

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**REINALDO DE AZEVEDO MOREIRA**

**NO QUE DIZ RESPEITO À REINCIDÊNCIA, O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06  
TROUXE UMA NOVA ESCALA PENAL?**

**Juiz de Fora/MG  
2016**

**REINALDO DE AZEVEDO MOREIRA**

**NO QUE DIZ RESPEITO À REINCIDÊNCIA, O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06  
TROUXE UMA NOVA ESCALA PENAL?**

Monografia apresentada à  
Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de  
Fora, como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel. Na  
área de concentração Direito  
Público Material sob orientação do  
Prof. Me. João Beccon de Almeida  
Neto

**Juiz de Fora/ MG  
2016**

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**REINALDO DE AZEVEDO MOREIRA**

### **NO QUE DIZ RESPEITO À REINCIDÊNCIA O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 TROUXE UMA NOVA ESCALA PENAL?**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Público Material – Direito Penal – submetida à Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Orientador: Prof. Me. João Becon de Almeida Neto  
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Leandro Oliveira Silva  
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 13 de julho de 2016.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, autor e consumidor da minha fé, a quem devo toda honra e toda glória, sou grato pelos bens que tens feito a mim e pelas ricas bênçãos derramadas sobre mim.

Aos meus pais, José Moreira e D'Luz Konrad, por terem me ensinado os valores da retidão e, sobretudo, do amor; por serem meus mentores, mostrando-me que meu limite é o céu; por transformarem os dias maus em bons, apontando a luz nos caminhos escuros; trazerem-me à realidade quando necessário, apoiarem quando preciso e fazerem-me lutar quando essencial; carregarem-me quando os pés já estavam feridos da caminhada e terem vivido um ideal, os meus sonhos, buscando sempre condições de realizá-lo.

Aos meus irmãos, que apesar da distância, continuam sempre por perto, nos meus melhores pensamentos, sendo exemplo e espelho em todos os meus passos.

À Deise, pela duradoura oferta de alegria e cumplicidade, saibas que estou abrindo as portas da vida para ti, percorrendo trilhos à frente para que o teu caminho seja seguro.

Aos amados amigos, que tornaram a caminhada amena e divertida, pois dividiram os fardos, que, sozinho não conseguiria carregar.

Aos Ministérios Públicos dos Estados de Minas Gerais e do Rio de Janeiro e ao Federal, pela excelente oportunidade de aprendizado e crescimento profissional.

Aos meus familiares que torcem e depositam a sua confiança em mim.

Aos amores vividos e aos que ainda viverei, sem os quais a vida não teria sentido. A resposta ao amor não pode ser outra que aquela proposta por Vinícius de Moraes: “*que não seja imortal, posto que é chama/ mas que seja infinito enquanto dure*”.

Ao corpo docente, à direção e à administração da Faculdade de Direito da UFJF, que me construíram a janela pela qual, hoje, vislumbro melhor o horizonte, tomado pela confiança necessária e a certeza da vitória.

À Università di Camerino.

Ao meu paciente orientador, Prof. Me. João Beccon de Almeida, pelas sábias palavras e empenho dedicado à elaboração e à correção deste *trabalho*.

## RESUMO

O presente trabalho busca, a partir de uma breve análise da evolução da lei penal referente à criminalização das drogas no Brasil, enfrentar a problemática envolvendo o art. 28 da Lei nº 11.343/06, em especial no que diz respeito à reincidência na aplicação da dosimetria da reprimenda. Ora, o uso do sistema penal como forma de exclusão de grupos indesejáveis e de manutenção da estrutura social vigente é associado à solução penal dada para a questão das drogas. Procede-se à análise da Lei 11.343/06, atual legislação brasileira que versa sobre o assunto. No entendimento do homem médio, a pena existe tão somente para retribuir o mal causado por um indivíduo a outrem. Entretanto este instituto do Direito Penal apresenta outros dois vieses que, ao lado da retribuição, buscam satisfazer tanto os interesses daquele que foi sentenciado e então iniciará o cumprimento de sua pena, quanto àquele que teve sua esfera de direitos tangenciada de modo agressivo. Deve-se, no entanto, ressaltar que a pena deve sim, resguardar seu caráter de punição, todavia, sem esquecer que a mesma deve ser apta a prevenir que mais direitos sejam lesados e que o indivíduo punido deva ser reintegrado à sociedade. Assim, deve-se ressaltar, que antes do dever de punição, detém o Estado a obrigação de agir de modo a prover condições dignas de vida ao indivíduo, sob esta perspectiva. Por esta razão, é trazida a problemática envolvendo o art. 28, §§ 3º e 4ª, da Lei nº 11.343/06.

**Palavras chave:** Drogas. Lei 11.343/06. Reincidência. Escala penal.

## ***ABSTRACT***

This article intends to, starting from a brief analysis of Criminal Law evolution about drugs criminalization in Brazil, face and analyze the problem involving the 28th article in 11.343/06 Federal Law, particularly in regard to repeated offenses during the penalty dosimetry application. So, the penal system use, as a way to exclude undesirable groups and to maintain the current social structure, is associated with sanctionary solution given to drugs problem. Therefore, it proceeds into the analysis of the 11.343/06 Law, as known as Brazilian current legislation about the subject. In addition, this work makes questions about the social claims for security, the influence of media in the public opinion construction, and the efficiency of prohibitionist and criminalizing policies related to drug users. By the average man's knowledge, the penalty exists only to repay the harm caused by one individual to another. However, this criminal law institute gathers two more biases that, alongside with retribution, seek to satisfy the interests of the convicted individual who will begin the execution of his sentence, also the other who had his rights aggressively limited. After all, it must point out that the penalty should protect its punishment character, however, without forgetting that the sanction must be able to prevent that more rights are adversely affected and that the convicted individual should be reintegrated into society. For this same purpose, it should be noted that before the duty of punishment, the State holds the obligation to act in order to provide welfare conditions to any citizen, through such perspective. Therefore, these issues are brought regard to 28th article and its 3rd and 4th paragraphs from 11.343/06 Law

**Keywords:** Drugs. Law 11.343/06. repeated offenses. Criminal scale.

## SUMÁRIO

1) INTRODUÇÃO.....	9
2) A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL.....	12
3) O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PROIBICIONISTAS E A DETERMINAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE CIVIL.....	18
4) O SISTEMA TRIFÁSICO E A FIXAÇÃO DA PENA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	25
5) O IDEAL IMAGINÁRIO CRIADO PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA PARA A FIXAÇÃO DA PENA NA SEGUNDA FASE NO CÓDIGO PENAL.....	29
6) A SANÇÃO AO USUÁRIO DE DROGAS E A FIXAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> NO ÂMBITO DA LEI DE POLÍTICAS ANTIDROGAS.....	31
7) AS FUNÇÕES DA PENA EM CONFRONTO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE PORTE DE USO DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO.....	35
8) VALORAÇÃO DA REPRIMENDA CONFORME AS TURMAS RECURSAIS.....	43
9) CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	50
APÊNDICE LEGISLATIVO.....	53

“Senza diritti dell’uomo riconosciuti e protetti non c’è democrazia.” BOBBIO, Norberto (1990, Introdução)

“Il problema di fondo relativo ai diritti dell’uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli.” BOBBIO, Norberto (1990, p. 16).



## 1) INTRODUÇÃO

Os estudos em criminologia revelam que as diferentes formações sociais, nas quais os indivíduos se organizaram no decorrer dos anos sempre apresentaram sistemas de exclusão social, que estampavam simbolicamente nos indivíduos indesejados a marca de sua diferença.

Nessa lógica, desde a formação da sociedade, a aplicação de medidas repressoras começou a ser usada, como fonte de preservação da estrutura na qual aquelas sociedades se organizavam. Sendo que as justificativas e a motivação para o surgimento e a aplicação de cada reprimenda variava conforme o período histórico e as particularidades da população em que elas seriam aplicadas.<sup>1</sup>

É de se destacar que o homem paralelamente a seu desenvolvimento tecnológico e intelectual sempre esteve em busca de substâncias aptas a modificar o seu estado de consciência. E, essas foram usadas ao longo dos anos, tanto por motivos religiosos ou até mesmo como forma recreativa, assumindo diversas formas dentro das sociedades.

Todavia, com o passar dos anos, essas substâncias adquiriram um caráter diferente, alterando-se de acordo com o tempo e o local em que eram usadas, passando de meio para se atingir a clarividência em um ritual espiritual para substâncias ilícitas e criminalizadas, em muitos casos.

Nesse seguimento, a legislação brasileira criminaliza a produção, a distribuição e o consumo de drogas, não obstante à eficácia e à eficiência dessas políticas de combate às drogas para o real controle da criminalidade relacionada a esse problema, seja alvo de constante debate no cenário nacional.

<sup>1</sup> Ora, ao conferirmos os sábios ensinamentos de Fragoso (1984, p.24) vemos “ o direito, como regra de conduta social, surge com a sociedade. O primeiro é direito penal. A primitiva idéia da pena é a de reação vindicativa do ofendido, mas não se pode dizer que a simples vingança individual dos primeiros grupos sociais constituísse um Direito Penal.” Para Lyra (1975, p.6) “a essência vindicativa passou a dissimular-se em pretextos – vingança “divina”, vingança “pública”; no entanto, predominaram sempre, desde os primeiros agrupamentos, as conveniências poderosas e o tratamento segundo a posição.” Zaffaroni e Pierangeli (1999, p.181) arrematam: “todas as sistematizações simplificadoras das etapas da legislação penal no mundo se vinculam a teorias da história que, apesar de sua multiplicidade, podem ser divididas em “cíclicas” e “progressistas”, sendo as primeiras mais próprias da antiguidade e as últimas do século XVIII.”

Nessa estrada conflituosa, surge o presente estudo, cujo objetivo é abordar a problemática que envolve o art. 28, §§ 3º e 4ª, da Lei nº 11.343/06, em especial, no que concerne à reincidência na aplicação da dosimetria da reprimenda aos usuários de substâncias ilícitas entorpecentes.

Nesse sentido, esse trabalho atentou-se ao fato da Atual Legislação de combate às substâncias entorpecentes ter trazido a possibilidade ou não de aplicação de uma nova escala penal ao fixar a dosimetria da pena aos usuários de drogas, posto que ela aduz que aos agentes que possuem positivamente todos os elementos listados no art. 59 do Código Penal, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, será imputada a pena de no máximo 05 (cinco) meses de prestação de serviço à comunidade ou submissão a tratamento terapêutico, conforme dicção do § 3º, da referida Lei, e, em caso de militar em desfavor do agente a reincidência, as penas podem ser dobradas, conforme se depreende do § 4º, do mesmo Diploma Legal, vez que será aplicada reprimenda pelo prazo máximo de 10 (dez) meses de prestação de serviço à comunidade ou medida terapêutica.

Com relação à abordagem do tema, esta foi realizada por intermédio do método analítico. A pesquisa bibliográfica se concentrou na consulta de textos, obras e regramentos, nacionais e estrangeiros, encontrados em acervos públicos e privados.

