



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

GABRIEL JOSÉ RODRIGUES

**A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA
PENA NO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO (ART. 28,
DA LEI N. 11.343/2006)**

Palhoça

2015

GABRIEL JOSÉ RODRIGUES

**A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA
PENA NO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO (ART. 28,
DA LEI N. 11.343/2006)**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Major PM Aldo Nunes da Silva Júnior.

Palhoça


2015

GABRIEL JOSE RODRIGUES

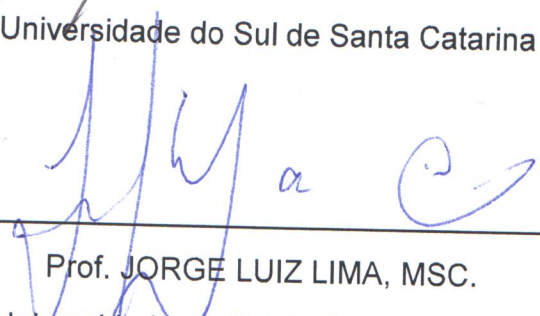
A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA
PENA NO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO (ART. 28,
DA LEI N. 11.343/2006)

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi
julgado adequado à obtenção do título de
bacharel em Direito e aprovado em sua
forma final pelo Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina.


Palhoça, 02 de julho de 2015



Prof. e orientador ALDO NUNES DA SILVA JUNIOR, ESP.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. JORGE LUIZ LIMA, MSC.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. ADÃO DANIEL DA SILVA, ESP.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA NO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO (ART. 28, DA LEI N. 11.343/2006)

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 10 de junho de 2015.

GABRIEL JOSÉ RODRIGUES

À minha incansável mãe, Eli, exemplo de amor e doação a serem seguidos, responsável por me mostrar os reais valores da vida. Ao meu tinoso pai, Ivenes, por me tornar um homem de princípios e por sempre me apontar o caminho dos estudos, muito embora nem sempre eu o siga. Aos quais devo minha vida e caráter.

À minha companheira, melhor amiga e futura esposa Tainá da Silva, por todo o amor, consideração, apoio e compreensão despendidos em mais um ciclo superado em nossas vidas. Há quem diga que os últimos serão os primeiros, portanto dedicatória maior será aquela realizada a Deus, aquele em quem tudo posso e em cujas minhas orações peço pelas boas famílias tristemente sofredoras do fardo desta odiosa substância.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador professor Major - PM Aldo Nunes da Silva Júnior, a quem devo o tema abordado na presente pesquisa e que sem o auxílio, orientação e atenção não atingiria meu objetivo.

À professora Patrícia Russi de Luca, ao indicar e ensinar todos os trâmites na construção da pesquisa desde a formatação aos métodos de pesquisa, além do fato de que sempre que acionada, prontamente, com eficiência e atenção, elucidou as questões arguidas, sem as quais não seria possível o presente trabalho.

A todos os meus mestres na academia, ao lecionarem o direito, e que de alguma forma direta ou indiretamente auxiliaram na presente pesquisa.

Aos colegas da graduação, com quem compartilhei tantas horas de estudos, cuja cooperação mútua ensinou-me o verdadeiro valor do trabalho em equipe, principalmente nas pessoas de Simone Pamplona Zacchi e Bruna Helena Matos, que, mesmo próximo ao fim do prazo de entrega, não mediram esforços em me auxiliar nesta empreitada.

Ao Cabo PM Mauri da Silva, instrutor do Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência (Proerd) do 16º batalhão de Polícia Militar, que muito auxiliou quando mais foi preciso, através de material e explicações, se tornando essencial para a completa realização deste trabalho.

Aos técnicos do Cartório da 1ª Vara Criminal de Palhoça/SC, por me ensinarem, com paciência, a prática jurídica criminal, pela qual criei gosto e serviu de motivação na elaboração da presente.

Por fim, a todos que de alguma forma me auxiliaram nesta pesquisa, ainda que indiretamente.

“As drogas me deram asas para voar, depois me tiraram o céu”

(John Lennon)

RESUMO

A Lei 11.343/2006, atual lei de drogas, revogou as anteriores Leis nº 6.368/1976 e 10.409/2002. Ao revogá-las, foi inovada a política nacional sobre drogas em diversos aspectos, inclusive alterando as penas previstas ao crime de porte de droga para uso próprio, que na legislação anterior previa a possibilidade de pena privativa de liberdade, enquanto que na atual legislação isso não mais ocorre. Dessa forma, criou-se estopim para a discussão doutrinária a respeito da (des) criminalização da conduta mencionada, cujas correntes pela criminalização e pela descriminalização foram vistas. Tomou-se por base a corrente adotada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence (STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007), que afirma ter havido mera despenalização, mantendo-se a conduta como crime. Assim, examinou-se o princípio da proporcionalidade da pena, em que se verificou ser ele quem delimita a razoabilidade e proporção entre a extensão e a capacidade lesiva do crime para com as penas a serem impostas. Deste modo, se ponderou tanto as consequências do uso contínuo ou periódico da droga para o próprio usuário, quanto para a sociedade como um todo. Destarte, se constatou que a capacidade lesiva da conduta de portar droga para uso próprio é grande, e suas atuais penas não atendem ao princípio da proporcionalidade da pena. Para se atingir o objetivo do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo e as técnicas empregadas foram bibliográficas, qualitativas e históricas, com exploração nas doutrinas, julgados, convenções e legislações.

Palavras-chave: Porte de droga para uso próprio. Penas. Princípio da proporcionalidade da pena.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 LEI Nº 11.343/2006	13
2.1 HISTÓRICO DA LEI Nº 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006 (LEI DE DROGAS).....	13
2.2 NORMA PENAL EM BRANCO.....	15
2.3 SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (SISNAD).....	16
2.4 DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006.....	18
2.4.1 Da (des)criminalização e/ou da (des)penalização do art. 28 da Lei de Drogas	18
2.4.2 Das características do art. 28 da Lei 11.343/2006	21
2.5 DAS SANÇÕES ATUALMENTE APLICÁVEIS.....	23
2.5.1 Advertência sobre os efeitos das drogas	25
2.5.2 Prestação de serviços à comunidade	25
2.5.3 Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo	26
3 DAS PENAS	28
3.1 CONCEITUAÇÃO E FINALIDADES DA PENA	28
3.2 TEORIAS DA PENA.....	30
3.3 CARACTERÍSTICAS DA PENA	33
3.4 CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS	35
3.4.1 Privativas de liberdade	36
3.4.2 Restritivas de direito	37
3.4.3 Multa	39
3.5 PRINCÍPIOS NORTEADORES	41
3.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	42
3.5.2 Princípio da legalidade ou da reserva legal	43
3.5.3 Princípio do devido processo legal	45
3.5.4 Princípio da individualização da pena	46
3.5.5 Princípio da proporcionalidade da pena	47
4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA NO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO	50

4.1 A PROBLEMÁTICA DAS DROGAS	50
4.2 CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS.....	53
4.2.1 Psicoanalépticos (Estimulantes)	54
4.2.2 Psicolépticos (depressoras ou tranquilizantes)	54
4.2.3 Psicodislépticos (alucinógenas ou perturbadoras)	55
4.3 CONSEQUÊNCIAS DO USO CONTÍNUO OU PERIÓDICO	56
4.3.1 Dependência	57
4.3.2 Escalada.....	58
4.3.3 Síndrome da Abstinência	59
4.3.4 Overdose e morte.....	60
4.4 O PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO COMO CRIME COMBUSTÍVEL.....	61
4.5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006	64
5 CONCLUSÃO	67
REFERENCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

No âmbito mundial sempre houve muita discussão acerca do assunto “drogas”, e aqui na Brasil não é diferente, sendo que ainda hoje o tema é muito recorrente. Tal matéria possui várias correntes e entendimentos, com fundamentos para ambos os lados, desde a descriminalização total até a criminalização total.

A abordagem sobre esse tema tornou-se muito acalorada após o dia 25 de março de 2014, quando a Polícia Federal realizou uma operação visando coibir a atividade ilícita de uso de drogas, abordando e prendendo em flagrante delito cinco alunos da Universidade Federal de Santa Catarina no “bosque” desta instituição. Na evolução da ocorrência trezentos alunos se uniram na tentativa de impedir a condução dos cinco acadêmicos e com o intuito de se fazer cumprir a ordem pública foi acionada a Tropa de Choque da Polícia Militar de Santa Catarina que utilizou da força tática para efetivar suas conduções.

Surgiu a questão: a condução coercitiva dos cinco alunos se justificaria com a possível final condenação? Mas condenados a quê?

A partir destes fatos e dúvidas surgiu o objetivo geral da presente pesquisa, as atuais penas previstas ao crime de porte de droga para uso próprio atenderiam ao princípio da proporcionalidade da pena?

Buscou-se elucidar esta questão por intermédio de uma análise da Lei nº 11.343, datada de 23 de agosto de 2006, denominada Lei de Drogas, que, como se verá, trouxe uma série de inovações quando comparada às legislações anteriores.

Este Diploma Legal, atualmente vigente, em seu artigo 1º inovou em face das legislações antigas, visto que modificou a política criminal sobre drogas até então existente no Brasil, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, tanto quanto definiu condutas como crimes, ainda inserindo no ordenamento jurídico medidas de prevenção ao uso indevido e de atenção e ressocialização do usuário e dependentes de drogas.

Com efeito, dentre as modernizações introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei de Drogas, destacar-se-á a impossibilidade de aplicação de

pena privativa de liberdade ao crime de porte de droga para uso próprio tipificado no art. 28 do mencionado Diploma Legal aquecendo a grande discussão doutrinária a respeito de uma possível descriminalização da conduta de portar droga para uso próprio e debates com enfoque se suas atuais penas atendem o princípio da proporcionalidade da pena. Justamente o tema abordado no presente estudo.

O primeiro capítulo é a presente introdução.

O segundo capítulo, consoante será visto, versará a respeito da Lei de Drogas em si, realizando-se uma breve abordagem histórica, bem como se esmiuçando as características e peculiaridades que a circundam, tais quais ser considerada uma norma penal em branco, tipos penais considerados de perigo abstrato, de ação múltipla, entre outros aspectos.

Noutra baila, no terceiro capítulo proceder-se-á ao estudo da pena, buscando sua conceituação e compreensão da sua finalidade. Observar-se-á, ainda, que as teorias da pena se dividem em três grandes correntes, sendo elas a Teoria Absoluta, a Teoria Relativa e a Teoria Mista ou Unitária. Examinar-se-á, também, suas características e sua classificação que, de acordo com o que se verá, podem ser classificadas em três grupos, as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direito e as penas de multa.

Por fim, neste capítulo se realizará um estudo preliminar sobre o que é considerado princípio, com enfoque nos entendidos como principais norteadores do direito penal, sendo eles o princípio da dignidade da pessoa humana, o da legalidade ou da reserva legal, o do devido processo legal, o da individualização da pena e por fim o princípio da proporcionalidade da pena.

Ao final, no quarto capítulo, denominado “A aplicação do princípio da proporcionalidade da pena no crime de porte de droga para uso próprio”, verificar-se-á a problemática da droga, elucidando seu histórico, bem como sua classificação e suas consequências.

Em seguida, ainda no mencionado capítulo, trabalhar-se-á no que tange a característica do crime de porte de drogas para uso próprio agir como crime combustível, inclusive colacionando julgados, com o fito de compreender a capacidade lesiva da conduta do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, de forma que, enfim, possamos entender se as atuais penas previstas ao crime de porte de droga para uso próprio atendem ao princípio da proporcionalidade da pena

À vista do exposto, ressalta-se que a presente pesquisa visa atingir as linhas gerais da monografia que será desenvolvida com o objetivo principal já delineado, procurando investigar as correntes divergentes, bem como os julgados em torno do tema.

Por conseguinte, será adotado o método dedutivo, haja vista que se partirá de uma ideia ampla e geral, afunilando-a até que se chegue a uma ideia específica, apresentando, por fim, o tema objeto de estudo.

No mais, as técnicas empregadas no desenvolvimento da presente monografia serão o histórico, bibliográfico e qualitativo, utilizando-se ampla exploração nas doutrinas, nos julgados, nas convenções e nas legislações vigentes.

2 LEI Nº 11.343/2006

Adentrando ao estudo da Lei nº 11.343/2006, denominada Lei de Drogas, é relevante sabermos que mencionada legislação é válida desde o dia 23 de agosto de 2006 e revogou expressamente as legislações anteriores, que tratavam essencialmente da mesma matéria (tóxicos), entretanto com nome diverso da que é tratada nos dias atuais (drogas).

Preliminarmente, é possível extrairmos algumas considerações gerais, das quais o art. 1º deste Diploma é responsável por positivá-las, sendo elas:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Ademais, nesta sumária introdução aos temas discutidos pela Lei de Drogas, é possível verificar, entre outras, a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), que é tratado no art. 3º e seguintes do mencionado Diploma Legal. Além disso, observa-se também o estabelecimento de normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes, que, como serão vistos, possuem a característica de serem tipos penais em branco, de perigo abstrato, de ação múltipla, entre outras. (RANGEL; BACILA, 2013)

Portanto, sem perder de vista o objetivo de entendermos a complexidade da atual legislação de drogas, se faz necessária a compreensão de seu histórico, conforme se faz a seguir.

2.1 HISTÓRICO DA LEI Nº 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006 (LEI DE DROGAS)

Quanto aos estudos sobre a Lei 11.343/2006, é necessário inteirar-se quanto a alguns aspectos históricos relevantes e breves no tocante à legislação pertinente.

A Lei de Drogas adveio aos 23 dias do mês de agosto de 2006, e revogou expressamente as existentes Leis nº 6.368/1976 e 10.409/2002, em que a primeira tratava da parte penal e a segunda da parte processual, haja vista a declaração de inconstitucionalidade e vícios de inúmeros artigos na legislação de 2002, assim sua parte processual acabou por ser a única utilizada, mantendo-se até meados de 2006 a parte penal da legislação de 1976. A lei atualmente vigente veio, justamente em seu artigo 75, extinguir essa situação caótica existente até então no âmbito jurídico brasileiro (CAPEZ, 2012).

Seu projeto originário é datado de 06 de maio de 2002 e tendo sua versão final em 07 de agosto do mesmo ano. Aos dias 20 do mês de agosto foi encaminhado à Câmara dos Deputados para revisão. Tal projeto de lei foi elaborado, primariamente, pelo “Grupo de Trabalho – subcomissão – Crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro (Grupo 3)” (GOMES, 2008, p. 17).

Em seu trâmite, conforme o já mencionado, sofreu vetos, com exatidão foram num número de dez, sendo que “nove (arts. 6.º, e 8.º a 15), em razão de inconstitucionalidade e um (art. 71), por contrariar o interesse público” como narra o professor Luiz Flávio Gomes (2008, p.17).

