



UNIPAC – UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
CURSO DE DIREITO

FÁBIO HENRIQUE JORGE CRUZ

**A NOVA LEI DE TÓXICO E A INCONSTITUCIONALIDADE
DO § 4º DO ARTIGO 33**

JUIZ DE FORA
NOVEMBRO, 2012

FÁBIO HENRIQUE JORGE CRUZ

**A NOVA LEI DE TÓXICO E A INCONSTITUCIONALIDADE
DO § 4º DO ARTIGO 33**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovado pelo orientador:

Orientador: Hermes Machado da Fonseca

JUIZ DE FORA

2012

"Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas graças a Deus, não sou o que era antes".

(Marthin Luther King)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por toda força e pelo dom precioso da vida que generosamente nos destes.

Agradeço aos meus pais por todos os esforços, sacrifícios e dedicação que me deram durante toda a minha vida e principalmente no decorrer dessa etapa.

Agradeço à minha noiva pelo carinho, amizade, compreensão e apoio que sempre me deu durante esse percurso.

Aos professores, por sempre estarem nos auxiliando no decorrer do curso.

Aos meus irmãos, familiares e amigos, que sempre estiveram do meu lado, me apoiando.

Agradeço ao meu orientador Hermes Machado de Fonseca, por todo apoio, atenção e dedicação, colaborando bastante para a conclusão deste trabalho.

Ao final, agradeço a todos que de qualquer maneira me ajudou para que o trabalho fosse concluído no tempo estipulado.

RESUMO

O presente trabalho trata da nova Lei de Drogas no tocante à vedação da conversão de pena restritiva de direito que vem expressamente descrita no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei nº 11.343 de 2006 para os crimes aplicados na forma do caput e do parágrafo primeiro do mesmo artigo. A intenção do trabalho é mostrar a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” por meio da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS que a declarou por meio do controle difuso de constitucionalidade vindo o Senado Federal em seguida a publicar a Resolução nº 05 de 15 de fevereiro de 2012 em cima da decisão do Supremo Tribunal Federal pondo fim na discussão à cerca do tema.

Palavras-Chave: Lei de Drogas. Drogas. Lei 11.343/06. Tráfico de drogas. Vedada a conversão em pena restritiva de direito.

ABSTRACT

This paper deals with the new Drug Law regarding the sealing of converting penalty restrictive law which is expressly described in the fourth paragraph of Article 33 of Law No. 11,343 of 2006 for crimes applied as the heading and the first paragraph of the same article. The intent of the study is to show the unconstitutionality of the term "prohibited the conversion penalties restricting rights" by the final decision of the Supreme Court in the case of Habeas Corpus No. 97.256/RS stated that by controlling diffuse the constitutionality coming Senate then publish the Resolution No. 05 of February 15, 2012 upon the decision of the Supreme Court put an end to the discussion about the topic.

Keywords: Drug Law. Drugs. Law 11.343/06. Drug trafficking. Sealed conversion into restrictive penalty of law.

FOLHA DE APROVAÇÃO

FÁBIO HENRIQUE JORGE CRUZ

Aluno

A NOVA LEI DE TÓXICOS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO 9º DO ARTIGO 33.

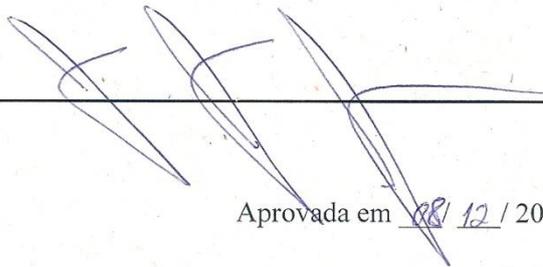
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA



Luana A. Silva



Aprovada em 08/12 / 2012.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. CAPÍTULO I - DAS LEIS DE DROGAS

1.1 Aspectos históricos da legislação brasileira sobre drogas.....	11
1.2 Da nova Lei de Drogas.....	22
1.3 Do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas - SISNAD.....	24
1.4 Das atividades de prevenção ao uso indevido de drogas.....	26
1.5 Das atividades de atenção e reinserção social do usuário.....	27
1.6 Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas ilícitas.....	29
1.7 Do usuário na nova Lei de Drogas.....	30

2. CAPÍTULO II - DOS CRIMES E DAS PENAS

2.1 Dos crimes.....	33
2.1.1 Conceito de crime.....	33
2.1.2 Classificação dos crimes.....	34
2.2 Das Penas.....	40
2.2.1 Conceito de penas.....	40
2.2.2 Teoria das penas.....	42
2.2.3 Das espécies de pena.....	43
2.2.3.1 Das penas privativas de Liberdade.....	43
2.2.3.2 Das penas restritivas de direito.....	48
2.2.3.3 Da pena de multa.....	54

3. CAPÍTULO III - DO CRIME DE TRÁFICO, SUAS PENAS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06.

3.1 Do crime de tráfico de	56
3.1.1 Conceito.....	56
3.1.2 Da classificação do crime de tráfico de drogas	57
3.2 Das penas do crime de tráfico.....	60
3.3 Da causa de diminuição de pena para o crime de tráfico e seus requisitos.....	61
3.4 Da conversão de pena privativa de liberdade para a pena restritiva de direito.....	63

3.5 Da inconstitucionalidade da vedação da conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.....	64
--	----

4. CAPITULO IV - DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.....	68
4.2 Do recurso extraordinário.....	69
4.3 Do controle difuso e do controle concentrado de constitucionalidade.....	72
4.4 do controle difuso e seus efeitos.....	72
4.5 Do controle difuso e o Senado Federal.....	73
CONCLUSÃO.....	74

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa mostrar as novidades trazidas pela Lei 11.343 de 2006 denominada como Lei de Drogas, que surgiu para suprir as necessidades de adequação aos novos tempos, visto que a Lei 6.368/76 e a Lei 10.409/02 já não eram suficientes para resolver os problemas que a sociedade vivia à época da promulgação do novo diploma legal.

A grande necessidade de uma nova legislação para tratar do grande problema que o Brasil enfrentava quanto ao uso e venda de drogas se deu, pois os operadores do direito não podiam se valer dos dispositivos da Lei 10.409/02 no tocante das condutas penais, tendo que valerem das regras da sua antecessora Lei 6.368/76, sendo utilizada apenas o procedimento penal e a instrução criminal.