Ademais, utilizou-se o método eletrônico, via internet, como fonte de pesquisa de artigos e decisões judiciais.

Cumpriu, pois, examinar o tema criticamente, com amparo nos entendimentos doutrinários existentes acerca do objeto em análise, cotejando-os com o posicionamento adotado no âmbito dos Tribunais Superiores.

Nesta esteira, iniciou-se a presente investigação traçando, em síntese apertada, a evolução história da política criminal antidrogas no Brasil, os conceitos relacionados a ela, bem assim as características do diploma legal responsável pelo tratamento da matéria.

Dando continuidade, ainda, confrontou-se a tais preceitos legais, outros que, de tão relevantes que são, encontram-se em posição privilegiada em nosso ordenamento jurídico, a saber, resguardados na Constituição Federal. Trazendo, também, o papel

desses direitos para o sistema jurídico pátrio, enquanto Estado Democrático de Direito, cujo alicerce é firmado em princípios caros aos seres humanos, tais como a dignidade da pessoa e a individualização da pena.

Contudo, com a finalidade de delimitar especificamente o objeto de estudo, tendo em vista que o presente tema passa por sendas espinhosas e de difícil toque, não cuidou a presente pesquisa da discussão de outros temas correlatos a temática debatida, dentre eles, destacamos a (des)criminalização e a (in)constitucionalidade do art. 28 da Lei de Entorpecentes.

Assim, preocupou-se em traçar um breve panorama acerca das funções da pena, do sistema trifásico, buscando embasamento doutrinário para conceituá-los, bem como sua evolução e os contornos que eles assumem na conjuntura dos dias de atuais, em especial ao serem confrontados com a nova Legislação Antidrogas.

Delineado todo esse panorama sociojurídico brasileiro, foi possível examinar timidamente a questão envolvendo os conflitos aparentes de normas, no que diz respeito à dosagem da sanção penal abordada no Código Penal Brasileiro e àquela trazida na Legislação Antidrogas, máxime no que se refere à reincidência.

## 2) A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL.

Na história da humanidade, houve um tempo, em que as drogas eram livremente produzidas e comercializadas entre os Estados Soberanos. E, no Brasil, a despeito de se encontrarem vigentes as Ordenações Manuelinas quando de sua efetiva colonização em 1532, o marco da repressão do uso, do porte e do comércio de substâncias entorpecentes, surge com a instituição das Ordenações Filipinas, em seu Livro V, Título LXXIX (*que ninguém tenha em sua caza rosalgar, nem a venda nem outro material venenoso*).<sup>2</sup>

É de se trazer à baila o supramencionado texto legal:

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem agua delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se fôr Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua casa para vender perca toda a sua fazenda, a metade para nossa Câmera, e a outra parte para quem o accusar, e seja degradado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá para quem as ditas cousas trazer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios.<sup>3</sup>  
(Portugal, 1603)

É essencial asseverar que o Livro V, das Ordenações Filipinas, é o diploma penal que, de fato, foi aplicado em território colonial, tendo vigorado por mais de 220 (duzentos e vinte) anos, no período compreendido desde a sua entrada em vigor por meio da Lei de 11 de janeiro de 1603 até 16 de dezembro de 1830, momento em que sobreveio o Código Criminal do Império. Essas Ordenações demonstraram a preocupação acerca da posse, do comércio e da importação de certas substâncias.

Por sua vez, o primeiro Código Penal do Império surgido após a proclamação da Independência do Brasil, cujos fundamentos estavam alicerçados em preceitos iluministas, não tratou da política criminal contra as substâncias entorpecentes, quedando-se silente com relação ao este argumento. Vale colacionar os ensinamentos de Greco que aduz que o mencionado Diploma Legal “*não tratou da matéria, mas o Regulamento, de*

<sup>2</sup> C.f.: CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. p. 10 e 11.

<sup>3</sup> PORTUGAL. Ordenações Filipinas. 1603

*29 de setembro de 1851, disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.”<sup>4</sup>*

Essa disciplina, voltou a receber apreço legislativo em 1890, com a publicação do Código Penal da República, que se deu por meio do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, em seu Título III da Parte Especial, bem assim na Parte dos crimes contra a saúde pública. Este código considerava crime “*expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades previstas nos regulamentos sanitários.*”<sup>5</sup>

Até o começo do século passado, o Brasil ainda não havia adotado nenhuma política sobre as drogas, as quais eram consumidas geralmente por jovens burgueses, frequentadores de casas de prostituição da época, tratando a legislação apenas sobre as substâncias venenosas. Contudo, com o crescimento do consumo de ópio e haxixe, nesse período, houve a criação de novos preceitos normativos acerca do uso e da venda de substâncias psicotrópicas, como por exemplo, a Consolidação das Leis Penais em 1932, a qual trouxe uma nova roupagem ao conceito de saúde pública.

Em 1911, o Brasil se comprometeu, em Haia, a buscar a fiscalização sobre o consumo da cocaína e do ópio. Logo em seguida, em 1914, em razão da onda de tóxicos que tomaram o país, os dispositivos existentes deixaram de apresentar suficiência no combate a tais substâncias, surgindo, conseqüentemente novas leis.

À vista do acima descrito, no intento de se efetivar o combate ao crescente uso de substâncias venenosas, no Brasil surge o Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921, sob a inspiração da Convenção de Haia de 1912<sup>6</sup>, tendo sido alterado pelo Decreto nº 15.683/22, seguindo-se regulamento aprovado pelo Decreto nº 14.969, de 3 de setembro de 1921, previa em seu texto a internação compulsória de usuários de substância entorpecentes, no seu artigo 6º.

<sup>4</sup> GRECO FILHO, Vicente FILHO. Tóxicos: prevenção-repressão.2009, p.63.

<sup>5</sup> Brasil. Código Penal .1890.

<sup>6</sup> As convenções referidas são: a Convenção Única sobre entorpecentes de 1961; o Convênio sobre substâncias psicotrópicas de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena).

Nele, ainda, foi criado o estabelecimento especial para atendimento destes casos. *In verbis*:

Art. 6º O Poder Executivo creará no Distrito Federal um estabelecimento especial, com tratamento médico e regimen de trabalho, tendo duas secções: uma de internandos judiciários e outra de internandos voluntários.

§ 1º Da secção judiciaria farão parte:

a) os condenados, na conformidade do art. 3º;  
b) os impronunciados ou absolvidos em virtude da dirimente ao art. 27, § 4º, do Código Penal, com fundamento em moléstia mental, resultado do abuso de bebida ou substância inebriante, ou entorpecente das mencionadas no art. 1º, parágrafo único desta lei.

§ 2º Da outra secção farão parte:

a) os intoxicados pelo álcool, por substância venenosa, que tiver qualidade entorpecente das mencionadas no art. 1º, parágrafo único desta lei, que se apresentarem em juízo, solicitando a admissão, comprovando a necessidade de um tratamento adequado e os que, a requerimento de pessoa da família, forem considerados nas mesmas condições (letra a), sendo evidente a urgência da internação, para evitar a pratica de actos criminosos ou a completa perdição moral.

§ 3º O processo para a internação na segunda secção com base em exame médico, correrá perante o juiz Orphãos com rito summario, e poderá ser promovido pelo curador de Orphãos, com ou sem provocação por parte da Polícia, dando o juiz curador a lide para defender os direitos do mesmo interditando.<sup>7</sup>

Em 11 de janeiro de 1932, foi editado o Decreto nº 20.930, no qual passou a aparecer a expressão substâncias tóxicas para acrescentar entorpecentes tais como o ópio, a cocaína e a maconha, tendo ainda passado para o Departamento Nacional de Saúde a função de classificar as substâncias capazes de alterar comportamentos humanos. Ademais, em 1934, com a edição do Decreto nº 24.505, alterador do Decreto nº 20.930, os sais de morfina e de cocaína também passaram a ser considerados como substâncias tóxicas sujeitas a controle pelo Estado.

Cabe asseverar que o aumento do consumo de maconha no país, fez com que esta passasse a ser proibida a partir de 1930, tendo sido realizadas, três anos depois de sua proibição, as primeiras prisões no Rio de Janeiro por uso da mencionada droga. Desde então, à medida que o tráfico avançava e se instalava nas cidades de pequeno, médio e grande porte, as normas penais repressoras foram sendo editadas velozmente no país. Um

<sup>7</sup>

BRASIL. Decreto nº 15.683/1922.

bom exemplo é o Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, o qual previa, em artigo 33, a pena de prisão pelo comércio ilegal de entorpecentes. Ora vejamos:

Artigo 33 - Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa (grifo nosso) de 1:000\$000 a 5:000\$000.

§ 1º Se o infrator exercer profissão ou arte, que tenha servido para praticar a infracção ou que tenha facilitado - pena: além das supra indicadas, suspensão do exercício da arte ou profissão, de seis meses a dois anos.

§ 2º Sendo farmacêutico o infrator - penas : dois a cinco anos de prisão celular, multa de 2:000\$000 a 6 :000\$000 - além da suspensão do exercício da profissão por período de três a sete anos.

§ 3º Sendo médico, cirurgião dentista ou veterinário o infrator - pena: de três a dez anos de prisão celular, multa de 3:000\$000 a 10:000\$000 além da suspensão do exercício profissional de quatro a dez anos.<sup>8</sup>

E em seu artigo 35 previa, também, a pena de prisão para quem “*ter consigo qualquer substância,*” assim penalizava o usuário que fosse flagrado na posse de drogas. Transcrevemos:

Artigo 35 - Ter consigo qualquer substância compreendida no artigo primeiro e seus parágrafos, com expressa prescrição de médico ou cirurgião dentista, ou possuir em seus estabelecimentos, sem observância das prescrições legais ou regulamentares qualquer das referidas substâncias entorpecentes - pena.: um a quatro anos de prisão (grifo nosso) celular e multa de 1:00\$0000 a 5:000\$000.<sup>9</sup>

Em novembro de 1964, a Lei n.º 4.451 acrescentou ao tipo a ação de plantar qualquer substância entorpecente. A classificação de tais substâncias ficou a cargo do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, a partir da edição do Decreto-Lei nº. 159.

Mais recentemente foi decretada a Lei nº 6.368/76, a qual trazia em seu Capítulo III – Dos Crimes e das Penas – em seu art. 16 o crime de adquirir, guardar consigo, para uso próprio, substância entorpecente, aos seus infratores era aplicada uma pena de detenção de 6 meses a 2 anos, cumulada com a pena de multa. Nota-se, assim,

<sup>8</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 891/ 1938

<sup>9</sup> Idem ao item 8.

que a prática do usuário de drogas, durante o período de vigência desta Lei, sempre foi enquadrada como sendo um ilícito penal. Pois vejamos:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.<sup>10</sup>

Por fim, tem-se a Lei nº 11.343/06 que, em seu art. 28, destinado ao tratamento dado ao usuário de substâncias entorpecentes para o consumo próprio, sujeitando o transgressor às seguintes sanções: I- advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviços à comunidade e III- medida educativa de comparecimento à Programa ou curso educativo.

