucidada:

Como se percebe, a substituição da pena não cabe em qualquer crime e, portanto, a atividade judicial de individualização da pena encontra este primeiro balizamento legal. A aplicação de penas alternativas é regulada pela lei que estabelece quando elas poderão ser aplicadas. Noutras palavras: o instituto da substituição da pena não deriva, diretamente, do direito constitucional à individualização da pena. O nosso ordenamento não outorga ao juiz essa liberdade ampla de analisar se a substituição é cabível, em todo e qualquer caso concreto. Somente naquelas circunstâncias específicas previstas na lei é que a substituição será possível.¹²⁵

O Ministro Joaquim Barbosa afirma que o Código Penal veda a substituição da pena para crimes que sejam cometidos com emprego de violência ou grave ameaça, e que diante desta vedação o cometimento de crimes menos gravosos que o tráfico de drogas, e que não são hediondos e nem equiparados a estes, recaem na vedação da substituição da pena. O Ministro, em seu voto, exemplifica o argumento com a indicação dos crimes de lesão corporal grave, aborto e roubo simples.¹²⁶

Rebatendo o argumento de violação da individualização da pena, o Ministro Joaquim Barbosa defendeu que:

A garantia da individualização da pena somente estaria violada se o legislador tivesse impedido por completo a individualização judicial nos crimes hediondos, em pelo menos um de seus dois momentos:

- 1) O da aplicação da pena prevista na lei pelo juiz sentenciante – aí se inserindo a espécie de pena aplicável; e
- 2) O da execução e cumprimento da pena pelo condenado.

No caso da vedação legal à substituição da pena no crime de tráfico de drogas, cuida-se, apenas, de uma diminuição da esfera de atuação judicial na aplicação da pena. Não se extinguiu a possibilidade de individualização judicial nesta fase da aplicação da pena – se entendêssemos assim, teríamos de considerar que o juiz tem poder para substituir a pena em todos os casos concretos, independentemente da pena aplica ou do crime cometido.¹²⁷

E no que tange à discricionariedade do Legislador em prever uma penalidade mais gravosa para determinados crimes, o mesmo Ministro posiciona-se:

¹²⁵ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

¹²⁶ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

¹²⁷ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

O legislador pode optar, observando o arcabouço normativo constitucional – que, por sinal, trata o tráfico de drogas de modo mais gravoso –, pela espécie de sanção penal que considerar mais condizente com o crime e a realidade social do país. [...] Dentro do nosso ordenamento jurídico-constitucional, o legislador tem legitimidade para estabelecer um limite mínimo e máximo à atuação judicial na aplicação da pena em concreto. Por tal motivo, a lei penal pode impor tanto as penas do art. 5º, XLVI, da Constituição da República (que estabelece a pena privativa de liberdade e as restritivas de direitos), como outras penas ali não previstas, à exceção das constitucionalmente proscritas. [...] Neste aspecto, portanto, da cominação de penas, seja em relação à espécie cabível em determinados crimes, seja ao mínimo e máximo legalmente cominados, seja, ainda, quanto ao regime inicial de cumprimento, a liberdade do legislador é ampla, sendo permeada pelo princípio da proporcionalidade e pelas vedações expressas contempladas na Constituição da República a algumas espécies de pena. Nesta limitação, não há qualquer norma da Lei Maior que retire do legislador o poder de vedar as penas restritivas de direitos nos casos que considere mais graves para a sociedade, nem, ainda, que delegue, com exclusividade, ao juiz da causa, a análise da sua aplicabilidade ou não no caso concreto.¹²⁸

A Ministra Cármen Lúcia, em um breve voto, posicionou-se com a divergência, concluindo pela constitucionalidade da vedação da substituição da pena, sendo esta favorável a visão do voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Dessa forma, a Ministra fundamentou sua conclusão acerca do tema em debate:

Não consigo vislumbrar a inconstitucionalidade neste caso, porque, quando o legislador fixou, ele levou em consideração, primeiro, os interesses da sociedade, que a Constituição [...] Neste caso, não vejo, realmente, nenhuma redução nem do papel do juiz nem da individualização da pena como fixado constitucionalmente.¹²⁹

A Ministra Ellen Gracie discorreu em seu voto a descrença na inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena. Dessa forma, a Ministra afirma que:

