

A APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

*Ana Paula Soares Noronha*¹

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano do Estado de São Paulo – Unidade de Lorena. Email: anap.noronha@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho pretende promover a discussão no sentido de que, no crime de tráfico de drogas, mesmo com a declaração de inconstitucionalidade do §4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, no julgamento do HC 97.256/RS, bem como pela Resolução nº 5 de 2012, que suspendeu a eficácia da proibição expressa que trazia esta norma quanto à conversão em pena restritiva de direito, não deverá haver referida substituição, tendo em vista que, diante da gravidade de citado crime, bem como devido às suas graves consequências, que afetam não somente o usuário de entorpecentes - tendo o vício em drogas se tornado uma questão de saúde pública - mas também toda a sociedade, que se vê acuada com os altos índices de criminalidade, a substituição não é medida proporcional e socialmente adequada. Ademais, sendo o tráfico de drogas um crime equiparado a hediondo, consoante o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, bem como do artigo 2º da Lei 8072/90, deve-se dispensar tratamento mais rigoroso àquele que o pratica.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. Penas restritivas de direitos. Lei 11.343/06.

INTRODUÇÃO

A Lei 11.343/06 manteve a criminalização do comércio de entorpecentes como já o era na vigência da Lei 6.368/70, contudo, as penas foram substancialmente aumentadas, bem como foram restringidas as hipóteses de incidência dos substitutos penais, como por exemplo, as penas restritivas de direitos.

Contudo, o STF, ao julgar o HC 97.256, em 1º de janeiro de 2010, reconheceu a inconstitucionalidade da proibição em abstrato, devendo haver análise do caso concreto, para que se possa falar em cabimento ou não de tal benefício. Outrossim, a Resolução nº 5/2012, do Senado Federal, suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, presente no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

¹ Trabalho orientado pela Professora Me. Luzia de Fátima Ragazini

Apesar disto, muitos doutrinadores não vislumbram a inconstitucionalidade na vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Conforme Renato Marcão:

A não conversibilidade não constitui ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana ou da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da CF), e bem assim a qualquer outro, como de resto também não configura desrespeito à Constituição Federal a literalidade do artigo 44 do Código Penal, que também restringe a incidência das penas restritivas de direito, nos moldes ali expressados².

Para aqueles que não consideram haver inconstitucionalidade em referida vedação, os efeitos nocivos do crime de Tráfico de Drogas, que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social e as nefastas consequências de seus atos, o que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, “os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente”.

1. Tráfico de Drogas

1.1. Definição

Na lei 11.343/06 não consta a expressão *tráfico ilícito de entorpecentes*, uma vez que, referida lei, do mesmo modo que a anterior Lei 6.368/70, não prevê um delito cujo *nomem iuris* seja “tráfico de drogas”³. Assim sendo, conforme Renato Brasileiro de Lima,

De modo a se determinar qual crime é o de tráfico de drogas, pode-se utilizar como subsídio a interpretação dada pela jurisprudência na vigência da Lei nº 6.368/76, que sempre entendeu que o tráfico abrangeria apenas as condutas dos artigos 12 e 13⁴.

O artigo 12 da Lei 6.368/76 previa referidas condutas:

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

Além disso, os §§1º e 2º de referido artigo previam as seguintes condutas equiparadas:

² MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 154.

³ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 721.

⁴ Ibidem.

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

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

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

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

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

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

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

Outrossim, o artigo 13 de referida legislação possuía a seguinte redação:

Fabricar, adquirir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Agora, com a atual legislação, referido delito apresenta-se nos artigos 33, *caput*, e §§1º 2º, e 34. Ainda, inseriu-se em referido conceito o delito de financiamento ao tráfico, previsto no artigo 36 da Lei 11.343/06, o que, na legislação anterior, tinha tratamento distinto, de forma que, aquele que financiasse do tráfico de entorpecentes respondia pelo crime de tráfico, em concurso de agentes, assim o fazendo a fim de punir mais severamente aquele que financia a mercancia de entorpecentes⁵.

1.1.1. Objetividade Jurídica

O bem juridicamente tutelado é a saúde pública (tutela imediata) e a saúde individual de pessoas que integram a sociedade (tutela mediata), sendo que, devido ao fato de a saúde pública ser um bem jurídico supraindividual, bem como devido à gravidade do crime, não há

⁵ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 721.

que se falar em princípio da insignificância, conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 87.319/PE⁶.

1.1.2. Sujeitos do Crime

Trata-se de delito comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, contudo, no que diz respeito ao verbo “prescrever”, trata-se de crime próprio, uma vez que só pode ser perpetrado por possuidores de profissão habilitada à prescrição de drogas, tais como médicos e dentistas⁷.

O sujeito passivo primário do delito é a sociedade, coletividade, de forma que com ela pode concorrer criança, adolescente ou pessoa incapaz de discernimento ou autodeterminação, e que receba entorpecentes para consumir, aplicando-se o artigo 234 do Estatuto da Criança e do Adolescente subsidiariamente, somente nos casos em que a substância entregue não possuir princípio ativo das drogas listadas na Portaria nº 344 da ANVISA e, portanto, não se tratar de substância entorpecente⁸.

1.1.3. Condutas Típicas

O artigo 33 da Lei 11.343/06 prevê 18 verbos, que já haviam sido contemplados no artigo 12 da Lei 6.368/76. São eles:

- a. Importar: “proporcionar o ingresso irregular da droga no território nacional, consumando-se no momento em que a substância entra, indevidamente, no território brasileiro, seja por via aérea, terrestre ou marítima”⁹. Em referida hipótese, ainda que seja difícil a ocorrência, é possível haver tentativa;
- b. Exportar: ao contrário da conduta anterior, o agente leva o entorpecente para fora do território nacional brasileiro;
- c. Remeter: “fazer seguir algo para determinado lugar; enviar; expedir; mandar”¹⁰. Referida ação pode se dar mediante qualquer meio, como via Correios, ou através de terceira pessoa¹¹.

⁶ GOMES, Luis Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 175.

⁷ Cf. DE LIMA, op. cit., p. 723; GOMES, op.cit., p. 177.

⁸ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 723.

⁹ Ibidem.

¹⁰ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96.

¹¹ Cf. DE LIMA, op. cit., p. 724.

- d. Preparar: “significa obter algo por meio da composição ou decomposição de elementos”¹²;
- e. Produzir: dar origem a algo;
- f. Fabricar: o mesmo que produzir, contudo, em larga escala, utilizando-se de equipamentos e maquinários¹³;
- g. Adquirir: obter a propriedade de algo, gratuita ou onerosamente, não havendo necessidade de entrega efetiva do entorpecente, nem ao menos o pagamento, desde que haja acordo de vontades entre as partes¹⁴;
- h. Vender: significa transferir a posse do entorpecente a outrem, a título oneroso, sendo que o pagamento poderá ser feito com dinheiro ou qualquer outro bem com valor econômico;
- i. Expor à venda: exibir o entorpecente a fim de que alguém o adquira;
- j. Oferecer: ofertar gratuitamente o entorpecente;
- k. Ter em depósito: “é o mesmo que conservar ou manter à sua disposição, sob sua guarda”¹⁵;
- l. Transportar: significa levar o entorpecente para determinado local, todavia, diferencia-se da conduta “trazer consigo” pelo fato de o meio empregado para realizar referido transporte não ser pessoal¹⁶;
- m. Trazer consigo: consiste em trazer o entorpecente junto ao corpo, em compartimento de alcance imediato do agente, ou até mesmo em seu interior¹⁷;
- n. Guardar: consiste em manter o entorpecente sob sua responsabilidade, tendo-o sob sua vigilância;
- o. Prescrever: “neste caso, significa receitar; indicar ou aconselhar o uso¹⁸”. Como já mencionado anteriormente, trata-se de crime próprio, vez que somente é praticado por profissional com autorização para prescrever drogas, como médico e dentistas;
- p. Ministras: consiste em introduzir no organismo de outrem droga, ou, ainda, determinar seu uso;
- q. Entregar a consumo:

¹² DE LIMA, op. cit., p. 724.

¹³ Ibidem.

