ALICE POLICE XAVIER

DROGAS: NO CONTEXTO DA LEI 11.343/2006

RESUMO

No trabalho, é tratado as drogas ilícitas, lícitas controladas, e ilícitas que são mais presentes na sociedade atual, passando sobre suas propriedades e características farmacológicas e sociocultural. Além disso, é falado sobre o caminho que o usuário de drogas percorre, e as dificuldades que ele encontra para se encaixar na sociedade. Ademais, será tratado da Lei 11.343/2006, que fala sobre as drogas, e o procedimento penal especial, com a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal. Dentro desse mesmo aspecto, há uma breve passagem histórica sobre como chegamos ao ordenamento jurídico atual, para o combate às drogas e o tráfico.

Palavras-chave: Toxicomania, Drogas, Dependência, Usuário, Tráfico.

.

ABSTRACT

In this paper, it was discussed about illicit drugs, legal controlled drugs, and illicit drugs that are not present in the current society, analyzing its properties, pharmacological and sociocultural characteristics. Besides that, it talked about the way the drug user walks, and the difficulty he pass through to fit into society. In addition, Law 11.343 / 2006, which deals with drugs, and special criminal procedure, with subsidiary application of The Code of Criminal Procedure. Within this same aspect, there is a brief historical passage about how we arrived in the current legal system, for the fight against drugs and trafficking.

Keywords: Drug Addiction, Dependence, Drug User, Traffic.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL E OS CRIMES DE DROGAS	11
1.1 O Bem Jurídico nos Crimes de Droga	11
1.2 Imputação Objetiva no Crime de Drogas	12
2 LEI N. 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006	12
2.1 Disposições Preliminares	13
2.2 Dos Crimes e das Penas	13
2.3 Os Crimes de Tráfico (artigo 33)	14
2.4 Crime de Porte/Posse para Consumo Pessoal (art 28)	15
2.5 Diferenças Entre o Artigo 33 e 28	16
2.6 Inovação Legislativa	16
2.7 Dos Crimes e do Tráfico Ilícito de Drogas	18
2.8 Da Ação Física – artigo 33.....	19
2.9 Sanção Penal.....	20
3 ACÓRDÃO HC 97.256 RIO GRANDE DO SUL.....	21
4 CONCLUSÃO	24
REFERÊNCIAS.....	26

INTRODUÇÃO

O tráfico, principalmente o de drogas ilícitas, sempre foi um fator negativo para qualquer país e prejudica o funcionamento do Estado, agredindo as necessidades que a sociedade tem para viver em harmonia. Com tantas notícias que recebemos diariamente sobre tudo que o tráfico de drogas incide, o que falta é entender como o Estado se posiciona para a erradicação desse mal.

Para entender como o sistema administrativo e legislativo lida com o tráfico de drogas, primeiro precisamos ter a convicção de que não é um assunto simples de ser tratado. As drogas envolvem o ser humano em complicações diárias, mais negativas do que se possa imaginar.

Começando com a degradação que o usuário tem com relação a várias diretrizes do dia a dia: perder o emprego, saúde mental afetada de maneira extremamente negativa, decadência da vida social, fim das relações familiares, e, por fim, entrega pessoal ao tráfico, latrocínio, mundo dos crimes. É, sem dúvidas, um caminho doloroso e cheio de detalhes que explicam o fim que, normalmente, os usuários ou traficantes encontram no ordenamento jurídico.

Primeiro, vamos tratar dos efeitos que as substâncias entorpecentes causam. Sendo elas lícitas, lícitas e controladas, ou ilícitas, todas tem suas peculiaridades e suas características que incidem de diferentes maneiras nos seres humanos.

Uma vez no mundo dos crimes, muitas vezes para sustentar uma idealização de conotação política, ou o mesmo vício, o usuário, traficante, partícipe, financiador, colaborador, deve sofrer as consequências que lhe são cabíveis. Por atrapalhar a saúde pública e perturbar a convivência social harmônica, os infratores são submetidos a julgamento legal, e devido processo legal.

Sempre observadas as diretrizes constitucionais e os princípios da pessoa humana, a Lei de Drogas, nº 11.343/2006, tem vários aspectos positivos que ajudam

o Estado a combater o crime organizado e o tráfico de drogas. Além disso, possui dispositivos que visam o atendimento, e também, os cuidados que o usuário deve ter.