A norma contida no art. 44, caput, da Lei 11.343/06, ao expressamente estabelecer a proibição da conversão, apenas explícita regra que era implícita no sistema jurídico brasileiro quanto à incompatibilidade do regime legal de tratamento em matéria de crimes hediondos e a eles equiparados com o regime pertinente aos outros crimes.¹³⁰

Portanto, a Ministra Ellen Gracie concluiu seu posicionamento “no sentido da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de

¹²⁸ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

¹²⁹ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

¹³⁰ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

direito, nas hipóteses de crime de tráfico de entorpecentes cometidos após o advento da Lei 11.343/06.”¹³¹

O Ministro Marco Aurélio também seguiu a divergência e dessa forma posicionou-se “a meu ver, a opção feita pelo legislador, ao introduzir esse discrimen, afastando a substituição no caso do tráfico, um dos piores crimes que assola o País, mostra-se consentâneo com essa regra constitucional a revelar o crime como inafiançável.”¹³²

Ocorre que nem todos os Ministros entendem que há uma violação ao princípio da individualização da pena por consequência da vedação da substituição da pena. Estes Ministros defendem que ao Legislador, como entendedor do bem social, cabe a discricionariedade para vedar ou permitir que tal instituto seja aplicado a determinados crimes, já que, como no crime de tráfico de drogas, há a equiparação ao crime hediondo onde a Constituição Federal já prevê medidas mais severas.

Em suma, o posicionamento divergente, adotado por estes Ministros, é fundamentado na periculosidade que o crime de tráfico de drogas apresenta para a sociedade e, como consequência dessa primeira premissa, na necessidade de uma punição mais rigorosa para quem comete tal delito, sendo este a prisão preventiva de liberdade vedada à substituição da pena.

Nessa ótica, é defendido que não há uma violação à individualização da pena, pois o Legislador pode ampliar as vedações aos institutos que beneficiariam os criminosos se o delito apresentar uma maior reprovabilidade social. Como no caso o crime de tráfico de drogas é equiparado ao crime hediondo, não se deve, dessa forma, apresentar penas mais brandas, aplicando, assim, taxativamente o que está estipulado na lei.

Seguindo essa visão, que defende a constitucionalidade dos artigos 33, §4º e 44 da lei 11.343/06, a vedação imposta pelo Legislador não retira do Juiz a possibilidade de analisar o caso em concreto, apenas não permite que se aplique certos institutos.

Tal posicionamento apresenta-se um tanto quanto contraditório, pois, é evidente que o livre-arbítrio do Juiz da condenação fica vinculado a uma vedação imposta pelo Legislador, que ampliou até mesmo as vedações já feitas pela Carta Magna, permitindo,

¹³¹ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

¹³² Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

assim, que sejam aplicadas somente as penas que remetam o infrator a pena de prisão, ignorando outros aspectos que constituem o crime e o criminoso.

Excluir a análise do Juiz da condenação no caso concreto é retirar deste uma de suas principais funções, qual seja a de analisar caso a caso e diferenciar indivíduos com menor grau de periculosidade dos indivíduos que apresentam uma maior ameaça para a sociedade.

O ministro Carlos Ayres Britto, relator do Habeas Corpus nº 97.256/RS em análise, posicionou-se pela inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. Declarando que na vigência da lei anterior, a lei 6.368/76, e mesmo com o advento da lei 8.072/90, o Supremo entendia que cabia a substituição de pena para o crime de tráfico de drogas.¹³³

O Ministro, em seu voto e no que tange ao exposto do artigo 5º, inciso XLIII, que aborda as vedações a serem feitas para com os crimes hediondos, expõe que:

Em tema de vedações de benefícios penais ao preso, ou, então, ao agente penalmente condenado, o Magno Texto Federal impõe à lei que verse por modo igual os delitos por ele de pronto indicados como hediondos e outros que venham a receber a mesma tarja. Sem diferenciação entre o que já é hediondo por qualificação diretamente constitucional e hediondo por descrição legal. Isonomia interna de tratamento, portanto, antecipadamente assegurada pela nossa Constituição. [...] a própria norma constitucional cuidou de enunciar as restrições a ser impostas daqueles que venham a cometer as infrações penais adjetivadas de hediondas. Não incluindo nesse catálogo de restrições a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. [...] a Constituição da República fez clara opção por não admitir tratamento penal ordinário mais rigoroso do que o nela mesma previsto.¹³⁴