No primeiro capítulo trabalharemos a parte histórica das leis que combatiam o tráfico e o uso de drogas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as novidades trazidas pela nova Lei de Drogas, como o SISNAD, a despenalização do uso de drogas entre outros.

Já no segundo capítulo iremos abordar sobre a parte dos crimes e das penas, trazendo a conceituação do crime, os tipos de crime, do conceito de pena, das teorias e das espécies das penas.

No terceiro capítulo será trabalhado o artigo 33 da Lei 11.343 de 2006 trazendo a conceituação do crime de tráfico de drogas, as penas aplicadas ao crime e a inconstitucionalidade no tocante ao parágrafo quarto do referido dispositivo quando o legislador vedou a conversão de pena privativa de liberdade para a pena restritiva de direito.

O quarto capítulo tratará dos princípios lesados pela vedação constante no parágrafo quarto da Lei 11.343 de 2006, do recurso extraordinário e dos tipos de controle de constitucionalidade e da resolução nº 05 do Senado Federal.

A presente monografia encerra-se com a conclusão, no qual são apresentados os argumentos utilizados a fim de esclarecer a discussão sobre a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”.

CAPÍTULO I – DAS LEIS DE DROGAS

1.1 Aspectos históricos da legislação brasileira sobre drogas

No Brasil, o combate ao consumo e a venda de drogas se iniciou quando as Ordenações Filipinas começaram a serem aplicadas no país, o ordenamento visava a proibição da posse, do comércio e importação de substância como a *rosalgar*¹, *escamonéa*² entre outras como determinava o título LXXXIX do Livro Quinto das Ordenações Filipinas de 1603:

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, nem escamoneá, nem ópio, salvo se for Boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio³.

O referido diploma proibia a posse e o comércio dessas substâncias a qualquer pessoa, impondo como pena a perda de toda sua fazenda, ficando a metade para a Câmara, e a outra parte para quem o denunciasse, sendo ainda degradado para a África até a mercê da Câmara, sendo aplicada a mesma pena para quem trouxesse as substâncias de fora do país e a vendessem para quem não tivesse autorização.

Mesmo com a promulgação do Código Penal do Império, as regras das Ordenações Filipinas ainda estavam em vigência no país, no tocante às drogas, pois, o Código Penal do Império não tratou de questões relativas às drogas em seu texto.

Somente com a edição do Código Penal de 1890, que começa a ser tratada no ordenamento jurídico brasileiro a questão sobre substâncias venenosas. O referido diploma legal que em seu Capítulo III, trata dos crimes contra a saúde pública, dispõe no artigo 159 sobre a proibição da exposição, venda ou o ato de ministrar algumas substâncias tidas como venenosas, que não eram determinadas e dependiam de norma complementar.

¹ Rosalgar: Nome vulgar do óxido de arsênio, empregado como pigmento em pirotecnia e como raticida. Cogumelo que contém este óxido. Sulfeto natural de arsênio, de cor vermelha.

² Escamonéa: Planta convolvulácea, cuja resina é utilizada em farmácia como purgativo.

³ Artigo disponível no site <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1240.htm>

Artigo 159. Expor á venda, ou ministrar substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$00 a 500\$000.

Em 1911, ocorreu a Primeira Conferência Internacional do Ópio em Haia, nesta convenção que ficou conhecida como “Convenção do Ópio” o Brasil se comprometeu a controlar o consumo de cocaína e ópio, buscando a fiscalizar o consumo dessas substâncias.

No dia 26 de julho de 1924, foi publicado no Diário Oficial da União o decreto nº 4.294 passando a estabelecer penalidades para os contraventores na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados, estipulando as criações de estabelecimentos especiais para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas. Estabelecendo as formas de processo e julgamento.

Em 11 de janeiro de 1932 ocorre a publicação do decreto nº 20.930, que visa a fiscalização do emprego e comércio de substâncias tóxicas e entorpecentes. O decreto regulava a entrada das substâncias no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Ópio da Liga das Nações, e estabelecia as penas. O decreto em seu Capítulo I tratava das substâncias tóxicas entorpecentes e trazia elencado quais eram as substâncias em seu artigo primeiro que dispõe:

1º São consideradas substâncias tóxicas de natureza analgésica ou entorpecente, para os efeitos deste decreto e mais leis aplicaveis, as seguintes substâncias e seus sais, congêneres, compostos e derivados, inclusive especialidades farmacêuticas correlatas:

- I - O ópio bruto e medicinal.
- II - A morfina.
- III - A diacetilmorfina ou heroína.
- IV - A benzoilmorfina.
- V - A dilandide.
- VI - A dicodide.
- VII - A eucodal.
- VIII - As folhas de coca.
- IX - A cocaína bruta.
- X - A cocaína.
- XI - A ecgonina.
- XII - A "canabis indica".

Parágrafo único. O Departamento Nacional de Saude Pública reverá, quando necessário, o quadro das substâncias discriminadas neste artigo, paar o por de acordo com a evolução da química-terapêutica no assunto.

Em seu artigo 25 no Capítulo III em que trata das infrações penais e suas penas, o legislador começou a dar núcleos para o crime de tráfico como dispõe a redação do referido artigo:

Art. 25. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias.

Penas: De um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$0 a 5:000\$0.

§ 1º Se o infrator exercer profissão ou arte, que tenha servido para praticar a infração, ou que a tenha facilitado, penas além das supra indicadas, suspensão do exercício da arte, ou profissão, por seis meses a dois anos.

§ 2º Sendo farmacêutico o infrator, penas: de dois a cinco anos de prisão celular, multa de 2:000\$0 a 6:000\$0 além de suspensão do exercício da profissão por três a sete anos.

§ 3º Sendo médico ou cirurgião dentista o infrator, penas: de três a 10 anos de prisão celular, multa de 3:000\$0 a 10:000\$0, além de suspensão do exercício da profissão por quatro a 11 anos.