Nesse trabalho, vamos discorrer sobre os artigos mais importantes da lei de drogas, que possibilitem o entendimento mais claro de como funciona toda essa trajetória que os infratores percorrem, até chegar no destino judicial que mais se adeque a cada sujeito.

Acho que o tráfico, em si, o crime organizado em geral, é sempre um mal social que além de afetar o infrator, acaba afetando todos que estão à sua volta. Meu pai em 2001 foi vítima de bala perdida disparada de uma arma de fogo. Mais tarde, veio o conhecimento que quem portava ilegalmente a arma, era um traficante. Ou seja, o tráfico financia muitos crimes que ocorrem, e acaba prejudicando famílias.

Diante disso, é importante a discussão sobre como combater esses crimes, começando da base do problema. Por fim, devemos saber que estamos amparados por um sistema jurídico eficaz, com falhas, mas que visa sempre a proteção da saúde pública, e assim, protegendo a sociedade.

1 NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL E OS CRIMES DE DROGAS

1.1 O Bem Jurídico nos Crimes de Droga

É de suma importância a discussão do bem jurídico protegido na Lei de drogas, para facilitar o entendimento da importância que esse assunto tem quando se trata do bem-estar geral da sociedade. São muitas as suposições do núcleo jurídico que é tratado ao falar da punibilidade e criminalização de drogas. Existe a linha de pensamento que trata como bem jurídico tutelado a liberdade do usuário, com a justificativa de que a dependência no uso de entorpecentes gera uma certa escravidão entre o usuário e a droga.

Porém, para a doutrina e para a interpretação da lei, não há o que se discutir. O bem jurídico protegido é a saúde pública. Certamente que essa conclusão é muito

bem aplicada quando se fala de vício ou tráfico de drogas. É evidente de que se trata de saúde pública, pois os gastos e despesas que o Estado tem com o usuário não indiscutivelmente certas. Além disso, como a utilização de entorpecentes que distorcem a capacidade motora e sensorial, alterando a consciência do indivíduo.

1.2 Imputação Objetiva no Crime de Drogas

A imputação, de maneira breve, significa atribuir a alguém conduta de relevância jurídica, que tem efeito no mundo jurídico, aplicando-lhe punição penal, civil ou administrativa. Já é claro no direito, que é essencial a conduta objetiva e subjetiva para que possa atribuir alguma pena a alguém. Porém, quando se trata do crime de drogas, basta uma conduta objetiva para que o crime se instaure.

Para melhor expor, por exemplo, se o objeto for nova droga, só pelo fato de talvez causar algum dano social, ou individual, o sujeito que a porta pode ser incriminada. Ou seja, a imputação objetivo parte do princípio de que basta a conduta do agente para que a criminalidade seja imposta, independente da sua intenção ou sua convicção.

Como pensa Vicente Greco:

No que diz respeito à conduta de tráfico, quando se fornece droga a terceira pessoa há, desde o início, a criação de um risco abstrato e genérico à saúde, ainda que não haja o consumo da substância. (Vicente Greco Filho – Tóxico, p. 109).

2 LEI N. 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006

Neste capítulo vamos comentar alguns artigos mais importantes encontrados na lei n. 11.343/2006.

2.1 Disposições Preliminares

Art. 1º Esta Lei 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 e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

O primeiro artigo e seu parágrafo único da lei, admite que se trata de lei penal em branco, pois atenua que as substâncias que causem dependência física ou psíquica, podem estar elencadas em outras normas ou listas administrativas, como por exemplo a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Porém, embora Vicente Greco seja contra, e deixa isso muito claro, “a partir da vigência da Lei n. 6.368, somente drogas previamente relacionadas pelo Ministério da Saúde ensejarão a aplicação das normas punitivas nela previstas. ”

Outro debate muito frequente, trata dos efeitos penais da temporária exclusão de substância da listagem administrativa, pois enquanto é omissa, o crime não existe. Muito se discute se essa tal omissão se trata de *abolitio criminis*, retroagindo no tempo. Isso não se caracteriza, conforme Vicente Greco.