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso XLIII, já tratou de apresentar quais os institutos que seriam vedados para os crimes hediondos e os equiparados a estes, não sendo previsto a vedação à substituição da pena para os crimes hediondos, tampouco para os equiparados. Dessa forma, é necessário que o próprio juiz da causa, conhecedor da lei e do fato praticado, faça uma análise do caso em concreto para que só então seja cabível a determinação ou não da aplicação da substituição de pena, nesse mesmo sentido aduz o Ministro Carlos Ayres Britto reafirma que:

Em suma, estamos a falar de uma necessária ponderação em concreto, ditada pelo permanente esforço do juiz para conciliar segurança jurídica e justiça

¹³³ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

¹³⁴ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

material. Segurança e justiça que figuram desde o preâmbulo da Magna Carta Federal.¹³⁵

Os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Celso de Mello acompanharam o Ministro Relator, Ayres Britto, obtendo o mesmo entendimento de inconstitucionalidade no que tange a vedação à substituição da pena feita pela nova lei de drogas.

O Ministro Ricardo Lewandowski posicionou-se, brevemente, afirmando, assim, que “parece-me que uma lei que veda a individualização e afasta a possibilidade da aplicação de penas alternativas fere, como disse também o ilustre Ministro Carlos Britto, o princípio da proporcionalidade e até da razoabilidade”.¹³⁶

Nesse mesmo sentido o Ministro Cezar Peluso afirmou sua visão:

A meu ver, há ofensa, com o devido respeito, ao artigo 5º, XLVI, da Constituição, porque o ordenamento jurídico demonstra claramente que hospeda um sistema de alternativas condicionadas de penas. Ou seja, o sistema prevê como tal uma série de penas condicionadas a um conjunto de requisitos, diante dos quais o Juiz deve decidir pela aplicação da pena adequada ao caso concreto. [...]

Não se pode confundir a gravidade do crime com a natureza do crime. A gravidade do crime é apurada em concreto pelo Juiz. Daí por que a própria lei prevê que as penas acima de 4 anos – e que, portanto, pressupõem a gravidade do crime – não suportam a conversão. Nesse caso está correto, porque aí está sendo levada em conta a gravidade concreta do crime. Ao passo que, quando estabelece a priori a possibilidade da conversão ela introduz um fator que não compõe o âmbito dos critérios de individualização, ou seja, impede o Juiz de fazer a individualização em concreto.

Por último, o Ministro Celso de Mello posicionou-se favorável a inconstitucionalidade dos dispositivos em estudo. E, seguindo o mesmo entendimento que os demais Ministros ora citados, o Ministro Celso de Mello analisa a vedação à substituição da pena sobre o seguinte prisma:

Essa vedação apriorística de conversão da pena privativa de liberdade, por sanções restritivas de direitos, imposta no art. 44 e no art. 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/1006 (Lei de Drogas), não pode ser admitida, eis que se revela manifestamente incompatível com o princípio da individualização da pena, dentre outros postulados consagrados pela Constituição da República independentemente da gravidade objetiva do delito.¹³⁷

¹³⁵ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

¹³⁶ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

¹³⁷ Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

A inconstitucionalidade que é defendida pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é fundamentada no aspecto de que a vedação à substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas, previstos nos artigos 33, §4º e 44, recaem em contradição com a Lei Maior, desrespeitando o princípio da individualização da pena, que é garantidor dos direitos individuais, expresso no artigo 5º, inciso XLVI.

A vedação da substituição da pena restringe a aplicação da pena restritiva de direito, prevista e amparada pela Constituição Federal, que, de maneira mais eficaz, também tem por finalidade e resultado a reparação e ressocialização do infrator.

A pena não pode mais ser vislumbrada como unicamente um fim em si mesma, pois, a diminuição da criminalidade não é alcançada, havendo, então, apenas um aumento na severidade das penas.¹³⁸

Com isso, em concordância ao posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena, é que Paulo Queiroz defende que:

A nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), diferentemente da lei anterior (Lei nº 6.368/76), proibiu, expressa e terminantemente, quando ao crime de tráfico e equiparados, a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito, além de considerá-los inafiançáveis e insusceptíveis de sursis, graça, indulto, etc.

Presume-se que semelhante vedação pretendeu realmente inviabilizar orientação do Supremo Tribunal Federal, que se consolidava no sentido de admitir, na vigência da lei revogada, a possibilidade de substituição de pena de prisão por pena restritiva de direito.