Neste sentido, observa-se a clara intenção do legislador, no momento em que elencou as sanções ao usuário de entorpecentes, de não submetê-lo a uma pena privativa de liberdade, tal como era prevista na Lei nº 6.368/76.

A este ponto, cabe pontuar que muito embora a conduta do usuário tenha recebido sanções alternativas diversas de pena privativa de liberdade, continua sendo fato típico, ilícito e culpável, dito de outro modo, fato criminoso, independentemente do que dispõe o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº. 3.914/1941).

No mais, as sanções elencadas no artigo 28, da Lei Antidrogas, seguem em consonância às disposições do artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, quais sejam: a) privação ou restrição da liberdade b) perda de bens c) multa d) prestação social alternativa e) e suspensão ou interdição de direitos. A Carta Magna, de igual modo, admite, ainda outras espécies de sanções penais, limitadas, contudo, as vedações do inciso XLVII (pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento ou cruéis).

Neste caminho, vale trazer à baila os ensinamentos do jurista Fernando Capez, que assim aduz “*o fato continua a ter natureza de crime, na medida em que a própria lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III)*”.<sup>11</sup> Outrossim, no que concerne à incompatibilidade para com a Lei de Introdução ao Código

<sup>10</sup> BRASIL. Lei nº 6.368/76.

<sup>11</sup> Idem ao item 10.



Penal, o mencionado autor ressalta que ela “*está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI*”.<sup>12</sup>

Com relação à temática, Carvalho (2010, p.111) esclarece:

No caso da Lei 11.343/06, importante ressaltar que não ocorreu processo de descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas. O art. 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas sanções prevista, impedindo, mesmo em caso de reincidência (art. 28, §3º), a pena de prisão.

É importante, ter em mente, que ao lado desse cenário de instabilidade, as políticas criminais implantadas são ineficientes no combate à criminalidade, e ainda por cima, apresentam um ponto extremamente negativo, o de fomento aos índices de polarização da sociedade.

<sup>12</sup>

CAPEZ, Fernando. **Nova Lei de Tóxico: das modificações legais à figura do usuário.**

### **3) O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PROIBICIONISTAS E A DETERMINAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE CIVIL.**

Sabe-se que o homem ao longo dos anos tem procurado por substâncias capazes de alterar o seu estado de consciência, as quais variaram de acordo com os diversos momentos da história da humanidade.

Diante desse cenário, almejando criar um Estado sem drogas, junto com o Estado Liberal nasce a política de criminalização das drogas em nosso país, a qual tem por objetivo atender a vários interesses, que, muitas vezes, estão para além de preocupações com a saúde pública, atingindo, em grande parte dos casos, a liberdade individual de cada cidadão de viver conforme deseja, o qual deve ser restringido tão somente pelo livre exercício de direitos de terceiros.

A respeito afirma Carvalho (2010, p.23):

O discurso de formação do tipo penal ideal militarizado de repressão às drogas ilícitas no Brasil aparece como pano de fundo na construção normativa da Lei 6.368/76. O estatuto repressivo deixa nítida a dicotomização entre usuário/dependente e traficante, aprimorando os instrumentos de distribuição formal de estereótipos proporcionados pelos discursos médico-jurídico-político.

Nesta seara, também afirma Carvalho (2010, p.23):

Os binômios dependência-tratamento e tráfico-repressão permeiam a legislação e, apesar de aparecerem integrados no texto, sua conjugação é aparente, pois na realidade operativa do sistema repressivo, criam dois estatutos proibitivos diferenciados, moldados conforme a lógica médico-psiquiátrica ou jurídico-política, disciplinando sanções e medidas autônomas aos sujeitos criminalizados

Nilo Batista, revela em sua obra “*Política criminal com derramamento de sangue*”, que a história da política repressiva de drogas no Brasil trata de uma política de derramamento de sangue<sup>13</sup>

Considerando que, após mais de quarenta anos de guerra contra as drogas, vê-se as evidências do fracasso de seus objetivos, quais sejam, o aumento da produção, da comercialização e do consumo de forma exponencial; a crescente corrupção entre as forças de repressão, bem assim, conforme se depreende das informações diárias fornecidas pela mídia, o número de mortos e feridos pela guerra em si é grande. Como observou Carvalho (2010, p. 10):

A origem da criminalização (das drogas), portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente. Se o processo criminalizador é invariavelmente processo moralizador e normatizador, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável.

A professora Vera Malagutti, em sua pesquisa constatou o aumento do ingresso no sistema penal para a infância e juventude de meninos e meninas criminalizados por posse ou venda de drogas, a partir da adoção desse paradigma bélico-proibicionista.<sup>14</sup>

Conforme entendimento de sociólogos e estudiosos do assunto, a adoção de políticas públicas no sentido de reprimir tais condutas não são suficientes para eliminar o desejo por formas de alteração da consciência, provocando, assim, um conflito entre convenções e legislações proibicionistas e tendências recorrentes na humanidade. Batista:

O processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social aprofundando seu caráter violador de direitos. O número de mortos na "guerra do tráfico" é cada dia maior. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é convertida em suposto traficante.

<sup>13</sup> BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In.: *Revista Discursos Seditiosos: Crime, Direito e Sociedade*. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

<sup>14</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis ganhos fáceis*. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Nesta esteira, as políticas repressivas excluem da esfera lícita tudo aquilo que for considerado nocivo ao bem-estar social, fazendo com que haja grande ingerência do poder estatal no campo da liberdade individual de seus cidadãos.

Cabe pontuar que, em regra, em um Estado Democrático de Direito, as proibições e as restrições de liberdade por parte do Estado são definidas como exceções, as quais estão ancoradas no princípio da legalidade.

E, conforme as lições de Bruno (1978, 44) "*os fins para que atribuem à medida penal variam necessariamente segundo as concepções vigentes em cada fase da cultura e as exigências da consciência jurídica e comum, que já vimos se manifestarem nas diversas teorias da pena.*"

Nesta trilha, tem-se a entrada no ordenamento jurídico brasileiro, bem como ocorreu nos demais países da América Latina, de legislação pautada na repressão às drogas, política que contou com forte influência de outros países, em destaque dos Estados Unidos.

Insta salientar que, no entendimento do homem médio, o sistema penal é a forma ideal para resolver o problema das drogas, visão esta que é corroborada pelas políticas públicas, as quais assumem um caráter punitivo para responder aos clamores por segurança da sociedade, reflexos da expansão da sensação de insegurança gerada pela associação entre criminalidade e drogas.

Cabe citar que para Bruno (1978, p.17): "*os fatos a que a consciência jurídica de um povo atribui o caráter de crimes são os que ameaçam os próprios fundamentos da organização social, segundo a ordem de Direito instituída.*"

Sendo esclarecido por Carvalho (2010, p.192):

O fenômeno universal de produção legislativa em matéria penal - em decorrência da necessidade de tutela de novos bens jurídicos ou pela resposta contingencial a determinadas demandas criminalizadoras (direito penal de emergência) -, aliado à normal tendência de abstinência legislativa quanto à descriminalização, fomenta a discussão sobre as possibilidades concretas das alterações do eixo criminalizador.

A comoção criada dentro da sociedade civil contra as drogas é utilizada para validar esse discurso político, justificando a atuação mais rígida da polícia e leis mais gravosas para os tipos penais referentes às drogas. Para Vera Batista Malagutti: *“a droga se converteu no grande eixo moral, religioso, político e ético da reconstrução do inimigo interno, alavancando o crescente aumento da população encarcerada, como sempre seletivamente composta por pobres, jovens e afro-descendentes.”*<sup>15</sup>

É evidente que os meios de comunicação não circulam argumentos que poderiam nos conduzir a uma política soberana e adequada à realidade brasileira. Neste sentido, o legislador infraconstitucional, a partir da Lei 11.343/06 estabeleceu penas mais gravosas e ampliou o campo de punição para produtores, consumidores e distribuidores de drogas, muito embora tenha conferido tratamento especial aos usuários, na medida que a eles é aplicada uma pena mais branda.

As expressões da opinião pública demonstram que, ao mesmo tempo, que grande parte das pessoas reconhecem que a política nacional não garante a segurança pública, tampouco restringe o acesso às drogas, acreditam que a solução é a criminalização do traficante e, mesmo que em menor grau, do usuário.

Com relação à função social do sistema penal Zaffaroni e Pierangeli (2013, p.77) posicionam-se: *“o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica.”*

Tais entendimentos paradoxais mostram como, apesar de já se mostrarem ineficazes para o controle da criminalidade relacionada às substâncias psicoativas ilícitas, as políticas públicas desenvolvidas atualmente ainda são as corretas e prioritárias na visão de parte da população para o extermínio às drogas.

O posicionamento apático de parte da população, que espera que o Estado solucione o problema da criminalidade relacionada às drogas de acordo com seus

<sup>15</sup> BATISTA, Vera Malaguti. A juventude e a questão criminal no Brasil.

interesses, é um dos fatores que dificulta a implantação de políticas públicas inovadoras para o controle do crime. Para Carvalho (2010, p.298):

O modelo de guerra às drogas encontra na ideologia da Defesa Social seu fundamento ótimo. A perspectiva universalista da Defesa Social absorve e aprisiona a alteridade, convocando postulados de moralidade para a eterna cruzada do bem contra o mal. Como principal consequência, é fomentada a incidência vertical e seletiva das agências de punitividade, obstaculizando políticas públicas preocupadas em efetivar os valores constitucionalmente previstos, como o pluralismo, a tolerância e o respeito à diversidade.

É de se pontuar que outro importante fator na instigação dessas políticas de combate à criminalidade é a mídia, tendo em vista o seu relevante ofício na construção e formação de opinião, bem assim pelo fato de ser disseminadora de informações junto à sociedade civil. Tais meios sustentam a crença da população nos indivíduos indesejados como inimigos de um convívio social saudável, justificando, com isso as políticas proibicionistas, que expandem a área de atuação do sistema punitivo com a tipificação de mais condutas criminosas e agravando as penas existentes, restringindo ainda mais o espaço de liberdade dos indivíduos dentro da sociedade e aumentando o âmbito do controle exercido pelo sistema penal. Vera Malagutti advoga que “*os meios de comunicação não circulam argumentos que poderiam nos conduzir a uma política soberana e adequada à realidade brasileira.*”<sup>16</sup>

Nota-se a partir da leitura “Punir os pobres” de Loïc Wacquant, essa gestão punitiva da pobreza como uma política neoliberal que desestruturava as redes coletivas de assistência do Estado Previdenciário e aumentava os controles *hard* sobre os pobres no capitalismo contemporâneo.<sup>17</sup>

O sistema penal, defronta-se, cada dia mais, com uma dualidade: em um polo, a parte da sociedade que numa busca constante por proteção e segurança, que não obstante sua situação socioeconômica favorável, trabalha intensamente para que os demais segmentos sociais continuem à margem dos direitos e garantias, em outro polo, encontra-se o segmento social marginalizado, posto à parte de toda e qualquer garantia estatal,

<sup>16</sup> BATISTA, Vera Malagutti. A juventude e a questão criminal no Brasil.