Com o advento do Decreto nº 22.213 que aprovou a Consolidação das Leis Penais em 1932, o ordenamento jurídico brasileiro passa então a definir de forma específica o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, o artigo 159 do Código Penal, conhecido também como Código de Piragibe, define o delito de tráfico com o seguinte texto:

Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias: Pena – de prisão celular por um a cinco annos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

No ano de 1936, foi instituído a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, pelo Decreto nº 780, tendo como uma das principais atribuições a criação de um anteprojeto de consolidação de todas as leis e decretos pertinentes sobre drogas.

O artigo 1º do referido Decreto determina a criação da comissão, ficando os artigos 3º e 4º a cargo das atribuições da comissão.

Artigo 1º. Fica creada, com character permanente, a Comissão nacional de fiscalização de Entorpecentes, directamente subordinada ao Ministerio das Relações Exteriores.

Artigo 3º. A Comissão terá a seu cargo o estudo e a fixação do normas geraes de accção fiscalizadora do cultivo, extracção, producção, fabricacção, transformacção, preparo, posse, importacção, reexportacção, offerta, venda, compra, troca, cessão, bem como a repressão do trafico e uso illicitos de drogas entorpecentes, incumbindo-lhe todas as attribuições decorrentes dos objectivos geraes, para os quaes é constituida.

Artigo 4º. A Comissão terá, ainda, a seu cargo a elaboracção do ante-projecto de consolidacção das leis, em vigor, sobre entorpecentes a ser submettida ao Poder Legislativo; o preparo de instrucções a serem aprovadas pelos Ministremos competentes, bem como as que dizern respeito á actuação dos delegados, plenipotenciarios ou representantes do Brasil em congressos ou conferencias internacionaes sobre a materia.

Após o Decreto nº 780 de 28 de abril de 1936, tivemos o Decreto-Lei nº 891 de 1938 que aprovou a Lei de fiscalização de entorpecentes, sendo a primeira lei que tratou exclusivamente da matéria, e que passou a punir os atos preparatórios como o de plantar, cultivar, colher e explorar. O referido decreto passou também a ser mais radical no tocante à internação do dependente, o artigo 2º do dispositivo legal trata dos atos preparatórios, e nos mostra:

Art. 2º - São proibidos no território nacional o plantio, a cultura, a colheita e a exploração, por particulares, da Dormideira *Papaver somniferum* e a sua variedade *Album* (*Papaveraceae*), da coca *Erythroxylum coca* e suas variedades (*Erythroxilaceae*) do cânhamo *Cannabis sativa* e sua variedade *índica* (*Moraceae*) (*Cânhamo da Índia*, *Maconha*, *Meconha*, *Diamba Liamba* e outras denominações vulgares) e demais plantas de que se possam extrair as substâncias entorpecentes mencionadas no Art.1 desta lei e seus parágrafos.

Quanto à internação, o artigo 29 do Decreto-Lei e seu parágrafo primeiro dispõem:

Art. 29 - Os toxicômanos ou os intoxicados habituais, por entorpecentes, por inebriantes em geral ou bebidas alcoólicas, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não.

§ 1º - A internação obrigatória se dará, nos casos de toxicomania por entorpecentes ou nos outros casos, quando provada a necessidade de tratamento adequado ao enfermo, ou for conveniente à ordem pública. Essa internação se verificará mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, só se tornando efetiva após decisão judicial.

Temos, então, que o tempo de internação poderá ser indeterminado e a internação poderá ser obrigatória quando ficar provado a necessidade de internação para o tratamento adequado do enfermo, ou quando esta internação for conveniente para a ordem pública.

Em 1940, no dia 7 de dezembro foi publicado o Decreto-Lei nº 2.848, que trata do Código Penal Brasileiro, que passa a tratar da matéria de drogas no Capítulo III referente aos Crimes contra a saúde pública, com o título de Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes em seu artigo 281, que dispõe em sua redação original:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribue de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

O referido diploma legal sofreu alterações tendo inseridas pelo Decreto-Lei nº 4.720 de setembro de 1942 as normas relativas ao cultivo de plantas e entorpecentes e à extração e

purificação de seus princípios ativos como disposto nos artigos 1º que dá a concessão, a firmas particulares, que estejam regularmente organizadas, a praticarem o cultivo e a exploração de plantas entorpecentes para a exploração de seus princípios ativos, desde que sejam com finalidades terapêuticas. Em 1964 o artigo 281 do Código Penal de 1940 passa por mais uma alteração, desta vez com o acréscimo do tipo a ação de plantar qualquer substância entorpecente com a publicação da Lei nº 4.451 que em seu artigo primeiro dispõe sobre a alteração e de qual maneira passaria a vigorar o artigo 281 com a nova redação.

Art. 1º O artigo 281 do Código Penal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 281. Plantar, importar ou fornecer, ainda que a título gratuito, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo, substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez mil cruzeiros.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista: Pena - reclusão de dois a oito anos e multa de três a doze mil cruzeiros.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa de quinhentos a cinco mil cruzeiros, o médico ou dentista que prescreve substâncias entorpecentes fora dos casos indicados pela terapêutica ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicados àquele que:
I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;
II - Utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dêle se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;
III - Contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos."

O artigo 281 do Código Penal ainda passa por mais alterações, que com o advento da do Decreto-Lei nº 159 passaria a adotar as listas de entorpecentes que seriam elencadas em um relatório da Portaria do Diretor Nacional do Serviço de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Departamento Nacional de Saúde, como dispõe o parágrafo único do artigo 1º do referido diploma legal.

Art. 1º Às substâncias capazes de determinar dependências física ou psíquica, embora não consideradas entorpecentes, aplica-se o disposto nos

arts. 1º, § 2º, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 27, 29, 47, 50, 53, 56, 58, 62 caput, 63 e 64 do Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, e, no que couber, o disposto nos arts. 280 e 281 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964.

Parágrafo único. As substâncias de que trata este artigo serão relacionadas em Portaria do Diretor Nacional do Serviço de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Departamento Nacional de Saúde, publicada no Diário Oficial.

Com o decreto nº 385 de 26 de dezembro 1968 o artigo 281 do Código Penal passa por mais alterações, entre elas temos a introdução núcleo do tipo a ação de preparar e produzir, a inclusão do rol de substâncias contraladas as que são capazes de determinar dependência física ou psíquica e a alteração da fixação da pena pecuniária que passa a ser fixada com o valor referente ao salário mínimo vigente, com disposto no artigo 1º do decreto nº 385 de 1968.