2.2 Dos Crimes e das Penas

A primeira observação seria sobre se as normas conjuntas, ou seja, um mesmo artigo que imputa a uma mesma pessoa, várias condutas incriminadoras, e puníveis, podem ser consideradas delito continuados.

Vicente Greco Filho, usa como base Massimo Punzo, que cita 3 soluções para essa questão, que vou brevemente resumir. Em primeiro lugar, a continuação só é

possível se os crimes conjuntos se tratarem de um único delito, ou seja, o mesmo tipo penal, porém feitos de maneira distintas.

Ou seja, a continuação não é possível quando se trata de tipos conjuntos distintos, pois para ser considerado continuado, os desígnios devem ser os mesmos. Visto isso, se as condutas se repetiram em lugar e tempo semelhantes, haverá crime continuado. Porém, se as figuras forem cumulativas, não haverá crime continuado.

No referido assunto, se fala em ação prevalente, praticada cronologicamente antes das outras que a sucedem. E nesse caso, Vicente é claro:

Não haverá, também, crime continuado quando a ação prevalente, cronologicamente à primeira, for única, ainda que as seguintes e consequentes sejam fracionadas no tempo e no espaço. (...). Haverá, porém, crime continuado se a ação prevalente for repetida em condições de tempo, lugar, e modo de execução semelhantes, ainda que posteriormente, haja uma unificação. (Vicente Greco Filho – Tóxicos, p. 145).

Nesse caso, somente o caráter cronológico poderia resolver o problema que tange sobre o crime continuado, pois qualquer uma das condutas citadas no tipo penal violam o bem jurídico protegido, que é a saúde pública.

2.3 Os Crimes de Tráfico (artigo 33)

Assim exposto antes, se trata de crime de perigo abstrato, pois existe a possibilidade de dano ao bem jurídico tutelado e independe de prova dessa probabilidade de dano. Deve ficar claro que não existe violação ao princípio da culpabilidade, pois não há crime sem dolo ou culpa, pois quem porta, importa, exporta, vende, fabrica, etc., age com dolo de perigo. E mais, não há ofensa ao princípio da presunção de inocência, pois o traficante vai ser julgado e amparado pelo devido processo legal e ampla defesa.

O elemento subjetivo é o dolo, não será punida a forma culposa. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, e o sujeito passivo, é a sociedade.

Análise do núcleo do tipo: importar (trazer para dentro do Brasil), exportar (levar para fora do Brasil), remeter (enviar a algum lugar), preparar (obter algo por meio da composição de elementos), produzir (dar origem a algo antes inexistente), fabricar (produzir em maior escala, valendo-se de equipamentos e máquinas próprias), adquirir (comprar, obter mediante certo preço), vender (alienar por determinado preço), expor à venda (apresentar, colocar à mostra para alienação), oferecer (ofertar como presente), ter em depósito (manter em reservatório ou armazém), transportar (levar de um lugar a outro), trazer consigo (transportar junto ao corpo), guardar (tomar conta de algo, proteger), prescrever (receitar, indicar), ministrar (aplicar, administrar), entregar a consumo (confiar a alguém para gastar) ou fornecer (abastecer) são as dezoito condutas, cujo objeto é a droga, que não deixa de ser substância (matéria, que possui propriedades específicas) entorpecente (algo tóxico que provoca alterações psíquicas e analgésicas) ou que determine (provoque necessariamente) dependência (sujeição) física (estado mórbido provocador de alteração do organismo) ou psíquica (estado mórbido provocador de alteração mental, gerando sensação de bem-estar). Todas as condutas passam a ter, em conjunto, o complemento ainda que gratuitamente (sem cobrança de qualquer preço ou valor). Logo, é indiferente haver ou não lucro, ou mesmo o intuito de lucro. Nucci p367

2.4 Crime de Porte/Posse para Consumo Pessoal (art 28)

Nesse artigo o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, e o sujeito passivo é a sociedade. Não é punível o porte de drogas para uso próprio. O elemento subjetivo é o dolo, sendo ele específico quando falar em adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, ou trazer para consumo próprio. Não se pune de forma culposa.