¹⁴ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 724.

¹⁵ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97

¹⁶ Cf. DE LIMA op. cit., p. 724.

¹⁷ Cf. DE LIMA, op. cit., p. 724; MARCÃO, op. cit., p. 97.

¹⁸ MARCÃO, op. cit., p. 97.

“norma de encerramento que visa abarcar toda e qualquer conduta relacionada à traficância que não possa ser enquadrada nas modalidades anteriores, diferenciando-se do fornecimento por consistir em tradição da droga a terceiro, praticada de maneira isolada, única, esporádica”¹⁹;

r. Fornecer: consiste em entregar, ceder, dar, de forma contínua²⁰.

A existência de diversos núcleos verbais faz com que o delito de tráfico de drogas seja classificado como um delito de ação múltipla ou de conteúdo variado, uma vez que, ainda que o agente pratique mais de uma ação em um mesmo contexto fático, este irá responder por delito único²¹.

1.1.4. Tipo Subjetivo

O delito de tráfico de entorpecente é punido somente a título de dolo, não sendo punida a conduta culposa. Ainda, não é necessário o elemento subjetivo específico de comercializar o entorpecente e auferir lucro, bastando o dolo genérico²².

1.1.5. Consumação e Tentativa

O delito de tráfico de entorpecentes consuma-se com a prática de qualquer uma das dezoito condutas típica previstas no artigo 33 da Lei 11.343/06, não se exigindo ato efetivo de tráfico.

Outrossim, no que diz respeito à possibilidade de tentativa, a corrente majoritária considera que não ser possível o reconhecimento da tentativa em razão da superposição de tipos que definem as condutas do crime de tráfico de drogas. Contudo, corrente minoritária, em sentido contrário, considera que há possibilidade de haver tentativa na modalidade “remeter”, caso a encomenda enviada via postal seja apreendida nos Correios, antes de ser enviada²³.

1.1.6. Pena

¹⁹ DE LIMA, op. cit., p. 725.

²⁰ Cf. DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 725.

²¹ Ibidem.

²² Cf. DE LIMA, op. cit., p. 729; MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

²³ Cf. GOMES, Luis Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 180-181.

A pena cominada para o delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 é de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa.

1.2. Conceito e Classificação dos Entorpecentes

1.2.1. Conceito

O artigo 1º da Lei 11.343/06, em seu parágrafo único, prevê:

[...] 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.

Assim sendo, trata-se uma norma penal em branco, tendo em vista que a definição de drogas se dá através de portarias expedidas pelos órgãos competentes do Ministério da Saúde, o qual publica, periodicamente, listas especificando as substâncias consideradas drogas ilícitas, sendo que, atualmente, estão em vigor as listas publicadas pela portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998²⁴.

Ainda, conforme Luis Flávio Gomes:

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estabeleceu, genericamente, que droga é toda substância que tem capacidade de modificar uma ou várias funções do organismo. Ainda segundo a OMS, “dependência psíquica é o impulso psicológico que leva ao uso contínuo da substância” e “dependência física é o estado fisiológico, manifestado por sintomas dolorosos, [...], decorrente da interrupção da ingestão da substância em questão”.²⁵

Outrossim, conforme Valdir Sznick,

Qualquer que seja a denominação, as drogas possuem duas características básicas: a) o hábito (hoje dependência), que é a necessidade de o viciado recorrer sempre mais (em quantidade ou dosagem) à droga para se obter a mesma potência ou eficiência; e b) a abstinência (síndrome), que é o conjunto de reações psíquicas e físicas que sofre o viciado quando se vê privado do uso da droga a que está habituado²⁶.

Juridicamente, conforme propõe o autor supracitado, entorpecente é “toda substância que possui a capacidade de produzir alteração no intelecto ou na volição do indivíduo²⁷”. Igualmente, “são substâncias que causam modificações do comportamento humano, agindo

²⁴ Cf. DA ROSA, Rodrigo Silveira. **Comentário à nova lei de combate às drogas que causam dependência: Prevenção e Repressão**. Sorocaba: Minelli, p. 25.

²⁵ GOMES, Luis Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 21-22.

²⁶ SZNICK, Valdir. **Entorpecentes**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 10.

²⁷ SZNICK, Valdir. **Entorpecentes**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p.11.

no sistema nervoso central, estimulando-o (anfetaminas) ou deprimindo-o (barbitúricos e tranquilizantes) ²⁸”.

Ainda, quanto aos efeitos das drogas no organismo humano,

As drogas agem no sistema nervoso central, periférico e autônomo: 1º) sistema ergotrópico (energizante) – eleva o tônus psíquico; 2º) sistema tofotrópico (depressivo) – ação depressora sobre o psiquismo. Para que possam agir, as drogas o fazem através de mediadores: são substâncias encontradas nas terminações do sistema nervoso vegetativo e no sistema nervoso central, que exercem funções intermediárias na transmissão de fluxos nervosos. São: adrenalina, noradrenalina (energizante), acetilcolina, serotonina (depressiva), tiranina, dopamina, ácido gama-aminobutírico ²⁹.

1.2.2. Classificação

Segundo convenções internacionais, os entorpecentes podem ser classificados em quatro grupos: opiáceos (ópio e seus derivados); coca (cocaína e seus derivados); *cannabis* (maconha e haxixe) e drogas sintéticas (LSD, DMT, STP, anfetaminas e barbitúricos) ³⁰.

Outrossim, podem ser classificadas em: depressoras (barbitúricos, tranquilizantes), narcóticas (ópio, heroína), estimulantes (cocaína, anfetamina, metanfetamina) e alucinógenas (maconha, LSD) ³¹.

Ainda, quanto ao modo de absorção do pelo organismo, as drogas podem se dividir em três grupos: a) absorvidas via inalação (cocaína, heroína); b) via oral (drogas sintéticas, como Ecstasy); e c) injetáveis (através de injeções intramusculares e endovenosas) ³².

1.3. Evolução Legislativa sobre Drogas no Brasil

Conforme Salo de Carvalho,

A criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes no Brasil aparece quando da instituição das Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX – “*que ninguém tenha em caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso*”) ³³.

Já no Código Penal Brasileiro do Império, de 1830, não havia qualquer menção a respeito da proibição de drogas, tanto para consumo quanto para comercialização ³⁴.

²⁸ Ibidem, p. 12.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem, p. 11.

³¹ Cf. SZNICK, op. cit., p. 41.

³² Ibidem, p. 13.

³³ DE CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-60.

³⁴ Ibidem, p. 60.

A legislação seguinte, qual seja, o Código Penal de 1890, voltou a regulamentar referida conduta, sendo que seu artigo 159 previa “Expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, cominando pena de multa ao infrator, sendo que referido dispositivo localizava-se no capítulo destinado aos crimes contra a saúde pública³⁵.

O aumento do consumo de haxixe e ópio, no início do século XX, ocasionou a criação de novas regulamentações sobre entorpecente, salientando-se que disseminação do uso de referidas substâncias estupefacientes se deu, principalmente, na classe aristocrática, bem como nos círculos intelectuais³⁶. Assim, com a Consolidação das Leis Penais de 1932, houve alteração do caput do artigo 159 do Código de 1890, tendo sido acrescentados 12 parágrafos, bem como houve alteração da pena cominada, a qual foi acrescentada a prisão celular³⁷, a qual consistia em isolamento celular, com obrigação de trabalho, a ser cumprida “em estabelecimento especial³⁸”.

A política proibicionista sistematizada surge a partir do início da década de 40, sendo que, os Decretos 780/36 e 2953/38 dão o primeiro grande impulso no combate aos entorpecentes, de forma que,

a pluralidade de verbos nas incriminações, a substituição do termo substância venenosa por substâncias entorpecentes, a previsão de penas carcerárias e a determinação das formalidades de venda e subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública passam a delinear novo modelo de gestão repressiva³⁹.

Ainda, conforme Salo de Carvalho,

no caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto- Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes⁴⁰.

O Decreto-Lei 891/38, conhecido como Lei de Fiscalização de Entorpecentes, elencava, logo em seu artigo 1º, as substâncias consideradas entorpecentes. Outrossim, em seu artigo 33 previa a conduta de

Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei,

³⁵ Cf. DE CARVALHO, op. cit., p. 60.