Com efeito, não parecer razoável que sentenciados por crimes de tráfico e similar não tenham direito à substituição, enquanto outros condenados por delitos tão ou mais graves (peculato, concussão, corrupção passiva, crime contra o sistema financeiro) possam fazer jus ao benefício. Note-se, aliás, que o condenado por este e outros crimes (De dano, e não de simples perigo, como é o tráfico), a exemplo do homicídio culposo, tem em tese direito à substituição, apesar de se tratar de crime contra a vida, e, pois, mais grave, desde que a pena não seja superior a quatro anos, diversamente do condenado por tráfico à mesma pena ou à pena inferior a quatro anos, que não faria jus ao benefício. Ora, é evidente que semelhante tratamento ofende o princípio da isonomia, sobretudo porque o critério de aferição da maior gravidade do crime (desvalor de ação e resultado) e, portanto, da condenação, é essencialmente formal: objetivamente, a pena cominada ou imposta; subjetivamente, a existência ou não de antecedentes.

¹³⁸ FILHO, Antonio Carlos Santoro. Fundamentos de Direito Penal – Introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito. São Paulo. Editora Malheiros Editores, 2003. p. 26.

Logo, não faz sentido, por exemplo, que duas pessoas, igualmente primárias e sem antecedentes, que cometam crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, sofram a mesma pena (digamos, dois anos de prisão), mas tenham tratamento sensivelmente desigual: uma fará jus à substituição, e a outra não, só por ser tráfico de droga o seu crime, e, pois, existir vedação legal no particular. Note-se que o crime do beneficiado pela substituição poderá ser eventualmente hediondo inclusive (falsificação de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), a demonstrar, ainda mais contundentemente, a violação ao sistema de valores e princípios constitucionais.¹³⁹

Nesse mesmo sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, defendeu que:

As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substantivo ao encarceramento e suas sempre que possível contornáveis seqüelas. [...] A pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado.¹⁴⁰

Para alcançar a individualização da pena, que representa a aplicação da justiça com cada indivíduo em particular, é necessário que o juiz da condenação seja competente e tenha discricionariedade para realizar uma análise do crime praticado, do agente que o praticou, da periculosidade do fato e das conseqüências resultantes do crime ocorrido para a vida do indivíduo criminoso e da sociedade.

Luiz Flávio Gomes também se posiciona a favor do que fora defendido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, concordando dessa forma:

De acordo com o Ministro, o primeiro fundamento a ser levado em consideração para a conclusão da inconstitucionalidade da norma atacada (parte final do art. 44) reside na interpretação que deve ser feita do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal (que cuida dos crimes hediondos), que por se tratar de norma constitucional restritiva de direitos ou de garantias fundamentais há de ser contidamente interpretada. Não podendo daí extrair-se o argumento de que a própria Lei Maior teria permitido a reprimenda excessiva imposta pelo artigo 44.

A segunda, e não menos importante proposição interpretativa a ser feita no tema, é a garantia da individualização da pena que, claramente, é violada com o preceito legal ora combatido. Nas sábias palavras do Ministro, a lei comum não pode subtrair a força do juiz sentenciante que se incumbe do poder-dever de impor a sanção

¹³⁹ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 7º edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011.

¹⁴⁰ Idem, Ibidem. Acesso em: 06/09/2011.

criminal individualizadamente, balanceando as circunstâncias objetivas e subjetivas do fato. Não se pode subtrair da instância julgadora a possibilidade de agir com discricionariedade nos quadrantes da sanção. Pois o que se vê no artigo 44 e também no artigo 33, § 4º, da mesma lei, é taxatividade pura e seca de que todo e qualquer agente que pratique o crime de tráfico esteja na mesma situação jurídica subjetiva, com o que não podemos concordar. Cada réu é um réu, cada crime é um crime (cabe ao juiz distinguir claramente cada situação, cada pessoa, consoante o mandamento constitucional da individualização da pena).¹⁴¹

Seguindo esse mesmo posicionamento da busca para penas mais eficazes e que não violem preceitos constitucionais, Antonio Carlos Santoro Filho faz relevantes considerações:

Em um moderno direito penal, que visa à proteção dos valores socialmente relevantes, sem os quais o Estado Democrático de Direito não poderia organizar-se como tal, a função retributiva da pena deve ser substituída pelo conceito de *proporcionalidade*, entendendo-se por esta que a gravidade da sanção imposta não pode superar a do próprio fato ilícito praticado pelo apenado.