Análise do núcleo do tipo: adquirir (comprar, obter mediante certo preço), guardar (tomar conta de algo, proteger), ter em depósito (manter em reservatório ou armazém), transportar (levar de um lugar a outro) ou trazer consigo (transportar junto ao corpo) são as condutas, cujo objeto é a droga (substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica). Nucci 346

2.5 Diferenças Entre o Artigo 33 e 28

O artigo 33 trata do tráfico ilícito de drogas, quando o artigo 28 cuida do consumo pessoal de drogas. As cinco condutas existentes no artigo 28, também fazem parte do artigo 33. O que diferencia as duas é a conduta de tráfico, equiparado ao hediondo, com pena de reclusão, e no artigo 28 o agente busca apenas o consumo pessoal da droga.

Essa questão depende de provas produzidas em cada caso, e a jurisprudência brasileira leva em consideração a quantidade de droga apreendida, os antecedentes criminais do agente, e busca pesquisar o caráter de mercancia.

As cinco condutas previstas no art. 28 (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo) também fazem parte do art. 33 (antigo art. 12 da Lei 6.368/76). Entretanto, neste último caso, cuida-se de tráfico ilícito de entorpecentes, crime equiparado a hediondo, gerando pena de reclusão, de 5 a 15 anos, e multa elevada, enquanto o outro não constitui delito equiparado a hediondo, sem a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, somente porque a finalidade do agente é o *consumo pessoal*. Em face disso, muitos traficantes buscam, como meio de defesa, a desclassificação da infração penal da figura do art. 33 (antigo art. 12 da Lei 6.368/76) para o tipo do art. 28 (antigo art. 16 da Lei 6.368/76). Por outro lado, inúmeros usuários acabam, injustamente, autuados com base no art. 33 (antigo art. 12 da Lei 6.368/76), quando merecem a desclassificação para o art. 28 (antigo art. 16 da Lei 6.368/76).” *Nucci* 371

2.6 Inovação Legislativa

A expressão “consumo pessoal” teve mais atenção na lei nova, deixando mais benéfico para o réu. No artigo 28, caput, trata do consumo exclusivamente próprio, ou próprio de terceiro, estabelecendo quem consome droga, e para completar, o §2º traz como o judiciário deve apreciar essa situação, para saber e comprovar se a substância pertence mesmo apenas ao usuário e se é usada exclusivamente por ele, para que possa incriminar ou não, devidamente, o indivíduo.

O §3º do artigo 33, já remete a outro tipo de conduta, que se diferencia pelo simples fato da oferta. Ou seja, o usuário transporta e possui a droga para uso próprio,

mas também oferece à pessoa próxima que mantém algum tipo de relacionamento. Destarte, isso significa que a chance de disseminação do uso de entorpecentes, no caso do artigo 33, §3º, é muito maior. Nesse caso, o agente responde por concurso material, se além de oferecer mesmo sem intenção lucrativa, também a possui para consumo próprio. Assim entendeu Vicente Greco Filho, e como foi exposto no tópico 4.5 deste capítulo.

Para ser considerado consumo próprio, a antiga lei já instituía a distinção com base na quantidade que a pessoa portava. Porém, isso se tornou um problema, pois as substâncias passaram a ser traficadas sempre em menor quantidade, para que o traficante sempre se enquadrasse nesse tipo penal. Infelizmente, ainda continua sendo um problema jurídico. Ainda assim é levada em consideração a quantidade, mas é dado mais atenção a outras características também que ajudam a identificar se a droga é para consumo individual e próprio. Nisso, se enquadra um estudo mais avançado e específico sobre as provas trazidas no processo, como por exemplo, o local e as circunstâncias em que a droga foi encontrada.

Para Guilherme Nucci, a diferença entre o consumo próprio, e o tráfico está, segundo a lei, em “circunstâncias sociais e pessoais” do agente. Esse fato ajuda o Poder Judiciário quando for aplicar o tipo penal. Ajuda a identificar melhor, se a conduta a ser tratada, é com relação ao consumo próprio ou não. Isso não significa que o artigo leva em consideração a capacidade econômica do agente, mas sim seu passado, seu histórico criminal.

O crime para consumo pessoal de drogas se tornou mais favorável para o réu, pois não cabe mais pena privativa de liberdade, e, além disso, tal fato causou a retroatividade, fazendo com que todos os que antes estavam presos, condenados por pena restritiva de liberdade advinda do crime de drogas, devessem ser libertados, sendo esta pena restritiva, substituída pelas novas punições encontradas no artigo 28 da lei. (Guilherme de Souza Nucci – Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Vol.1, 10ª Edição – Editora Forense).