³⁶ Ibidem, p. 61.

³⁷ Ibidem.

³⁸ DE OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz. **História e Prática das Alternativas Penais**. Disponível em: [HTTP://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=521](http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=521). Acesso em 19 nov. 15.

³⁹ DE CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 61.

⁴⁰ Ibidem, p. 62.

vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no artigo 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no artigo 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias – penas: um a cinco anos de prisão celular e multa⁴¹.

Em 1940, com a publicação do atual Código Penal, o delito de tráfico de drogas, agora denominado “*comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente*”, é recodificado, ou seja, volta a ser previsto no interior do Código Penal, e não mais em legislação esparsa, localizando-se no artigo 281, que previa:

Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em 1942 foi publicado o Decreto Lei 4720/42 (que dispunha sobre o cultivo) e, em 1964, foi publicado o Decreto Lei 4451/64 (que adicionou ao artigo 281 a ação de plantar), sendo que, com a introdução de referidas legislações ao ordenamento jurídico brasileiro, iniciou-se processo de descodificação no que diz respeito aos entorpecentes em geral⁴².

Outrossim, com a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, o Brasil entrou no cenário internacional de combate às drogas, sendo que, após isto, foi publicado o Decreto Lei 159/67, no qual houve equiparação aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica⁴³. Conforme Vicente Greco Filho, “nesta matéria, o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto o uso de entorpecentes o uso, por exemplo, de anfetaminicos ou dos alucinógenos⁴⁴”.

Importante alteração ocorreu com o advento do Decreto Lei 385/68, o qual modificou o artigo 281 do Código Penal, com a inclusão de um novo parágrafo, o qual previa a criminalização dos usuários de entorpecentes com pena idêntica à imposta ao traficante, considerando, ainda, que, conforme entendimento do STF, devido ao princípio da taxatividade, referido artigo do diploma penal punia exclusivamente o traficante⁴⁵.

Após três anos da edição do Decreto Lei 385/68, houve adequação do sistema repressivo de drogas às orientações internacionais, com a publicação da Lei 5.726/71, ocorrendo, enfim, a definitiva descodificação da matéria concernente aos entorpecentes⁴⁶.

⁴¹ Decreto Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, disponível em [HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm). Acesso em 19 nov. 2015.

⁴² Cf. DE CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 63.

⁴³ Cf. DE CARVALHO, op. cit., passim.

⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção e Repressão**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁴⁵ Cf. DE CARVALHO, op. cit., p. 68.

⁴⁶ Ibidem, p. 69.

Referida lei “redefine as hipóteses de criminalização e modifica o rito processual, inovando na técnica de repressão aos estupefacientes⁴⁷”, todavia, manteve a criminalização do uso de entorpecente nos mesmos termos anteriores, impondo a mesma pena cominada ao traficante, qual seja, pena privativa de liberdade de 01 (um) a 06 (seis) anos.

Em 1976 foi editada a Lei 6.368/76, que “instaura no Brasil modelo inédito de controle, acompanhando as orientações políticos-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções coletivas⁴⁸”. Ainda que não houvesse diferença significativa quanto às figuras típicas apresentadas nas legislações anteriores, há modificação quanto à graduação das penas, havendo, assim, o reconhecimento do estereótipo de narcotraficante⁴⁹. Deste modo,

No plano político-criminal, a Lei 6.368/76 manteve a histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente⁵⁰.

Ainda,

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

A Lei 6.368/76 previu sete crimes relacionados a entorpecentes, sendo que, em seu artigo 12 tipificou efetivamente o delito de tráfico, contudo, não atribuiu no artigo este *nomem iuris*, sendo que expandiu as modalidades de conduta, bem como dedicou um artigo exclusivo ao delito de associação ao tráfico (artigo 14)⁵¹. Outrossim, criou causas especiais de aumento de pena (artigo 18), como nos casos de tráfico internacional de drogas, quando o delito visar menores de 21 anos ou em caso de prática de tráfico em estabelecimentos de ensino, culturais, sociais ou de tratamento, entre outros.

Em 1988 foi promulgada a atual Constituição Federal, na qual há previsão de três dispositivos concernentes aos entorpecentes, quais sejam, artigo 5º, incisos XLIII e LI, e artigo 243. Através da leitura dos respectivos dispositivos constitucionais, é possível perceber

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ DE CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem, 74.

⁵¹ Ibidem, 80.

a intenção do legislador de “coibir o avanço do tráfico de drogas no Brasil, bem como proteger bens jurídicos como a vida, a saúde pública e a dignidade humana⁵²”.

O inciso XLIII, do artigo 5º da CF prevê:

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

Ainda, o inciso LI de referido dispositivo constitucional prevê:

Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Possível notar que o legislador considerou o delito de tráfico muito mais grave que os demais, de forma que o brasileiro naturalizado, ainda que tenha cometido referido delito após a naturalização, poderá ser extraditado.

Saliente-se que os dois dispositivos supracitados tratam-se de cláusulas pétreas, não podendo ser alteradas através de emenda constitucional.

Por fim, o artigo 243 da Constituição Federal prevê:

As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Ainda, em seu parágrafo único:

Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Diante disto, possível vislumbrar a intenção do legislador de reprimir severamente a prática de tráfico ilícito de entorpecentes, atribuindo consequências severas àquele que, ainda assim, praticá-lo.

Em 11 de janeiro de 2002 foi editada da Lei 10.409/02, que objetivava atualizar a Lei 6.368/76 para a nova realidade referente aos entorpecentes na sociedade brasileira, contudo, diversos dispositivos da referida lei foram vetados pelo Presidente da República, seja por serem inconstitucionais, seja por nada acrescentarem ou alterarem os dispositivos da Lei 6.368/76.

Em 16 de julho de 2004 houve o implemento do Decreto 5.144/04, que regulamentou os §§1º, 2º e 3º do artigo 303 da Lei 7565/86, que dispõe sobre o Código Brasileiro de

⁵² SATO, Fernando Massahiro Rosa. **A evolução legislativa penal e processual penal sobre drogas no Brasil**. 2007. Monografia (Especialização “*lato sensu*” em Direito Público) – Centro Universitário Salesiano de São Paulo, São José dos Campos, 2007.

Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, cujo ponto mais relevante é o artigo 5º, que prevê medidas de destruição das aeronaves suspeitas que não atenderem ao procedimento de abordagem, que passam a ser consideradas aeronaves hostis.

Por fim, em 23 de agosto de 2006, foi editada a Lei 11.343/06, visando sanar a inadequação histórica da Lei 6.368/76, de forma que,

embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76, reforçando-o⁵³.

Na nova lei de drogas foram criados dois tratamentos penais distintos, quais sejam para os usuários e para os traficantes: para os traficantes houve imposição de rigorosa sanção (penas privativas de liberdade de cinco a quinze anos); enquanto que para os usuários de entorpecentes foram definidas penas e medidas, como por exemplo, advertência sobre os efeitos da droga (artigo 28, inciso I) e prestação de serviços à comunidade (inciso II)⁵⁴.

Ademais, na Lei 11.343/06 “não apenas a criminalização do comércio de entorpecentes e suas variáveis é mantida, como são aumentadas substancialmente as penas e restringidas as hipóteses de incidência dos substitutos penais (v.g. penas restritivas de direitos)⁵⁵.

A análise mais aprofundada da Lei 11.343/06 será feita mais adiante, no Capítulo 3, concernente a análise sobre a aplicação das penas restritivas de direitos no crime de tráfico de drogas.

2. Penas Restritivas de Direitos

2.1. Conceito

Segundo Soler,

“pena é a sanção afliativa 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 delitos⁵⁶”.

⁵³ DE CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118.

⁵⁴ Cf. DE CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Apud DE JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 563.

Tem como características: é personalíssima, de forma que somente atinge o autor da infração; é a lei que disciplina sua aplicação, sendo inderrogável, ou seja, sua aplicação é uma certeza; é proporcional ao crime⁵⁷.