Art 1º O artigo 281 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), modificado pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.)
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determinem dependência física ou psíquica;

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.)

§ 2º Se o agente é farmacêutico, médico dentista ou veterinário:

Pena - reclusão, de 2 a 8 anos, e multa de 20 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. (Forma qualificada)

§ 3º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração de preceito legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de seis meses a 2 anos, e multa de 10 a 30 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. (Receita legal)

§ 4º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica; (Induzimento ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.)

II - utiliza local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dêle se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica; (Local destinado ao uso de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica.)

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. (Incentivo ou difusão do uso de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica.)

§ 5º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 16 anos. (Aumento da pena)

Outra alteração do artigo 281 do Código Penal de 1940 foi dada pela Lei nº 5.726, de outubro de 1971, esta lei passa a apresentar medidas preventivas e repressivas às condutas elencadas no tipo penal, majora a pena do *caput* passando de um ano a cinco anos para um ano a seis anos, e majorando a multa pecuniária de dez a cinquenta para cinquenta a cem salários mínimos, o artigo 23 da Lei nº 5.726 altera a redação do artigo 281 do Código Penal de 1940 deixando-o com a seguinte redação:

Art. 23. O artigo 281 e seus parágrafos do Código Penal passam a vigorar com a seguinte redação:

Comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda ou oferece, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito, ou sob sua guarda, matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica:

Cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica:

Porte de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica:

Aquisição de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

IV - adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Prescrição indevida de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração do preceito legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 30 (trinta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 3º Incorre nas penas de 1 (um) a 6 (seis) anos de reclusão e multa de 30 (trinta) a 60 (sessenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País, quem:

Induzimento ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

I - instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica:

Local destinado ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

II - utiliza o local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dêle se utilize, ainda que a título gratuito para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

Incentivo ou difusão do uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

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

Forma qualificada.

§ 4º As penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se a substância entorpecente

ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 21 (vinte um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação. A mesma exasperação da pena se dará quando essas pessoas forem visadas pela instigação ou induzimento de que trata o inciso I do § 3º.

Bando ou quadrilha.

§ 5º Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Forma qualificada.

§ 6º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos, salvo os referidos nos §§ 1º, inciso III, e 2º, a pena, se o agente é médico, dentista, farmacêutico, veterinário ou enfermeiro, será aumentada de 1/3 (um terço).

Forma qualificada.

§ 7º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos as penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se qualquer de suas fases de execução ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino, sanatório, unidade hospitalar, sede de sociedade ou associação esportiva, cultural, estudantil, beneficente ou de recinto onde se realizem espetáculos ou diversões públicas, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou local, na forma da lei penal.

Em 1976, o artigo 281 do Código Penal, com redação dada pela Lei 5.726 de 1971 acaba sendo revogado pela entrada em vigor da Lei nº 6.368 que passa a dispor sobre as medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e a prevenção e a repressão ao uso indevido de substâncias entorpecentes ou que causem dependências físicas ou psíquicas, retirou do seu primeiro artigo a terminologia de combate para o termo de prevenção e repressão. Substitui de forma integral a Lei nº 5.726 com exceção do artigo 22 do referido diploma legal que regulamentava o procedimento de expulsão de estrangeiros que tivessem praticado crime de tráfico de entorpecentes.

A Lei nº 6.368 de 1976 ficou estabelecida como a primeira lei a regulamentar o combate ao tráfico e uso de entorpecentes em todos os seus aspectos, bem como o procedimento a ser seguido, distinguindo a figura do traficante e a do usuário.

A referida Lei fixou a necessidade do laudo toxicológico, estipulando-o em seu artigo 25, conforme disposto:

Art. 25. A remessa dos autos de flagrante ou de inquérito a juízo far-se-á sem prejuízo das diligências destinadas ao esclarecimento do fato, inclusive a elaboração do laudo de exame toxicológico e, se necessário, de dependência, que serão juntados ao processo até a audiência de instrução e julgamento.

Quanto ao tráfico ilícito dispõe o artigo 12 da referida lei o seguinte:

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

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

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

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

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

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

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

No tocante ao uso indevido, a Lei 6.368 de 1976 dispunha em seu artigo 16 o seguinte texto:

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.

Porém, devido às modificações jurídicas e sociais, a Lei 6.368 de 1976 passa a se tornar ineficiente para a prevenção e o combate ao tráfico e uso de entorpecentes, fazendo-se necessário a criação de um novo diploma para regulamentar a repressão e prevenção do uso de entorpecentes.

Diante desta situação, em 2002 foi publicada uma nova lei, Lei nº 10.409, visando à atualização e o aprimoramento da Lei nº 6.368 de 1976. A Lei nº 10.409 de 2002 era para ser uma nova lei de drogas, pois foi criada para regular toda a matéria relativa aos entorpecentes ilícitos, dispondo sobre prevenção, repressão, tratamento, controle e fiscalização à produção, ao tráfico e ao uso de produtos e substâncias que causem dependência física ou psíquica.

Porém, a Lei nº 10.409/02, teve o seu capítulo acerca dos crimes e das penas vetado pelo Presidente da República, provocando uma confusão legislativa, pois, fazia necessário o uso da antiga Lei nº 6.368. Isso fez com que ambas as leis vigessem ao mesmo tempo, fazendo-se uso da Lei 10.409 de 2002 para a parte processual e da Lei 6.368 de 1976 para as partes dos crimes até o advento da Lei nº 11.343.

A lei 11.343 foi promulgada em 23 de agosto de 2006, vindo então a revogar expressamente em seu artigo 75, todas as legislações anteriores que tratavam da matéria de entorpecentes, pondo fim a confusão legislativa.

A nova Lei 11.343 passou a optar pelo termo drogas, ao invés da expressão substância entorpecentes ou que determine dependência física ou psíquica utilizada pelas antigas leis revogadas.

1.2 Da nova Lei de Drogas

A Lei 11.343 de 2006, conhecida como Nova Lei de Drogas dispõe sobre medidas para prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuário e dependentes de drogas e estabelece normas para repressão ao tráfico ilícito de drogas e para a repressão à produção não autorizada de drogas.