<sup>17</sup> WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos – a onda punitiva. Rio de Janeiro. Ed. Revan, 2007.

junto com seus sentimentos de revolta e insatisfação, encarando o Sistema Penal como institucional e seletivo, com pleno desrespeito o mínimo garantido.

À luz do direito posto, usar drogas, infelizmente, ainda é crime, embora não seja mais cabível pena privativa de liberdade. Tanto a doutrina e a jurisprudência pátrias continuam entendendo que há crime na conduta do usuário de drogas, não obstante não seja mais possível a imposição de pena privativa de liberdade. Do ponto de vista dogmático, esse entendimento está correto, pois a nova lei de drogas, na condição de lei especial, previu penas distintas daquelas já consignadas na Lei de Introdução ao Código Penal, mas ambos os diplomas legais coexistem no ordenamento jurídico.

É imperioso destacar que a questão de drogas não está ligada tão somente a seara penal, muito embora esteja ligada diretamente a ela, afeta também outros ramos do direito, tais como, direito trabalhista, direito civil, direito previdenciário, direito internacional público dentre outros.

A pressão criada dentro da sociedade, tanto pela mídia quanto pela sociedade civil, sobre os governos para que resolvam o problema da criminalidade ao mesmo tempo justifica e incentiva medidas imediatistas, que tentam amenizar o problema no curto prazo, sem, no entanto, gerar melhorias reais no controle da questão a longo prazo. A implementação de políticas eficientes para o efetivo controle da criminalidade não é interessante para os governantes, tendo em vista o fato de que elas não são reconhecidas, pela mídia e pela população em geral, como atitudes voltadas para a resolução do problema, que deve ser sanado de forma imediata.

Os níveis de insegurança e medo expressos pela população são exacerbados pelo contexto atual, sobre o qual a mídia exerce amplo poder modelador ao publicizar as informações de acordo com seus interesses. As respostas do governo normalmente buscam acalmar o público momentaneamente, seguindo a linha de atuações pontuais, que não geram melhorias para o controle da criminalidade a longo prazo.

A análise de Carvalho (2008, p.217) é precisa:

Assim, na atualidade, a resposta estatal ao desvio punível adquire, cada vez mais, uma função de neutralização dos inconvenientes, operando, sob uma perspectiva econômica, na gestão da miséria e da exclusão social. Não obstante, agregando à pena a exigência de autoconservação do sistema político, as doutrinas funcionalistas potencializarão este quadro, fornecendo eficaz discurso de justificação ao 'eficientismo penal'.

Atualmente as drogas são estigmatizadas como grandes desencadeadoras de desordem social, responsáveis pelo aumento na criminalidade. A definição artificial dessas substâncias como ilícitas impede a exploração de seus múltiplos usos, benignos ou perniciosos. Os exemplos de países que conseguiram legalizá-las sem prejuízo para seus cidadãos devem ser analisados para orientar mudanças de mentalidade e de políticas públicas – já pautadas por grupos dentro da sociedade brasileira.

Além de fomentar um mercado lucrativo e ilegal, as políticas proibicionistas apresentam paradoxos intrínsecos as suas propostas, tendo em vista que a criminalização não desonera os serviços públicos de saúde dos problemas gerados pela falta de informação dos usuários de drogas que podem levar a comportamentos imprudentes no consumo, por exemplo. Promover informação de qualidade e assistência para os usuários são formas de possibilitar um consumo consciente e orientado que gere menos problemas para a coletividade.

Dessa forma, também se impede a estigmatização – por vezes devido a condutas que não afetam nem ameaçam os direitos de terceiros – dos usuários de substâncias psicoativas atualmente consideradas ilícitas, o que ocorre quando da sua inserção no sistema penal e pode gerar consequências muito mais nefastas tanto para o usuário quanto para a sociedade como um todo, na qual o condenado não mais é integrado.



#### 4) O SISTEMA TRIFÁSICO E A FIXAÇÃO DA PENA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Ao se falar em aplicação e cálculo de pena existem algumas tarefas que devem ser ultrapassadas para que só assim, atinja-se o resultado, qual seja traçar a dosagem da reprimenda adequada e justa a ser aplicada no caso em concreto.

É de se lembrar que a regulamentação da pena é uma garantia fundamental do indivíduo, trazida no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que traz a positivação do princípio da individualização da pena. Em linhas gerais, essa norma determina que as sanções impostas aos infratores devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator. Assim, as penas devem ser justas e proporcionais, vedado qualquer tipo de padronização.

Como alertado por Bruno (1978, p.41) *“tem-se manifestado o receio de que um Direito Penal apoiado na ideia de defesa pudesse conduzir a práticas que excedessem os limites do que hoje se julga humano e justo.”*

Por isso hoje, o objetivo principal da aplicação e do cálculo da pena é achar uma sanção penal que seja legal, justa e adequada ao caso em análise. Desta forma, sendo possível alcançar uma pena justa, há assim, a aproximação de um critério de justiça criminal. É bom lembrar que os critérios para se alcançar tais penas derivam de um mandamento legal.

Consigna-se que nem sempre houve critérios fixados em lei para aplicação da pena, em um período em que a dosagem e a fixação da reprimenda estava a cargo do arbítrio do juiz e, como bem asseverou Bruno (1978, p.103), *“um dos maiores males do Direito Penal anterior à reforma do Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, arbitrariamente exercido em detrimento da justiça e a serviço da política tirânica da época.”*

No escólio de Fabrini (2007, 298):

Na antiguidade, a fixação da pena ficava inteiramente ao arbítrio judicial. Esse injusto sistema foi substituído, em decorrência do Iluminismo, por um sistema de penas rígido, em que pouca ou

nenhuma flexibilidade se dava ao juiz para aplicar a sanção. Mostrou-se esse critério também inadequado por não poder o julgador sopesar devidamente as circunstâncias do delito para uma melhor correspondência da sanção penal ao agente do fato criminoso.

O autor arremata:

No Brasil, estabeleceu-se, de início, um sistema de penas dosimetricamente preestabelecidos, com os respectivos graus fixados previamente na lei. No Código de 1940, porém, institui um critério em que o juiz exerce relativo arbítrio na fixação da pena, dosando-se de acordo com diversas circunstâncias entre o mínimo e um máximo cominados abstratamente para cada delito.

Atualmente, quando o julgador atento ao caso concreto, decide majorar a medida penal, ele deve considerar ainda alguns fatores, que, em alguns casos, não estão descritos no núcleo do tipo penal.

É de se trazer à baila a posição de Zaffaroni e Pierangeli (2013, p.670):

O Código Penal brasileiro segue o sistema conhecido como o das penas “relativamente indeterminadas”. Salvo as penas que por sua natureza não admitem a quantificação, as demais são estabelecidas legalmente de forma relativamente indeterminada, isto é, fixando um mínimo e um máximo, possibilitando, sempre, uma margem para a consideração judicial, de conformidade com as regras gerais de que é o juiz que deve aplicá-las ao caso concreto. Este sistema opõem-se, na legislação comparada, ao chamado sistema de “penas fixas”, nas quais o Código não outorga ao juiz nenhuma faculdade individualizadora.

A este ponto, é de se frisar que o tipo penal basicamente é formado pelo núcleo e por algumas circunstâncias, ou seja, elementos normativos, descritivos e subjetivos do tipo que orbitam ao redor dele. Por sua vez, as circunstâncias são aqueles dados ou fatos que estão ao redor do tipo penal, agregando-se a ele, que têm a função precípua de modificar a situação jurídica de determinado tipo, influenciando até mesmo na pena. De tal modo, eles repercutem diretamente e de forma diferenciada na dosimetria da reprimenda.

Nesta perspectiva, nota-se que elementar é um componente do tipo penal, pois, caso afastado, o crime desaparece (tipicidade absoluta) ou desclassifica para outro (tipicidade relativa). Em regra, a circunstância é relevante na hora da aplicação da pena.

De outro lado, a teoria das circunstâncias traz três categorias de circunstâncias, conforme a sua importância e seu papel ao dosar a pena, qual seja, que as

qualificadoras são mais importantes que as causas que, ao ser turno, são mais importantes que as circunstâncias.

Destarte, a circunstância, em regra, está na segunda etapa do cálculo de pena, mas pode acontecer que uma circunstância agravante de pena tenha sido elementar do crime. Como por exemplo, o crime de infanticídio, em que o sujeito ativo mata o próprio filho sob o efeito do estado puerperal, nesse caso "filho" é elementar do tipo, e "crime praticado contra filho" também é uma agravante (art. 62, inciso alínea "e") que, no entanto, não pode ser aplicada ao infanticídio, já que ela atuou como elementar do tipo. Assim, conclui-se que a majorante aplica-se na terceira etapa, enquanto que a qualificadora, na primeira etapa.

O Código Penal, em seu art. 68, encampou a tese de Nelson Hungria, adotando o sistema trifásico de fixação de pena. Assim, a pena é aplicada em 3 etapas, de acordo com esse sistema. Eis:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 (1ª Fase) deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes (2ª Fase); por último, as causas de diminuição e de aumento (3ª Fase).

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (grifo nosso)<sup>18</sup>

Desta feita, para a fixação da pena, o juiz deve considerar inicialmente as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, para depois levar em consideração as circunstâncias legais genéricas agravantes e atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66), e por fim, aplicar as causas de aumento ou diminuição da pena, previstas na Parte Geral ou Especial do CP.

Neste plano, para fixar a pena-base o juiz tem uma discricionariedade controlada porque deve fazê-lo fundamentadamente com os elementos do art. 59 do CP, devendo identificá-los no caso concreto, não bastando mencionar em genérico. O juiz tem que dizer concretamente porque chegou àquela pena-base.

<sup>18</sup> BRASIL. Código Penal.

Na primeira fase, o juiz irá fixar a pena-base para o crime observando as circunstâncias do art. 59 CP, quais sejam, culpabilidade; antecedentes; conduta social do agente; personalidade; motivos do crime; circunstâncias do crime; consequências do crime e comportamento da vítima. O juiz tem uma discricionariedade muito grande, mas os elementos do art. 59 limitam essa discricionariedade.

Com relação à segunda fase, momento em que o magistrado fixa a pena intermediária, valendo-se das circunstâncias agravantes, previstas nos artigos 61 e 62, do CP, e das atenuantes, previstas nos artigos 65 e 66 do já mencionado Código.

Por fim, na terceira fase, o julgador busca a pena definitiva, utilizando-se das causas de aumento ou de diminuição de pena.

A doutrina moderna sustenta que, muito embora os critérios de aplicação da pena se apresentem em três fases, tem-se ainda, um quarto momento, no qual o Juiz deverá definir o regime para início do cumprimento da pena.