O Código Penal classifica as penas em:

- Privativas de liberdade;
- Restritivas de direitos;
- Pecuniárias.

No presente momento, nos ateremos às penas restritivas de direitos apenas.

“Alternativas penais, também chamadas substitutivos penais, são meios de que se vale o legislador visando impedir que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade⁵⁸.” Os substitutos penais podem estar presentes em qualquer fase de persecução penal, seja anteriormente à sentença condenatória (ex.: fiança), no momento da prolação desta (ex.: penas alternativas), ou até mesmo na fase de execução (ex.: indulto)⁵⁹.

Assim sendo, as penas alternativas

“são sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviço à comunidade e as interdições temporárias de direitos, pertencendo ao gênero das alternativas penais⁶⁰”.

As penas restritivas de direitos, portanto, são espécies de pena alternativa, aplicadas, em regra, no momento da prolação da sentença condenatória, podendo, contudo, serem substitutas da pena privativa de liberdade, durante a execução desta, mediante o preenchimento de certos requisitos, conforme artigo 180 da Lei de Execuções Penais⁶¹.

Podem ser conceituadas, portanto, como “sanção penal imposta em substituição à pena privativa de liberdade consistente na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado⁶²”.

2.2. Evolução Histórica

No período primitivo, nas sociedades de estrutura familiar, antes do Estado assumir a responsabilidade pela persecução penal, prevalecia a autotutela, na qual os conflitos eram

⁵⁷ DE JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 564.

⁵⁸ DE JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 573.

⁵⁹ Ibidem, p. 573-574.

⁶⁰ Ibidem, p. 574.

⁶¹ Ibidem.

⁶² CERA, Denise Cristina Mantovi. **Conceito, Espécies e Características das Penas Restritivas de Direitos**. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2192488/qual-o-conceito-as-especies-e-as-caracteristicas-das-penas-restritivas-de-direitos-denise-cristina-mantovi-cera>. Acesso em 31 jul. de 2016.

resolvidos na esfera privada, de forma que, no caso de cometimento de algum delito, a vítima e sua família eram responsáveis pela punição do culpado⁶³. Conforme Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves,

“nas sociedades de estrutura familiar, as quais precederam a fundação do Estado (comunidades que têm o sangue por base), encontram-se duas espécies de pena, a saber: a punição do membro da tribo, o qual fez culpado para com ela ou com seus companheiros; e a punição do estranho que veio de fora invadir o círculo do poder e da vontade da sociedade ou de alguns de seus membros⁶⁴”.

Ainda, segundo Erich Fromm, naquele momento da história, existia a chamada “vingança de sangue”, que pode ser definida como

“um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto⁶⁵”.

Ademais, conforme preleciona Oswaldo Henrique Duek Marques, “todavia, se uma pessoa de determinado grupo era atingida por um grupo estrangeiro, a vingança era coletiva e incidia sobre todo o grupo agressor⁶⁶”.

Devido aos prejuízos causados pelo emprego da autotutela, que gerava guerras e enfraquecimento da comunidade⁶⁷, o Estado, então, assumiu o múnus da persecução penal; entretanto, seu modo de agir não era de acordo com os preceitos da dignidade da pessoa humana, de forma que aplicava penas indiscriminadamente, ainda que houvesse apenas mera suspeita de que determinado indivíduo era o autor do delito, bem como estas eram executadas de forma cruel⁶⁸. “A pena passava a ser pública, mas estava impregnada pela vingança, penetrava nos costumes sociais e procurava alcançar a proporcionalidade através das formas do talião e da composição⁶⁹”.

Ainda,

“entretanto, como já comentado, a transferência da punição para um poder central não teve por fundamento o abrandamento da vingança em si, mas sim o da manutenção de certa ordem social e o de evitar guerras infundáveis entre grupos, que enfraqueciam a própria comunidade⁷⁰”.

Nas antigas civilizações orientais, a pena possuía um caráter religioso, de forma que passou a ser regulada pelos sacerdotes, sendo que tinha finalidade de reparar a divindade

⁶³ DAS NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. **Penas Restritivas de Direitos: Alternativa de Punição Justa**. 1 ed. Paraná: Juruá, 2010, p. 32.

⁶⁴ DAS NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. **Penas Restritivas de Direitos: Alternativa de Punição Justa**. 1 ed. Paraná: Juruá, 2010, p. 32..

⁶⁵ FROMM, Erich. **Anatomia de Destrutividade Humana**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 366.

⁶⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 3.

⁶⁷ Ibidem, p. 4.

⁶⁸ DAS NEVES, op. cit., p. 33.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 3.

ofendida pela prática delituosa⁷¹. Surgiu, então, a prática do sacrifício como maneira de “acalmar” a divindade atingida pelo delito⁷², era o que se denominava “vingança divina”.

Já no Direito Romano, grande parte da responsabilidade pela persecução penal ficava a cargo do chefe familiar (*paterfamiliae*), maior autoridade no âmbito familiar na Roma Antiga, sendo que esta incumbência se dava especialmente em relação aos escravos. Naquela época, eram previstas penas de caráter perpétuo com imposição de trabalho, as quais eram aplicadas a pessoas de classes inferiores, sendo que apenas se findavam com o esgotamento da capacidade de trabalho do condenado⁷³.

Com o advento da República, em Roma, o direito de punir passou a ser exclusivamente do Estado, sendo que, neste período, chamado de “vingança pública”, a aplicação de penas mais amenas, como o exílio e a deportação, ganhou espaço em detrimento a pena de morte, que teve sua aplicação reduzida⁷⁴. Consoante Maximiliano Roberto Ernesto Führer,

“as práticas criminais vão abrandando-se, até a quase extinção da vingança privada, o desuso da pena de morte e a adoção do princípio da legalidade (*Lex Corneliae* e *Lex Juliae*), que exigia a prévia cominação da pena nos crimes públicos⁷⁵”.

Já na Idade Média, conforme ensinamento de Oswaldo Henrique Duek Marques,

“para o homem medieval, não só o poder, mas todas as coisas eram derivadas de Deus. O direito de punir, por consequência, não fugiu à regra geral, dessa espécie de delegação divina. Por esse motivo, a pena, eterna ou temporal, consistia na vingança pública, exercida como uma espécie de represália pela violação divina⁷⁶”.

Segundo Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves

“nos crimes públicos (traição ao Estado, homicídio de homens livres, o incêndio, a corrupção de juízes, a sátira injuriosa, as assembleias noturnas e o sortilégio), o Estado atuava como titular do direito de punir, prevalecendo quase sempre a pena de morte⁷⁷”.

A prisão, naquela época, servia apenas para custódia dos réus, que aguardavam encarcerados por seus julgamentos, de forma que não possuía caráter de pena⁷⁸. “Assim, na

⁷¹ Ibidem, p. 11.

⁷² Ibidem.

⁷³ DAS NEVES, op. cit., p. 33.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do Direito Penal (crime natural e crime de plástico)**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

⁷⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 29.

⁷⁷ DAS NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. **Penas Restritivas de Direitos: Alternativa de Punição Justa**. 1 ed. Paraná: Juruá, 2010, p. 33.

⁷⁸ Ibidem, p.35.

Idade Média, ainda predominou a prisão como custódia e a execução das penas corporais e capitais, realizadas num público espetáculo que era oferecido às multidões⁷⁹”.

Na Época Moderna, o autor Thomas More, em sua obra “Utopia”, propôs a aplicação de substitutos penais, como a prestação de serviços à comunidade, desde que o delito não houvesse sido cometido mediante violência⁸⁰. Com o advento do Absolutismo, entretanto, as penas eram aplicadas sem proporcionalidade, sendo carregadas de sofrimento, não com o fim de reeducar o condenado, mas sim, de torná-lo exemplo para o resto da população, de forma que todos tivessem medo da figura do monarca⁸¹. Conforme Oswaldo Henrique Duek Marques,

“[...] até o final da época moderna não se verificou uma evolução do sistema punitivo. À vingança pública foram adicionadas justificativas da penalidade medieval. A pena continuou impregnada de fundamentos religiosos, caracterizando uma espécie de represália à violação divina⁸²”.