Conforme citado no título anterior, a nova Lei de Drogas revogou as leis 6.368/76 e 10.409/02, como nos mostra o artigo 75 do referido diploma legal.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

A nova Lei de drogas em seu artigo primeiro institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o SISNAD, órgão que foi criado para tratar das questões de drogas no âmbito da Política Nacional.

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.

Ainda no artigo primeiro da nova lei, em seu parágrafo único o legislador apresenta o conceito de drogas.

Art. 1º [...]

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.

Porém, a definição legal de drogas, enquanto não seja atualizada a terminologia da lista que o artigo 1º menciona, dependerá de complementação conforme estipulado pelo artigo 66 da Lei nº 11.343 de 2006, que nos mostra:

Art. 66 - Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

A nova lei distinguiu de forma clara os usuários de drogas dos traficantes de drogas, culminando aos usuários sanções para a recuperação e a reinserção dos usuários e dependentes às atividades sociais, eliminando a prisão para o usuário, passando a tratar o usuário como um doente que necessita de tratamento adequado. Quanto aos traficantes a nova Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, visa o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, reprimindo mais severamente as condutas criminosas e trazendo, em novas figuras típicas, como por exemplo, o ato de financiar.

As finalidades da nova lei são divididas em três partes, sendo as atividades de prevenção ao uso indevido e atenção aos usuários, a criação de atividades de atenção e reinserção social ao usuário e a repressão à produção e ao tráfico ilícito de drogas e serão tratadas em um novo tópico.

1.3 Do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD

O SISNAD é o órgão que visa a realização da reinserção e reabilitação dos usuários de drogas e a repressão ao tráfico ilícito de drogas.

O artigo terceiro da Lei 11.343 de 2006 elenca quais são as finalidades, deixando-as definidas no *caput* e em seus incisos.

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.

Assim, fica definido que o SISNAD tem como função articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido e a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes, assim como a repressão da produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas.

Quanto aos princípios do SISNAD a nova Lei nº 11.343 de 2006 deixa elencado no artigo quarto, quais são esses princípios.

Art. 4º São princípios do Sisnad:

- I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;
- II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;
- III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;
- IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;
- V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;
- VI - o reconhecimento da intersectorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;
- 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;
- VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;
- IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;
- 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;
- XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

Já o artigo quinto estipula quais são os objetivos do SISNAD, e nos mostra:

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

- I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;
- II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;
- III - promover a integração entre as políticas 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 tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;
- IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

Nesse tocante, temos que o SISNAD tem como o objetivo a apresentação das drogas à sociedade, com o intuito de prevenir o primeiro contato, em seguida tratar da reinserção de usuários e dependentes de drogas às atividades sociais e reprimir a produção não autorizada e o crime de tráfico de drogas assim como os outros comportamentos humanos por este diploma legal condenado.

1.4 Das atividades de prevenção ao uso indevido de drogas

As atividades de prevenção ao uso indevido de drogas vêm elencadas no capítulo I do título III da Lei 11.343 de 2006.

O artigo 18 da novel Lei de Drogas, explícita em que constitui as atividades de prevenção ao uso indevido de drogas e prevê:

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Quanto as atividade de prevenção ao uso indevido de drogas, preceitua Rodrigo Julio Capobianco (2011, p.101) “Dessa forma, a lei de Drogas direciona as atividade de prevenção para o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indevido e na sua relação com a comunidade à qual pertence”.

Já o artigo 19 da Lei 11.343 de 2006 vem elencando todos os princípios inerentes às atividades de prevenção ao uso indevido de drogas e em seu texto dispõem:

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:
I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;
II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

- III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;
- IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;
- V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;
- VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;
- VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;
- VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;
- IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;
- X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;
- XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;
- XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;
- XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.
- Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

1.5 Das atividades de atenção e reinserção social do usuário

As atividades de atenção ao usuário vêm elencadas no artigo 20 da Lei 11.343 de 2006 e visa promover a proteção ao usuário, o acolhimento e a recuperação do mesmo, buscando a melhoria da qualidade de vida do usuário e do dependente.

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Quanto à reinserção, temos que o objetivo dessa atividade é o de devolver ao usuário e ao dependente a vida social, buscando a reconstrução das perdas que ocorreram em sua vida pelo consumo indevido de drogas, como o trabalho, a saúde e o afeto familiar, entre outros. O artigo 21 da nova Lei de Drogas é quem define o que são atividades de reinserção social.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Já o artigo 22 fica a cargo dos princípios e diretrizes das atividades de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas. E dispõe:

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais

A intenção do legislador em buscar a atenção e a reinserção social dos usuários e dos dependentes de drogas pode ser visível em permitir que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial, como disposto no artigo 24 do referido diploma legal e deixou possibilidade o gozo de receber recursos do Funad, as instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social,

que atendam usuários ou dependentes de drogas, conforme elencado no artigo 25 da nova Lei de Drogas.

1.6 Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas ilícitas

Quanto à repressão, que vem elencada no capítulo I do título IV da nova Lei de Drogas, o artigo 31 do novel diploma nos mostra que salvo uma licença prévia da autoridade competente, fica vetado em todo o território nacional produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação.

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

No que tange às plantações ilícitas, define o artigo 32 da Lei 11.343 de 2006 que estas deverão ser imediatamente destruídas pelas autoridades de polícia judiciária, devendo sempre ser incineradas.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelas autoridades de polícia judiciária, que recolherão quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

§ 1º A destruição de drogas far-se-á por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, guardando-se as amostras necessárias à preservação da prova.

§ 2º A incineração prevista no § 1º deste artigo será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público, e executada pela autoridade de polícia judiciária competente, na presença de representante do Ministério Público e da autoridade sanitária competente, mediante auto circunstanciado e após a perícia realizada no local da incineração.

§ 3º Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente,

o disposto no Decreto nº 2.661, de 8 de julho de 1998, no que couber, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.

No tocante a expressão imediatamente, que se encontra no *caput* do artigo 32 da referida lei, temos nas palavras de Rodrigo Julio Capobianco (2011, p.104) que:

Entretanto, a expressão 'imediatamente' deve passar por uma interpretação restritiva, eis que deve seguir a destruição os parâmetros do devido processo legal, mencionando a lei o prazo máximo de 30 dias para a destruição da droga, com preservação de amostra para constituir prova.