## 5) O IDEAL IMAGINÁRIO CRIADO PELA DOUTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA PARA A FIXAÇÃO DA PENA NA SEGUNDA FASE NO CÓDIGO PENAL

Sabe-se que o legislador não estabeleceu um critério objetivo para a majoração ou minoração da pena em razão da incidência de agravantes ou atenuantes genéricas, na segunda fase do cálculo de pena. Assim, coube a doutrina e a jurisprudência buscar uma solução adequada para a aplicação das referidas circunstâncias na fixação da reprimenda-intermediária.

Nesta lógica, conforme entendimento doutrinário, o aumento na segunda fase da dosagem da pena não pode ser maior do que o aumento na terceira fase. Isso porque diante da ausência de critérios previamente definidos pela lei penal, caberá ao magistrado, orientado pelo princípio da razoabilidade, fixar um *quantum* razoável para essa atenuação ou agravação de pena.

É de se trazer que, diante da fluidez desse conceito de razoabilidade a doutrina tem entendido por razoável agravar ou atenuar a pena-base em até um 1/6 do *quantum* fixado, fazendo-se, pois, uma a comparação com as causas de diminuição e de aumento de pena. Assim, na ausência de determinação legal, aponta-se que, no máximo, as atenuantes e agravantes poderão fazer com que a pena-base seja diminuída ou aumentada em até um sexto. Isso pois, a agravante não pode aumentar a pena em mais de 1/6, que é a menor causa de aumento de pena.

A justificativa doutrinária para este parâmetro é que as condições agravantes e atenuantes têm menos relevância que as majorantes e minorantes e, estas últimas, têm por menor valor exatamente 1/6. Isto se dá, em respeito ao sistema trifásico em que cada fase da valoração da reprimenda deve ser revelar mais gravosa que a anterior.

Nas lições de Zaffaroni e Pierangeli (2013, p.740), “o *texto vigente não fixa nenhuma quantia, de modo que a prudência judicial é quem leva a pena-base estabelecida na primeira etapa, a se inclinar para mais ou para menos.*” No outro giro, Bitencourt (2013, p. 671):

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao prudente

arbítrio do juiz, ao contrário do que faz com as majorantes e minorantes, para as quais estabelece variação dessas circunstâncias (atenuantes e agravantes) não deve chegar até o limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixada em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes). Em outros termos, coerentes, o nosso Código Penal adota uma escala valorativa para atenuante, majorante e qualificadora, que são distinguidas, uma das outras, exatamente pelo grau de gravidade que representam, valendo o mesmo, no sentido inverso, para as moduladoras favoráveis ao acusado, privilegiadora, minorante e atenuante.

Sem embargo, Souza e Japiassú (2012, p.397):

O Código Penal não estabelece a quantidade de aumento ou diminuição das circunstâncias legais, diferentemente do que havia constado no Código de 1969. No entanto, dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, a variação deve ser maior do que a das circunstâncias judiciais, porém menor do que as causas de aumento e diminuição de pena, ou seja, cerca 1/6 (um sexto) da quantidade fixada na pena-base.

Quanto a agravantes e atenuantes, ainda, a lei não fixa o quantum desse aumento ou diminuição, que é entregue, por completo, ao poder discricionário do juiz.

Essa orientação foi encampada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme fragmento do *Habes Corpus* nº 287284/SP2014/0014751-9, da lavra do ministro relator Rogério Schietti Cruz, proveniente da 6ª Turma:

Embora o Código Penal não haja estabelecido limites mínimo e máximo de aumento ou de redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente, este Superior Tribunal entende que a fração de 1/6 mostra-se razoável e proporcional, exatamente o *quantum* que foi adotado pelas instâncias ordinárias, de modo que deve ser mantida inalterada a redução efetivada em decorrência da atenuante da confissão espontânea.<sup>19</sup>

Com tais considerações, tendo em vista o sistema trifásico atento à proporcionalidade, conclui-se ser correto a fixação de um ideal imaginário na aplicação da pena.

<sup>19</sup> BRASIL. STJ. HC 287284/SP2014/0014751-9. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz-6ª T.

## 6) A SANÇÃO AO USUÁRIO DE DROGAS E A FIXAÇÃO DO *QUANTUM* NO ÂMBITO DA LEI DE POLÍTICAS ANTIDROGAS

Dentro de um Estado Constitucional Democrático, muito embora o Estado tenha o dever e poder de aplicar a sanção penal àquele que, violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração penal, a pena a ser aplicada deverá observar aos princípios expressos, ou mesmo implícitos, na Carta Magna.

Neste cenário, o legislador, ao editar a Lei 11.343/2006, buscou uma maior proteção aos usuários de drogas, tanto que estabeleceu verdadeiras medidas alternativas no artigo 28, impossibilitando o recolhimento ao cárcere, contudo não teve o condão de descriminalizar a conduta (ressalta-se que esta discussão não será alvo desta pesquisa). Senão vejamos:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. (Brasil, 2006)

De tal modo, a doutrina e a jurisprudência pátrias entendem que há crime na conduta do usuário de drogas, não obstante não seja mais possível a imposição de pena privativa de liberdade. Esse entendimento está correto, haja vista que a nova lei de drogas, na condição de lei especial, previu penas distintas daquelas já consignadas no Código Penal, mas ambos os diplomas legais coexistem no ordenamento jurídico.

No mais, as sanções elencadas no artigo 28, da Lei Antidrogas, seguem em consonância às disposições do artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, quais sejam: a) privação ou restrição da liberdade b) perda de bens c) multa d) prestação social alternativa e) e suspensão ou interdição de direitos. A Carta Magna, de igual modo, admite, ainda outras espécies de sanções penais, limitadas, contudo, as vedações do inciso XLVII (pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento ou cruéis).

Neste sentido, vale conferir as lições de Bizzotto e Rodrigues (2009, p. 40):

É preciso deixar claro, então, que não houve descriminalização legislativa, mas sim uma despenalização das condutas ligadas ao consumo de drogas. A Constituição, em seu art. 5º, XLVI, previu uma série de penas. Sob a égide constitucional, não é necessário existir uma pena privativa de liberdade para que exista crime. A prisão é somente uma das modalidades de penas permitidas constitucionalmente e a opção de não se cominar prisão não significa a inexistência de crime. Não obstante não tenha ocorrida descriminalização legislativa, nada impede que seja dada vida à descriminalização judicial.

Nesta esteira, também nos ensinam Greco Filho e Rassi (2009, p. 44):

É indispensável uma observação preliminar de suma importância. A lei NÃO descriminalizou, nem despenalizou a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal, nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamentos, como adiante se comentará, mas a conduta continua incriminada. A denominação do capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais.

Ora, após análise detida do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, conclui-se que a conduta do usuário de drogas é passível de sanção pelas seguintes penas: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa.

Outrossim, nota-se um problema no que toca à majoração da reprimenda, na segunda fase do cálculo de pena, quando o infrator for reincidente, haja vista que conforme dicção do art. 28, §§ 3º e 4ª, da referida Lei, entende-se que o julgador poderá dobrar a reprimenda. Neste ponto, reside a problemática do presente projeto de pesquisa.



Devemos observar as lições de Carvalho (2010, p.283):

Em relação ao tempo da pena, duas são as inovações previstas no art. 28 da Lei 11.343/06: (a) a ausência de determinação de pena mínima (apenas máxima) e (b) a determinação de reincidência como circunstância qualificadora do delito. Segundo o art. 28, §3º, as penas de prestação de serviço à comunidade e as medidas educativas serão aplicadas pelo prazo máximo de 05 (cinco) meses. O período de execução da pena ou da medida é aumentado para 10 (dez) meses em caso de reincidência, conforme o §4º do referido artigo.

É ensinado por Nucci (2012; p.238 e 240):

No caso da Lei 11.343/2006, constitui pena totalmente independente, com prazo próprio, variando de um dia a cinco meses (o art. 28, §3º, desta Lei fixou o máximo; o mínimo advém da impossibilidade de haver pena em horas, conforme art. 11 do CP). Em caso de reincidência, é ajustável a aplicação dessa medida até o prazo de dez meses, como disposto no art. 28, § 4º. No caso do §4º, em comento, constatada a reincidência, melhor refletindo sobre o texto legal, pena flexível de até dez meses de prestação de serviços à comunidade e/ou frequência a curso ou programa. Afinal, réus não são iguais, nem mesmo os reincidentes (esta é somente uma das várias circunstâncias pessoais envolvendo o agente), motivo pelo qual a pena padronizada, é, ao nosso pensamento, inconstitucional. A solução é o juiz buscar a conciliação: se essas duas penas, em situação normal, ou seja, quando destinadas ao primário, tem o prazo máximo de cinco meses, pode-se buscar fixá-la, conforme cada acusado, de cinco a dez meses – mas não em dez meses sempre.

Em outro giro, Mendonça e Carvalho (2008, p. 59):

A “pena” de advertência não possui prazo, pois é instantânea e se esvai na sua própria aplicação. Por sua vez, a pena de prestação de serviços à comunidade e a de comparecimento a programa educativo possuem prazo de até cinco meses, em caso de réu primário, ou de até 10 meses, em caso de reincidência. Veja que a lei foi explícita ao mencionar que este prazo se refere às duas penas mencionadas. Ademais, mais sim a possibilidade de o magistrado fixá-la até este prazo máximo, caso seja o réu primário ou reincidente. Não fixou o legislador, portanto, qualquer patamar mínimo.

Prova disso, Lima (2015, p.703):

Quanto à duração das penas, é certo dizer que a primeira delas não tem prazo, ou seja, é imediata instantânea, o que significa dizer que esvanece no exato momento da advertência feita pelo magistrado. As outras duas penalidades – prestação de serviço à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo – serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses, consoante disposto no art. 28, §3º, desde que se trate de acusado primário. Em se tratando de reincidente, o prazo máximo para a aplicação dessas penas será de 10(dez) meses (art. 28, §4º). De se notar que o §§ 3º e 4º do art. 28 não fixaram o prazo de 5 (cinco) ou 10 (dez) meses como a pena fixa para o porte de drogas para consumo pessoal. Na verdade, a lei estabeleceu apenas o patamar máximo de aplicação dessas penas: 5 (cinco) meses para o acusado primário, e 10 (dez) meses par ao reincidente. Logo, nada impede a fixação da pena em lapso temporal inferior, o que pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses de tentativa do crime do art. 28, quando possível a diminuição da pena de 1(um) a 2/3(dois terços).

Em face do exposto, questiona-se se a Lei de Entorpecentes teria trazido a possibilidade de dobrar o *quantum* da pena, na segunda fase da dosagem da reprimenda, quando a reincidência estiver presente.

Ora, conforme amplamente percorrido no capítulo anterior, o Código Penal Brasileiro não diz quanto a pena deve ser aumentada por força de agravante, ou diminuir por força de atenuante, contudo, deixa à livre prudência do juiz. Contudo, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas ao orientar que este aumento não pode ser superior a 1/6 por agravante ou atenuante no cálculo da pena base.

Nesta toada, a possibilidade de se dobrar a pena estaria contrariando ao entendimento sedimentado pela doutrina e pela jurisprudência, no sentido de afirmar que a referida Lei teria trazido uma nova escala penal para a fixação da dosimetria da pena.