Uma das penas impostas, é a advertência. O juiz deve marcar audiência específica, para que o réu seja advertido pessoalmente. E todo esse procedimento deve ser reduzido a termo e assinado pelas partes e seus representantes. (Guilherme

de Souza Nucci – Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Vol.1, 10ª Edição – Editora Forense).

Quanto a pena de prestação de serviços à comunidade, que também é prevista no artigo, vale lembrar que esta só pode ser aplicada quando o montante da pena não ultrapassar os 6 meses de restritiva de liberdade. Se trata de pena independente, e varia de 1 dia a 5 meses. E pode ser cumprida por meio de prestação de serviços à comunidade, fato que seu descumprimento implica em aplicação da pena restritiva de liberdade, pelo tempo não cumprido, respeitando o mínimo de 30 dias.

Nesse tipo penal, o elemento subjetivo claramente é o dolo. Segundo Guilherme de Souza Nucci:

Há o elemento subjetivo do tipo específico, consistente em serem as condutas destinadas ao *consumo pessoal* do agente. Não existe a forma culposa. (Guilherme de Souza Nucci – Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Vol.1, 10ª Edição – Editora Forense; p. 357).

2.7 Dos Crimes e do Tráfico Ilícito de Drogas

Houveram algumas inovações quanto ao artigo 33, começando pela expressão “substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica”, que foi abolida e agora apenas faz referência a “drogas”. Também acontece o acréscimo do §3º, que é causa de diminuição de pena.

Além disso, no mesmo artigo, aconteceu um agravante de pena, que passou de pena mínima de 3 anos, para 5 anos mínimos. Nesse caso, não há do que se falar em retroatividade, aplicando a punição apenas aos crimes que foram cometidos após a sua vigência.

No mesmo bojo, temos que dar atenção ao sujeito que sofre as consequências em tais casos. O sujeito passivo sempre será a coletividade, e a saúde pública. Isso porque, por mais que a pessoa que usa a droga, o faça sozinha e apenas para si, a coletividade de uma maneira ou de outra sempre será atingida, como já foi discutido antes. É sempre um gasto a mais para o poder público, ter que dar assistência aos

usuários de drogas, e isso traz a consequência de uma administração mais branda e mais atenta por parte do Estado.

Quanto ao sujeito ativo, ele pode ser qualquer pessoa imputável que administra, porta, ou possui para si, drogas. Ou seja, se trata de um tipo penal, um crime, que qualquer pessoa pode praticar, sem a necessidade de habilidade ou atribuição específica.

2.8 Da Ação Física – artigo 33

O caput do artigo 33 da lei, traz 18 tipos de conduta que podem ser praticadas juntas, ou separadamente. Isso, pois a intenção é a maior proteção social possível, não deixando nenhuma conduta em branco, ou facilitando dúvidas quando legislar.

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.

Para ser caracterizado o ato de “importação”, basta que o produto ultrapasse as fronteiras, terrestre, aérea, ou naval, sem qualquer regularidade fiscal ou jurídica. O ato de “exportar” se resume ao oposto, sendo assim, mandar para outros países o produto sem nenhuma regularidade. Tais questões são importantes ao retratar o crime, pois tanto um ato como o outro, coloca em risco a saúde pública dos países. Quando importa, fere a saúde pública local, e quando exporta, fere a saúde pública do país alheio, e isso muitas vezes pode se tornar um problema muito maior, ademais, nenhuma nação gosta de prejuízos públicos advindos de outro país.

Ao falar em “remeter” a lei abrange a locomoção da droga, dando mais amparo jurídico ao legislador. Sendo assim, pune mais fielmente quem, dentro do território,

encaminha para outra pessoa, o produto. Além disso, o artigo vai além, e inclui o ato de “preparar”, que significa tornar a substância apta para consumo. E tal ato é importante para caracterizar o crime, pois muitas das substâncias não estão, em sua forma original, prontas para o consumo, sendo que a ausência da preparação não liga o tipo legal ou administrativo que integra o tipo.