Ficando assim como uma das armas mais eficientes para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas ilícitas a destruição de todas as plantações de drogas que forem encontradas no território brasileiro.

1.7 O usuário na nova Lei de Drogas

Outra novidade da Lei 11.343 de 2006 foi no tocante ao usuário que hoje não tem mais a pena privativa de liberdade como sanção penal.

O usuário conforme nos mostra o artigo 28 da nova Lei de Drogas é o agente que adquirir, que guarda, que tem em depósito, que transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Na nova lei o legislador retirou a pena privativa de liberdade que no antigo diploma legal em seu artigo dezesseis aplicava aos usuários a pena de detenção de seis meses a dois anos, conforme o exposto abaixo:

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.(BRASIL, 1976)

Já a redação do novo diploma legal, em seu artigo 28 que trata do crime de porte para uso de drogas, o legislador em busca da reinserção do usuário ao meio social, submete o usuário a penas alternativas, como a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidades e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, tirando-o do precário sistema prisional.

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
(BRASIL, 2006)

Diante desta alteração surgiram várias dúvidas se o que houve foi a descriminalização ou a despenalização.

A primeira corrente, que era adepta da descriminalização, usava o artigo 1º do Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941, a Lei de Introdução ao Código Penal, como argumento para a descriminalização, por considerar crime apenas as infrações penais em que a lei cominar pena de reclusão ou detenção pois, conforme o exposto:

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.(BRASIL, 1941)

Dessa forma, os seguidores desta corrente entendiam que o uso de drogas não era mais crime, o que não ocorreu uma vez que a conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006 é uma conduta típica e antijurídica.

Outro motivo que nos leva a concluir que não houve a descriminalização foi o simples fato do legislador por considerar crime o uso de drogas ter colocado o artigo 28 do referido

diploma legal dentro do capítulo III, que trata dos crimes e das penas. Dessa maneira, Jayme Walmer de Freitas conclui:

Na medida em que o crime de porte de entorpecentes se insere no capítulo "*Dos crimes e das penas*" e o conceito de crime, adequado ao novo texto constitucional, concebe qualquer pena, além de reclusão, detenção e multa, o agente que portar entorpecente receberá a punição estatal⁴.

A segunda corrente é a que trata da despenalização, o artigo 28 do novel diploma em sua parte final nos mostra que “[...] será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, deste modo temos que há sim uma pena aplicada, porém, de forma mais branda.

⁴ FREITAS, Jayme Walmer de. A questão da descriminalização do crime de porte de entorpecentes e o novo conceito de crime. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1335, 26 fev. 2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9537>>. Acesso em: 16 nov. 2012

CAPÍTULO II – DO CRIME E DAS PENAS

2.1 Dos crimes

2.1.1 Conceito de crime

Segundo Fernando Capez, o crime pode ser conceituado sob os aspectos material e formal ou analítico.

Sob o enfoque do aspecto material nos mostra Fernando Capez (2008, p. 113) “crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade”, ou seja, crime é toda a conduta do ser humano que lesa ou expõem a perigo os bens jurídicos mais importantes.

Sob o aspecto formal preceitua Fernando Capez (2008, p. 113) “o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta do tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando seu conteúdo”, temos então que crime será todo o fato humano proibido em lei.

Quanto ao aspecto analítico nos ensina Fernando Capez (2008, p.113) “que a finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas”. Ou seja, sob o enfoque analítico o julgador ou intérprete deverá primeiramente observar a tipicidade da conduta, se essa conduta for um fato típico o julgador ou o intérprete deverá então verificar se a mesma é ilícita ou não.

Baseando-se nos ensinamento de Fernando Capez, podemos então verificar que para a existência da infração penal não há a necessidade da culpabilidade, sendo necessário apenas que a conduta seja um fato típico e ilícito, essa concepção é a bipartida, onde a culpabilidade não integra o conceito de crime.

Temos por outro lado uma outra corrente, que diferentemente dos adeptos da teoria bipartida são adeptos à teoria tripartida, onde sob o aspecto analítico será crime toda conduta típica, antijurídica e culpável, integrando assim a culpabilidade do agente ao conceito de crime. Na esfera da teoria tripartida, para que ocorra crime temos a necessidade da tipicidade, antijuricidade e culpabilidade, em relação à tipicidade para haver crime temos que observar quatro elementos, o primeiro é que a conduta humana dolosa ou culposa, o segundo que produza um resultado (salvo nos casos de crime de mera conduta), no terceiro que haja nex

de causalidade com exceções dos crimes de mera conduta e nos crimes formais, e por fim, que o fato material esteja enquadrado a uma norma penal. Quanto à antijuricidade o ato tem que ser contrário ao ordenamento jurídico e a cerca da culpabilidade nos ensina Rogério Greco (2011, p.371) que “culpabilidade, é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”.

2.1.2 Classificação dos crimes

Nesse tópico o presente trabalho visa mostrar as classificações de alguns tipos de crimes.

Os crimes podem ser comissivos ou omissivos, quanto ao crime comissivo o tipo penal prevê uma conduta, um comportamento positivo do agente, já os crimes omissivos estes se dividem em próprios ou impróprios, serão omissivos próprios quando no núcleo do tipo penal estiver uma conduta negativa e serão omissivos impróprios ou comissivos por omissão quando o agente mediante omissão deixa de evitar um resultado no qual este detinha o dever jurídico de evitar o resultado.

Os crimes poderão ser consumados ou tentados. Quanto ao crime consumado Fernando Capez (2008, p. 240) define que “é aquele em que foram realizados todos os elementos constantes de sua definição legal”. Ou seja, o crime consumado é aquele que reúne todos os elementos do tipo penal. Já o crime tentado é aquele em que por circunstâncias alheias a do agente o crime após ser iniciado não é consumado.

Outra modalidade de crime é o crime impossível, também chamado de tentativa idônea o agente utiliza de um meio absolutamente ineficaz ou simplesmente pela razão de impropriedade absoluta do objeto material a consumação do crime se torna impossível de ser concretizado.