A resposta parece não pode ser outra que aquela proposta por Carvalho (2010, p.283):

O art. 28, §4º, ao aumentar o patamar máximo de pena restritiva de direito (prestação de serviços) e da medida (educativa) para 10 (dez) meses em face da circunstância subjetiva da reincidência, opera conceitualmente a qualificação dos delitos de aquisição, guarda, depósito, transporte ou porte de drogas. Se a crítica ao direito penal no Brasil tem reiterado a inconstitucionalidade do instituto da reincidência.

Frisa-se a este ponto, muito embora não seja o ponto central da presente discussão, que nos posicionamos em conformidade ao pensamento de Mendonça e Carvalho (2008, p. 60):

A reincidência a que se refere o dispositivo é genérica e não específica, pois distinguir, principalmente porque o legislador, quando se refere à reincidência específica, o faz sempre de maneira explícita, como se verifica no art. 83, inc. V, do CP. Veja que a própria Lei de Drogas, quando quer se referir ao reincidente específico, o faz de maneira explícita, conforme art. 44, parágrafo único. Assim, caso o agente tenha sido condenado definitivamente por qualquer outro crime, e pratique o delito do art. 28 da Lei de Drogas nos cinco anos seguintes ao cumprimento da primeira pena, nos termos dos arts. 63 e 64 do CP, poderá ter pena de prestação de serviço à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo de até dez meses.

Isso pois, se a intenção do legislador infraconstitucional, ao tipificar a conduta do agente, que porta droga para o próprio consumo, é tutelar a saúde coletiva, cuja função da pena é realizar o tratamento terapêutico do condenado (tema será melhor abordado no próximo capítulo), assim, a reincidência deve tratar-se de nova incidência no mesmo fato delituoso, ou seja, ser específica.

## 7) **AS FUNÇÕES DA PENA EM CONFRONTO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE PORTE DE USO DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO.**

Sabe-se que a pena é uma sanção imposta pelo Estado mediante ação penal em face do autor de uma infração delituosa. Para Souza e Japiassú (2012, p.326) pena “*é a perda de um direito imposta pelo Estado em razão da prática de uma infração penal.*”

Destarte, após a constatação da prática de um crime o Estado tem o direito e o dever de punir o ofensor através da aplicação de uma pena, que será privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa, nos moldes do art. 5º, inciso XLVI, da CRFB e art. 33, do CP.

O art. 59, parte final, do CP diz que a pena tem 2 finalidades: retributiva e preventiva. Eis:

CP, Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação (Teoria Absoluta) e prevenção (Teoria Preventiva) do crime: (grifo nosso)

Desta forma, inicialmente surgiram duas teorias para explicar a finalidade da pena: a teoria retributiva e a preventiva. A primeira delas trata a pena exclusivamente com a finalidade de retribuição, castigo, àquele que praticou um ilícito penal. Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça.

Deste modo, a sanção não tem nenhuma outra finalidade senão aquela de castigar o autor de uma infração penal, portanto, a infração penal é compensada pela aplicação da pena.

A partir dessa teoria combatia-se o injusto, que é o crime, por meio de outro mal, que é a pena, restaurando-se, assim, a ordem jurídica. De tal modo, no momento em

que alguém violou o sistema jurídico, ele sofre uma pena e, aplicada esta, é restaurada a ordem jurídica, por conseguinte.

Essa corrente de pensamento é criticada, considerando que o infrator é posto em liberdade irá delinquir novamente, sendo mais uma vez punido e, após praticar um novo delito, sendo punido uma outra vez. Assim, sob esse viés a finalidade de apenas castigar o indivíduo, não dá uma resposta adequada ao ordenamento jurídico, tampouco ao indivíduo, que praticou o delito.

No mais, no que toca à função retributiva, Carvalho (2008, p.118/119) pontua:

É importante notar que a justificação retributivista não é restrita exclusivamente aos modelos taliônicos, como é constantemente observado na manualística, muito embora reedições modernas, principalmente em Kant, possam sugerir tal aproximação. Lembre-se que tais justificativas rememoram modelos penais da Antiguidade, cujos resquícios são encontrados no Velho Testamento – violação por violação, olho por olho, dente por dente; assim como ele causou uma injúria a um homem, assim será feito contra ele (Levítico, 24:20) e no primeiro decreto do Código de Hamurábi – se um homem lança uma maldição contra outro homem, sem justificação, aquele que a lança deverá ser condenado à morte. A idéia da ‘devolução do mal com o mal’, presente no modelo retributivista arcaico, representa a mais primitiva forma de justiça, que exige que o violador receba um castigo idêntico ao sofrido pela vítima. Não obstante o modelo de justiça de sangue, caracterizado pela celeridade e pelo caráter vindicativo, estar situado em épocas remotas, modelos ilustrados corresponderão plenamente às diretivas jurídicas.

De outro lado, tem-se a teoria preventiva, segunda a qual a pena não tem tão somente o caráter retributivo, mas também, uma finalidade preventiva. Dito de outro modo, a pena serve para prevenir, impedir que novos crimes aconteçam. O crime não seria a causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada. A esse respeito, Mirabete (2000, p.244) diz que “*a pena é a intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto.*”

Logo, a finalidade preventiva se divide em: prevenção especial e geral. Esta é voltada a todos, na medida em que a pena serve para atemorizar, evitando que eventual delinquentes pratique um delito, estar-se-á diante da Teoria da Coação Psicológica. Enquanto aquela é dirigida ao infrator, no compasso que a prevenção geral falha, havendo o delito, a pena passa a ter finalidade de prevenção especial, servindo para retirar o indivíduo da sociedade (no caso de pena de prisão), impedindo que pratique novos crimes.

Há aqueles, como Adolfo Prins e Filippo Grammatica, que sustentam que a reprimenda teria também a finalidade de ressocializar, posto que não pode ser apenas castigo, devendo preparar o indivíduo para que no futuro ele viva em harmonia na sociedade.

Nesta lógica, como assinala Miguel Reale Junior (1983, p.46):

Outra perspectiva sobre a finalidade da pena, não mais entendida como expiação ou retribuição de culpa, mas como instrumento de ressocialização do condenado, cumprindo que o mesmo seja submetido a tratamento após o estudo de sua personalidade.

Por fim, há a teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória, que segundo Pellegrino Rossi, Guizot e Cousein, a sanção aflitiva deve objetivar, simultaneamente, refletir prevenir a infração. Dito de outro modo, a reprimenda possui dupla função, quais sejam, a de punir o criminoso e a de prevenir a prática do crime, seja por sua readaptação seja pela intimidação coletiva.

Na prática, a finalidade da pena de prevenção geral existe, mas não se conserta a criminalidade aumentando penas porque o indivíduo delinquirá sendo a pena de 10, 20 ou 30 anos. Tampouco a finalidade especial resolve, já que na cadeia o indivíduo continua delinquindo. Sequer ressocializa.

Conforme se extrai do art. 59, do CP, o qual, mormente, afirma que o juiz aplicará a pena conforme seja necessária e suficiente para prevenção e reprovação do crime, pode-se concluir que a principal ideia no nosso ordenamento jurídico atual é ressocializar o condenado.

Importa neste momento, fazer uma breve abordagem acerca dos princípios constitucionais afetos à aplicação da pena, são eles o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB, segundo o qual a pena deve estar previamente prevista em lei, e de forma clara e precisa; o princípio da pessoalidade da pena ou intranscendência da pena, cuja regulamentação jurídica está no inciso XLV, do dispositivo legal citado, pelo qual vê-se que a pena não pode passar da pessoa do apenado; por fim, o princípio da humanidade ou dignidade da pessoa humana, trazido no inciso XLVII, do dispositivo retro, em que são vedadas as penas degradantes, de morte (com exceção no caso de guerra), trabalhos forçados, de caráter perpétuo e cruéis.

De forma bastante objetiva, Souza e Japiassú (2012, p.32) elenca os princípios da pena previstos na Constituição pátria:

O primeiro deles, que está, previsto no art. 5º, XLV, da CR/1988, é o princípio da personalidade da pena, que significa dizer que a pena não passará da pessoa do condenado. Cuida-se de uma conquista do Iluminismo, que cerceou o arbítrio estatal, com a limitação dos efeitos da punição ao condenado, não atingindo terceiros a ele relacionados, como seus descendentes que, no passado, sofriam, por exemplo, a “infâmia do nome”. No art. 5º, XLVI, da CR/1988, há o princípio da individualização da pena, que determina que todo indivíduo tem o direito de ter a pena a ele aplicada individualmente, consideradas todas as características e condições pessoais, além de ser valorar o que efetivamente fez. Ainda que haja concurso de pessoas, não pode haver uma aplicação de sanção idêntica a todos, sob pena de violação daquele princípio.

No modelo de aplicação da pena em um Estado Democrático de Direito, que traz consigo o ideal de direito Penal mínimo, afasta-se, portanto, dos entendimentos absolutos e inquisitivos, típicas do estado, o Poder Público, e mais especificamente o penal, precisa resguardar limitação inflexível e vinculação à lei no plano substancial, além da necessária submissão ao plano processual.

Desta feita, segundo Ferrajoli (2006, p.83), as previsões legislativas não são suficientes para estabelecer um sistema penal garantista, faz-se necessário, ainda, a observância de alguns preceitos pelo Estado-Juiz, na figura de seu julgador, no momento de aplicação da pena, ou seja, na hora da efetivação da atuação estatal, no sentido de limitar a liberdade individual. Transcreve-se:

Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade de seu autor, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em fase da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.

Neste plano, tem-se que o Direito Penal mínimo almejando não apenas o mais elevado grau das garantias e liberdades individuais, mas também, intrínseco a ele e seus fundamentos, a racionalidade e certeza, de modo que apenas há que se falar em intervenções quando estas se mostrarem previsíveis, entendidas como aquelas cuja motivação sejam argumentos cognitivos, que conduzam a verdade formal. Contudo, deve-se observar que o entendimento de o que seria o critério cognitivo para aplicação da

pena só será atingido, de modo eficaz, no momento em que se associar à compreensão do que se caracteriza a certeza relativa, perseguida pelo Garantismo.

Destarte, por meio do juízo cognitivo proposto por Ferrajoli (2006), e, considerando o ideal de certeza relativa que baseia qualquer pretensão de intervenção punitiva, o direito penal somente poderá intervir, quando for informado a respeito do cometimento e autoria do delito, motivo pelo qual uma das principais normas derivadas do racionalismo garantista seja o critério do *favor rei*, agregador, de diversos institutos, como o do *in dubio pro reo* e o da analogia *in bonam partem*.