Está hoje, a Lei de Drogas, dividida e organizada da seguinte forma:

[...] nos Títulos I (Disposições preliminares), instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, estabeleceu o conceito e a proibição de drogas no território nacional) e II (Do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas), estabeleceu a finalidade e a organização do SISNAD. [...] no Título III (Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas), cuidou o legislador dos princípios e diretrizes que devem guiar as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários dependentes de drogas. (GRECO FILHO; RASSI, 2008, p. 7)

Mencionada Lei, em seu artigo 74, estabeleceu a *vacatio legis* em 45 dias após sua publicação, em virtude da referida publicação ter ocorrido aos dias 23 de agosto de 2006, sua efetiva vigência ocorreu aos dias 08 de outubro de 2006 (CAPEZ, 2012).

A partir de sua vigência, a Lei nº 11.343/2006 inovou no sentido de claramente diferenciar o usuário de drogas do dependente químico. Essa

modernização distinguiu a maneira como eram vistos e, por consequência, estipulou um tratamento diverso daquele fixado pela legislação ultrapassada (GOMES, 2008).

Com o advento da Resolução nº 3, do Conselho Nacional Antidrogas (CONAD, 2005), de 27 de outubro de 2005, que aprovou a Política Nacional sobre Drogas, dentre outras, encontra-se: “Reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada”.

Hoje o usuário é compreendido, consoante Renato Marcão (2009, p. 69), como “todo aquele que faz uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas [...] sem estar submetido às mesmas, possuindo, ainda, o completo domínio de suas vontades e atos”. De outro modo, conforme Sérgio de Oliveira Médice (1977, p. 36), dependente é “aquele que está subordinado às substâncias entorpecentes, sujeito às drogas, sob o poder dos tóxicos”, trazendo a compreensão de dependência como “o estado de quem está sujeito, sob o domínio, subordinado aos entorpecentes”.

Ademais, se faz necessário também, para melhor elucidarmos o tema, que se delimite qual substância é considerada droga afim de que se aplique a presente lei.

2.2 NORMA PENAL EM BRANCO

Quando se fala da Lei de drogas, é de se ressaltar a importância da seguinte pergunta: “o que é considerado droga?”. A Lei 11.343/2006, segundo se infere de seu artigo 1º, parágrafo único, é tida como uma lei penal em branco, que nas clássicas palavras de Carlo Binding (1927, *apud* MARCÃO, 2009, p. 69), essas leis são como “corpos errantes que procuram a sua alma”, e que cuja doutrina ordena entre extensivas, restritivas e intermediárias.

No mesmo sentido, leciona Alexandre Diogo Restani (2010):

As normas penais em branco são disposições com sanção certa, mas com conteúdo primário indefinido. São normas de tipo momentaneamente vago, em que a descrição das circunstâncias elementares do fato deve ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura. Nessas normas, a enunciação do tipo mantém

deliberadamente uma lacuna, que outro dispositivo legal virá integralizar.

No caso da Lei de Drogas é legislação penal em branco extensiva, isto significa que ela não relaciona qual substância é realmente considerada droga, mencionando, em seu art. 1º, parágrafo único, apenas que:

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

É de se notar que em momento algum é mencionado qualquer nome ou tipo de substância.

Em virtude disso, a Lei nº 11.343/2006 necessita valer-se então de um complemento capaz de satisfazer essa lacuna existente, qual seja uma lista (portaria nº 344/98 da ANVISA) atualizada periodicamente pelo Poder Executivo da União, de cuja competência de manutenção é da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA, 1998).

Esta portaria traz, entre outras coisas, as listas-E e -F, responsáveis por citar as plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas e as substâncias de uso proscrito no Brasil, respectivamente. A título de informação, a *cannabis sativum* e a *claviceps paspali* são algumas das plantas relacionadas enquanto que a *cocaína*, a *heroína* e o *THC* são algumas das substâncias de uso proscrito.

2.3 SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (SISNAD)

O Sisnad, segundo o entendimento do doutrinador Paulo Rangel (2013, p. 6) “é um ‘sistema’ composto por órgãos do governo e da sociedade civil”. Observa-se que, no art. 3º da lei nº 11.343/2006 ficam estipulados os objetivos e diretrizes governamentais a serem norteadores deste sistema supramencionado, senão vejamos:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Como leciona, ainda, Paulo Rangel (2013, p. 6-7), as diretrizes norteiam sua atuação de três formas:

“(1) Prevenção do uso indevido de drogas: a prevenção do uso de drogas ocorre principalmente através da educação sobre os malefícios das drogas [...] **(2) Reinserção social do usuário ou dependente de drogas:** [...] necessário se faz dar oportunidades de aceitação do outro, por parte do convencional pelo que ele é como pessoa [...] como possibilidade de viver de forma mais saudável e mais segura de abandonar as drogas. Além disso, o usuário terá que ser aceito como um ser íntegro e não sofrer permanentemente o *estigma do drogadito*. **(3) Repressão do tráfico de drogas:** [...] É uma atividade egoísta que não traz benefícios sequer comparáveis com os prejuízos causados. [...]”.

Não somente essas diretrizes norteiam o Sisnad, mas também uma base principiológica num número de onze, dentre os quais destacam-se alguns elencados no art. 4º da Lei nº 11.343/2006:

“Art. 4º São princípios do Sisnad:

[...]

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

[...]

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social; (grifou-se)

Destacam-se os inc. VII e X supramencionados, haja vista sua similaridade com as diretrizes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), conforme se extraiu do próprio art. 4º mencionado há pouco.

Fica evidenciado assim que, de maneira quase repetitiva, o Sisnad tanto tem as funções e os princípios, como também os objetivos previstos no art. 5º da Lei de Drogas, semelhantes. É essa redundância na abordagem da prevenção do uso indevido da substância considerada droga, na atenção e na reinserção social de usuários e dependentes, e ainda na repressão da

produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas, demasiada necessária, tendo em vista ter trazido noções não vistas anteriormente nas Leis de Tóxicos (Lei nº 6.368/1976 e Lei nº 10.409/2002), tais quais a ideia de atividades educativas de prevenção do uso de droga e a diferenciação entre usuário e dependente, o que de certa forma não ocorria, gerando situações confusas (GOMES, 2008).

2.4 DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Antes, todavia, de adentrarmos ao tema deste subtítulo, sobreleva ressaltar a grande divergência doutrinária existente na conceituação do crime do art. 28 da Lei de Drogas, se verdadeiramente é tratado como crime ou se esta conduta foi descriminalizada.

2.4.1 Da (des)criminalização e/ou da (des)penalização do art. 28 da Lei de Drogas

O revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76, cujo teor tratava sobre o porte de droga para uso próprio, vejamos o dispositivo infratranscrito:

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.

Conforme vemos, este dispositivo punia com a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pena de multa, de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa o porte de droga para uso próprio até 2006, sendo-lhe aplicado o procedimento da Lei nº 9.099/95, desde que preenchidos os requisitos legais, tendo em vista, à época, se tratar de crime de menor potencial ofensivo. Enquanto que na *legis* atual, a mesma conduta agora se pune por meio de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Viu-se, portanto, estopim para as discussões quanto à descriminalização e/ou despenalização do delito de porte de droga para uso próprio, já que passou a inexistir pena privativa de liberdade para tal crime, e, conforme o art. 1º da Lei de Introdução ao código Penal (Decreto-Lei nº 3.914/1941):

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. alternativa ou cumulativamente.

Atualmente, existem três principais correntes que tratam da (des) criminalização e da (des) penalização do delito do art. 28, da Lei de Drogas, cada qual com argumentos e fundamentos próprios. Todavia, a corrente adotada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence (STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007) é no sentido de que a conduta de porte de droga para uso próprio continua a fazer parte do Direito Penal e, portanto, deve ser tratada como crime, considerando que houve mera despenalização do tipo, não se podendo falar então que ocorreu *abolitio criminis*, consoante se vê na ementa:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). [...] 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º) [...] 6. **Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107).** [...] III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (BRASIL, 2007) [grifou-se]

Entretanto, segundo o posicionamento adotado por Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2008, pg. 148), em suma, somente seriam consideradas crimes as conduta a que fossem puníveis com pena privativa de liberdade, conforme se extrai:

O fato que acaba de ser descrito era considerado 'crime' (em razão da cominação da pena de detenção). De qualquer maneira, praticamente ninguém era preso por esse delito, porque a ele incidia a Lei dos Juizados Criminais. No novo texto legal (art. 28) já não se comina a pena de prisão. Logo, como vimos [...] o fato deixou de ser criminoso (em sentido estrito). Houve descriminalização 'formal', porém, sem a concomitante legalização. [...] Se as penas cominadas para a posse de droga para consumo pessoal são exclusivamente alternativas, não há que se falar em 'crime' ou em 'contravenção penal' (por força do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal [...]). O art. 28, conseqüentemente, contempla uma infração sui generis (uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal). [sublinhou-se]

Enquanto que outra corrente, encabeçada por Alice Bianchini, defende que a conduta de porte de drogas para uso próprio não pertenceria mais ao direito penal, mas sim deveria ser considerada como uma infração do direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final. Entendendo por fim, ter ocorrido a descriminalização substancial (ou seja, *abolitio criminis*) (BIANCHINI, apud GOMES, 2008).

Todavia, vale ressaltar que o posicionamento atualmente adotado de forma majoritária, e não pacífica, é o de considerar que ainda foi mantida a característica de crime no art. 28 da Lei 11.343/2006, sumariamente, pelos motivos de a conduta de portar droga pra consumo próprio estar no capítulo relativo aos crimes e às penas, ainda pelo fato de que as sanções somente podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e deve ser seguido o princípio do devido processo legal, posição adotada por doutrinadores como CAPEZ (2012a), MARCÃO (2009) e NUCCI (2013).

Cita essa corrente, que deve ser percebido também que a Lei de Introdução ao código Penal é antiga e obsoleta, não podendo limitar os parâmetros da nova tipificação legal no século XXI. Portanto, não haveria que se falar em *abolitio criminis*, mas, sim, apenas numa despenalização da conduta (CAPEZ, 2012).

2.4.2 Das características do art. 28 da Lei 11.343/2006

Delimitando o crime por ela positivado, que é parte da problematização, qual seja o art. 28 da Lei 11.343/2006, porte de droga para uso próprio, extrai-se da legislação:

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:
[...]

Sabendo-se a respeito de algumas das características da Lei de Drogas, emecemos a estudar o objeto juridicamente tutelado por este Diploma em seu tipo penal, a saber, que: “o objetivo maior da lei é a proteção da saúde pública [...] É a prevenção da saúde pública [...]” (MARCÃO, 2009, pg 69)

No mesmo sentido ensina Vicente Greco Filho (2008, p. 46):

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. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para a aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de ser paraíso artificial ou de seu inferno.

Ao contrário do que um olhar desatento perceberia o bem juridicamente tutelado pelo art. 28 da Lei nº 11.343/2006 é a saúde pública e não a saúde do próprio usuário, já que o tipo penal não tipifica a conduta de “usar”, mas sim a detenção da droga para o próprio consumo. Nesta situação, portanto, podemos extrair a falácia de que “se eu uso drogas, é meu problema, não faço mal a ninguém”, o que é uma completa inverdade. Ora, pois, o porte de droga para consumo próprio é um risco a saúde pública, que pelo simples fato de a substância psicotrópica se encontrar no seio da sociedade, ainda que para o próprio uso, já passa a existir a possibilidade de circulação da substância, o que aos olhos da atual sociedade é inaceitável (CAPEZ, 2012).

Colhe-se, também, da jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. [...] RECURSO DO ÓRGÃO MINISTERIAL. SUPOSTA PRÁTICA DE CONDUTA DESCRITA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS [...] FATO TÍPICO. CONDUTA QUE NÃO SOFREU DESCRIMINALIZAÇÃO. TIPO PENAL QUE CONTINUA IMPONDO PENAS, EM QUE PESE NÃO SE REPORTE MAIS À SANÇÃO CORPORAL. COMETIMENTO DE NOVO DELITO. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA QUE SE FAZ NECESSÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 118, I, DA LEP. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O legislador, ao editar a Lei 11.343/2006, não descriminalizou propriamente a conduta do usuário de drogas. [...]. Isto porque, além dos malefícios que a substância entorpecente acarreta ao próprio usuário, seu uso coloca em risco toda a coletividade, por efeitos diretos e indiretos [...] (SANTA CATARINA, 2012) [sublinhou-se]

O delito de porte de droga para uso próprio, além disso, é um crime permanente, isto significa que a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal se prolonga no tempo. A todo o momento o sujeito porta a droga até o consumo, não existindo um momento específico de cometer o crime, pois este é cometido a toda hora enquanto se portar a droga. “Crime permanente é aquele cuja consumação se prolonga no tempo” ensina o professor Rogério Greco (2012, pg. 40).

Na mesma vertente, o professor Luiz Flávio Gomes, (2008, pg 150) leciona que “as condutas consistentes em guarda, ter em depósito e trazer consigo são permanentes. Retratam uma infração permanente (o bem jurídico tutelado resulta afetado em todo momento, sem solução de continuidade)”.

E ainda, segundo o entendimento de Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacila (2014, p. 40), extrai-se:

[...] trata-se de hipóteses em que a consumação se protraí no tempo, ensejando maior possibilidade de flagrante, enquanto a substância está na posse do agente, o que pode durar bastante tempo, além da contagem do prazo prescricional ter início somente no momento em que o autor se desfaz da droga.

Todavia, em se tratando dos sujeitos do crime, vale ressaltar que o sujeito ativo deste crime trazido a lume pode ser qualquer pessoa, em virtude de se tratar de um crime comum conforme ensina o professor GOMES (2008), ressaltando que quando se tratar de menor de 18 (dezoito) anos, a este se aplicará o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nessa mesma vertente, os professores Fernando Capez (2012a) e Renato Marcão (2009) são uníssonos em afirmar que qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo, em virtude de se tratar de crime comum.

Ainda quanto ao sujeito, porém o passivo, no delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 é considerada a coletividade, segundo as palavras do professor Fernando Capez (2012, p. 757) “uma vez que se pune o perigo a que fica exposta com a detenção ilegal da substância tóxica, ainda que a finalidade seja a de consumo pessoal”. Portanto ainda que seja para consumo próprio o risco à coletividade por si só serve para punir a conduta.

É de igual modo, o posicionamento de Guilherme Souza Nucci (2014) ao ensinar que na realidade não se visa punir o porte da droga para uso próprio, em virtude da proteção à saúde do próprio agente, visto que a autolesão não é punida, via de regra, pelo atual ordenamento jurídico-penal, mas em razão do potencial lesivo que pode ocasionar à coletividade.

2.5 DAS SANÇÕES ATUALMENTE APLICÁVEIS

Ademais, cientes das características marcantes do art. 28 de Diploma penal de Drogas, devemos analisar, conseqüentemente, as sanções aplicáveis ao tipo, que vige da seguinte forma:

[...]

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

[...]

§ 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.

[...]