Isto porque, não sendo o direito penal um fim em si mesmo, não se pode admitir que a pena aplicada ao indivíduo acarrete conseqüências mais lesivas a este – e aos que a ele estão ligados – que o dano social provocado pelo delito.

A retribuição, portanto, deixa de ser forma de castigo do condenado, de pagamento do mal com o mal, para constitui-se em garantia do acusado, no sentido de protegê-lo da aplicação de penas por demais rigorosas e desproporcionais às conseqüências da violação perpetrada.

Neste sentido deve ser interpretado o art. 59 do Código Penal ao dispor, em sua parte final, que o juiz, na aplicação da pena, a estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para a reprovação do crime.¹⁴²

Como já alegado pelo Ministro Ayres Britto, não há ninguém com maior competência para realizar tal análise e aplicar, de forma justa, a pena mais adequada para a reparação do dano social, vislumbrando também a ressocialização do apenado, do que o juiz da causa. A função do Juiz já não é mais apenas aplicar a letra da lei, a este é incumbido que se faça uma análise de cada caso em concreto, para que dessa forma não recaia em injustiça para os apenados. Agindo contrário a este fundamento fica-se vinculado a contrariedade ao preceito constitucional e à injustiça de igualar todos os traficantes à penalidade da privativa de liberdade.

¹⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. Tráfico de drogas admite penas substitutivas. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> - 6 abril de 2010.

¹⁴² FILHO, Antonio Carlos Santoro. Fundamentos de Direito Penal – Introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito. São Paulo. Editora Malheiros Editores, 2003. p. 41.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo o estudo das legislações antidrogas, das penalizações previstas nas mesmas, incorporadas ao sistema jurídico brasileiro, que trataram e que vigoram nos dias atuais, quais sejam, a Lei 6.368/76 e a Lei 11.343/06.

Como visto no decorrer do trabalho, a problemática do consumo e do tráfico de drogas não é recente. Com o estudo histórico das legislações de combate ao uso e à comercialização, ficaram evidentes a manutenção da política criminal repressiva e o surgimento da necessidade de mudança no tratamento penal dispensado a tais práticas.

O processo desse estudo permitiu uma análise crítica da política criminal repressiva que fora adotada pelo Brasil para o combate dos crimes. Contatou-se que a mesma não conseguiu atingir os objetivos a que se propôs, em função da ineficácia das penas previstas nessa política. Como conseqüência dessa ineficiência, surgiu a necessidade da aplicabilidade da pena alternativa para corrigir as falhas geradas pela aplicação das penas privativas de liberdade, apontada como única alternativa para todos os crimes deste âmbito criminal.

As penalidades que são impostas visam objetivos a serem cumpridos, sendo assim, quando uma pena é aplicada busca-se uma reparação do dano que o crime vinculado a esta pena causou. Vislumbra-se também, uma reeducação do condenado, buscando uma ressocialização do mesmo, para que este, após cumprir determinada pena, além de não voltar a delinquir esteja socialmente integrado ao corpo social. Essa integração diz respeito, não apenas, à observância de seus deveres como também a preservação dos seus direitos de cidadão.

Com isso, analisou-se no presente estudo monográfico a funcionalidade da pena. Estudou-se a teoria da funcionalidade da mesma no que ela deveria trazer como resultado de sua aplicação, constatando-se uma diferença considerável entre o que é vislumbrado na teoria e o que a realidade apresenta. Verificou-se que, por ser adotada uma política criminal repressiva, e seguindo o pressuposto que a funcionalidade da pena segue essa política, a pena privativa de liberdade é a mais comum dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

As constatações supracitadas ficaram evidentes a partir da análise das críticas feitas por alguns doutrinadores para com a política criminal repressiva e, conseqüentemente, para com a funcionalidade da pena privativa de liberdade. Críticas estas, fundamentadas na teoria de que não há o cumprimento da finalidade que deveria ser almejada, que é a ressocialização do detento.

Seguindo essas críticas é que o estudo direcionou-se para um panorama das legislações que atuaram e que atuam no Brasil no que tange ao tráfico de drogas. Tal análise teve por objetivo observar o tratamento que fora imposto para essa problemática, enfatizando as principais leis que abordaram tal tema, sendo essas, as leis 6.368/76 e a 11.343/06.

O enfoque voltado para essas duas legislações teve por finalidade o estudo dos dispositivos que versam sobre o tráfico de drogas, comparando o tratamento penal que era dado na lei revogada e o que mudou com a nova lei. Destacando-se, dentre as diferenças estudadas dessas duas leis, a vedação à substituição da pena.