Assevera Carvalho (2008, p. 140), “*o estudo sobre as mais diversas bases doutrinárias que fundaram as inúmeras teorias da pena propiciou, negativamente, a sólida construção de modelo garantista, pois insuficientes as várias formulações jurídicas relativas ao tema.*”

O modelo garantista rompe com as teorias tradicionais da pena formuladas na ótica do Direito Penal máximo, optando pela primazia da política (ou economia) sobre o direito, e assim, estabelece requisitos de minimização da resposta estatal ao desvio punível. Isso porque, Ferrajoli, ao reformular a teoria garantista, sugeriu uma nova abordagem da pena, que se aproxima mais dos ideais do Direito Penal mínimo, difundidos pelo autor, e simultaneamente, mais preparada para justificar a necessidade de punição, já bastante questionada, inclusive nas teorias abolicionistas.

Nesta nova abordagem, a pena recebe o nome de “Utilitarismo Reformado”, tendo por principal alteração, caso contrastada ao modelo iluminista é a preocupação com a tutela não só dos não delinquentes, mas também do sujeito considerado infrator.

A partir desta perspectiva, a pena mostra-se como mecanismo limitador do poder punitivo e como mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziram na sua existência. Desse modo, Ferrajoli (2006, p. 270) afirma que a pena justifica-se, “*não pela defesa social, mas sim pela defesa do mais fraco que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o réu e no momento da execução penal é o condenado*”.

Ora, o “Utilitarismo Reformado” assume a função de negação explícita de qualquer estado de guerra e de todos os modelos político-criminais de defesa social.

Trata-se, portanto, de um sistema elaborado na premissa de tolerância, porque se acredita no reconhecimento do homem como valor, não como meio, mas como fim em si mesmo, que deve ser respeitado justamente por ser único em suas diversidades.

A aclamação desses direitos, em especial, no que diz respeito à esfera penal, inaugura no ordenamento brasileiro a adoção de concepções minimalistas, já que as regras básicas a serem seguidas pelo legislador infraconstitucional, assim como a atuação do aplicador do direito, passam a ser orientadas por princípios limitadores do *jus puniendi* do Estado. Nessa perspectiva, o indivíduo passa a ser protegido e resguardado, voltando, assim, a atenção do Estado Punitivo à parte mais frágil da relação jurídico-penal no momento da aplicação e da execução da pena, que é o infrator.

Desta feita, percebe Carvalho (2008, p.124):

O sentido utilitário emprestado à pena rompe com a idéia retributivista na qual a sanção tem finalidade em si mesma, repreendendo fatos passados ao invés de lhe emprestar função futura. Desta forma, o fim das penas não é atormentar e infligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido.

Esse posicionamento doutrinário acabou tendo influência no Código Penal brasileiro vigente, cujo sistema elementar é retribucionista, haja vista que estabelece como critério punitivo reitor do sistema a imposição de uma pena justa e merecida. Dito de outro modo, da pena proporcional à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do seu autor.

Contudo, a conclusão de que nosso Código siga cegamente o sistema retributivo puro não é válida. Isso pois, ele é admitido como sendo o ponto de partida, mas não é orientado pelo retribucionismo inflexível (ou kantiano).

No ordenamento jurídico pátrio, o juiz conta com relativa maleabilidade, quando da fixação da pena, art. 59, do CP, e numerosas instituições, as quais desmentem as exigências lógicas derivadas das teorias absolutas. Isso significa dizer, por conseguinte, que a resposta penal nem sempre pretende ajustar-se exclusivamente à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do seu autor.

Assim, passando adiante, é mister ressaltar que, a criminalização da conduta do usuário de drogas afronta tanto a segunda quanto a quarta função da pena.



Feitas tais considerações acerca da função da sanção penal, passemos à análise do objeto jurídico tutelado pela legislação Antidrogas.

Conforme-se infere da análise detida dos dispositivos concernentes a criminalização da conduta do usuário de drogas, conclui-se que ela é fundada no fato que, ao usar drogas, o sujeito supostamente violaria à saúde pública, isto pelo fato que, futuramente, poderia necessitar de tratamento a ser fornecido pelo Poder Público.

Para Nucci (2012, p. 233):

O sujeito passivo é a sociedade. Não se pune o porte da droga, para uso próprio, em função da proteção à saúde do agente (a autolesão não é punida, como regra, pelo ordenamento jurídico-penal), mas em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade.

Em sentido semelhante milita Lima (2014, p.693):

Como se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, o sujeito passivo é a coletividade. Este crime é punido em virtude da potencialidade lesiva que pode causar a toda a sociedade, e não em função da proteção à saúde do próprio usuário, porquanto não se pode admitir a punição de autolesão em um ordenamento jurídico que consagra o princípio da ofensividade.

A par desse perfil direcionador da norma, disserta Greco Filho (1982, p.113),

*verbis*:

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abortar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.

Em se tratando de crime de perigo presumido, a tipicidade está vinculada às propriedades da droga, ao risco social e de saúde pública, e não à lesividade em concreto. Assim, o bem protegido é o risco que o usuário gera a saúde pública e em função disso a pena possui finalidade terapêutica, caráter preventivo em relação às eventuais outras condutas. Essa é a posição majoritária da doutrina. Isso se dá em função da essência distintiva traçada entre drogas lícitas e ilícitas envolver mais aspectos políticos e econômicos do que jurídicos.

Trata-se, pois, de crime de perigo abstrato, cuja consumação se presume. A oportunidade do tipo descrito no art. 28 da Lei nº. 11.343/06 está na potencialidade do *eventus damni*, como bem esclarece o emérito Prof. Menna Barreto, *in* Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos, “*na presunção legal de dano à pessoa e à coletividade, plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam, até mesmo à própria integridade da estirpe*”.

Contudo, vê-se que o mesmo tratamento normativo não é dado aos alcoólatras ou aos fumantes de cigarros, tendo em vista que o fundamento legislativo é saúde da coletividade. Ora, por que não se criminalizar o consumo de bebidas alcoólicas, pois as mesmas também podem afetar a saúde pública, ou até mesmo o uso de cigarros?

Com efeito, o uso de drogas não representa perigo de lesão a bem jurídico de quem quer que seja. Além disso, o fato de se considerar o usuário de drogas um ser “diferente”, cujos comportamentos destoam daqueles que a sociedade moderna considera “normal”, não autoriza a criminalização, malgrado o uso de drogas possa, em alguma medida, afetar a saúde pública, no fundo, não chega a causar uma lesão a bem jurídico alheio.

De tal modo, resta-se evidente, por meio desses questionamentos que não é a proteção da saúde pública que se pretende tutelar com a criminalização da conduta do usuário de drogas. Destarte, inexistente ofensa a bem jurídico alheio, em razão do que é patente a inconstitucionalidade da criminalização (este tema não será debatido no presente trabalho, por exceder o objeto aqui perfilado).

## 8) VALORAÇÃO DA REPRIMENDA CONFORME AS TURMAS RECURSAIS

Com base em tudo o que já foi esposado, pode-se afirmar que o legislador infraconstitucional não criou uma situação, que confere ao aplicador do direito a possibilidade de afastar na segunda fase da dosagem da reprimenda o ideal trazido pela doutrina e pela jurisprudência, que limita o valor em 1/6, não podendo, portanto, a sanção aflitiva ser dobrada.

Contudo, na praxe forense, surgem situações de dúvidas para o magistrado, que ora fica convencido da possibilidade de majoração da pena acima do ideal sustentado pela doutrina, assim, dobra a reprimenda e, por vezes fica adstrito ao referido limite imaginário, majorando a sanção aflitiva em até 1/6, o que gera grande insegurança jurídica ao jurisdicionado.

Ora, é razoável a exigência de que o juiz deva estar preso a este ideal imaginário, ao fixar a pena intermediária, o que não inviabiliza a sua atividade jurisdicional, haja vista, não impede o julgador de exercer a prerrogativa conferida pelo Código Penal, qual seja, utilizar-se de seu livre arbítrio, calçado nas circunstâncias do caso concreto e nos dados inerentes à pessoa do agente, para dosar a sanção do Estado, coerente a cada caso.

Ante ao esposado, colacionamos alguns julgados das Turmas Recursais do TJDF, nos quais houve a correta aplicação da reprimenda, para os agentes que eram reincidentes, atendendo àquilo que se encontra previsto na Lei de Entorpecentes, bem assim na legislação Constitucional e infraconstitucional.

Nesta perspectiva, é de se trazer trechos da Apelação Criminal 2008 04 1 01651-3, da primeira turma do TJDF, em que a Nobre Julgadora posicionou-se da seguinte maneira, eis:

Demonstradas a autoria e a materialidade do crime tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06, não se mostra excessiva a fixação definitiva da pena em 04 (quatro) meses de prestação de serviços à comunidade, considerando tratar-se **réu reincidente em sua prática, processado várias vezes pelos crimes de porte e tráfico de drogas**, cuja pena poderia, inclusive, alcançar o máximo de 10 (dez) meses, conforme autorizado pelo art. 28, § 4º, do citado diploma legal. 2. **Por ter a pena-**

**base sido fixada, inicialmente, em 05 (cinco) meses de prestação de serviços à comunidade, mostra-se adequada sua redução em 01 (um) mês, estabilizando-a em 04 (quatro) meses, em face da atenuante da confissão.**<sup>20</sup> (Grifo nosso)

Nesta toada, é de se tomar, o exemplo da Apelação Criminal 20110210051935APJ, processada no TJDF, em que a magistrada de segundo grau fundamentou o seu voto, do seguinte modo:

Na hipótese, o MM. Juiz entendeu como necessária a reprimenda consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo período de 5 meses, num total de 100h. Por fim, justificou a não aplicação da pena de advertência ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo em razão do comportamento do acusado, que embora intimado para os atos do processo, deixou de comparecer, além de não ter cumprido transação penal, dando claras mostras de que estas medidas não são suficientes para a repressão de sua conduta. **Com efeito, o ilustre magistrado realizou correta fundamentação quando da dosimetria da pena, atendendo ao que preconiza o art. 59, do Código Penal, e a critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, adequando a pena ao ilícito praticado, como exigência legal de reparação e prevenção do crime e, precipuamente, às diretrizes de atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas fixadas na Lei n. 11.343/2006.**<sup>21</sup> (Grifo nosso)

Nesta mesma lógica, também se posicionou a Relatora Jacqueline Adorno, ao julgar a Apelação Criminal 0001993-32.2015.827.0000, perante a primeira turma recursal do TJDA, cujos fragmentos passamos a transcrever:

**Diante do contexto fático em que foi cometido o crime - interior de estabelecimento prisional durante cumprimento de pena aplicada anteriormente - e sendo o réu reincidente, tais circunstâncias são mais que suficientes para a aplicação da pena em seu patamar máximo, eis que, para tanto, segundo o § 4º do artigo 28 da Lei 11.343/06, basta a constatação da reincidência do réu. 3 - Pouco importa que a quantidade de droga apreendida seja ínfima, pois, em se tratando dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, não haverá a aplicação do princípio da insignificância, principalmente em face da expressividade da lesão a que é submetida a sociedade em geral. Precedentes do STF. 4 - Apelo improvido.** <sup>22</sup>(Grifo nosso)

<sup>20</sup> TJDF. Apelação Criminal no Juizado Especial - Processo: 2008 04 1 01651-3- 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, LUCIMEIRE SILVA – Relatora. Brasília/DF, 19 de maio de 2009.