A variante de preparar e produzir, “fabricar”, foi incluída pela nova lei, e se difere pelo caráter industrial, sendo feito de maneira mecânica.

Outro tipo encontrado, e que merece atenção, é a ação de “adquirir”, que segundo Vicente Greco, é a fase de execução de todos os outros atos. É ação delituosa instantânea, e procede todas as outras ações. Quando houver dificuldade de provas as outras ações, a de adquirir pode ser implantada para efeito penal punitivo probatório.

2.9 Sanção Penal

Há de se evidenciar que o crime de drogas é um crime de perigo, pois sempre será considerado um prejuízo para a saúde pública, e também, é um crime abstrato, isso quer dizer, não precisa que tal perigo seja provado para que ocorra uma sanção penal. Acerca disso, ocorrem várias discussões sobre a violação de alguns princípios, por achar que a presunção absoluta não permite o acusado a produzir provas em sentido contrário. Mas não, isso não atrapalha em nada, sendo que basta uma aplicação democrática da lei por parte do legislador, para que tudo corra conforme prevê o contraditório. E não há o que se discutir quando o princípio da culpabilidade, pois o traficante, evidentemente, age com a intenção de prejudicar o bem jurídico tutelado.

Ao se falar do princípio da insignificância, se tratando do artigo 33 e 34, o indivíduo que se enquadrar no tipo penal, não pode se valer do chamado *crime de bagatela*. Isso significa que, mesmo a quantidade sendo mínima, ele ainda deve responder às sanções penais impostas, pois o traficante que atenta o bem jurídico tutelado, ou seja, a saúde pública, não pretende fazê-lo uma só vez. Tal situação, segundo Nucci:

Sem a punição devida, uma vez detectada a infração penal, a reiteração é quase certa, além do que as quantidades de entorpecentes tendem a crescer cada vez mais. (Guilherme de Souza Nucci – Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Vol.1, 10ª Edição – Editora Forense; p. 374).

A competência para o julgamento do crime de drogas é da Justiça Estadual. Apesar de ser de esfera Constitucional que o controle e a prevenção do tráfico de drogas, sejam da Justiça Federal, pois é um assunto que interessa a todo o território nacional, afinal afeta a sociedade de maneira geral, caso seja lavrado um auto de flagrante por um delegado Federal, cabe à Justiça Estadual dar procedimento ao processo, apurando o julgamento do caso. (Guilherme de Souza Nucci – Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Vol.1, 10ª Edição – Editora Forense; p 375).

3 ACÓRDÃO HC 97.256 RIO GRANDE DO SUL

Nesse Capítulo vou fazer uma breve análise de um Acórdão proferido pelo STF.

HC 97.256 Rio Grande do Sul

Relator: Ayres Britto

Pacte.(s) : Alexandro Mariano da Silva

Imppte.(s): Defensoria Pública da União

Proc.(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça

Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça

EMENTA: 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 força de subtrair do juiz sentenciante o pode-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 direito 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 sequelas. 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 são vocacionadas para esse geminado papel da retrainuição-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 menor 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 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 direito) 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 da convalidação em causa, na concreta situação do paciente.

ACORDÃO

HC 97.256/RS

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conceder parcialmente a ordem, o que fazem nos termos do voto do Relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro

Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio. Votou o Presidente.

Brasília, 1º de setembro de 2010.

AYRES BRITTO – RELATOR

Esse julgado que trata de Habeas Corpus impetrado pelo Ministério Público, para a reavaliação quando a conversão da pena restritiva de liberdade, para a pena restritiva de direitos. Tal celeuma, se confere acerca do artigo 44 da Lei de Drogas 11.343/2006, que diz expressamente sobre a impossibilidade da conversão da pena restritiva de liberdade.

Como foi assunto desse trabalho, o artigo 44 da Lei de Drogas diz que quando o infrator incidir sobre qualquer pena encontrada nos artigos 33 a 37 desta lei, não será possível conceder a substituição de pena. E como foi dito, juntamente, é de entendimento certo do STF que essa parte do artigo é inconstitucional.