A partir do século XVIII, com o advento da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, as formas cruéis e arbitrárias de punição passaram a ser questionadas, de forma que tiveram um fim gradativo⁸³. “A partir de então, deveria a sociedade encontrar uma forma humana e justa de punir os criminosos, com proporção entre a transgressão e o castigo, o que ocasionou a mitigação das penas⁸⁴”.

Conforme Felipe Machado Caldeira,

“A modernização do Direito Penal é marcada pelo Iluminismo, e, a partir das contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Fenenbach (Alemanha), Beccaria, Filangieri e Pagano (Itália), grandes pensadores iluministas e elaboradores de princípios iluminados no projeto de uma sociedade baseada na razão, nascem as grandes indicações sobre a soberania da lei, sobre a defesa dos direitos subjetivos e sobre as garantias necessárias no processo penal e sobre a oportunidade de racionalizar as penas numa relação o mais objetiva possível com a gravidade do delito e o dano infligido à sociedade⁸⁵”.

Ainda,

“a ideia de prisão como forma de privação da liberdade surge, na verdade, mais como uma ideologia do modo de produção capitalista do que com o propósito humanitário e idealista de reabilitação do condenado; havia uma necessidade urgente e emergente de mão de obra e, também, de controlar essa massa delincente que acabara de surgir. Dessa forma, a prisão surge como uma necessidade do regime econômico capitalista em crescente desenvolvimento e também como uma forma de

⁷⁹ Ibidem, p. 36.

⁸⁰ MARQUES, . Op. cit., p.40.

⁸¹ Ibidem, p. 46.

⁸² Ibidem, p. 49.

⁸³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 51.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 32, outubro. 2009. Disponível em:

http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao032/felipe_caldeira.html. Acesso em: 20 set. 2016.

controle social da classe que dominava tal regime, possuindo, na verdade, uma finalidade de controle social (da classe dominante, burguesa, sobre a dominada, proletariado)⁸⁶”.

Entretanto, o sistema punitivo baseado em penas privativas de liberdade começou a receber críticas com o advento do Programa de Marburgo de Franz Von Listz, em 1882, segundo o qual as penas privativas de liberdade de curta duração “não corrigem, não intimidam, nem põem o delinquente fora do estado de prejudicar e, ao contrário, muitas vezes encaminham para o crime o delinquente novel⁸⁷”, de forma que sugeriu a substituição de penas privativas de liberdade de curta duração por penas alternativas, tais como proibição de frequentar as tavernas e trabalho forçado sem encarceramento⁸⁸.

No século XX, então, iniciou-se a busca por penas alternativas ao regime fechado, sendo que, em 1937, quando da realização do II Congresso Internacional de Direito Comparado, em Haia, o assunto da substituição ganhou relevo.

Claus Roxin atribui o declínio das penas privativas de liberdade a dois fatores, quais sejam:

“as instituições carcerárias e os recursos financeiros necessários a manutenção do sistema prisional que são deficientes para abrigar o grande número de infratores; além disto, a imposição de penas privativas de liberdade em massa, inclusive para os delitos pequenos e médios, não é político-criminalmente desejável⁸⁹”.

Neste contexto, surgem os substitutos penais, tais como a prestação de serviços à comunidade, a multa, entre outros.

2.2.1. Evolução História da Pena no Brasil

No que tange ao Brasil, quando de sua colonização, a legislação vigente em Portugal, e que, por consequência, passou a vigor também em território brasileiro, eram as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446, cuja forma de sanção era a “vingança arbitrária e caprichosa, o terror, o ódio, a sanha, a infâmia, o sangue, o confisco de bens, as torturas, as mutilações e a mortes para os mais leves crimes⁹⁰”.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. V.1., p. 153.

⁸⁸ DAS NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. **Penas Restritivas de Direitos: Alternativa de Punição Justa**. 1 ed. Paraná: Juruá, 2010, p. 89.

⁸⁹ Ibidem, p.98.

⁹⁰ BEZERRA, Rafael Pinto da Costa. **Origem e Fundamentos das Penas Alternativas**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14558. Acesso em: 20 set. 2016.

As Ordens Afonsinas foram substituídas em 1521 pelas Ordens Manuelinas, que mantiveram as mesmas características da anterior, vigorando até 1603, com o advento das Ordenações Filipinas, que “traziam como principal sanção a pena de morte, que podia ser cruel, atroz, simples ou civil, além da previsão de outras sanções graves, como o açoite, corte de membros e galés⁹¹”.

Em 1830, entrou em vigor o Código Criminal do Império, que representou um avanço, uma vez que se baseou nas ideias iluministas de Beccaria e Betham⁹². Alguns exemplos de sanções previstas em referido diploma são a de multa, prisão simples, galés, trabalho forçado e exílio⁹³. Cumpre salientar que, anos antes, em 1824, havia sido promulgada a Constituição Brasileira, a qual aboliu as penas cruéis, bem como previu direitos e garantias aos cidadãos⁹⁴.

Com o advento da Proclamação da República, foi promulgado o Código Penal de 1890, diploma este que limitou as penas privativas de liberdade em 30 anos, bem como aboliu a pena de morte⁹⁵.

Em 1940 entrou em vigor o Código Penal, cuja sanção penal objetivava a recuperação social do condenado, sendo que, em 1984 houve a modificação da parte geral de referido diploma pelo advento da Lei nº 7209/84, a qual “elevou as penas restritivas de direito a categoria de penas principais e substitutivas às penas privativas de liberdade⁹⁶”.

2.3. Espécies

2.3.1. Prestação Pecuniária

Prevista nos artigos 43, I, e 45, §1º, ambos do Código Penal, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada, com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo, nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. Outrossim, consoante o §2º do artigo 45, referida prestação pecuniária poderá ser convertida em prestação de outra natureza, caso haja

⁹¹ FERREIRA, Lyvia Marianna de Oliveira César Ferreira. **Penas Restritivas de Direito em Substituição às Penas Privativas de Liberdade**. 2005. Monografia (Especialização “*lato sensu*” em Direito Público) – Centro Universitário Salesiano de São Paulo, São José dos Campos, 2005, p. 13.

⁹² Cf. BEZERRA, Rafael Pinto da Costa. **Origem e Fundamentos das Penas Alternativas**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14558. Acesso em: 20 set. 2016..

⁹³ Cf. FERREIRA, Op. cit., p. 14.

⁹⁴ Cf. BEZERRA, Op. Cit.

⁹⁵ Cf. FERREIRA, Op. cit., p. 14.

⁹⁶ Ibidem.

aceitação do beneficiário, sendo assim, conforme Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves, poderá consistir em “[...] entrega de gêneros alimentícios (cestas básicas), peças de vestuário, títulos, metais preciosos, etc., [...]”⁹⁷.

Contudo, conforme Luiz Flávio Gomes, a aceitação do beneficiário somente deverá ser levada em conta quando se tratar de uma obrigação de fazer, tendo em vista que será necessário haver anuência deste quanto ao possível contato que terá com o autor do fato, nos casos, por exemplo, de prestação de mão de obra em favor da vítima⁹⁸.

Ainda conforme Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves, no que diz respeito aos beneficiários da prestação:

“A ordem de preferência para definir os beneficiários da prestação pecuniária é a seguinte: primeiro a vítima, depois os dependentes da vítima (descendentes, ascendentes, cônjuge e irmãos), posteriormente a entidade pública com destinação social e, por fim, a entidade privada também com destinação social. Desta maneira, somente em duas hipóteses, a prestação pecuniária poderá ter outro destinatário que não seja a vítima ou dependentes: se não houver dano a reparar ou se não houver vítima imediata ou seus dependentes”⁹⁹.

Ademais, conforme preleciona Luiz Flávio Gomes,

“No que diz respeito à vítima ou seus dependentes, a prestação pecuniária possui cunho indenizatório, seja de danos materiais, seja de danos morais. Quanto às entidades públicas e privadas com destinação social, a referida prestação tem cunho beneficente¹⁰⁰”.