Como positiva o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, hoje são três sanções previstas para o crime de porte de droga para uso próprio, sendo elas: “Advertência sobre os efeitos das drogas”, “Prestação de serviços à

comunidade” e “Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

Na análise do crime, o juiz julgador deverá levar em consideração, entre outros, o delito em si, o sujeito ativo do tipo e o grau de reprovabilidade, ou culpabilidade, existente na conduta. O primeiro decorre da sua gravidade, local do crime, as circunstâncias, a quantidade de droga utilizada etc. Quanto ao segundo, é verificada a personalidade do criminoso, se reincidente ou primário etc. Quanto ao último deve-se estudar o nível de reprovabilidade capaz de motivar a sociedade diante da situação. Em decorrência do exposto, o magistrado poderá aplicar estas penas de forma isolada ou cumulada (GOMES, 2008).

Ao tema, introduz Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacila (2014, p. 46):

A Lei procurou acertadamente não estigmatizar o possuidor de droga para consumo pessoal e, principalmente, tornar acessível um tratamento voluntário. É provável que muitas pessoas permaneçam utilizando drogas por não terem oportunidades de adotar um prisma diferente sobre o tema e outras viciadas em drogas mais agressivas por não terem oportunidade médica/psicológica e social de tratamento

Um das inovações trazidas pela Lei nº 11.343/2006 conforme já discorrido supra, é a diferenciação na abordagem entre usuários, dependentes e traficantes, em virtude disso as penas previstas para aquele que traz consigo droga para uso próprio são brandas se comparadas às previstas ao traficante, haja vista que o perigo social causado por esta primeira conduta tem menor potencial lesivo que o causado pela conduta do tráfico (GRECO FILHO; RASSI, 2008).

Quanto à análise das penas em si, estas possuem nomes auto-explicativos, no entanto, é sabido analisar as características e os procedimentos a elas cabíveis, sendo assim passaremos a estudá-las individualmente.

2.5.1 Advertência sobre os efeitos das drogas

Esta sanção tem por objetivo maior advertir aquele que incidiu em qualquer dos verbos inseridos no art. 28 da Lei de Drogas acerca das consequências prejudiciais provenientes destas. Quanto ao tema ensina Renato Marcão (2009, p. 63):

A pena de advertência tem por finalidade avivar, revigorar e, em alguns casos, incutir, na mente daquele que incidiu em qualquer das conditas do art. 28, as consequências danosas que o uso de drogas proporciona à sua própria saúde; ao seu conceito e estigma social; à estabilidade e harmonia familiar; à comunhão social, buscando despertar valores aptos a ensejar contra-estímulo ao estímulo de consumir drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Nos dias atuais, compete ao juiz o dever de designar audiência específica para advertir o dependente sobre os efeitos das drogas, nos moldes da audiência admonitória de concessão de *sursis*, para que, seja formalizada a advertência ao réu, advertência esta que pode ser considerada como um aviso ou uma leve censura, sobre os efeitos causados pelo uso das drogas, seja em relação a sua saúde como usuário, seja pela saúde de terceiros (NUCCI, 2014).

2.5.2 Prestação de serviços à comunidade

A prestação de serviços à comunidade é por si só autoexplicativa, entretanto, cabem algumas considerações pontuais. Nota-se que essa prestação de serviços à comunidade deve ser de maneira gratuita ao apenado, haja vista o art. 46, §1º, do Código Penal, infra transcrito:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. [grifou-se]

Ademais, leciona Paulo Rangel e Carlos Bacila (2013, p. 56):

Consiste em atribuições de **tarefas gratuitas junto a entidades assistências, hospitais, escolas, orfanatos etc.**, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. Tendo em vista que a **Lei estabelece um prazo máximo de cinco meses para o cumprimento da prestação de serviços, o período determinado na sentença, de um dia até cinco meses, deve ser o período de abreviação da pena [...]** Com efeito, além do serviço que seja benéfico para a comunidade, a medida deverá ser compatível com o benefício da pessoa incumbida de realizá-la e que foi envolvida com as drogas [...] [grifou-se]

Aliás, ressalta-se a coerência existente entre o ensinado por Paulo Rangel e Carlos Bacila com o parágrafo 5º do art. 28 da Lei de Drogas, dando conta que deverá ser cumprida a prestação de serviços à comunidade em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais etc., conforme se extrai:

§ 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.

Outrossim, o máximo da pena a ser aplicada é fixada pelo parágrafo 3º do art. 28 da Lei 11.343/2006 cujo teor prevê o prazo máximo de 5 meses de aplicação. Em contrapartida, o prazo mínimo aplicável se origina na impossibilidade de infligir pena em fração de dia, consoante o art. 11, do Código Penal.

2.5.3 Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

Quando a sentença que condenou o réu à pena de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo transitar em julgado, caberá ao julgador fixar precisamente o programa ou curso educativo em qual o apenado deverá comparecer, impondo-se, ainda, ao magistrado determinar a frequência a ser realizada (GOMES; 2008).

Vale ressaltar ainda que, em virtude do fato desta sanção depender de um fator externo, qual seja a organização de programas ou cursos educativos, poderá, o juiz, exigir o comparecimento do condenado em mais de

um curso ou programa afim de que sejam cumpridos os prazos de aplicação da pena, desde que respeitados os limites legais, ou seja, para cumprir o prazo aplicado na sanção o réu poderá comparecer em um programa que preencha todo o período de pena ou mais de um para que tal período seja suprido. Conforme leciona Renato Marcão (2009, p. 63):

A execução da pena de *comparecimento a programa ou curso educativo*, [...] também deve levar em conta o prazo limite da pena aplicada, ficando sujeita, ainda, mas dentro dos limites temporais da pena, ao número de dias de comparecimento, periodicidade e carga horária diária estabelecidos pelos organizadores e executores do programa ou curso educativo. Tais parâmetros, obviamente, não podem ser fixados pelo juiz, ficando sujeitos à estrutura do programa ou curso, balizado por critérios técnicos e científicos diversos.

Nesta senda, resta salientar ainda, que ambas as sanções previstas no art. 28, I, II e III, se não cumpridas podem ensejar sucessivamente em admoestação verbal, que “consiste em uma repressão oral a respeito da necessidade de o apenado se submeter ao título executivo que decorre da sentença condenatória” (MARCÃO, 2009, p. 67), e multa, como meio de garantir o cumprimento dessas medidas educativas, conforme o parágrafo 6º deste mesmo artigo.

3 DAS PENAS

Quando se trata do instituto denominado pena, é necessário, preliminarmente, que se compreenda de que forma se dá sua conceituação e por quais motivos se aplicam este instituto, em outras palavras, qual seria o seu objetivo final, afim de que seja elucidada qualquer dúvida inicialmente existente.

Cabe também analisarmos em quais formas o ordenamento jurídico pátrio a impõe a restrição ou diminuição de um bem jurídico ao indivíduo considerado criminoso, que posteriormente veremos se tratar basicamente de três maneiras, sendo elas divididas entre as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direito e as penas de multa, consoante o art. 32, do Código Penal vigente.

Mais adiante, também veremos que, para perfectibilizar a aplicação da pena, se faz necessária a aplicação de diversos princípios penais e processuais penais, norteadores e balisadores do direito penal, dentre os quais, ao final, se dará ênfase principalmente ao Princípio da Proporcionalidade da Pena.

3.1 CONCEITUAÇÃO E FINALIDADES DA PENA

Num breve apanhado histórico, interessante é sabermos que desde que se começou a aplicar a pena como instrumento punitivo, sua conceituação transformou-se de tal modo aos pensamentos e ideais de cada época.

Considera-se hoje, que nos primórdios, este instrumento punitivo era compreendido como um meio privado de punir quem quer que fosse mais fraco ou quem havia cometido um mal, entendido por vezes como o direito de vingança privada, como ocorria, por exemplo, quando uma tribo derrotava outra rival em guerra, a primeira tinha o poder de confiscar riquezas e escravizar o povo derrotado, valendo-se da força.

No transcurso da história este poder de punir foi retirado dos civis comuns e repassado ao Estado, o ente representativo de toda a população, período este considerado como o da vingança pública. Todavia, mesmo com a

retirada do poder de punir do ente privado para o ente público, mantiveram-se as características da vingança pelo fato do agente infrator ter cometido o crime.

Não era em nenhum momento considerada a reeducação ou ressocialização do apenado, objetivava-se apenas a devolução do mal causado, o que de fato só veio a ser repensado posteriormente com as penas racionais ou dogmáticas, originando diversas teorias de aplicação das penas (ZAFFARONI, 2003).

Atualmente, levando-se em consideração a legislação vigente, compreende-se que o poder/dever de aplicar as penas, o chamado *jus puniendi*, aos agentes tidos como criminosos é do Estado, objetivando, conforme se extrai da Lei de Execuções Penais (LEP), em seu artigo 1º, a ressocialização e reeducação do apenado para que este não retorne a cometer crimes e seja novamente incluído no seio da sociedade como aquele que cumpriu sua dívida. (DELMANTO, 2011)

Nos tempos atuais, para melhor conceituar-se a pena, a doutrina de Damásio de Jesus (SOLER, 1970; *apud* JESUS, 2012 p.342) ensina no sentido de que a “Pena é a sanção aflictiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Por sua vez, Fernando Capez leciona:

sanção penal de caráter aflictivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2012b, p. 385-386.)

Na mesma vertente Rogerio Greco (2012), explanando, pois, que as penas são medidas que têm o encargo serem suficientes à reprovação e a prevenção do crime, no sentido de que devem reprovar o mal causado pela conduta criminosa e prevenir que se ocorra novas infrações penais.

Seguindo esta mesma corrente, também leciona Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 50-51):

A pena pode ser concebida, por uma parte, como forma estatalmente acolhida de *intimidação* das outras pessoas através do sofrimento

que com ela se inflige ao delinquente e cujo receio as conduzirá a não cometerem factos (sic) puníveis [...]: fala-se então a este propósito de **prevenção geral negativa** ou de **intimidação**.

Complementa Cezar Bitencourt (2012, pg. 128), “que a concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade”. Parte daí, o entendimento de que o conceito de pena está intimamente ligado tanto ao conceito de Estado, quanto ao de culpabilidade, haja vista, a necessidade de o Estado valer-se da pena como um meio de sustentação, e é o único a fazê-lo, objetivando “facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade”, sem a qual impossível seria viver de forma organizada e pacífica.

A inferência lógica nos permite, então, analisar a pena como o instituto responsável por impor uma restrição ou privação de um bem jurídico do autor de uma conduta considerada criminosa, com o intuito de educá-lo ao não cometimento de novo delito, bem como da retribuição pelo ato cometido. Entretanto, quanto à finalidade em si deste instituto, existem teorias responsáveis por uma análise mais profunda pelo objetivo maior da sanção, sendo que seguem elencadas e esmiuçadas abaixo.

3.2 TEORIAS DA PENA

Leciona Fernando Capez (2012b, p.386), em síntese que as Teorias da pena se dividem em três grandes correntes, sendo elas a Teoria Absoluta, a Teoria Relativa e a Teoria Mista, conforme observamos:

a) **Teoria Absoluta ou da retribuição**: a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (punitur quia peccatum est). b) **Teoria Relativa, finalista, utilitária ou da prevenção**: a pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (punitur ne peccetur). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição). c) **Teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória**: a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (punitur quia peccatum est et ne peccetur).

Em síntese, a primeira surge do sentimento humano de vingança, funcionando como uma retribuição do mal com o mal, característica quase instintiva do ser humano, que objetiva a satisfação, o alívio e o sentimento de justiça, sendo exemplos clássicos desta teoria de vingança privada a Lei de Talião e a Lei das XII Tábuas. (DELMANTO, 2011)

Já na Teoria da Prevenção, conforme leciona Cezar Bitencourt (BITENCOURT, 2012), é justificada de forma a não objetivar o castigo do agente delitivo como a Teoria Absoluta, de outra forma, sua aplicação deixa de estar vinculada ao fato passado, passando a ser concebida como um meio de prevenção ao cometimento futuro de outros crimes. Nesta senda, observamos que a finalidade desta Teoria se encontra num fato futuro, cuja intenção é a não consumação de novos delitos.

Esta Teoria possui a característica de se subdividir em Teoria da Prevenção Geral e a Teoria da Prevenção Especial, sendo que no que diz respeito à primeira, dentre alguns dos defensores desta “destacam-se [...] Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach. Feuerbach foi o formulador da ‘teoria da coação psicológica’, uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral”, de acordo com o ensinado por Cezar Bitencourt (BITENCOURT, 2012, p. 141-142).

Continuando ainda:

[...] é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da lei cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada. (FEUERBACH *apud* BITENCOURT, 2012, p. 142)

Desta forma, a Teoria da pena como prevenção geral, visa não somente atuar na pessoa do condenado, mas genericamente em toda a sociedade, tendo então uma dupla característica, a negativa, quanto à inibição do desejo de violar o bem juridicamente tutelado pela lei, e a positiva, no que tange a necessidade de comprovar o resultado eficiente do Poder Judiciário, gerando confiança ao sistema penal, trazendo um efeito pedagógico e pacificador nos demais cidadãos, tendo em conta a aplicação da pena ao condenado tranquilizar a sociedade como um todo. (GRECO, 2012)

Já no tocante a Prevenção Especial, seu objetivo final busca, da mesma forma que a Prevenção Geral, evitar a consumação de novos delitos, entretanto, ao contrário do que prevê a outra, dirige-se especificamente e exclusivamente ao infrator, de modo que este não volte a delinquir.

Leciona Cezar Bitencourt, citando Von Liszt (2012) que para se calcular a necessidade de pena, se mede com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena deve obedecer a ideia da ressocialização e reeducação do apenado à intimidação dos que não necessitem se ressocializar e neutralizar os considerados incorrigíveis. Tal tese arguida, segundo ele, pode ser dividida em três palavras: a intimidação, correção e inocuidade.

Em suma, conforme leciona Damásio de Jesus, se referenciando em Sebastian Soler, a Teoria da pena como prevenção especial, atua de três formas, primeiramente assegurando, com a prisão, a comunidade frente aos condenados, ao mesmo tempo intimidando o agente criminal, por meio da pena, a não cometer mais crimes no futuro, e por fim, a preservação do próprio condenado através da sua reeducação, extraído-se a ideia de ressocialização do criminoso. (SOLER, 1970, *apud* JESUS, 2012)

Esta Teoria possui, portanto, de modo abrangente, esta característica peculiar às outras, pois tende a prevenir a prática de novas infrações tanto por parte do próprio agente quanto dos co-cidadãos, atuando de forma educativa.

Nesta vertente vê-se o ensinamento por Cesare Beccaria (2006, p. 43):

Fica evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. [...] O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.

Por fim, a última Teoria a ser elucidada é a Teoria Mista ou Unitária, em cujo teor suscita uma unificação das duas Teorias anteriormente analisadas. Em decorrência disto, uniu as características de ambas, trazendo em seu teor não só a intenção retributiva, mas também a de prevenção. Retributiva, haja vista que estabelece uma punição, consistente em impor uma diminuição de um bem jurídico ao autor do crime, com o intuito de educá-lo; e

Preventiva tendo em vista buscar evitar a prática de novas infrações penais, tanto dos próprios agentes infratores quanto da população em geral. (ANDREUCCI, 2004)

Nesta mesma vertente, leciona Celso Delmanto (2011), no sentido de que a Teoria Unitária, tem a intenção de tratar a pena em três aspectos, o de retribuição, o de prevenção especial e o de prevenção geral, somando assim as características das duas teorias analisadas anteriormente.