A substituição da pena é uma novidade que fora abordada pela nova lei antidrogas que expressamente vedou, através dos artigos 33, §4º e 44, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. Observou-se que a lei que fora revogada, a lei 6.368/76, em nada declarava a vedação desse instituto.

Desse modo, na vigência da lei 6.368/76, o Supremo Tribunal Federal entendia, como julgado em diversos habeas corpus, que caberia a substituição da pena, deixando a cargo do juiz da causa, que de fato é o seu exercício, que fizesse a análise do caso em concreto e dos requisitos da substituição da pena, para que assim almejasse a possibilidade ou não de substituir a pena privativa de liberdade do condenado pela pena restritiva de direito, aquela em que não há privação à liberdade.

Nesse ponto, observou-se também que, mesmo com o advento da lei dos crimes hediondos, lei nº 8.072/90, que equiparou o crime de tráfico de drogas a esses crimes cuja penalidade é mais severa por considerá-los mais gravosos, não há vedação à substituição da pena, o que se pode concluir que a substituição de pena é permitida para os crimes hediondos, dessa forma, ficou evidente que não faz sentido vedar tal instituto apenas para o tráfico de drogas, já que ao equipará-los, o Legislador entendeu que possuem o mesmo grau de periculosidade.

Após o estudo do artigo que prevê a aplicação da substituição da pena e como um dos requisitos para a aplicação da mesma é o fato da conduta não implicar na existência de violência ou grave ameaça, concluiu-se que a própria legislação ofereceu um amparo utilizado para a argumentação à alteração do tratamento penal. Partiu-se para isto do pressuposto que, o tráfico no seu objetivo maior, que é a mera comercialização, não apresenta caracterização de violência ou de grave ameaça direta, portanto, passível de tratamento substitutivo da pena.

O trabalho permitiu uma análise da importância de se considerar também a periculosidade do agente e o risco que este apresenta para a sociedade. Levando-se em conta

vários fatores, tais como, o lugar do fato, o modo como ocorreu, as motivações que conduziram o indivíduo ao cometimento de tal fato ilícito e as conseqüências geradas. E só então, após analisar o fato minuciosamente é que é possível aplicar uma pena sem incorrer em falhas que terminam por fomentar o agravamento das implicações sociais que esses crimes acarretam.

Essa aplicação da sanção penal deverá respeitar certos princípios amparados pela Constituição Federal, entre esses: o princípio da individualização da pena e o princípio da proporcionalidade, que protegem o tipo e o *quantum* da pena que será aplicada para o condenado.

Partindo-se da relevância do zelo pelo princípio da individualização da pena, não generalizando todos os criminosos, dessa forma, conclui-se que é discriminatório tratar todos os traficantes como se possuíssem o mesmo grau de periculosidade e representassem o mesmo risco para a sociedade. Deve-se respeitar o princípio da proporcionalidade da pena, que não permitirá que seja aplicada uma pena desproporcional ao crime cometido, há que se ter um equilíbrio entre o delito cometido e a pena imposta. É imprescindível que se respeite cada indivíduo, tratando-o de forma única, para que assim a justiça possa ser alcançada. Justiça essa que deve ser aplicada tanto para a sociedade quanto para o condenado.

Todo esse exame cauteloso sobre o crime, o criminoso, a pena e sua aplicação deve ser feita por quem tem competência para assim o realizar, sendo este o juiz da causa. O que leva à conclusão de que não se deve predeterminar uma condição penal pelo Legislativo, antes mesmo que se faça um estudo do caso que é objeto de exame e verificação do grau de criminalidade e da pena correspondente. Ressaltando observar que quando o juiz não analisa especificamente cada caso de tráfico de drogas, resulta numa injustiça e numa inconstitucionalidade, pois, houve um desrespeito da observância da individualização da pena e do princípio da proporcionalidade.

Além do que, o caminhar da sociedade requer a busca de novas ações estatais para a resposta à criminalidade, haja vista que a pena de privação à liberdade não tem conseguido alcançar seus objetivos, uma vez que, o sistema prisional mostra-se como uma instituição falida, provando não ser capaz de reeducar o indivíduo, ressocializá-lo, tão pouco reinseri-lo na sociedade. Pelo contrário, há de concluir que o cárcere, na forma em que é estruturado atualmente, é um violador direto dos princípios constitucionais e um fomentador da potencialização da tendência à violação das leis sociais.