<sup>21</sup> TJDF. Apelação Criminal no Juizado Especial 20110210051935APJ.Acórdão N°721.324, Relatora: Juíza DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA Brasília (DF), 8 de outubro de 2013.

<sup>22</sup> TJDA. Apelação Criminal no Juizado Especial 0001993-32.2015.827.0000, Rel. Desa. JACQUELINE ADORNO, 1ª Tuma Recursal, julgado em 15/04/2015

Por outro lado, como prova do posicionamento ululante, vê-se a postura adotada pelas Turmas Recursais do TJRJ, que destoa das decisões até este ponto trazida conforme notaremos nos fragmentos das decisões, que passamos a transcrever vejamos:

**De fato, a d. magistrada exasperou a pena-base para 04 (quatro) meses, sem a devida justificativa, mormente quando asseverou que não pesava contra o recorrente nenhuma justificativa para tanto.** Todavia, quanto ao aumento indevido em razão da reincidência, o pedido de reforma não merece prosperar, uma vez que a Lei 11343/06 permite que a pena fixada seja dobrada em caso de reincidência. Nesse sentido manifestou-se o Ministério Público. Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao apelo apenas para reformar a pena aplicada, fixando a pena-base em 03 (três) meses de prestação de serviços à comunidade e, duplicada esta, em razão da reincidência, chega-se ao patamar de 06 (seis) meses de prestação de serviços à comunidade, em instituição Processo n. 0004230-08.2011.8.19.006 Primeira Turma Recursal Criminal 9 escolhida pelo Juízo de origem, mantendo-se no mais a r. sentença assim como lançada.<sup>23</sup>

Como se nota ainda na Apelação Criminal 0009020-35.2011.8.19.0063:

**A reincidência e os maus antecedentes justificam a elevação da pena no patamar estabelecido na sentença,** e impedem o regime mais brando e a substituição ou suspensão condicional da pena. Reprimenda bem dosada. Apelo que se nega provimento.<sup>24</sup>

Por fim, notemos os fundamentos da Apelação Penal 00004040-79.2010.8.19.0063:

Cuida-se de recurso de apelação interposto por WALTERLEI INOCÊNCIO DA SILVA, inconformado com a sentença de fls. 111/118, preferida pelo Juízo do Juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e Especial Criminal da Comarca de Três Rios, que o condenou pela prática do crime tipificado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006, à pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à **comunidade pelo prazo de 08 (oito) meses Posse de drogas. Afastamento do Princípio da Bagatela devido ao** risco social decorrente da posse e do uso da substância entorpecente. Delito de perigo presumido cujas penas são de natureza terapêutica. Constitucionalidade da norma penal incriminadora. O bem jurídico tutelado (Saúde Pública) extrapola o poder de decisão do indivíduo de usar a substância entorpecente em seu âmbito particular e interno. O Estado deve atuar para preservar o interesse da coletividade em prevalência às garantias da intimidade e da vida privada. **Reincidência específica a propiciar a aplicação da pena de 05 (cinco) meses de**

<sup>23</sup> TJRJ. Apelação n. 0004230-08.2011.8.19.0063. Relatora: Dra. Rose Marie Pimentel Martins Rio de Janeiro, 27 de junho de 2014. Primeira Turma Recursal Criminal.

<sup>24</sup> APELAÇÃO CRIMINAL No. 0009020-35.2011.8.19.0063. Relator Dr. CARLOS AUGUSTO BORGES

**prestação de serviços à comunidade pela inteligência dos §§ 3º e 4º, do art. 28, da Lei nº 11.343/2006. Apelo parcialmente provido.<sup>25</sup>**

Diante das decisões coligidas, é solar a inexistência de uma posição assentada e coerente por parte da jurisprudência pátria, a qual vem assumindo em casos semelhantes decisões opostas, o que, em certa medida, vai de encontro à segurança jurídica, princípio de grande valor ao Estado Democrático de Direito.

<sup>25</sup> TJRJ. PROCESSO N.º: 00004040-79.2010.8.19.0063. RELATOR CARLOS FERNANDO POTYGUARA PEREIRA JUIZ DE DIREITO. Rio de Janeiro, 06 de novembro de 2014.

## 9) **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Estado almejando firmar-se diante dos seus particulares, tomou para si a responsabilidade da resolução dos conflitos. Assim, passou a regular as relações interpessoais, no intento de trazer estabilidade à solução dos litígios.

Segundo o art. 1º da Carta Magna, a República Federativa do Brasil constituiu-se, verdadeiramente, como Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Neste viés, as possíveis interpretações e compreensões que venham a ser extraídas da Constituição Federal, todas elas devem se pautar no respeito à dignidade pessoa, haja vista que este princípio é a base sobre a qual todo o nosso ordenamento se assenta, representando, pois, o arcabouço fundamental e político que constitui o Estado brasileiro.

Nota-se, porém, o enfraquecimento do Estado, nos dias atuais, na condição de um Estado Democrático de Direito, o qual, em tese, deveria estar comprometido com a justiça social. Isso se dá como resultado da globalização e afirmação das concepções neoliberais, as quais tem atuado reduzindo o Estado, enquanto protetor de direitos dos cidadãos, reduzindo até mesmo a própria ideia de cidadania, que se vê altamente ameaçada.

Infelizmente, não se percebe atuação ativa do Estado no sentido de combater, ou minimizar essas situações jurídicas, mas ao contrário, observa-se que o ente estatal se preocupa em enfatizar ações de reforço das políticas criminais, ao passo que abandona suas obrigações de cunho de segurança social.

Ora, o advento da Constituição Federal de 1988, aglutinou em seus mandamentos os preceitos de um Estado de Direito, preocupado em fornecer aos cidadãos direitos e garantias fundamentais.

Neste pilar, o ordenamento jurídico brasileiro encorpou os principais axiomas garantistas, aproximando nosso sistema penal de um sistema penal mínimo, assim como Ferrajoli preconiza em sua obra “Direito e Razão”.

É o que se observa quando se examina minuciosamente as garantias e os princípios fundamentais adotados, implícita ou expressamente, por nossa Constituição, sobretudo em seus artigos 1º a 5º, do quais se nota a preocupação do constituinte de proteger a esfera de liberdade individual, determinando limites ao exercício de punir do estado, pois se reconhece a necessidade de proteger o indivíduo infrator, como meio de evitar a violência estatal.

Nesta perspectiva, surgiu, nas últimas três décadas, a Constituição Federal, cuja função foi fornecer bases a uma sociedade alicerçada em Princípios Democráticos. Assim, encontra-se o Estado Democrático de Direito brasileiro, limitado na sua atuação, dito de outro modo, na sua forma de agir e na sua ingerência, em razão de normas legais e Constitucionais. Este processo de restrição do poder coercitivo e interventor do Estado se deu, principalmente, em função da constitucionalização dos vários ramos do direito, os quais buscavam para sua aplicação, interpretações que sejam consoantes às normas estabelecidas pela Carta Magna de 88.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro, com fins em princípios democráticos e visando à defesa dos Direitos e às Garantias Fundamentais dos indivíduos, estabeleceu princípios constitucionais afetos à pena, quais sejam: da legalidade, da proporcionalidade e da individualização da pena.

Em homenagem a esses princípios constitucionais e, em especial, ao princípio da individualização da pena, é que não pode ser defendida a possibilidade de se ignorar o ideal imaginário de no máximo 1/6 para aplicação da circunstância agravante de reincidência, criado pelo entendimento jurisprudencial, dobrando-se, em muitos casos, o *quantum* da pena, de acordo com o caso concreto, para aplicar a agravante em consonância à Lei de Entorpecentes.

Destarte, restou vencido o argumento de que tal penalidade deva ser mais severa em função da reprimenda possuir finalidade terapêutica, segundo o qual o caráter preventivo é em relação às eventuais outras condutas.

Por fim, sobreleva destacar que existem, hoje em dia, fortes movimentos que lutam pelo enrijecimento das sanções e do sistema penal, mascarados por um discurso de lei e ordem, que pregam apenas a segregação social, fomentando o sentimento de raiva e discórdia entre os cidadãos, motivados na maioria das vezes por interesses escusos e



egoístas, um discurso plenamente difundido por uma mídia parcial. Esses movimentos rompem com a funcionalidade tríplice da pena – retribuição pelo injusto causado – prevenção (geral e específica) e ressocialização – isso porque, alimentam o anseio por vingança, valorando somente o caráter retributivo, tornando a ressocialização e a prevenção impraticáveis.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, João de Deus Lacerda Memma. **Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos**. Freitas Barbosa. 1988

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Instituto carioca de criminologia: Rio de Janeiro, 1998.

\_\_\_\_\_. **A juventude e a questão criminal no Brasil**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1053773b21eb7cc6e5600f16cc0663e4.pdf> Acesso em 22 de maio de 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 3ª Edição. Revan: Rio de Janeiro, 1990.

BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. Martin Claret: São Paulo, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas – 2**. Ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 16ª Edição. Saraiva: São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Comentado**. Saraiva: São Paulo; 2011.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas. Comentários à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei Diritti**. Einaudi: Torino, 1990.

BRUNO. Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**. Tomo III. Forense: Rio de Janeiro, 1978.

CAPEZ, Fernando. **Nova Lei de Tóxico: das modificações legais à figura do usuário**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962/>. 07 maio de 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política de drogas no Brasil**. 5ª Edição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

\_\_\_\_\_. **Pena e Garantias**. 3ª Edição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, et all. **Código Penal Comentado**. 6ª Edição. Renovar: São Paulo; 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauz Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. 7ª Edição. Forense: Rio de Janeiro, 1984.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 7ª Edição. Impetus: Niteroi; 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 5. Edição. Impetus: Niterói, 2005.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 3. Edição. Saraiva: São Paulo, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Geral. 31ª Edição. Saraiva: São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei Antidrogas Anotada**. Saraiva: São Paulo, 2010.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução: ROHDEN, Valerio; MOOSBURGUER, Udo Baldur. Nova Cultura: São Paulo, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª Edição. Juspivum: Bahia, 2014.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. José Konfino – Editor: Rio de Janeiro, 1975.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 17ª Edição. Atlas: São Paulo, 2000.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 24ª Edição. Atlas: São Paulo, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas**. 2ª Edição. Método: São Paulo, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 10ª Edição. Revista do Tribunais: São Paulo, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema penal criminal**. Forense: Rio de Janeiro, 1983.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Elsevier: Rio, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V. 1. 2ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V. 1. 7ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007;

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V. 1. 2ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

## APÊNDICE LEGISLATIVO

BRASIL. Código Penal de 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049> . Acesso em: 27 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Penal (1940)**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) . Acesso em: 23 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 22 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 15.683/1922**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15683-12-setembro-1922-505408-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 891/ 1938**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm). Acesso em: 22 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.368/76. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1976, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm). Acesso em: 22 março de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.343/06. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 26 março de 2016.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXIX. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acesso em 22 março de 2016.