Na atualidade, o legislador responsável pela elaboração do Código Penal de 1940, atualmente vigente, adotou a terceira teoria, conforme se extrai do artigo 59 do Código Penal de 1940, após a reforma de 1984:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
[...] [grifou-se]

Sendo assim, mencionado artigo, competente por fixar os parâmetros de aplicação da pena pelo magistrado, positivou que a sanção deve ser aplicada nos ditames da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime, objetivo característico da Teoria Mista da Pena. (DELMANTO, 2010)

Nesta senda, torna-se compreendido que o *ius puniendi*, poder/dever do Estado, é um direito deste, respeitando os ditames dos princípios fundamentais e basilares do Direito Penal, de impor uma pena, por intermédio do magistrado, ao agente que pratica fato típico, ilícito e culpável, conseqüentemente concebido como crime, consoante leciona Rogério Greco (2011).

Cabe agora esclarecermos as características deste instituto sancionador.

3.3 CARACTERÍSTICAS DA PENA

Atualmente as penas previstas no direito pátrio possuem diversas características expressas e outras implícitas nos próprios dispositivos legais,

dentre as quais a doutrina atribui enfoque principal aos aspectos da pena ser pessoalíssima (Princípio da intranscendência), ter sua aplicação disciplinada por lei (Princípio da Legalidade), sua inderrogabilidade e por fim ser proporcional ao crime cometido (Princípio da Proporcionalidade), de acordo com o elucidado por Damásio de Jesus (2012).

Ao analisarmos individualmente suas características, identificamos o Princípio da Intranscendência, em que ao ser aplicado, a pena deve sempre ser imputada apenas à pessoa do condenado, senão vejamos o artigo 5º, inciso XLV, da Carta Magna:

XLV - **nenhuma pena passará da pessoa do condenado**, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (grifou-se)

Consoante leciona Eduardo Raúl Zaffaroni (2003), no entanto, essa intranscendência do poder punitivo não é absoluta, uma vez que acaba por inevitavelmente atingir um terceiro, considerando-se o fato de ao ser imposta, por exemplo, uma pena de prisão ao agente infrator, sua família acaba por sentir sua falta, tanto financeiramente, quanto sentimentalmente. Desta forma, a simples comunicação, o mero conhecimento, a própria estigmatização, ou ainda a queda dos rendimentos, dentre outras consequências, afetariam os familiares e amigos, de maneira que impreterivelmente existirão quando das aplicações das penas.

De outro modo, o Princípio da Legalidade em síntese, visto que será melhor analisado a seguir, exerce uma função de limitação efetiva ao poder punitivo estatal e será melhor abordado a seguir, se tornando um imperativo, uma obrigação, que não admite exceções, conforme o ensinado por Cezar Bitencourt (2012).

Noutro óbice, vislumbramos sua inderrogabilidade, característica que visa transmitir à sociedade a certeza da aplicação da pena, em outras palavras, ao juiz nunca será facultada a aplicação ou não de pena, salvo as exceções legais, sob fundamento algum. Neste sentido, como exemplifica Fernando Capez, (2012b) o magistrado não pode extinguir a pena de multa por levar em

consideração o valor irrisório que seria aplicado, ao contrário, tem o poder/dever de aplicá-la.

No mesmo sentido lecionam Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2007, p. 247) ao lecionarem que “praticado o delito, a imposição deve ser certa e a pena cumprida”. Em seguida aludia algumas situações onde esta característica é “suavizada”, tais quais: a suspensão condicional do processo, o livramento condicional, o perdão judicial, a extinção da punibilidade etc.

Por fim, a proporcionalidade penal, que, cabe aqui ressaltar, também será amplamente analisada posteriormente no princípio da proporcionalidade da pena, portanto preliminarmente e em poucas palavras, se trata de uma necessidade da sanção guardar uma razoável proporção entre o crime realizado e a forma de sua execução, sendo que são incluídas aqui tanto a atividade legislativa na elaboração de leis penais proporcionais quanto a própria atividade judiciária, quando aplicá-las e/ou executá-las. (DELMANTO, 2008)

3.4 CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

Nos dias atuais, a Constituição Federal, estabelece em seu artigo 5º, XLVI, as seguintes penas admitidas no Brasil: privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Traz-nos, também, a Carta Magna, neste mesmo artigo, no entanto no inciso XLVII, alguns tipos de penas cuja aplicação é vedada, sendo elas a pena de morte, excetuando-se em caso de guerra declarada, nos ditames do artigo 84, XIX, a pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

De outro modo, no âmbito jurídico brasileiro, a doutrina, por sua vez, classifica as penas principalmente entre as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as de multa, tendo por base o artigo 32 do Código Penal.(ANDREUCCI, 2004)

Desta forma, partindo-se do posicionamento doutrinário a respeito do artigo 32 do Diploma Penal, a fim de esmiuçá-las, classificaram-se as penas da seguinte forma:

3.4.1 Privativas de liberdade

As penas privativas de liberdade têm por objetivo principal reduzir um bem jurídico do condenado, qual seja a sua própria liberdade, o seu direito de ir e vir, fazendo com que ele seja recolhido a um estabelecimento prisional adequado à espécie e à quantidade de pena aplicada. (ANDREUCCI, 2004)

Conforme leciona Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 255-256), a legislação penal anterior dividia os condenados entre perigosos e não-perigosos no tocante ao cumprimento das penas de reclusão ou detenção, sem embargo com o advento da Lei nº 7.209/84 afastou essa possibilidade, como se observa:

Com as modificações do sistema de penas do Código Penal, efetuada pela Lei nº 6.416/77, os condenados foram divididos, para efeito do cumprimento da reclusão e detenção, em perigosos e não perigosos. Os primeiros ficavam sujeitos sempre ao regime fechado, e os outros podiam iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto [...] A Lei nº 7.209/84 afastou, porém, a distinção fundada na periculosidade, e os regimes de pena passaram a ser determinados pelo mérito do condenado e, em sua fase inicial, pela quantidade da pena imposta e pela reincidência.

Extrai-se, do art. 33 do Código Penal, a ideia de que atualmente, no direito brasileiro, as penas privativas de liberdade são aplicadas de duas formas diversas, a reclusão e a detenção, sendo que a primeira deve ser cumprida ou em regime fechado, ou em semiaberto, ou em aberto, enquanto que a segunda deve ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, apenas excetuando-se os casos de necessidade de transferência para o regime fechado, conforme a segunda parte deste artigo.

Colhe-se do mencionado dispositivo, contudo em seu parágrafo segundo, que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado” desde que observados alguns critérios e ressalvadas algumas hipóteses de regressão de regime. Desta forma entende-se que no direito brasileiro as penas são progressivas, tendendo, normalmente, em ir do regime mais rígido (fechado) para o regime mais brando (aberto).

No que tange aos citados regimes penitenciários, quanto ao fechado, abordado pelo artigo 34 do Código Penal, a pena deve ser cumprida

em estabelecimento de segurança máxima ou média, enquanto que no regime semiaberto, aludido no artigo 35 do mesmo Diploma, a pena deve ser cumprida em colônia penal agrícola ou industrial, ou ainda em estabelecimento equivalente, já quanto ao regime aberto, discorrido no artigo 36, também do Código Penal, o apenado tem direito a liberdade durante o dia, podendo trabalhar ou frequentar cursos, e durante a noite e nos dias de folga deve se recolher à Casa do Albergado ou estabelecimento semelhante. (CAPEZ, 2012)

No mesmo sentido Paulo Queiroz (QUEIROZ, 2006, p. 383-384), ao escrever:

O Código, com vistas à individualização da pena, adotou um **sistema progressivo de execução em três regimes prisionais: fechado, semi-aberto (sic) e aberto**, cuja fixação, pelo juiz, deverá ser proporcional à gravidade da condenação. O cumprimento em regime fechado dar-se-á em presídio de segurança máxima ou média (penitenciária); semi-aberto (sic), em colônia agrícola ou industrial; e aberto, em casa de albergado ou em estabelecimento adequado (CO, art. 33, § 1º) [...] [grifou-se]

Leciona Damásio de Jesus (2012) que as penas de reclusão e detenção não se diferenciam apenas quanto aos regimes de cumprimento, posto que também possuem estabelecimentos penais de execução próprios, à sequência de execução no concurso material, de acordo com o artigo 69, do Código Penal, à incapacidade para o exercício do poder familiar, consoante artigo 92, inciso segundo, do Código Penal, e ainda, quanto à medida de segurança, artigo 97, do mesmo Diploma.

3.4.2 Restritivas de direito

De outro modo, as penas restritivas de direito, de que tratam o artigo 43 e seguintes do Diploma Penal são:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
I - prestação pecuniária;
II - perda de bens e valores;
III - (VETADO)
IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
V - interdição temporária de direitos;
VI - limitação de fim de semana.

De maneira sintetizada, porém completa, Damásio de Jesus (2012, p. 575) ensina, a respeito das penas restritivas de direito, o seguinte:

1.ª) prestação pecuniária (art. 43, I): consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz, não inferior a um nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos (art. 45, § 1.º); **2.ª) perda de bens e valores** pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (art. 43, II), considerando-se o prejuízo causado pela infração penal ou provento obtido pelo agente ou por terceiro (art. 45, § 3.º); **3.ª) prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas** (arts. 43, IV, e 46): atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, § 1.º) em entidades assistenciais, escolas, hospitais etc. (art. 46, § 2.º) [...] [grifou-se]

Partindo-se para uma comparação, semelhantemente às sanções privativas de liberdade, as penas restritivas de direito implicam numa redução de um bem jurídico do condenado.

Entretanto, ao oposto das penas de detenção ou reclusão, tais sanções restritivas são consideradas por Paulo Queiroz (2006) medidas puramente alternativas, partindo do fato de que o legislador quis reservar as penas privativas de liberdade apenas aos casos considerados necessários, conforme a gravidade do crime. Assim, as penas restritivas de direito serviriam como substituição à pena de prisão para os crimes mais brandos.

Por conseguinte, Ricardo Antônio Andreucci (2004) ensina que a pena restritiva de direito consistiria na inabilitação temporária de um direito do condenado, na perda de bens ou valores, na prestação pecuniária, imposta substitutivamente à pena privativa de liberdade, em que a infração cometida possui relação direta com a espécie de pena escolhida.

Mencionada substituição, consoante artigo 59, inciso IV, do Código Penal, deverá ser exercida no momento da fixação da pena pelo magistrado, que deve levar em consideração alguns requisitos subjetivos, como a culpabilidade do agente, dentre outros elementos do *caput* do citado dispositivo, para poder concluir quando a substituição da pena de prisão por uma restritiva de direitos seja cabível e mais adequada ao caso. (BITENCOURT, 2012)

Destarte, para a possível aplicação destas penas também são necessários os preenchimentos de alguns requisitos objetivos, sendo eles: a) que a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada deve sempre ser

igual ou inferior a quatro anos, ou nos casos de crime culposos independentemente da quantidade de pena imposta; e b) quanto à natureza da ação penal, o crime realizado não deve ter sido executado mediante violência ou grave ameaça à vítima, violência esta dolosa, já que os crimes culposos admitem essa substituição. (CAPEZ, 2012b)

3.4.3 Multa

Quanto ao terceiro tipo de sanção aplicável pelo Direito Brasileiro, denominada pena de multa, está, nos dias atuais, positivada no artigo 49 do Código penal, colhendo-se da doutrina de Cezar Bittencourt, em que cita o mestre Francesco Carrara, uma conceituação desta espécie de sanção, na qual ressalta que a diminuição de nossas riquezas, aplicada por lei como um castigo em virtude de um delito é que se chama pena pecuniária. (CARRARA *apud* BITENCOURT, 2012)

Seguindo esta mesma vertente complementa Paulo Queiroz, em cuja doutrina explica que este tipo de pena imposta “consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa (CP, art. 49)” (QUEIROZ, 2006, p. 413)

Não obstante, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2007) lecionam que é mais vantajoso este tipo de sanção quando se trata de crimes de potencial ofensivo menores do que as penas privativas de liberdade, visto que o criminoso seria condenado à prisão por um prazo muito curto, não sendo suficiente à recuperação e ressocialização do apenado, ao contrário, poderia corrompê-lo, haja vista ser privado do convívio familiar e de suas atividades laborativas, acarretando problemas a sua vida particular e familiar sem atingir o objetivo essencial da sanção.

Contudo, como bem assevera Ricardo Antônio Andreucci (2004), a pena de multa muito embora se assemelhe à pena de prestação pecuniária, já que tratam do mesmo objeto, a pecúnia, o dinheiro, não podem ser confundidas ou tratadas de igual maneira, tendo em vista se distinguirem em diversos aspectos.

Sendo que, tendo em conta a pena de multa poder ser aplicada como pena principal, alternativa ou cumulativa, ao oposto da prestação

pecuniária que deve sempre ser aplicada como pena substitutiva da sanção privativa de liberdade. De outro modo a multa deve ser recolhida, conforme o *caput* do artigo 49 do Código Penal, ao Fundo Penitenciário Nacional, enquanto que a prestação pecuniária, de acordo com o visto, deve ser direcionada à vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social.

E ainda, quanto à forma de cálculo deste tipo de pena, uma vez que a multa se calcula por meio de dias-multa, diferentemente da prestação pecuniária, calculada com base no salário mínimo. Sendo que o valor do dia-multa deve ser fixado pelo juiz na sentença condenatória, não podendo ser inferior a m trigésimo do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário, conforme o parágrafo primeiro do artigo 49, do CP.

Nesta senda, sobreleva ressaltar que a pena de multa deve seguir alguns critérios de aplicação, como bem lembra Damásio de Jesus (2012, p. 585):

Vários são os critérios apontados para a cominação da pena de multa pelos Códigos Penais:

- a) parte alíquota do patrimônio do agente: leva em conta o patrimônio do réu – estabelece uma porcentagem sobre os bens do condenado;
- b) renda: a multa deve ser proporcional à renda do condenado;
- c) dia-multa: leva em conta o rendimento do condenado durante um mês ou um ano, dividindo-se o montante por 30 ou 365 dias; o resultado equivale ao dia-multa;
- d) cominação abstrata da multa: deixa ao legislador a fixação do mínimo e do máximo da pena pecuniária.

Ensina Fernando Capez (2012b), que antes de 1996 era concebida a ideia, e a prática, da conversão da pena de multa em detenção, sendo que deixou de existir tal possibilidade. Esta conversão ocorria nos casos de inadimplemento da sanção por parte do condenado, e cada dia-multa imposto era equivalente a um dia de detenção a ser cumprido, não podendo exceder o número máximo de um ano, conforme o artigo 51, §1º, do CP (ainda não reformado pela Lei nº 9.268/1996). Todavia, a partir do momento da quitação da pena, a conversão se tornava sem efeito, visto que cumprida a condenação.