Ainda, segundo referido autor,

“Não há como confundir prestação pecuniária, que é pena substitutiva da prisão, com a multa estatal. Esta, depois do trânsito em julgado, converte-se em dívida de valor (CP, art. 51). O mesmo deve ser dito em relação à multa reparatória do art. 297 do CTB, assim como à multa dos juizados criminais ou à multa substitutiva. A prestação pecuniária se se transformasse em dívida de valor, não poderia jamais dar ensejo à prisão (isto é, não seria objeto de conversão)¹⁰¹”.

2.3.2. Perda de bens e valores

Prevista no artigo 43, II, do Código Penal, bem como no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, trata-se de pena restritiva de direito em que o magistrado determina o perdimento de bens e valores pertencentes ao condenado, em favor do Fundo Penitenciário

⁹⁷ DAS NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. **Penas Restritivas de Direitos: Alternativa de Punição Justa**. 1 ed. Paraná: Juruá, 2010, p. 151.

⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 135.

⁹⁹ DAS NEVES, op. cit., p. 152-153.

¹⁰⁰ GOMES, op. cit., p. 131.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132.

Nacional, sendo que o seu teto será – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou terceiro, em consequência da prática do crime¹⁰².

Conforme dispõe Luiz Flávio Gomes, referida espécie de pena alternativa tem como principal destinatário o denominado “criminoso do colarinho branco”, que segundo ele, trata-se de “autor de um crime de média potencialidade ofensiva que tem patrimônio¹⁰³”.

Acrescente-se o que preleciona Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves, que afirma ser a presente pena restritiva de direitos de pertinência principalmente em delitos que geram prejuízo vultosos ao erário público, como nos casos de corrupção, seja ativa ou passiva, tráfico de influência, entre outros¹⁰⁴.

Quando a lei fala de “bens”, estes poderão ser móveis ou imóveis. Por outro lado, ao tratar de “valores”, estes poderão ser títulos de crédito, ações ou outros papéis representativos de dinheiro, negociáveis na Bolsa de Valores¹⁰⁵.

Para Juarez Cirino dos Santos, embora haja posição majoritária da doutrina afirmando que a espécie de pena alternativa em estudo trata-se, na verdade, de um confisco, deve-se analisá-la sob dois aspectos: primeiramente, quando for admitida a perda de bens e valores até o limite do prejuízo causado com a prática do delito, sendo em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de fato constituirá confisco, já que não possui natureza de indenização ou ressarcimento da vítima. Entretanto, quando houver perda de bens e valores obtidos com a prática do delito, até o limite do proveito alcançado, não possuíra natureza de confisco, pois, sendo frutos de um crime, referidos bens e valores não poderão ser considerados como de propriedade do autor da infração¹⁰⁶.

Ademais, conforme ensinamento de Damásio Evangelista de Jesus, não se deve confundir perda de bens e valores como pena e o confisco. Segundo ele, “este constitui efeito da condenação e atinge os instrumentos e o produto do crime (*instrumenta e producta sceleris*). Na pena alternativa, os bens e valores são de natureza e origem lícitas¹⁰⁷”.

2.3.3. Prestação de serviços à comunidade

¹⁰² Cf. DAS NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. **Penas Restritivas de Direitos: Alternativa de Punição Justa**. 1 ed. Paraná: Juruá, 2010, p. 164.

¹⁰³ GOMES, op. cit., p. 135.

¹⁰⁴ Cf. DAS NEVES, op. cit., p. 166.

¹⁰⁵ GOMES, op. cit., p. 135.

¹⁰⁶ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 536.

¹⁰⁷ JESUS, Damásio Evangelista. **Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 150.

Consoante os §§§1º, 2º e 3º do artigo 46 do Código Penal, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, sendo que se dará em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, devendo ser atribuídas conforme as aptidões do condenado, sendo cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Saliente-se que, consoante ensinamento de Luiz Flávio Gomes, não será possível a prestação de serviços a entidades privadas que não cumpram nenhum programa comunitário “pois nesse caso haveria apropriação indevida de mão de obra¹⁰⁸”.

Ainda, conforme o *caput* de referido artigo, a presente espécie de pena restritiva de direitos somente poderá ser aplicada em caso de condenações superiores a seis meses de privação de liberdade.

Conforme a doutrina especializada, a prestação de serviços à comunidade tem se mostrado a pena restritiva de direitos mais eficaz, pois, conforme Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves, “[...] além de ser a mais aplicada pelos magistrados, possui ampla essência ressocializadora, na medida em que o condenado é levado a expiar a prática delitiva, proporcionalmente à sua culpabilidade, sem sujeitar-se aos males do cárcere, praticando uma atividade útil à comunidade, sendo-lhe oportunizado tornar-se mais humano no convívio com pessoas que voluntariamente se dedicam aos necessitados¹⁰⁹”.

Não se deve confundir prestação de serviços à comunidade com trabalho forçado, pois este consiste na atribuição de tarefas àquele que se encontra cumprindo pena privativa de liberdade, ainda que não seja da vontade deste, enquanto que a prestação de serviços à comunidade é uma forma alternativa da prisão, possuindo caráter humanitário¹¹⁰.

2.3.4. Interdição temporária de direitos

Nos termos do artigo 47 do Código Penal referida espécie de pena restritiva de direitos representa

- I. A proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como do mandato eletivo: referente aos casos em que há quebra do dever funcional. “É uma pena que exige a ocorrência de um nexo funcional, aproveitando-se, o agente, da

¹⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 141.

¹⁰⁹ DAS NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. **Penas Restritivas de Direitos: Alternativa de Punição Justa**. 1 ed. Paraná: Juruá, 2010, p. 176.

¹¹⁰ Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 140.

qualidade específica inserta no artigo 327, §1º do Código Penal, para o cometimento do delito, ou seja, aplica-se tão somente àqueles que exercem cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo, quando eles infringem os deveres que lhe são próprios (dever de lealdade, obediência, conduta ética etc.) ou mandato eletivo¹¹¹”. Aplica-se aos condenados pela prática de crimes contra a administração pública.

- II. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder pública: implica que o delito tenha sido praticado com abuso de poder de profissão ou atividade, infringindo-se o dever inerente a ela. Ex.: violação de segredo profissional; omissão de notificação de doença; patrocínio infiel, etc.
- III. Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo: aplicável aos crimes culposos praticados no trânsito.
- IV. Proibição de frequentar determinados lugares: conforme Cezar Bitencourt, deverá existir “uma relação de influência criminógena com o lugar onde a infração foi cometida e a personalidade e/ou a conduta do apenado e que, por essa razão, se pretende proibir a frequência do infrator beneficiário da alternativa à pena privativa de liberdade¹¹²”.
- V. Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

2.3.5. Limitação de fim de semana

Segundo o artigo 48 do Código Penal, a pena restritiva de direitos em estudo consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, sendo que, consoante o parágrafo único de referido artigo, durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

2.3.4 Requisitos

Consoante o artigo 44 do Código Penal:

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

- I. Aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
- II. O réu não for reincidente em crime doloso;
- III. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente¹¹³”.

Vale dizer, ainda, que, o §3º de referido artigo prevê a possibilidade de o reincidente obter o benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, caso

¹¹¹ DAS NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. **Penas Restritivas de Direitos: Alternativa de Punição Justa**. 1 ed. Paraná: Juruá, 2010, p. 181.

¹¹² BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, p.481.

¹¹³ BRASIL. Código Penal. 4 ed. São Paulo: Método, 2016.

a reincidência não seja específica, ou seja, em virtude da prática de um mesmo crime, bem como se a medida for socialmente recomendável.

Outrossim, na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos, entretanto, se for superior a um ano, deverá haver imposição de uma pena restritiva de direito e multa, ou duas restritivas de direito, conforme o §2º do artigo 44.

Por fim, cumpre ressaltar que, em caso de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos imposta, está deverá ser convertida em pena privativa de liberdade, deduzindo-se o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitando o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão, conforme o artigo 44, §4º do Código Penal.

3. A aplicação de Penas Restritivas de Direitos no crime de Tráfico de Drogas

3.1. A Lei 11.343/06

A Lei 11.343/06, em seu artigo 33, §4º, ao se referir ao delito de tráfico de drogas, prevê:

“Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), **vedada a conversão em penas restritivas de direitos** (grifo nosso), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa¹¹⁴”.