Quando à conduta do agente os crimes poderão ser dolosos, culposos ou na modalidade de preterdoloso. Será doloso quando o agente quiser ou assumir o risco de produzir o resultado, Fernando Capez (2008, p. 200) define dolo como “elemento psicológico da conduta” para Capez dolo “é a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal”. Quanto à modalidade culposa Damásio E. de Jesus (2011, p.245) nos ensina que “o crime é *culposo* quando o sujeito dá a causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, II)”. Logo, para que o crime seja considerado

na forma culposa tem que se fazer um juízo de valor, sem o qual não se sabe se há ou não culpa do agente. Já na modalidade preterdolosa, ocorre um resultado não pretendido pelo agente, o agente quer realizar uma conduta agindo com dolo, mas o resultado é mais grave que o pretendido agindo assim com culpa.

Quanto ao crime putativo, este é fato da imaginação do agente, neste caso a conduta do agente é um fato considerado atípico por não possuir previsão legal do tipo.

O crime pode ser formal ou material, é formal aquele que independentemente do resultado naturalístico se consume, uma vez que o tipo penal não exige a produção do resultado para a consumação do crime. Já no tocante ao crime material, este só ocorrerá com a produção do resultado exposto no tipo penal.

Há também, a modalidade do crime de mera conduta, onde não há dano ao bem jurídico material, mas pretende-se proibir ou impor o comportamento do agente, uma vez que o resultado naturalístico é impossível.

Os crimes poderão ser comuns ou próprios, será crime comum quando o tipo não exigir qualificação do agente, ou seja, o crime comum é aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa. Já o crime próprio é aquele que pode exigir do agente uma qualidade ou condição especial.

O crime será de mão própria ou de atuação pessoal, quando o crime for praticado pelo sujeito em pessoa, define Rogério Greco (2011, p. 35) que crime de mão própria “é aquele cuja execução é intransferível, indelegável, devendo ser levado a efeito pelo próprio agente”.

Damásio Evangelista de Jesus (2011, p.210), ensina a diferença entre crime próprio e crime de mão própria, “nos crimes próprios, o *sujeito ativo* pode determinar a outrem a sua execução (autor), embora possam ser cometidos apenas por um número limitado de pessoas; nos crimes de mão própria, ninguém os comete por intermédio de outrem”.

No tocante aos crimes hediondos nos ensina Damásio E. de Jesus (2011, p.263) que crimes hediondos “são delitos repugnantes, sórdidos, decorrentes de condutas que pela forma de execução ou pela gravidade objetiva dos resultados, causam intensa repulsa”. Os crimes hediondos estão previstos na lei nº 8.072/90.

Quanto ao crime de dano ou de perigo, o crime será de dano quando houver a efetiva lesão ao bem jurídico para a sua consumação. Quanto ao crime de perigo basta à possibilidade do dano ao bem jurídico protegido que haja a consumação do mesmo. O crime de perigo pode ser dividido em crime de perigo presumido, concreto, individual ou coletivo.

Será crime de perigo concreto quando o perigo estiver comprovado, neste caso tem que haver uma investigação comprovando que a conduta efetivamente causaria um dano ao bem jurídico.

Diferente da necessidade da comprovação, temos o crime de perigo presumido, também chamado de crime de perigo abstrato que é aquele em que a lei já o presume, não precisando ser provado, sendo resultante da própria ação ou omissão do agente.

O crime de perigo individual é aquele que expõe a perigo o interesse de uma pessoa só ou de um determinado número de pessoas.

Já o crime de perigo coletivo, ou perigo comum, é aquele que expõe o perigo a um número indeterminado de pessoas, constituindo assim o resultado do crime contra a incolumidade pública.

Os crimes podem ser classificados como principal ou acessório.

O crime principal é aquele que existe independentemente de outro, já o acessório depende de outro crime para sua existência.

Os crimes podem também ser classificados como simples, complexos, qualificado ou privilegiado.

É simples aquele crime que apresenta um único tipo penal, como por exemplo, crime previsto no artigo 121 do Código Penal o homicídio.

Já nos crimes complexos são aqueles que atingem vários bens jurídicos penalmente tutelados, ocorrem com a fusão de dois ou mais tipos penais em um mesmo tipo, como por exemplo, o artigo 157 §3º do Código Penal, que trata do latrocínio.

O Crime qualificado é aquele que o legislador depois de descrever a típica do crime acrescenta circunstância que aumentam a pena, como por exemplo, o artigo 121 §2º do Código Penal que nos fala do homicídio qualificado.

No tocante ao crime privilegiado, temos que o legislador por sua vez, após descrever a figura típica do crime acrescenta circunstância que diminuem a pena, neste caso, podemos citar como exemplo o artigo 121 §1 do Código Penal que nos remete ao homicídio privilegiado.

Há também o crime progressivo, que o agente pretendendo um resultado mais grave pratica outros menos graves. O exemplo mais comum desta modalidade de crime é o homicídio onde um agente querendo matar seu inimigo opta por ir lesionando a vítima antes de efetivamente o matá-lo.

Outra espécie de crime é o chamado crime de bagatela, que são as ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivas e insignificantes que não merecem a

reprovação penal, leciona Rogério Greco (2011, p.37) “[...] São fatos que não se amoldam ao conceito de tipicidade material, necessário à configuração da tipicidade penal”.

Crime falho é o crime em que o agente esgota todas as atividades executórias e não consegue atingir o resultado pretendido, desde modo preceitua Rogério Greco (2001, p.36):

Ocorre nas hipóteses da chamada *tentativa perfeita* ou *acabada*, em que o agente, de acordo com a sua concepção, esgota tudo aquilo que entendia como necessário e suficiente à consumação da infração penal, que somente não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade.

Quanto aos efeitos, os crimes poderão ser instantâneo, instantâneo de efeitos permanentes e crime de efeito permanente.

O crime será instantâneo quando seu efeito se consuma em um dado instante, não havendo continuidade no tempo.

O crime de efeito permanente são os crimes em que a consumação se prolonga no tempo, assim, o agente pode cessar seus efeitos com a sua própria vontade. Nesse assunto leciona Damásio E. de Jesus (2011, p. 233) “[...] Nesses crimes, a situação ilícita criada pelo agente se prolonga no tempo. Assim, no sequestro, enquanto a vítima não recupera sua liberdade de locomoção, o crime está em fase de consumação”.