Assim, com base no voto do relator e Ministro Ayres Britto, resumindo fica claro a inconstitucionalidade do artigo. A CF defende que quando se trata da liberdade de ir e vir, qualquer assunto deve ser analisado de maneira cautelosa. O art. 44 fere o princípio da individualização da pena, ou seja, deve haver a proporcionalidade entre o crime e a sanção abstratamente cominada, e a individualização da sua execução, segundo a dignidade da pessoa humana.

Ayres Britto, defende que deve ser função do juiz, analisar caso a caso e ver qual é o tipo de pena que mais se adequa ao paciente. Isso faz com que haja a individualização do castigo, se trata de uma justa medida entre a ação criminosa e a reação coativa do Estado. O juiz deve fazer o ajustamento da resposta penal, balanceando as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime, podendo assim, julgada devidamente.

Como trata o art. 5 incisos XLIII:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo

e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Em contraste a Constituição traz no mesmo artigo 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”.

Ou seja, o ordenamento jurídico tem apoio na Constituição Federal, quando o problema é com a liberdade de ir e vir do indivíduo, sendo assunto muito sério e importante, afinal, o confinamento nunca é uma maneira agradável de se resolver as coisas. Muito pelo contrário, muitas vezes, o confinamento e o cárcere trazem péssimas consequências para o indivíduo, que tem sua liberdade privada.

4 CONCLUSÃO

Com o exposto, fica claro para mim, que a nova Lei de Drogas, nº 11.343/2006, trouxe muitas novidades positivas para o ordenamento jurídico, facilitando o entendimento sobre como toda essa problemática se desenvolve.

Concordo com alguns pontos ilustrados pelo ilustríssimo Guilherme de Souza Nucci, quando se fala em alguns artigos que se fizeram inúteis, pois apenas repetiam o que já era previsto no Código de Processo Penal, tornando a lei, em algumas características, repetitiva demais.

Além de ter a plena convicção que o problema que envolve as drogas é muito mais sério e complicado de solucionar, agora também entendo que o Estado tem a legislação para combater essas adversidades, porém, muitas vezes, não aplica por falta de meios específicos para tal.

É evidente que o problema começa na educação que as pessoas recebem durante a vida, e percorre quanto ao jeito que cada um tem de lidar com as

negatividades que vão aparecendo ao decorrer dos dias e das fases pessoais. Cada indivíduo lida com os problemas de uma maneira diferente, e alguns descontam isso nas substâncias que podem distorcer a realidade, se tornando um escape confortável, e uma fonte de prazer, que causa, obviamente como na maioria das vezes, dependência.

Existe a problemática entre o artigo 28 e o artigo 33, §3º da Lei de Drogas, que depende da distinção entre as provas encontradas em cada processo. O juiz deve fazer a apuração cautelosa para conseguir dar a destinação jurídica mais adequada e justa, e, então, distinguir o traficante do usuário, dependendo da prova, dos antecedentes criminais, do caráter e conduta do agente acusado.

A Lei de Drogas, tem uma maneira mais célere para resolver os litígios. Além disso, dispõe de prerrogativas que visam ajudar os usuários a se conscientizar sobre os problemas que as drogas trazem, em vários aspectos, e de dar auxílio aos dependentes que não conseguem mais lidar com essa escravidão sozinhos.

Quando o judiciário interfere, a Lei prevê um procedimento mais simples e acelerado, que não permite que ocorram brechas para que a pretensão jurídica mais adequada seja alcançada. O interesse do Estado, visando o bem-estar social, é sempre protegido e buscado. O procedimento penal traz muitos detalhes, estes que, uma vez seguidos, são de benefício processual muito grande.

Sempre atuando de acordo com a Constituição Federal, o processo atende a todas as exigências que os princípios da dignidade da pessoa humana, e do devido processo legal, pedem.

REFERÊNCIAS

Código de Processo Penal.

Código de Processo Penal Comentado - 16ª Ed. 2017 **Nucci,Guilherme de Souza**

Código Penal Comentado - 17ª Ed. 2017

FILHO, Vicente Greco – **Tóxicos; prevenção e repressão** – Editora Saraiva, 2011.

Lei Antidrogas - Anotada - Comentários À Lei n 11.343/2006 (2010 - Edição 10)

Lei de Drogas 11.343/2006 www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

NUCCI, Guilherme de Souza – **Leis penais e processuais comentadas**, Vol. 1 – Editora Forense, 2017.