Esta atual impossibilidade de aplicação da conversão somente se deu com o advento da Lei nº 9.268/1996, que forneceu nova redação ao artigo 51, em cujo teor menciona que:

Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativas à dívida da Fazenda Pública [...]

Bem lembra Damásio de Jesus que com a antiga previsão de conversão da pena de multa em pena de detenção, tal situação permitiria ocasionar muitas vezes uma pena excessiva, muito mais grave que o próprio crime realizado pelo apenado partindo-se do princípio de que “para o crime a pena de multa era suficiente; para o inadimplemento, impunha-se a resposta penal de maior gravidade, qual seja, a pena privativa de liberdade” (JESUS, 2012, p. 588)

Desta forma, tendo analisado a pena, seu conceito e histórico, as teorias de aplicação, e as suas possíveis formas no direito pátrio, faz-se necessário, portanto, a seguir, um destaque aos Princípios Penais e Processuais Penais, visto que basilares e norteadores do Direito Penal como um todo.

3.5 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Antes, todavia, de iniciarmos a explanação a respeito dos princípios penais propriamente ditos, vale lançar a seguinte questão, o que são princípios? Por intermédio de Guilherme Souza Nucci (SILVA *apud* NUCCI, 2013, p. 41), referenciando o professor José Afonso da Silva, sabe-se:

Dentre os vários significados do termo *princípio*, não se pode deixar de considerá-lo a causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo. Juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Continuando ainda, contudo em sua própria conceituação, que os princípios, na concepção jurídica da palavra, “são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos

problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou estreito”. (NUCCI, 2013, p. 41)

Tendo em vista esta característica marcante e essencial do princípio como norteador do direito, que é a generalidade e abrangência, a doutrina conceitua e classifica os princípios penais de diversas formas, não existindo uma concepção única ou mais correta. Assim busca-se a seguir listarmos os principais princípios penais mencionados e trabalhados pela doutrina.

Para que se concretize esse objetivo, colhe-se dos ensinamentos de Guilherme Souza Nucci (2013) e Rogério Greco (2011) os seguintes princípios: princípio da legalidade; princípio da intervenção mínima; princípio da personalidade ou responsabilidade pessoal; princípio da culpabilidade; princípio da fragmentariedade; princípio da individualização da pena; princípio da proporcionalidade; princípio da territorialidade e princípio da extraterritorialidade. Outros, o Princípio da lesividade, princípio da adequação social, princípio da insignificância, princípio da limitação das penas e princípio da extra atividade da lei penal, são tratados unicamente por Rogério Greco. Em contraponto, o princípio da anterioridade, da retroatividade da lei penal benéfica, princípio da humanidade, princípio da taxatividade e da vedação da dupla punição pelo mesmo fato, são estudados somente por Guilherme de Souza Nucci.

Vê-se, portanto, um universo de princípios, mesmo que se restringindo estudar apenas os princípios penais, já se torna uma seara extremamente fértil e abrangente. Em virtude disso é que, em seguida, elucidar-se-ão sucintamente alguns dos considerados mais importantes, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade ou da reserva legal, princípio do devido processo legal, o princípio da individualização da pena, finalizando com o estudo do princípio da proporcionalidade da pena.

3.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Começa-se discursando sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, por vezes entendido como princípio da humanidade, no sentido de que é entendido como um princípio regente, considerado o primeiro, o mais importante, haja vista seu intuito de preservar a integridade da pessoa humana,

desde a origem, o seu nascimento, garantindo-lhe o mínimo essencial e existencial, até a sua morte. (NUCCI, 2013)

Nota-se que este princípio está elencado como fundamento constitucional, no art. 1º, III, da CF, e como garantia, no art. 5º, XLIX, também da Constituição Federal, por possuir essa carga demasiadamente importante. Rodrigo Duque Estrada Roig (2015) ensina que não há consenso na jurisprudência ao se conceituar a Dignidade da Pessoa Humana, todavia pode ser tratado como um limite à ingerência exagerada e irracional do poder de punir sobre o apenado, em essência é demonstrada pelo artigo 5º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969) ao escrever que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” [sublinhou-se].

Esta dignidade inerente ao ser humano é muito bem trabalhada por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, citado por Guilherme Souza Nucci (OLIVEIRA, apud NUCCI, 2013, p.45), ao lecionar:

Entenda-se como dignidade da pessoa humana o conjunto de atributos de natureza moral, intelectual, física, material que dão a cada homem a consciência de suas necessidades, de suas aspirações, de seu valor, e o tornam merecedor de respeito e acatamento perante o corpo social

Assim, portanto, é que se extrai a ideia de que dignidade inerente a todo e qualquer ser humano não pode ser ignorada, ferida de maneira desmesurada, irracional e desproporcional com o uso do *jus puniendi* por parte do Estado.

3.5.2 Princípio da legalidade ou da reserva legal

Deste princípio e característica da pena, extrai-se a ideia de que a característica da legalidade “consiste na existência prévia de lei para a imposição da pena (nulla Poena sine lege)” consoante Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 246), e ainda “a pena deve estar prevista em lei vigente, não se

admitindo seja cominada em regulamento ou ato normativo infralegal” de acordo com o ensinado por Fernando Capez (2012, pg. 386)

Conquanto, no que tange ao Princípio da Legalidade e ao Princípio da Reserva Legal, a maciça maioria dos doutrinadores, dentre os quais Damásio de Jesus (2012), Heleno Cláudio Fragoso (1995) e Fernando Capez (2012b, p. 56-57), entendem não possuir distinção.

[...] a maioria dos nossos autores consideram que o princípio da legalidade sinônimo de reserva legal, afirmando serem equivalentes as expressões. Heleno Cláudio Fragoso, referindo-se ao disposto no art. 1º do Código Penal, afirma: ‘Essa regra básica denomina-se *princípio da legalidade dos delitos e das penas ou do princípio da reserva legal*, e representa importante conquista de índole política, inscrita nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais’. Na mesma linha, Alberto Silva Franco assevera que ‘o *princípio da legalidade, em matéria penal* (CF, art. 5º, XXXIX,), *equivale*, antes de mais nada, à *reserva legal*’

Entretanto Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 48) defende a distinção entre eles, sendo que, segundo ele:

“O *Princípio da Legalidade* constitui uma efetiva limitação do poder punitivo estatal [...] pode-se dizer que [...] a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime”

Enquanto que no Princípio da Reserva Legal, ensina ainda que “este significa que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, de acordo com as previsões constitucionais a respeito” (BITENCOURT, 2012, p. 48).

Esta característica, e também princípio penal, decorre expressamente e cumulativamente dos incisos II, XXXIX e XL, do artigo 5º, da Constituição Federal, bem como dos artigos 1º e 2º, parágrafo único, ambos do Código Penal, e ainda reafirmados no artigo 45 da Lei nº 7.210 de 1984 (LEP), sinteticamente impõe que “a pena deve ser prevista por lei vigente à data do fato, inclusive quanto à execução [...], retroagindo só no que beneficiar o condenado”, conforme leciona Celso Delmanto (2011, pg 208)

À respeito, o art. 1º do Código Penal positiva que “não há crime sem lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Portanto, é deste

mesmo dispositivo que se origina o Princípio da Anterioridade, entendido como um complemento do Princípio da Legalidade, uma vez que, como o dito, não só decorre dos mesmos artigos, mas também da ideia de que é necessária uma lei prévia ao cometimento da conduta para que esta seja considerada crime.

Contudo, Fernando Capez (2012b, p.57) se posiciona de modo diferente, no sentido de que o Princípio da Legalidade seria gênero compreendendo duas espécies, o da reserva legal e o da anterioridade da lei penal. Senão vejamos:

Pensamos que princípio da legalidade é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal. Com efeito, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal [...] e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei *anterior* e *prévia* cominação) Assim, a regra do art. 1º, denominada princípio da legalidade, compreende os princípios da reserva legal e da anterioridade [...]

Á vista do exposto, entende-se por concordar com tal argumentação, entendendo que do princípio da legalidade pode-se extrair dois subprincípios, sendo eles o da reserva legal e o da anterioridade da lei penal.

3.5.3 Princípio do devido processo legal

Outro princípio vigente no direito pátrio é o Princípio do Devido Processo Legal, positivado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que consoante Guilherme Souza Nucci (2013, pg. 73), em seu aspecto criminal pode ser depreendido como um norteador, delineando a aplicação efetiva de outros princípios penais, especialmente os de esfera constitucional, conectando-se com os aspectos fundamentais do conceito de crime. Isto é, busca-se uma conceituação não do que realmente seja, de outro modo busca-se uma conceituação negativa, a partir do que não é, haja vista o citado que “inexistiria o devido processo legal, caso se aceitasse a condenação de alguém, com base em tipo penal excessivamente aberto, desrespeitoso ao princípio da taxatividade”.

De outro modo, o Princípio do Devido Processo Legal, nos aspectos processuais, se evidencia na garantia para o equilíbrio das partes e para o correto prosseguimento da instrução. Portanto, em todos os seus aspectos, o Princípio do Devido Processo Legal é absoluto e deve ser respeitado integralmente, para que se obtenha uma pena justa.

3.5.4 Princípio da individualização da pena

No tocante ao Princípio da Individualização da Pena, extraído do art. 5º, XLV e XLVI, da Constituição Federal, do art. 5º, nº 3, da Convenção Americana de direitos Humanos, do art. 59 do Código Penal, e também nos arts. 43, §3º, e 112, da Lei de Execuções Penais, e cujo conceito trazido por Celso Delmanto (2011, pg 209) é que “ninguém poderá ser punido por conduta alheia, devendo a pena ser individualizada em cada caso, não só no momento da sua cominação, como também no decorrer da execução”. Ainda, conforme Rogério Greco (2012, p. 9):

já há muito tempo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou princípios como o da igualdade de todos perante a lei e o da individualização da pena. O da individualização convive conosco desde o Código de 1830 (STJ, MC 8902/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., DJ 18/12/2006, p. 518)

No entanto, como bem assevera Raúl Zaffaroni (2003), e que já fora mencionado anteriormente, entretanto com outro nome, o de princípio da intranscendência, a individualização completa da pena, descrita no art. 5º, XLV, da CF como “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” é impossível de ser aplicada, visto que, por exemplo, a mera ciência, a estigmatização, são consequências que impreterivelmente atingiriam a família do apenado, sendo que se a pena imposta for privativa de liberdade, ensejaria possivelmente uma queda do rendimento familiar. Por este motivo é que alguns doutrinadores, como por exemplo, Rodrigo Duque Estrada Roig (2015), entendem que o princípio da individualização da pena deve ser entendido, de maneira diversa, como princípio da transcendência mínima, o que, no entanto, se verifica tratarem do mesmo objeto em essência.

3.5.5 Princípio da proporcionalidade da pena

Por fim, o Princípio da Proporcionalidade da Pena. Como bem introduz Rogério Greco (BECCARIA *apud* GRECO, 2012, pg. 9), este princípio existe em essência desde a antiguidade, contudo, o primeiro doutrinador a discorrer a respeito foi Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria, atualmente conhecido como Cesare Beccaria, no livro *Dos Delitos e Das Penas*, nos idos do ano 1764, onde concluiu que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, *proporcionada ao delito* e determinada por lei”.

Nota-se, que mesmo por se tratar de uma obra demasiada antiga, sua essência e fundamentos perpetuam-se pelo tempo quedando-se atualizados.

Sobre este Princípio cita Alberto Silva Franco (2011, p. 67):

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção.

Sendo que Guilherme Souza Nucci (2013, pg. 249) vai adiante, lecionando que este princípio possui dois objetivos: “a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime”.

O primeiro objetivo origina-se da necessidade do legislador, ao elaborar leis que positivem novos tipos penais ou ainda quando apenas as alterar, na forma, quantidade ou espécie da pena a ser cominada, seguir o critério da proporcionalidade. Já o segundo objetivo é dirigido ao juiz julgador, que deve usar da razoabilidade para sopesar a gravidade da pena a ser aplicada com a extensão do dano ocasionado pela realização do crime.

Nesse mesmo sentido consubstancia Alberto Silva Franco (2011, p. 67):

O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o Poder Legislativo (que tem que estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

À respeito, colhe-se da jurisprudência:

O legislador infraconstitucional não quantificou as circunstâncias judiciais, deixando a critério do julgador a tarefa de encontrar números suficientes a desestimular o agente e a própria sociedade a patrocinarem condutas análogas e, simultaneamente, a garantir a proporcionalidade entre o fato praticado e a pena, pelo que adotou, no art. 59 do Código Penal, a Teoria Mista, Eclética ou Unificadora. (BRASIL, 2011)

E ainda:

A reprimenda deve ser proporcional à reprovabilidade do delito, atenta para o desvalor da conduta e, sobre tudo, adequada às condições pessoais do agente, de modo que seja aquela suficiente e necessária em face da culpabilidade do autor do delito (MINAS GERAIS, 2006)

Reforça Luiz Régis Prado (2002) acrescentando que por este princípio deve existir um cálculo afim de que entre o crime e a pena, entre a gravidade do delito e a pena aplicada, exista um equilíbrio, abstrato ao legislador e concreto ao juiz julgador.

À vista do exposto é possível observar que não existe uma conceituação única, mas que a doutrina delinea-se no sentido de que a pena deve estar equilibrada, razoável e proporcional entre o crime perpetrado e sua forma, espécie e quantidade de imposição, sendo que guarda característica tanto abstrata, ao legislador que elabora as normas, quanto concreta, ao juiz julgador.

Ademais, com o propósito de analisar a (in)aplicação do princípio da proporcionalidade da pena nas atuais sanções previstas no crime de porte de droga para uso próprio, se fazem necessárias algumas elucidações quanto às consequências do tipo penal, tendo em vista que sabendo as extensões dos

danos provocados é que se pode analisar qual pena deveria ser razoavelmente aplicada.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA NO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO

Para se atingir o objetivo de analisar a (in)aplicação do princípio da proporcionalidade da pena no crime de porte de droga para uso próprio previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, se faz necessário compreender melhor o que as características da substância considerada droga, desde a questão história, quanto a sua classificação, até as suas consequências ao organismo do usuário. Por fim, restará abordar a questão do crime de porte de droga para uso próprio como crime combustível e investigar a aplicação do princípio da proporcionalidade da pena nas atuais penas do crime do art. 28 da Lei de Drogas.

4.1 A PROBLEMÁTICA DAS DROGAS

Esta questão da problemática das drogas não é exclusiva dos nossos tempos atuais do novo milênio, visto que conforme o descrito pelo Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas (2007), o consumo de drogas é uma prática recorrente de toda a humanidade, inclusive a dos tempos mais antigos, seja com a intenção de práticas religiosas ou culturais.