Assim, ainda que teoricamente, com a redução de mais de um 1/6 da pena cumprisse o requisito quantitativo para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o artigo em comento vedou expressamente esta possibilidade.

Ademais, o artigo 44 de referida lei aduz:

“Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, **vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos** (grifo nosso)¹¹⁵”.

Desta forma, resta evidente o intuito do legislador de não permitir a concessão de referido benefício aos autores do crime de tráfico de drogas.

3.2. O HC 97.256/RS e a Resolução nº 05 de 2012

¹¹⁴ BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 23 de set. 2016.

¹¹⁵ Ibidem.

No julgamento do Habeas Corpus 97.256/RS, em 01 de setembro de 2010, o Tribunal Pleno do STF considerou inconstitucionais os artigos 33, §4º e artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, por vedarem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Referido remédio constitucional foi impetrado pela Defensoria Pública da União. Em suma, a defesa requereu “declaração da inconstitucionalidade dos arts. 44 e 33, §4º da Lei 11.343/2006, que vedam aos envolvidos com tráfico a liberdade provisória e aplicação de penas restritivas de direitos, sob alegação de que ofende as garantias constitucionais da individualização da pena (art. 5º XLVI da CRFB), da inafastabilidade de apreciação pelo Poder de Judiciário quanto à lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º XXXV da CRFB), e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito (art. 5º LIV da CRFB) ¹¹⁶”.

Eis a ementa de citado acórdão:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

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

¹¹⁶ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **O julgamento do Habeas Corpus nº 97.256 pelo STF, a Resolução nº 05/2012 do Senado Federal e o direito à pena restritiva de direitos a traficantes: algumas polêmicas.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23227/o-julgamento-do-habeas-corpus-n-97-256-pelo-stf-a-resolucao-n-05-2012-do-senado-federal-e-o-direito-a-pena-restritiva-de-direitos-a-trafficantes-algumas-polemicas>. Acesso em: 23 set. 2016.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos (grifo nosso); determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente¹¹⁷”.

Entretanto, o voto do ministro Joaquim Barbosa não foi favorável à declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais. Senão vejamos:

“A primeira dificuldade com que me deparei para considerar inconstitucional a vedação imposta pela Lei de Drogas foi a seguinte: no nosso Direito Positivo, a substituição da pena não é cabível em qualquer crime. Com efeito, o Código Penal traz vedações à substituição da pena em várias situações, como se observa no seu artigo 44. Assim, a menos que consideremos esse dispositivo inconstitucional, temos de reconhecer que o juiz, em vários casos, é impedido de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista, justamente esta vedação legal. Com efeito, ao disciplinar as hipóteses de cabimento da substituição da pena, o Código Penal fixou as diretrizes a serem observadas pelo juiz no momento da sua aplicação. Leio o que estabelece o art. 44:

[...]

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

Vejamos alguns exemplos: O Código Penal veda a substituição da pena nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Esta vedação nunca foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. E há crimes menos graves do que o tráfico de drogas que incidem nesta proibição, como por exemplo: crime de lesão corporal grave; crime de aborto; crime de roubo simples. Nenhum desses crimes é considerado hediondo e, mesmo assim, não é possível a substituição da pena.

Outra hipótese de vedação legal – e, por consequência, abstrata – à substituição da pena é a do art. 44, §3º, do Código Penal, que a proíbe no caso de o condenado ser reincidente específico. Isto abrange, por exemplo, aquele que reincide no crime de furto, que também é um crime muito menos grave do que o tráfico de drogas.

Pergunto: por qual razão não poderia o legislador, este mesmo que estabeleceu as vedações do art. 44 do Código Penal, vedar a substituição de pena no crime de tráfico de drogas, que a própria Constituição da República considerou um crime gravíssimo, cuja prática autoriza, inclusive, a extradição do brasileiro naturalizado (art. 5º, LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97.256, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, 01.09.2010, DJE 15.12.2010.

crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei)? Ou será o art. 44 do Código penal também inconstitucional, por violar o princípio da individualização estabelecido no art. 5º, XLVI, da Constituição da República?

[...]

Ou seja, observado este balizamento mínimo, se abstrairmos excessivamente o princípio da individualização da pena estabelecido no art. 5º, XLVI, chegaremos a uma situação em que o legislador não poderá estabelecer pena alguma: apenas o juiz poderia individualizar, de acordo com seu julgamento do caso concreto, a sanção penal cabível, dentre aquelas estabelecidas exclusivamente na Constituição da República. Não é isso, contudo, que nossa Lei Maior pretende, especialmente se considerarmos a necessidade de observância do princípio da reserva legal: não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Noutras palavras: somente é possível aplicar as penas estabelecidas, em abstrato, pelo legislador¹¹⁸”.

O voto do ministro Joaquim Barbosa foi seguido, ainda, pelas ministras Carmem Lúcia e Ellen Gracie, e pelo ministro Marco Aurélio.

Já em 16 de fevereiro de 2012, o Senado Federal editou a Resolução nº 5, a qual suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direito”, constante do §4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06, o que foi feito com base no artigo 52, X, da Constituição Federal, que dá competência ao Senado de suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Referida Resolução representou, na prática, a extensão dos efeitos do julgamento do HC 97.256/RS para todos os condenados como incurso no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06.

Entretanto, ainda que tenha sido editada referida Resolução, não se deve aplicar a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito ao crime de tráfico, ainda que com a diminuição prevista no §4º, tendo em vista não ser medida suficiente e adequada.

O crime de tráfico de drogas não tem seu fim em si mesmo, tendo em vista que suas consequências não se resumem à simples venda de entorpecentes a um terceiro. Este terceiro, também denominado usuário, torna-se intrinsecamente dependente das substâncias tóxicas, de forma que busca a droga a todo custo.

Conforme Tarso Araújo, estima-se que 12,6 milhões de pessoas morram a cada ano por motivos ligados ao abuso de drogas¹¹⁹. Ainda, conforme referido autor “desde o primeiro uso há o perigo, por exemplo, de acidentes, de overdose e, no caso de drogas injetáveis, de dezenas de tipos de infecção – algumas fatais, como a AIDS¹²⁰”.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97.256, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, 01.09.2010, DJE 15.12.2010.

¹¹⁹ Cf. ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das Drogas**. 2 ed. São Paulo: LeYa, 2014, p. 146.

¹²⁰ Ibidem.

Trata-se, verdadeiramente, de uma doença:

“a dependência química, forma de vício mais comum que existe, é considerada pela medicina uma doença causada por alterações químicas no cérebro que levam a pessoa a consumir determinada substância compulsivamente, mesmo quando sabe que isso terá efeitos graves em sua vida¹²¹”.

Ademais, o dependente químico, na busca incessante pelo uso de entorpecentes, muitas das vezes, vendo-se sem alternativa, pratica delitos para sustentar seu vício. Desta forma, muito comum é a prática de crimes contra o patrimônio, como furtos e roubos, estes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a fim de obter dinheiro para adquirir o entorpecente, o que gera um incremento nos índices de criminalidade.

A corroborar tal informação, Eduardo Godinho Pereira: “Percebe-se que o tráfico de drogas ilícitas é uma modalidade criminal que traz junto consigo uma série de outros crimes, principalmente, o crime violento contra o patrimônio e contra a pessoa¹²²”.

Conforme a Secretária de Segurança Pública e Administração Penitenciária do Estado do Paraná, atualmente no sistema penitenciário, quase a totalidade dos presos tem envolvimento direto ou indireto com o mundo das drogas, quer seja como traficantes, ou como usuários¹²³.

O tráfico de drogas atinge de modo devastador a saúde pública e produz incalculáveis males que diretamente atingem a sociedade, notadamente a desestruturação familiar, a corrupção de menores e o aumento de crimes que lhe são conexos, tais como furtos, roubos e comércio ilegal de armas, além da manifesta degeneração física e moral que causa ao usuário.