Complementando essa visão, é que se pode afirmar que a pena restritiva de direito também cumpre com a sua função penalizadora, no entanto com mais eficácia do que a pena privativa de liberdade.

Ficou claro que, a partir da discussão acerca da constitucionalidade da vedação da substituição da pena, que foi tão ampla é que surgiu a necessidade do Supremo Tribunal Federal posicionar-se apresentando argumentos. Como consequência do seu posicionamento, decidiu com a maioria dos votos pela inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito imposta pelos artigos 33, §4º e 44 da lei 11.343/06.

O entendimento que prevaleceu foi fundamentado na violação de princípios constitucionais que tratam da individualização da pena e da proporcionalidade quando a análise do caso em concreto feito pelo juiz da causa fora suprimido em decorrência da vedação à substituição da pena. Portanto, conclui-se que cabe ao juiz da causa a análise para a possível aplicação da substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas, e não ao Legislador ampliar o rol de vedações que já fora feito pela Constituição Federal.

Em suma, este estudo apresentou-se conclusivo acompanhando o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal, enfatizando a importância da prevalência e do cumprimento dos princípios constitucionais, para a construção e a manutenção de uma sociedade que se afirma democrática. Sociedade esta que deve instituir uma política pautada no respeito a preceitos juridicamente ordenados, tais como a individualização da pena e a proporcionalidade, haja vista que o valor da justiça é primordial para a paz social.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea – dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo. IBCCRIM, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. São Paulo. 15ª Edição. Editora Saraiva, 2010.

CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro. 5ª edição ampliada e atualizada. Ed. Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Natália Oliveira de. *O império do medo: matriz da política de repressão criminal*. Disponível em: www.ibccrim.org.br.

COSTA, Anna Maria. As novidades da nova Lei Antidrogas. *Justilex*. n° 58. p. 18-21. Outubro, 2006.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo. 3ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Vicente Greco. Tóxico – prevenção e repressão – Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. 14ª Edição. Editora Saraiva.

FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. A inconstitucional vedação da substituição da pena a traficante na nova lei de tóxicos. RDPP n° 40 – Out-Nov/2006.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Niterói, Rio de Janeiro. 13ª Edição. Editora Impetus, 2011.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Tóxicos – Comentários, Jurisprudência e Prática (À luz das Leis 10.409/02 e 6.368/76). Curitiba: Editora Juruá, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Lei 11.343/06: novos e repetidos danos aos direitos fundamentais.

KARAM, Maria Lucia. A lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. Boletim IBCCRIM. n°. 167. Outubro, 2006.

MARCÃO, Renato Flávio. Legislação Antitóxicos - Novos problemas iminentes (Projeto de Lei 6.108/2002, que altera a Lei 10.409/2002). [online] Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=1433> Acesso em 15 de setembro de 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – Parte Geral arts. 1º a 120 do CP. São Paulo. 24º Edição. Volume I. Editora Atlas S.S., 2007.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão. Política Criminal. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

RODRIGUES, João Gaspar. Tóxicos - Abordagem crítica da Lei nº 6.368/76. Campinas. 1º edição. Editora Bookseller. 2001.

RUDÁ, Antonio Sólon. Direito Penal Constitucional. Da Formação dos Estados Modernos à Política de Criminalização como forma de Controle Social. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>.

TAFFARELLO, Rogério F. Nova (?) Política Criminal de Drogas: primeiras impressões. Boletim IBCCRIM. nº. 167. p. 2-3. Outubro, 2006.

TAVAREZ, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, v. 04, 1998.

TRISTÃO. Adalto Dias. Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança. Belo Horizonte. 6º Edição. Revista, ampliada e atualizada, 2004.

VIEIRA, João. O Magistrado e a Lei Antitóxicos. Rio de Janeiro. 1º edição. Ed. Forense, 1992.

Notícias STF. STF declara inconstitucionais dispositivos da lei de drogas que impedem pena alternativa. [online]. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=160358>> Acesso em: 12/09/2011.

Brasil, Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm

Acesso em: Setembro/2011

Brasil, Código Penal Brasileiro

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>

Acesso em: Setembro/2011

Brasil, Lei 11.343/2006

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>

Acesso em: Setembro/2011

Brasil, Lei 6368/1976

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm

Acesso em: Setembro/2011

Brasil, Lei 8072/1990

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm

Acesso em: Setembro/2011