Uma das drogas mais antigas ainda consumidas é a Ayahuasca, que significa “vinho dos espíritos” e é considerado até uma divindade, um chá alucinógeno bebido por índios da bacia amazônica há mais de quatro mil anos, que provavelmente durante todo este período continua a ser feito da mesma forma, um cozido à base de pedaços do cipó *Banisteriopsis caapi*. Chá este que após a chegada dos padres jesuítas foi chamado de “poção diabólica” tendo em vista os efeitos dele decorrentes, que segundo os próprios índios quáchuas dá poderes telepáticos e sobrenaturais. (LOPES, 2006)

Outra droga ainda consumida, muito embora de modo diverso ao passar do tempo é a folha da coca, que é conhecida e utilizada pelos povos andinos a cerca de cinco mil anos atrás. Seu consumo se dava através da mastigação da folha de coca, com funções laborativas, sociais e de cunho ritualístico, mas principalmente ligado ao alívio do esforço físico e mental

provocado pelo trabalho nas altas altitudes dos Andes. (EUROPEAN COALITION FOR JUST AND EFFECTIVE DRUG POLICIES, 2007)

Ocorre que, quando da chegada dos espanhóis à América, os exploradores perceberam a adoração dos índios da região pela folha da coca e passaram a distribuí-las entre os índios escravizados para estimular o trabalho. Todavia o consumo da folha também agradou os brancos espanhóis e acabou chegar até a Europa. (LOPES, 2006)

Assim, por volta de 1860, o químico alemão Albert Niemann isolou o alcalóide cloridrato de cocaína (a cocaína) da folha da coca, em que o próprio psicanalista Sigmund Freud dedicou tempo e atenção para os efeitos anestésicos e psíquicos desta droga.

O psicanalista Sigmund Freud investigou o uso da droga. Achava que ela serviria como remédio contra a depressão e embarcou na experiência: “O efeito consiste em uma duradoura euforia. A pessoa adquire um grande vigor”. Até que um dos pacientes, Ernst Fleischl, extrapolou e morreu de overdose. Freud, então, abandonou a droga. (LOPES, 2006)

Outra substância psicotrópica muito famosa na atualidade é consumida há muito tempo, a *cannabis sativa*, cânhamo ou maconha. Originária da Ásia Central, essa substância é consumida há mais de dez mil anos, sendo que o cânhamo era mencionado já em 2.300 a.c., na China, numa lista de fármacos encomendada pelo imperador Chen Nong, em que informava que a *cannabis* serviria tanto para prisão de ventre como para problemas de menstruação.

Nesse sentido, também:

O historiador grego Heródoto anotou, em 450 a.C., que a Cannabis sativa, planta da maconha, era queimada em saunas para dar barato em frequentadores. “O banho de vapor dava um gozo tão intenso que arrancava gritos de alegria.” (LOPES, 2006)

Outro local em que era usada por volta de 2.000 a.c. é a Índia, onde a maconha era considerada sagrada. Observa-se assim que:

O uso da maconha é conhecido há cerca de 12.000 anos. Com a planta, os gregos e os chineses faziam cordas que eram utilizadas em navios. Como medicamentos, começou a ser usada na China há 3.000 anos no tratamento de constipação intestinal, malária, dores

reumáticas e doenças femininas. Por suas propriedades psicoativas, a planta era recomendada para melhorar o sono e estimular o apetite. Um poço mais tarde, na Índia, sua capacidade de produzir euforia foi descoberta e então a *Cannabis* passou a ser prescrita para reduzir a febre, estimular o apetite, curar doenças venéreas e como analgésico. Por volta de 1850, suas propriedades anticonvulsivantes, analgésicas, antiansiedade e antivômito foram pesquisadas por vários médicos europeus. (LARANJEIRA; JUNGEMAN; DUNN, 1998, p. 9)

Sabe-se que durante o século XIX a planta da maconha chegou a ser receitada inclusive para a rainha inglesa Vitória, ao fazer um tratamento à base da erva contra as cólicas menstruais, segundo a indicação do médico do palácio.

Já no Brasil, a planta apareceu com a vinda dos escravos africanos na colonização, que a utilizavam em ritos religiosos. (LOPES, 2006)

Conforme se observa, a utilização das drogas nunca ocorreu de maneira ao simples consumo, sempre havia intenções religiosas ou de cunho cultural, medicinal, entre outras, todavia atualmente, na maioria dos casos, isto se perdeu. Por tal motivo o consumo se tornou um problema de saúde pública, haja vista a situação da dependência que a droga está acarretando. Conforme se vê:

Historicamente as drogas eram usadas com fins religiosos, culturais, medicinais, para a obtenção de prazer, com fundo místico e psicológico. Eram usadas também para obter força e coragem, mostrando que o homem sempre buscou aumentar o prazer e diminuir o sofrimento, embora fossem usadas em situações específicas, como rituais. Mas apesar do uso de drogas sempre ter existido, a dependência é um fenômeno da modernidade. (OBID, 2007)

Tal ocorrência se deu, além de outros motivos, em virtude do processo de urbanização e industrialização acontecido entre os séculos XIX e XX, o que tornou viável a produção em massa do álcool e do tabaco, por exemplo, e aumentou a demanda nas grandes cidades. Deste avanço, a indústria química foi favorecida, o que possibilitou a criação de novas substâncias psicotrópicas como a cocaína e a heroína, aumentando a oferta. (SOUZA, Delma P. O., 1996)

À respeito, muito bem assevera Oswaldo da Rocha Michel:

Não é novidade que o homem gosta de auto-induzir estados de consciência diferentes dos comumente experimentados no dia-a-dia. A novidade é a massificação desse fenômeno. Pelas modificações sociais após a revolução industrial, pelo avanço tecnológico das comunicações permitindo as interações culturais e pela substituição dos valores morais, a atual sociedade vive um momento único da história: a adicção em massa. (MICHEL, 2001, p.51)

Portanto, somente no período moderno é que se iniciou uma série de proibições de âmbito mundial ao uso de drogas, sendo que o primeiro país a fazê-lo foi os Estados Unidos da América no ano de 1948. Em seguida, após a convenção da Organização das Nações Unidas no ano de 1961, mais de cem países, dentre os quais o próprio Brasil, também o fizeram. Ainda assim, “segundo um relatório publicado pela entidade em 2005, há cerca de 340 milhões de usuários de drogas no planeta. Movimentam um mercado de 1,5 trilhão de dólares” (LOPES, 2006)

4.2 CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS

Preliminarmente, antes de se classificar as drogas, alguns fatos devem ser atentados, no sentido de que existem diversos tipos de drogas e sua classificação é distinta em cada grupo. Portanto, as drogas aqui abordadas são as psicotrópicas, assim denominadas pela farmacologia em virtude dos efeitos psíquicos que ocasionam.

Todas as substâncias psicotrópicas perturbam o sistema nervoso central do usuário da droga, entretanto cada qual o afeta de maneira diversa, por este motivo é que possuem uma classificação fundada em seus efeitos. Senão vejamos:

Drogas psicotrópicas são substâncias que, quando administradas no organismo, provocam alterações no funcionamento do Sistema Nervoso Central (SNC) e levam a uma modificação do estado psíquico e físico do indivíduo. (SANTOS, 1997, p. 17)

Quanto a sua classificação em si, não existe uma única forma compreendida pela doutrina especializada, todavia, a classificação adotada por Vicente Greco Filho, tirada da classificação divulgada pela Comissão de Saúde da Câmara dos Deputados (Rel. Dep. Fábio Fonseca), quando da discussão do projeto que originou a Lei nº 5.726, divide as substâncias psicotrópicas quanto

aos seus efeitos entre: psicoanalépticos (estimulantes), psicolépticos (depressoras) e psicodislépticos (alucinógenas ou perturbadoras). (GRECO FILHO, 2009)

A seguir, abordar-se-á cada qual individualmente, apontando seus efeitos principais, suas consequências e exemplificando as substâncias consideradas.

4.2.1 Psicoanalépticos (Estimulantes)

As drogas estimulantes, segundo CARLINI (1994), são aquelas que estimulam a atividade do sistema nervoso central, isto é, são aquelas que deixam o usuário num estado de vigília aumentado e conseqüentemente reduzindo seu sono, além de ter a característica de acentuar a atividade motora. A utilização dessas substâncias em altas quantidades pode, inclusive, ocasionar os denominados sintomas perturbadores do sistema nervoso central, que são aqueles que provocam alucinações, delírios e até convulsões.

Nesse mesmo sentido advém o Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, o CEBRID (2015), lecionando que essa estimulação, esse fomento advindo do uso da droga estimulante pode ser de tal modo aparente que se torna perceptível a alteração no estado de alerta do usuário, acentuando-o. O usuário, na maioria dos casos, anda mais, corre mais, dorme menos, fala menos, come menos, etc.

Os psicotrópicos psicoanalépticos (estimulantes) são principalmente a cocaína e seus derivados como o cloridrato, o crack, a merla, a pasta, entre outras. (CARLINI, 1994)

4.2.2 Psicolépticos (depressoras ou tranquilizantes)

Já no que tange as drogas psicotrópicas psicolépticas, são elas as consideradas com o efeito tranquilizante, ou seja, diminuem a atividade do sistema nervoso central do usuário fazendo com que atue mais lentamente, senão vejamos consoante leciona Vicente Greco Filho:

Psicolépticos são drogas que diminuem o tona psíquico; são os tranqüilizantes, hipnóticos, deprimidores das tensões emocionais. Destacam-se, entre eles, os barbitúricos que combatem a insônia, mas seu uso prolongado produz estados de apatia e de indiferença, semelhantes à “ressaca” alcoólica, diminuindo a acuidade sensorial e a coordenação motora. (GRECO FILHO, 2009, pg. 17)

Conforme o muito bem ressaltado, é importante apontar que algumas dessas substâncias são receitadas por médicos como medicamentos, visto que seus efeitos combatem, por exemplo, a insônia, o excesso de ansiedade e a epilepsia, problemas estes que possuem justamente a característica de atividade do sistema nervoso central acentuada.

Nesta senda, sobreleva ainda ressaltar alguns dos sintomas ocasionados pelo uso dessas substâncias, tais como a sonolência, lentificação psicomotora etc., todas resultantes dessa diminuição da atividade cerebral. (CARLINI, 1994)

Além dos efeitos já mencionados é importante trazer a lume que seu uso pode ocasionar depressão respiratória, decréscimo do tônus muscular e diminuição da secreção gástrica. Seu uso contínuo pode inclusive, com o tempo, desorganizar o sistema nervoso autônomo. Há que se considerar ainda a linha tênue existente entre a dose terapêutica e a tóxica ao organismo, visto que pode tanto funcionar como medicamento ao tratamento de alguma enfermidade quanto ao uso descabido e intencional.

Importante ainda salientar que seu uso pode gerar dependência, seus efeitos são agravados se associados ao álcool, e seu uso exagerado pode, na pior das hipóteses, ocasionar a morte ou levar o usuário a intencionalmente cometer suicídio.

Alguns dos exemplos clássicos dessas substâncias são: os basbituratos, os opiatos ou opiáceos e seus derivados, incluindo a heroína, diazepam e oxazepam, entre outros. (GRECO FILHO, 2009)

4.2.3 Psicodislépticos (alucinógenas ou perturbadoras)

Este tipo de substância, da mesma forma que as anteriores, atua alterando intensamente as atividades do sistema nervoso central, entretanto esta droga acaba por afetar também o sistema periférico e o sistema nervoso

autônomo. Ao contrário das anteriores que aumentavam ou diminuían a atividade do sistema nervoso central, a droga psicotrópica psicodisléptica quando usada desestrutura a personalidade do usuário ocasionando-lhe delírios e alucinações. (GRECO FILHO, 2009)

Senão vejamos o lecionado por Carlini:

Drogas Perturbadoras: nesse grande grupo temos as drogas que produzem uma mudança **qualitativa** no funcionamento do SNC. Assim, alterações mentais que não fazem parte da normalidade como, por exemplo, delírios, ilusões e alucinações, são produzidos por essa droga que mimetizam psicoses. (CARLINI, 1994, p. 96) [grifou-se]

Denota-se, portanto, que a alteração ocasionada por esta droga no sistema nervoso central do indivíduo usuário é “qualitativa” e não quantitativa, como ocorre com as duas outras classes de drogas conforme o explanado.

Quando ingerida em grande quantidade seu efeito fica bem delineado nas três fases da respiração, conforme Vicente Greco Filho, a fase pulmonar, a circulatória e a celular, ocasionando na maioria dos casos, uma insuficiência ventilatória grave e mais problemas dela decorrentes, sendo que “quase todos, depois do uso das drogas, acordam, no outro dia, com certa disposição, mas prontos a ingerir novamente a droga, para entrar num estado total de imponderabilidade psíquica”. (GRECO FILHO, 2009, pg. 17)

Algumas destas substâncias psicodisléticas mais conhecidas são a maconha, mescalina, LSD (ácido lisérgico), psilocibina e psilocina. (GRECO FILHO, 2009)

4.3 CONSEQUÊNCIAS DO USO CONTÍNUO OU PERIÓDICO

De certo modo, a fim de atingir-se o objetivo proposto no presente trabalho, é interessante atentar-se em relação as consequências do uso contínuo ou periódico dessas substâncias psicotrópicas haja vista que podem acabar afetando diretamente a saúde do próprio usuário e ainda trazer, mesmo que indiretamente, consequências também a saúde de terceiros, para que assim possamos dimensionar a extensão dos danos provados pela substância.

A doutrina especializada no assunto, na maioria dos casos, enumera as consequências trazidas pelo uso contínuo de drogas psicotrópicas em um número de seis: a dependência, a síndrome de abstinência, a escalada e a overdose.

Desta forma, afim de melhor elucidarmos os efeitos decorrentes do uso contínuo, abordar-se-á em seguida cada qual individualmente.

4.3.1 Dependência

A consequência principal, sempre analisada pelos estudiosos, do uso contínuo e periódico da droga é a dependência, isto é, a necessidade do organismo pelo consumo da substância psicotrópica, não conseguindo se abster do consumo.

Tal efeito é medido através da dificuldade do usuário em diminuir ou cessar completamente o consumo da substância e ainda pelos sintomas dela decorrentes como os sintomas da abstinência, sendo que, por exemplo, “os principais sintomas da falta de maconha (abstinência) são: insônia, náusea, dores musculares, ansiedade, inquietação, irritabilidade, [...] vontade intensa de usar a droga, depressão, perda de peso, tremores discretos” (LARANJEIRA; JUNGERMAN; DUNN, 1998, p. 23-24), entre outros.

Esta necessidade do organismo do usuário pelo consumo, a dependência foi incluída pela Organização Mundial da Saúde (OMS) num contexto maior, ou seja, não é apenas a quantidade e a frequência que delimita quem é ou não dependente da droga.