Desta forma, ainda que o critério quantitativo seja alcançado com a diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, a pena privativa de liberdade não poderá ser substituída por restritiva de direito, tendo em vista o não preenchimento do requisito previsto no artigo 44, III, segunda parte, do Código Penal, qual seja: “[...] os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Conforme acima exposto, diante da gravidade do delito de tráfico de drogas, o qual gera consequências muito maiores do que a simples comercialização de uma substância ilícita, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não será suficiente para a repressão de tal delito.

¹²¹ Ibidem, p. 178.

¹²² PEREIRA, Eduardo Godinho. **O Tráfico de drogas ilícitas: uma modalidade do crime organizado**. Disponível em: http://www.bibliotecapolicia.com.br/upload/documentos/O-TRAFICO-DE-DROGAS-E-O-CRIME-ORGANIZADO-21069_2011_8_7_51_24.pdf. Acesso em 23 de set. 2016.

¹²³ Cf. Secretária de Segurança Pública e Administração Penitenciária do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.181.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=8>. Acesso em 23 de set. 2016.

Ademais, sendo o tráfico de drogas delito equiparado a hediondo, conforme o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, bem como do artigo 2º da Lei 8072/90, a substituição não seria socialmente recomendável, tendo em vista que o legislador, ao atribuir tal característica ao referido crime, tinha o escopo de dispensar um tratamento mais severo a quem o praticasse. Por outro lado, o objetivo das penas restritivas de direito é o de oferecer uma alternativa ao autor de delitos de média gravidade, a fim de haver uma real ressocialização, de forma a não conduzi-los ao convívio com criminosas de maior periculosidade.

Sendo assim, referidas leis não se mostram compatíveis entre si.

Outrossim, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, aplicável a todo ordenamento jurídico brasileiro – prevê: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Diante disso, considerando toda a gravidade do delito de tráfico de drogas, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não atenderá aos fins sociais da lei, nem estará de acordo com as exigências do bem comum, que se vê diariamente ameaçado pela prática do tráfico de drogas, bem como pelos crimes dele decorrentes, em especial, os delitos contra o patrimônio.

Cumprе ressaltar que, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter se posicionado pela inconstitucionalidade da vedação prevista na Lei 11.343/06, os Tribunais Superiores têm se manifestado pela impossibilidade de substituição por penas restritivas de direito. Senão vejamos:

“Apelação. Tráfico de drogas. Ministério Público pugna pela fixação do regime inicial fechado. Defesa clama pela desclassificação da conduta do réu para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas, ou, alternativamente, substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para a condenação por tráfico. **Pena restritiva de direitos que não se revela recomendável nem suficiente para a reprovação e prevenção da infração praticada pelo réu** (grifo nosso). Regime inicial fechado que decorre de disposição legal expressa. Recurso ministerial provido e recurso defensivo não provido¹²⁴”.

“**Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição** (grifo nosso), porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou¹²⁵”.

“Apelação Criminal - Tráfico de entorpecentes -Desclassificação do crime de tráfico de entorpecentes para o de uso, ou aplicação de pena restritiva de direitos - Impossibilidade - Provas contundentes capazes de caracterizar o crime de tráfico,

¹²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Crime nº 501155820118260222 SP** – Relator (a): Sérgio Coelho - Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal – j. 20.06.2012.

¹²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, **HC nº 203.403/SP**, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em: 21/06/2011.

cujo delito é incompatível com a fixação de pena restritiva de direitos (grifo nosso) - Parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena aplicada à apelante por força da Lei n.11.343/06 – Regime integral fechado - vedado, conforme dá conta a Lei 11.464/07¹²⁶”.

Saliente-se que a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos está de acordo com o princípio da proporcionalidade, tendo em vista a gravidade e as consequências do delito de tráfico de drogas.

Conclusão

Diante do exposto, resta evidente que, apesar da manifestação em contrário do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal, a substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direito no crime de tráfico de drogas não se mostra compatível com os fins sociais da lei, bem como com a realidade da sociedade brasileira, que se vê diariamente amedrontada com os altos índices de criminalidade, que, em grande parte, tem como responsável a mercancia de entorpecentes, que gera graves consequências ao dependente químico bem como gera o incremento de práticas delituosas cometidas para aquisição das drogas, principalmente no que diz respeito aos crimes contra o patrimônio, muitas vezes cometido mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Referências

ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das Drogas**. 2 ed. São Paulo: LeYa, 2014, p. 146.

BEZERRA, Rafael Pinto da Costa. **Origem e Fundamentos das Penas Alternativas**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14558. Acesso em: 20 set. 2016.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, p.481

BRASIL. **Código Penal**. 4 ed. São Paulo: Método, 2016.

_____. **Decreto Lei nº 891**, de 25 de novembro de 1938, disponível em HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm. Acesso em 19 nov. 2015.

¹²⁶BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **APL 993030740417 SP**. Relator (a): Sérgio Ribas. Julgamento: 06/05/2010. Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal. Publicação: 21/05/2010

_____. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. Secretária de Segurança Pública e Administração Penitenciária do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.181.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=8>. Acesso em 23 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Crime nº 501155820118260222 SP** – Relator (a): Sérgio Coelho - Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal – j. 20.06.2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **APL 993030740417 SP**. Relator (a): Sérgio Ribas. Julgamento: 06/05/2010. Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal. Publicação: 21/05/2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **HC nº 203.403/SP**, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em: 21 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 97.256**, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, 01.09.2010, DJE 15.12.2010.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 32, outubro. 2009. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao032/felipe_caldeira.html. Acesso em: 20 set. 2016.

CERA, Denise Cristina Mantovi. **Conceito, Espécies e Características das Penas Restritivas de Direitos**. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2192488/qual-o-conceito-as-especies-e-as-caracteristicas-das-penas-restritivas-de-direitos-denise-cristina-mantovi-cera>. Acesso em 31 jul. 2016

DAS NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. **Penas Restritivas de Direitos: Alternativa de Punição Justa**. 1 ed. Paraná: Juruá, 2010, p. 32.

DA ROSA, Rodrigo Silveira. **Comentário à nova lei de combate às drogas que causam dependência: Prevenção e Repressão**. Sorocaba: Minelli, p. 25

DE CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-60.

DE JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal: Parte Geral**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 563

_____. **Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 150.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, 721 p.

DE OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz. **História e Prática das Alternativas Penais.**

Disponível em:

[HTTP://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=521](http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=521). Acesso em 19 nov. 15.

FERREIRA, Lyvia Marianna de Oliveira César Ferreira. **Penas Restritivas de Direito em Substituição às Penas Privativas de Liberdade.** 2005. Monografia (Especialização “*lato sensu*” em Direito Público) – Centro Universitário Salesiano de São Paulo, São José dos Campos, 2005, p. 13.

FROMM, Erich. **Anatomia de Destrutividade Humana.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 366.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do Direito Penal (crime natural e crime de plástico).** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

GOMES, Luis Flávio. **Lei de Drogas Comentada.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 175.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção e Repressão.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. V.1., p. 153.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 154.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 3.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 536.

SATO, Fernando Massahiro Rosa. **A evolução legislativa penal e processual penal sobre drogas no Brasil.** 2007. Monografia (Especialização “*lato sensu*” em Direito Público) – Centro Universitário Salesiano de São Paulo, São José dos Campos, 2007.

SZNICK, Valdir. **Entorpecentes.** São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 10.

PEREIRA, Eduardo Godinho. **O Tráfico de drogas ilícitas: uma modalidade do crime organizado.** Disponível em: http://www.bibliotecapolicial.com.br/upload/documentos/O-TRAFICO-DE-DROGAS-E-O-CRIME-ORGANIZADO-21069_2011_8_7_51_24.pdf.

Acesso em 23 set. 2016.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **O julgamento do Habeas Corpus nº 97.256 pelo STF, a Resolução nº 05/2012 do Senado Federal e o direito à pena restritiva de direitos a traficantes: algumas polêmicas.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23227/o-julgamento-do-habeas-corpus-n-97-256-pelo-stf-a-resolucao-n-05-2012-do-senado-federal-e-o-direito-a-pena-restritiva-de-direitos-a-trafficantes-algumas-polemicas>. Acesso em: 23 set. 2016.