Dessa forma, Rosa Maria S. Santos (1997, p. 18) lista esta série de sinais e sintomas como sendo:

- Forte desejo ou compulsão de consumir drogas;
- consciência subjetiva de dificuldade na capacidade de controlar a ingestão de drogas;
- uso de substâncias psicoativas para atenuar sintomas de abstinência, tendo consciência da efetividade desta estratégia;
- estado fisiológico de abstinência;
- evidências de tolerância, usando doses crescentes da substância requerida para alcançar os efeitos originalmente produzidos;
- estreitamento do repertório pessoal de consumo, passando, por exemplo, a consumir em ambientes não propícios, a qualquer hora etc;

- negligência progressiva de prazeres e interesses em favor de drogas;
- persistência do uso de drogas, a despeito de clara evidência de manifestações danosas;
- evidências de que o retorno ao uso da substância, após um período de abstinência, leva a uma reinstalação do quadro anterior. (Carlini *et al.* 1990, p.3)

Deste modo, se o uso da substância psicotrópica levar a no mínimo três destes sinais e sintomas no correr dos últimos doze meses de consumo, o usuário é considerado dependente da substância.

Desta dependência decorrem muitas consequências subsidiárias, como por exemplo, a escalada, mais amplamente analisada logo em seguida.

4.3.2 Escalada

A escalada nada mais é do que o aumento temporário na dosagem da substância psicotrópica, podendo ocorrer de duas formas, a primeira pela transformação de um consumo ocasional para um consumo contínuo e periódico intenso, tendo em vista a tolerância desenvolvida pelo organismo à droga, forçando o usuário a aumentar a dosagem para continuar atingindo o efeito desejado. Já a segunda, é a saída de uma droga considerada mais “leve” para outra considerada mais “pesada”, visto a natureza dos efeitos desejados pelo usuário. (SANTOS, 1997, p. 18)

Neste sentido Ronaldo Laranjeira leciona que “Há evidências de que o uso da maconha altera o grau de tolerância à droga, isto é, com o tempo o usuário precisa ir aumentando as doses para que a droga continue a fazer efeito.”, ou ainda “Evidência de tolerância, de tal forma que doses crescentes de cocaína/crack são requeridas para alcançar efeitos originalmente produzidos por doses bem mais baixas”. (LARANJEIRA; JUNGEMAN; DUNN, 1998, p. 24)

Fica evidente que a escalada está intimamente interligada com a tolerância do indivíduo pela droga, de modo que ou a quantidade necessária de substância para alcançar a intoxicação ou o efeito desejado aumente, ou o efeito diminui com o uso contínuo da mesma quantidade de substância psicotrópica. (MICHEL, 2001)

Portanto, verifica-se que o aumento gradual na quantidade da droga, ou por períodos superiores ou ainda drogas consideradas mais pesadas é que se considera a consequência da escalada. (MICHEL, 2001)

4.3.3 Síndrome da Abstinência

De outro modo, todavia conectados entre si, a síndrome da abstinência, que por as vez é o conjunto de reações ocasionadas em razão da suspensão brusca do uso da substância psicotrópica que gera a dependência, sendo que estas razões podem ser orgânicas, físicas e psíquicas. (ABC.MED.BR, 2014)

Este ato do usuário dependente de suspender, cessar, se abster em usar a droga pode vir a ocasionar uma série de perturbações, desde alterações no comportamento até sensações físicas, uma vez que pode acarretar desde um sofrimento mental, físico a um mal estar. Estes sintomas podem ser adquiridos de maneira diversa, em graus de intensidade diferentes, dependendo da dependência existente do indivíduo pela droga, sendo que os sintomas se tornarão mais intensos à medida que a abstinência se tornar mais longa, aumentando o período sem o consumo da droga, chegando ao ponto de ocasionar, possivelmente, convulsões, tremores, insônias, alucinações e descontrole psicomotor, entre outros. (AMARIZ, Marlene. Overdose. 2015)

Lista-se alguns dos sintomas particulares às dependências de algumas substâncias mais comuns:

Exemplos de sinais e sintomas mais específicos em cada caso:

- Abstinência do álcool pode causar *delirium tremens*, convulsões, distúrbios táteis e visuais.
 - Abstinência de opioides apresenta-se de forma semelhante a uma gripe severa, com dilatação das pupilas, lacrimejamento, corrimentos nasais, bocejos, espirros, anorexia, náuseas, vômitos e diarreia.
 - Abstinência de estimulantes, como a cocaína e as anfetaminas, por exemplo, apresentam alterações do sono, aumento do apetite, distúrbios motores, depressões, delírios, pensamentos paranoides, comportamentos compulsivos, etc.
- (ABC.MED.BR, 2014)

À vista do exposto, torna-se coerente a afirmação de que a síndrome de abstinência gera um desconforto insuportável para a maioria dos dependentes, que cessa com a volta ao consumo da droga, motivo pelo qual os dependentes possuem recaídas.

No entanto, estes sintomas podem não ocorrerem dentro de um padrão fixo, haja vista o fato de na maioria dos casos estarem associados a mais de uma droga. (ABC.MED.BR, 2014)

4.3.4 Overdose e morte

Esta consequência é a denominação dada a “superdose” ou “dose excessiva” de droga consumida, capaz de ocasionar a falência dos órgãos vitais, inclusive a própria morte do dependente.

Nestes casos “o usuário perde o controle das doses em busca de maiores efeitos e pode morrer acidentalmente. Geralmente esta consciente do risco que corre.” (SANTOS, 1997, p. 19)

Na visão clínica, a overdose é:

A metabolização, ou seja, a eliminação da droga ingerida geralmente é feita pelo fígado. Nesta metabolização as drogas são decompostas, resultando em outros compostos mais simples e menos tóxicos que estas. Quando a ingestão for maior que a velocidade de metabolização, vai ocorrendo um acúmulo de substâncias tóxicas (intoxicação), alcançando níveis capazes de provocar parada cardíaca ou respiratória, ou ainda depressão total do SNC (Sistema Nervoso Central), sendo fatal. (AMARIZ, Marlene. Overdose. 2015)

Caso o indivíduo consumidor da droga em quantidade excessiva seja socorrido a tempo, este poderá sobreviver, desde que com o socorro e tempo adequados. Sendo assim, a overdose não gera obrigatoriamente a morte do usuário. (SANTOS, 1997)

Em decorrência do exposto, portanto, vê-se que o consumo de drogas pode gerar uma série de graves consequências à saúde do indivíduo, inclusive possivelmente a sua morte

4.4 O PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO COMO CRIME COMBUSTÍVEL

Partindo-se do objeto juridicamente tutelado pela conduta tipificada como crime no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, que conforme o já estudado, e agora já sabido, se trata da saúde pública, é que se depreendem algumas hipóteses específicas, tais quais: o uso de droga, ou a simples presença desta no seio da sociedade traz graves riscos à coletividade, visto que a droga pode ser objeto de furto ou roubo e acabar por ser novamente comercializada (tipo penal de tráfico, art. 33, da Lei nº 11.343/2006), consoante Paulo Rangel:

Uma informação importante que se deve passar ao usuário é que aproximadamente noventa por cento dos homicídios estão relacionados com o tráfico (o que faz com que muitos pratiquem roubos ou outros crimes contra o patrimônio para obter condições de adquirir drogas), ou por vingança do traficante que suspeita que a vítima o estava delatando, ou praticou algo que lhe é inconveniente etc. (RANGEL; BACILA, 2014, p. 35)

Nesse sentido, continua:

Não há como negar que a posse particular de drogas possa acarretar danos para terceiros: crianças podem ingeri-las pensando tratar-se de doces; adolescentes ou adultos que ignorem seus efeitos podem prová-las e desenvolver dependência. Outros podem empregá-las dolosa ou culposamente como veneno para terceiros etc. (RANGEL; BACILA, 2014, p.45)

Em consequência disso, é demasiadamente interessante analisarmos o crime de porte de drogas para uso próprio, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, de maneira mais ampla, não verificando apenas a conduta em si, ou o malefício que o uso traz a própria pessoa do usuário, salientando-se aqui, novamente, a diferença entre usuário e dependente químico de acordo com o já mencionado no item 2.1 denominado “histórico da lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006 (lei de drogas)” e 4.5, a fim de que compreendamos a dimensão da ofensividade ou capacidade lesiva do tipo em análise.

Ao se buscarem fundamentos nos julgados e jurisprudências, tornou-se evidente a correlação do crime de porte de drogas para uso próprio

com o cometimento de diversos outros crimes, senão vejamos o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL. **ROUBO CIRCUNSTANCIADO**. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO DEVIDA. DOSIMETRIA. **MOTIVOS DO DELITO. AQUISIÇÃO (COMPRA) DE ENTORPECENTE (DROGAS)**. RAZÃO INIDÔNEA PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. [...] 2 – Incabível a exasperação da pena base aplicada ao crime patrimonial pelo **fato de o sentenciado ser usuário e ter confessado a prática do delito para comprar drogas para seu uso**. Precedentes. 3 – Apelação conhecida e provida. (DISTRITO FEDERAL, 2015) [grifou-se]

Nessa mesma vertente também o Tribunal de Justiça do Paraná:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. **FURTO DE PEQUENO VALOR**. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME PREMEDITADO. **CRIMINOSO HABITUAL QUE UTILIZOU O PRODUTO DO CRIME PARA COMPRAR DROGAS**. **PERICULOSIDADE SOCIAL SIGNIFICATIVA. RELEVÂNCIA JURÍDICO-PENAL DA CONDUTA PERPRETADA PELO AGENTE**. PROVIMENTO DO RECURSO. [...] 2. Ainda que a conduta perpetrada pelo agente - furto de uma carteira avaliada em R\$ 10,00 (dez reais) e contendo R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) - insira-se, a princípio, na concepção de crime de bagatela, **tal não se identifica com o indiferente penal quando o agente, criminoso habitual em pequenos delitos, premeditou o crime e empregou o seu produto para a prática de um segundo delito, no caso a aquisição de drogas, voltando a delinquir posteriormente**. (PARANÁ, 2010) [grifou-se]

E ainda do posicionamento do próprio Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE **LESÃO CORPORAL E AMEAÇA**, [...], COMETIDOS CONTRA À AVÓ DA RECORRENTE. [...] REITERAÇÃO DE CONDUTAS DELITUOSAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. DESCABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. [...] em se considerando a gravidade do crime - **agredir e ameaçar sua avó maior de sessenta anos para obter dinheiro para comprar drogas - e os fortes indicativos de que a atividade criminosa era reiterada, tendo em vista que a Recorrente responde a outros processos pelos mesmos crimes, inclusive contra a mesma vítima e outros membros da família**. [...] (BRASIL, 2013) [grifou-se]

Portanto, em decorrência não só das doutrinas estudadas e mencionadas, mas também dos diversos julgados colacionados, é que se extrai a ideia do crime de porte de droga para uso próprio como crime combustível,

isto é, conforme o visto, comete-se o crime de furto, ou ainda, podendo, inclusive, se tratar de crime mais grave como roubo, que possui a característica da violência ou da grave ameaça exercida contra a vítima, ou pior, o latrocínio, desprezando o bem jurídico maior: a vida, em preferência ao bem patrimonial, com o fito de vender a *res furtiva* e objetivando por fim a compra e o uso de drogas.

Como se tal argumentação já não fosse suficiente, no mesmo sentido advém o Supremo Tribunal Federal:

PENAL. HABEAS CORPUS. DECISÃO DE RELATOR, DO STJ, QUE INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. **FURTO. [...] SUBTRAÇÃO DOS BENS PARA COMPRAR DROGAS: CONDUTA NÃO TIDA COMO DE MÍNIMA OFENSIBILIDADE. ACENTUADO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO PACIENTE.**[...] HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO [...] se trata de réu useiro e vezeiro na prática de furtos, o que impede o reconhecimento da bagatela para não se estimular a profissão de furtador contumaz. [...] **A prática reiterada de furtos para comprar drogas, independentemente do valor dos bens envolvidos, não pode, obviamente, ser tida como de mínima ofensividade, nem o comportamento do paciente pode ser considerado como de reduzido grau de reprovabilidade.** (BRASIL, 2011) [grifou-se]

Ademais, consoante o muito bem destacado pelo Ministro Luiz Fux, tal conduta nos remete a ofensividade e grau de reprovabilidade da conduta, em que a reiteração no cometimento de crimes contra o patrimônio com o intuito de comprar de drogas, independentemente dos valores envolvidos, não se configura em ato de mínima ofensividade ou de reduzido grau de reprovabilidade. Muito pelo contrário.

A conduta do porte de droga para uso próprio, além disso, assemelha-se ao crime de receptação em correlação com o crime de furto, tendo em vista o primeiro, de igual modo ser considerado crime combustível para o segundo, senão vejamos do anteprojeto do novo código Penal (BRASIL, 2012b):

Embora crime cometido sem violência ou grave ameaça, a receptação desempenha enorme papel criminológico, pois o receptador é o destinatário de toda a sorte de delitos patrimoniais. Ele oferece caminho para que os furtadores e roubadores, entre outros criminosos, possam obter dinheiro pela entrega das coisas que amealharam ilicitamente.

Sobre o exposto, leciona Guilherme Souza Nucci (2014, p. 305) no sentido de que:

[...] o usuário habitual ou o eventual da droga, por si mesmo, não representa à sociedade um real perigo, muito embora possa-se dizer que ele, ao comprar e fazer uso de entorpecentes, estimula o tráfico, o que não deixa de ser verdadeiro [...]

Desse modo, de certa forma o usuário mantém e estimula o tráfico de drogas, pois quanto mais usuários comprando e fazendo o uso, mais droga haverá no seio da sociedade, gerando mais dinheiro para os traficantes, estimulando-os a fornecerem ainda mais drogas. Quanto mais drogas e usuários, maiores também são os riscos de se tornarem dependentes. Um efeito dominó aumentando cada vez mais os riscos à sociedade.

Portanto, quando vislumbramos o crime de porte de drogas para uso próprio conforme o bem salientado pelo doutrinador, por si só o usuário não é risco à sociedade, no entanto se faz necessária essa abrangência da visão ao objeto protegido pelo tipo penal, sem perder de vista que este crime catalisa o cometimento de diversos outros delitos, como o próprio tráfico, a ameaça, a lesão corporal, o furto, o roubo, o latrocínio, etc.

4.5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Partindo-se desta visão ampliada do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, com o intuito de se analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade nas sanções atualmente aplicáveis, não podendo se perder de vista a distinção entre usuário habitual e dependente químico.

Extrai-se da Convenção de Veneza, de 21 de fevereiro de 1971:

Não obstante a alínea precedente, **quando dependentes de substâncias psicotrópicas** houverem cometido tais delitos, as partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação ou pena ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 20 (CONVENÇÃO SOBRE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS, 1971) [grifou-se]

Observa-se que a Convenção de Veneza objetivou o tratamento alternativo para os dependentes, viciados, e não para o usuário ocasional, nem tampouco o habitual. (NUCCI, 2014)

Ademais, Guilherme Souza Nucci (2014, pg 313) conclui e é firme ao defender que as atuais penas para o crime de porte de droga para uso próprio são “extremamente brandas”, levando em consideração que a eliminação da pena privativa de liberdade talvez tenha ocorrido, em virtude de um medo do legislador para com a reação da sociedade à eventual descriminalização da conduta do consumidor, optando por estas atuais penas brandas.

Continua ainda, lecionando no sentido de que a falta de efetiva punição ao usuário de drogas, novamente sobreleva ressaltar a diferenciação entre usuário e dependente por mais repetitivo que se pareça ser, gera alguns reflexos que já são sentidos pela população, consoante:

Alguns reflexos da impossibilidade de prisão ou sujeição obrigatória a tratamento, em relação ao usuário de drogas, já são percebidos pela sociedade. Em artigo intitulado “Cadê a polícia?” (Veja, SP, 01.07.2009), questiona-se como conter o “exército de zumbis”, que vive na região da Capital de São Paulo, denominada “cracolândia”, sem efetivos mecanismos penais punitivos. Os drogados, alegando serem usuários, não podem ser presos, nem condenados a pena privativa de liberdade. Igualmente, sem a comprovação da dependência, também não se sujeitam a tratamento obrigatório. Logo, perambulam pelas vias públicas, utilizando drogas ilícitas, sem qualquer impedimento efetivo, promovido pelo Estado. Segundo o artigo, dos 1.100 dependentes químicos encaminhados ao Centro de Apoio Psicossocial da sé de março a julho de 2009, apenas 19 continuavam em tratamento. (NUCCI, 2014, p. 313)

Associado a isto, destaca-se que em momento algum pode-se perder de vista que o caminho correto e fundamental a ser seguido é a reeducação e na obrigação efetivas do apenado usuário ser compulsado a diversos cursos de orientação e educativo.

Entretanto as atuais penas consideradas com demasiada brandura e considerada ineficácia podem nos remeter a algumas hipóteses, tais quais:

1) o usuário habitual, com altos rendimentos, pode se dar ao luxo de manter seu vício mesmo após o cumprimento das penas previstas no incisos do *caput* do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, ainda que se não cumprisse a medida de serviço à comunidade ou frequência aos cursos, lhe seria aplicado admoestação verbal, e na pior das hipóteses multa, sendo que com os altos

rendimentos seria capaz de arcar com a manutenção do vício e da própria multa em si, inclusive reincidindo.

2) Ao contrário, um usuário que possui poucos rendimentos, pessoa pobre, na concepção jurídica da palavra, se não cumprisse as medidas de prestação de serviços à comunidade ou de comparecimento em programa ou curso educativo, se daria ao luxo de usar drogas, contrariando o disposto em lei, sem mesmo pagar a multa, visto que não possuiria bens de modo a se realizar uma execução, perdendo completamente o caráter coercitivo da pena, e conseqüentemente o seu efetivo cumprimento

Por estes motivos é que Guilherme Souza Nucci se mantém firme no sentido de que a impossibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade em nenhuma hipótese é que traz o fardo às penas atuais de não assegurarem o efetivo cumprimento por parte do apenado da reprimenda imposta. (NUCCI, 2014)

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa monográfica explora a (in)aplicação do princípio da proporcionalidade da pena no crime de porte de droga para uso próprio previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em virtude de, em primeira impressão, parte da população ter a sensação de impunidade quanto ao crime mencionado.

Desta forma, a fim de elucidar a questão proposta, abordou-se, primeiramente, a vigente Lei 11.343/2006, investigando as suas características, propostas e inovações. Viu-se, se tratar da Lei competente por abordar a questão das drogas, revogando expressamente as disposições das legislações anteriores do mesmo tema, a Lei nº 6.368/1976 e Lei nº 10.409/2002, com o intuito de se investigar a questão história da Lei de drogas.

Após, constatou-se que a atual legislação de drogas trouxe grandes inovações em face das legislações revogadas, em razão de ter alterado a política criminal sobre drogas até então havida no Brasil, além de ter instituído o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), estabelecendo normas com o fito de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, e ainda definiu condutas como crimes, inserindo, também, medidas de prevenção ao uso indevido e de atenção e ressocialização do usuário e dependentes de drogas, no ordenamento jurídico.

Desta forma, ressaltou-se a nova diferenciação inovada pela Lei de Drogas entre usuário e dependente, salientando, de maneira quase repetitiva durante todo o trabalho, esta diferenciação, visando sempre não perder de vista que se tratam de características diferenciadas e portanto merecem atenção e tratamento diferentes. Em razão de que o usuário é compreendido como aquele que faz uso das substâncias psicotrópicas ilícitas sem que esteja submetido à elas, possuindo ciência, domínio e responsabilidade por seus atos. Ao contrário, o dependente é entendido como aquele que está subordinado às substâncias psicotrópicas ilícitas, não está ciente e nem possui o domínio por seus atos.

Nesta senda, observou-se a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à (des)criminalização do crime de porte de droga para uso próprio. Assim, tomou-se por base fundamental, a fim de posteriormente

atingir-se a resposta objetivada na presente pesquisa, o julgado do ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence (STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007), em que aborda as correntes existentes e define que não ocorreu *abolitio crimini* do crime mencionado, mas apenas uma mera despenalização.

Ademais, verificou-se também que o objeto juridicamente tutelado pelo tipo penal do art. 28 da Lei de Drogas é a saúde pública e não a saúde do próprio indivíduo usuário, visto que a autolesão não é punível.

Com efeito, um dos estopins para a discussão acerca da descriminalização ou despenalização do crime abordado foi a completa impossibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade que, a propósito, foi amplamente vista e estudada no segundo capítulo.

Destarte, verificou-se a pena como instituto sancionatório e que cuja competência de administração, no sentido de poder/dever de aplicação e execução, pertence ao Estado. Investigou-se, ainda, sua história de maneira geral, as teorias da pena e suas características, verificando que no Brasil é aplicada a Teoria Mista ou Unitária, bem como sua classificação entre penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. Para perfectibilizar o entendimento da pena, foi necessário realizar uma abordagem aos princípios norteadores do direito penal, dentre eles principalmente o princípio da proporcionalidade da pena, acabando por entender que este é responsável pela quantificação ou tipo da pena em proporcionalidade à gravidade do crime cometido.

Por derradeiro, examinou-se a questão do histórico das drogas, em que se observou ser uma problemática atual, visto que após a industrialização, principalmente a indústria química e a urbanização proporcionaram a criação de novas substâncias psicotrópicas e facilitaram o contato interpessoal.

Ademais, estudou-se, principalmente por meio de julgados, a questão do crime do porte de drogas para uso próprio como crime combustível de outros tipos penais, tais quais: a lesão corporal, o furto e o roubo. Entendeu-se haver correlação entre o cometimento dos crimes visto que são demasiados os julgados que concluem pelo cometimento de furto, por exemplo, com o intuito de se conseguir dinheiro para comprar e usar a droga.

Também, consoante o visto, de certa forma o usuário mantém e estimula o tráfico de drogas, pois quanto mais usuários comprando e fazendo o uso, mais droga haverá no seio da sociedade, transformando o negócio do tráfico ainda mais rentável, estimulando-os a fornecerem um quantidade cada vez maior da substância psicotrópica. Ocasionalmente assim um efeito dominó aumentando cada vez mais os riscos trazidos à sociedade

Além disso, inclusive se ressaltou o sustentado por Guilherme Souza Nucci, em que o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 estimula o tráfico, produzindo a ideia de que sem compradores (usuários) não haveria vendedores (traficantes). Tal concepção está correlacionada com o cometimento dos crimes de receptação (art. 180 do Código Penal) e furto (art. 155 do Código Penal), visto que possuem a mesma pena, haja vista o mesmo entendimento de que se não houverem compradores de produtos furtados não haveriam, ou pelo menos diminuiriam maciçamente, os furtadores.

Ressaltou-se a todo ponto a diferenciação entre usuário e dependente, em que o primeiro tem ciência e, portanto, responsabilidade por seus atos e o segundo não possui visto que está sob o poder da droga.

Verificaram-se, ainda, duas hipóteses de se manter o uso da droga mesmo em se tratando de conduta prevista como crime. A primeira em razão do fato de existir a possibilidade do usuário ser abonado, o que, mesmo condenado a multa, o permitiria quitar a multa e manter seu hábito. A segunda, o usuário ser pobre, na concepção jurídica da palavra, o que não seria capaz de forçá-lo a quitar a multa, e, com os poucos valores recebidos, manter seu vício.

Dessarte, tornou-se possível mensurar a extensão e capacidade lesiva do uso de drogas, por parte do usuário habitual e periódico, sem perder de vista se tratar de um crime que visa tutelar a saúde pública, e pelos motivos expostos, gera demasiados riscos a própria sociedade como um todo, desde a existência da substância no seu seio à assegurar o cumprimento da medida imposta.

Razões pelas quais, conclui-se que restou configurada a hipótese de que as penas atuais ao crime de porte de droga para uso próprio são demasiadamente brandas, visto que, conforme o estudado, não correspondem à gravidade do crime e não asseguram o efetivo cumprimento das próprias

reprimendas impostas ao apenado, em vista disso não correspondem ao princípio da proporcionalidade da pena.

REFERENCIAS

ABC.MED.BR, 2014. **Síndrome de abstinência: o que devemos saber sobre ela?**. Disponível em:

<<http://www.abc.med.br/p/536699/sindrome+de+abstinencia+o+que+devemos+saber+sobre+ela.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

AMARIZ, Marlene. Overdose. 2015. Disponível em:

<<http://www.infoescola.com/drogas/overdose/> acesso em 01 de junho de 2015>. Acesso em: 22 mar. 2015

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1. v.

ANVISA. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998**, Disponível em: <

http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/9c7e4880474597069f52df3fbc4c6735/portaria_344.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 12 fev. 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1. v.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 12 jan. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm>. Acesso em: 13 jan. 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. 1984a**. Altera dispositivos do

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em 22 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. 1984b**. Lei de Execuções

Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996**. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - Parte Geral. Disponível

em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9268.htm>. Acesso em: 09 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Lei de Drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 03 fev. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado nº 236, de 2012. 2012a**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em 24 maio 2015

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final**: que inclui o histórico dos trabalhos, o anteprojeto de novo Código Penal e a exposição de motivos das propostas efetuadas. 18 jun. 2012b. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em 23 maio 2015

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 37.662 - MG 2013/0146644-0. Relatora: Min. Laurita Vaz, Brasília, DF, 19 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24202650/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-37662-mg-2013-0146644-0-stj/relatorio-e-voto-24202652>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430.105-9-RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+430105%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+430105%2EACMS%2E%29&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/cpumeme>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107733 MG, Relator: Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 04 de abril de 2015. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18724982/habeas-corpus-hc-107733-mg-stf>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 107.626 – São Paulo, da 1ª Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. DJe 27 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1525763>>. Acesso em: 9 mar. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Especial**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. 4. v.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012b. v. 1.

CARLINI, E.A. **Drogas Psicotrópicas**. In: NOTO, A.R.; et al. *III Levantamento sobre o Uso de Drogas entre Meninos e Meninas em Situação de Rua de Cinco Capitais Brasileiras – 1993*. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas – Departamento de Psicobiologia – Escola Paulista de Medicina, 1994. p. 93-97

CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS PSICOTRÓPICAS. **Drogas Estimulantes (Anfetaminas)**. 2015. Disponível em:
<http://www2.unifesp.br/dpsicobio/cebrid/quest_drogas/drogas_estimulantes.htm#1>. Acesso em 10 jun. 2015

CONAD. **Resolução nº 3, de 27 de outubro de 2005**. Disponível em:
<<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/legislacao/index.php?p=6198>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (pacto de San José da Costa Rica)**. San José de Costa Rica, em 22.11.1969. Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 24 maio 2015

CONVENÇÃO DAS SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS, em Viena, 21 de fevereiro de 1971. Disponível em:<
http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra_1971_convencao_substancias_psi_cotropicas.pdf>. Acesso em 23 maio 2015.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**, 8ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2010, 2ª tiragem 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. 1. ed. brasileira, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Portugal, Coimbra Editora, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal APR: 20141110036546 DF 0003550-13.2014.8.07.0011. Relator: Des. Cesar Laboissiere Loyola. 2ª Turma Criminal, 26 de março de 2015. Disponível em:
<<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178319321/apelacao-criminal-apr-20141110036546-df-0003550-1320148070011>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

EUROPEAN COALITION FOR JUST AND EFFECTIVE DRUG POLICIES. **Historia internacional da droga**. 2007. Disponível em:
<<http://www.encod.org/info/HISTORIA-INTERNACIONAL-DA-DROGA.html>>. Acesso em 31 maio 2015

FRANCO, Aberto Silva. **Crimes Hediondos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogerio. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011. 7. v.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1. v.

LARANJEIRA, Ronaldo; JUNGERMAN, Flávia; DUNN, John. **Drogas, maconha, cocaína e crack**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 1998.

LOPES, Marco Antônio. Drogas: 5 mil anos de viagens. **Superinteressante**, São Paulo, n. 223, fev. 2006. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-de-viagem>>. Acesso em: 31 maio 2015.

MICHEL, Oswaldo da Rocha. **Abusos de Drogas**. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0024.03.057767-0/001. Relatora: Des. Beatriz Pinheiro Caires. Belo Horizonte., 20 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.03.057767-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 1. v.

NUCCI Guilherme Souza. **Leis Penais e Processuais Penais: Comentadas**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS. **Uso de substâncias psicoativas: prática milenar, problemas recentes**. 2007. disponível em: <https://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/web/artigo_cientifico/ler_artigo_cientifico.php?id_artigo_cientifico=93>. Acesso em 31 maio 2015

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº RECSENSES: 631048-5 PR 0631048-5. Relator: Des. Celso Rotoli de Macedo, 4ª Câmara Criminal, 22 de abril de 2010. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19473602/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-6310485-pr-0631048-5>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas, Comentários Penais e Processuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RESTANI, Diogo Alexandre. **Lei Antidrogas: norma penal em branco utilidade**. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5686/Lei-Antidrogas-norma-penal-em-branco-utilidade>>. Acesso em 19 mar. 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena, limites, princípios e novos parâmetros**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Recurso de Agravo nº 2012.020931-3. Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato, 23 de outubro de 2012. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=2012.020931-3&cat=acordao_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao#resultado_ancora>. Acesso: 10 jun. 2015.

SANTOS, Rosa Maria S.. **Prevenção de drogas na escola, Uma abordagem psicodramática**. Campinas-SP: Papyrus, 1997.

SEGURANÇA, DIÁRIO CATARINENSE, 25 de mar. de 2014 às 22h40. Disponível em: <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/policia/noticia/2014/03/confronto-entre-estudantes-e-policiais-transforma-ufsc-em-campo-de-guerra-4456527.html>>. Acesso em: 27 maio 2015.

SOUZA, Delma P. O. **A questão do uso e abuso de drogas no contexto das políticas sociais brasileiras**. Rev. Educ. Pública. Cuiabá, v. 5, n. 8, jul./dez. 1996.

ZAFFARONI, Eduardo Raúl. **Direito Penal Brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1 v.