O crime instantâneo de efeito permanente é aquele em que a permanência dos efeitos não depende do agente, ocorre que a consumação se dá em certo instante, mas os efeitos se perpetuam no tempo. Fernando Capez (2008, p. 265) nos ensina a diferença entre os crimes de efeito permanente para os crimes instantâneo de efeitos permanentes e nos diz:

A diferença entre o crime permanente e o instantâneo de efeitos permanentes reside em que no primeiro há a manutenção da conduta criminosa, por vontade do próprio agente, ao passo que no segundo perduram, independentemente da sua vontade, apenas as conseqüências produzidas por um delito já acabado, por exemplo, o homicídio e a lesão corporal.

Outra modalidade de crime relacionado ao tempo é o crime a prazo, temos que por esta modalidade a consumação dependerá de certo lapso de tempo como, por exemplo, no

crime de lesão corporal em que a incapacidade do lesado se perdurem por mais de 30 dias conforme exposto no artigo 129 § 1º inciso I do Código Penal de 1940.

Temos também o crime continuado e o crime habitual, ocorre crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie conforme demonstra o artigo 71 do Código Penal de 1940.

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Já no tocante ao crime habitual, temos que será crime habitual aquele composto pela reiteração de atos que revelam um estilo de vida do agente, e o crime só se consuma com a habitualidade na conduta.

Quanto aos agentes os crimes podem ser divididos em monossujeito ou plurissujeito, será monossujeito ou também conhecido como concurso eventual o crime que poderá ser cometido por um ou mais agentes figurando o polo ativo, já o plurissujeito também chamado de concurso necessário será o crime que para sua realização se faz necessário a pluralidade de sujeitos ativos.

Os crimes podem ser definidos como unissubsistentes ou plurissubsistentes, o crime unissubsistente é aquele em que se perfaz com um único ato, já o plurissubsistente é aquele que se realiza com vários atos.

Quanto ao crime de dupla subjetividade passiva é aquele em que há necessariamente mais de um sujeito passivo.

Quanto à ofensa ao bem jurídico protegido, podemos classificar os crimes como monoofensivo e pluriofensivo, o crime monoofensivo é aquele que atinge apenas um bem jurídico protegido, já o pluriofensivo é o que atinge mais de um bem jurídico.

Outra modalidade é o crime exaurido, onde o agente, mesmo atingindo o resultado consumativo, continua a ofender o bem jurídico.

Crimes subsidiários são aqueles cujo tipo penal tem aplicação subsidiária, a aplicação deste vai depender do afastamento da infração penal principal.

Crime de mera suspeita são os crimes em que o autor é punido com a simples suspeita despertada.

Serão crimes vagos os crimes praticados contra o sujeito sem personalidade jurídica, como a coletividade, a família entre outros.

Os crimes conexos são aqueles que de uma forma ou de outra podem ser entendidos como ligados.

Crimes multitudinários são os crimes cometidos por uma multidão em tumulto.

Crimes de opinião são os crimes de abuso à liberdade de expressão do pensamento, seja pela palavra, seja pela imprensa ou por qualquer outro meio de comunicação.

Crime de ação múltipla ou de conteúdo variado são aqueles crimes em que o tipo penal descreve várias modalidades de realização do crime, ocorre neste caso uma multiplicidade de comportamentos nucleares, porém, se o agente praticar mais de uma ação prevista no tipo responderá por apenas uma infração penal.

Os crimes poderão ser cometidos de forma livre e de forma vinculada, os crimes serão de forma livre quando for cometido por qualquer meio de execução, podendo ser praticado de diversas maneiras. Já na forma vinculada o agente deverá praticar a conduta da mesma forma descrita no tipo.

O crime de ímpeto ocorre quando o agente pratica a conduta descrita no tipo de forma impensada, de forma impulsiva sem qualquer premeditação, agindo pela emoção, sem que o mesmo tenha dito tempo para refletir sobre a prática do crime.

Quanto ao crime funcional a doutrina o divide como crime funcional próprio e crime funcional impróprio. Será crime funcional próprio quando agente for funcionário público e impróprio quando o agente responsável pela lesão ao bem jurídico for pessoa afastada da condição de funcionário público, desclassificando assim o fato para outra infração penal se a mesma ação fosse cometida por um funcionário público.

Dos crimes transeuntes e crimes não transeuntes, os crimes transeuntes são os crimes que foram praticados mais não há como deixar vestígios, já no caso dos não transeuntes ou também conhecidos como de fato permanente são os crimes que deixam vestígios.

E por fim trataremos do crime à distância, de espaço máximo ou de trânsito e do crime plurilocal, o crime à distância, de espaço máximo ou de trânsito são aqueles crimes praticados em um país e o resultado se dá em outro. Já o crime plurilocal é o crime em que a conduta se dá em um local e o resultado em outro local, mas dentro do mesmo país.

2.2 Das penas

2.2.1 Conceito de penas

A pena consiste em uma punição imposta pelo Estado ao agente que agir em contrariedade à lei, pena é uma sanção penal podendo ser privativas de liberdade, restritivas de direito ou multa, utilizamos então como conceito para pena os ensinamentos de Rogério Greco (2011, p.469) que nos mostra que “a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado fazer valer o seu *ius puniendi*⁵”.

São necessários alguns requisitos para que haja pena, são eles: Legalidade, anterioridade, personalidade, individualidade, inderrogabilidade, proporcionalidade e por fim humanidade. Vejamos abaixo cada requisito.

Quanto à legalidade a pena tem que está prevista em lei conforme os artigos 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988 e o artigo 1º do Código Penal de 1984.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL, 1988)

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1940)

No tocante à anterioridade para que se haja pena e necessário que a lei que define a mesma esteja em vigor na época em que a pratica do crime for cometida.

Na esfera da personalidade o artigo 5º inciso XLV, da Constituição Federal de 1988 nos mostra que a pena não poderá ser transferida da pessoa do condenado.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

⁵ *Ius puniendi*: expressão que vem do latim e que na língua portuguesa nos remete ao direito de punir.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
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;

No tocante à individualidade da pena, temos que a imposição e o cumprimento da pena deverão ser de acordo com a culpabilidade e o mérito do apenado, conforme o artigo 5º XLVI da Constituição Federal de 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;

Em virtude do princípio da inderrogabilidade, temos que praticado o ato, constatado a infração penal a pena será inderrogável não podendo deixar de ser aplicada sob nenhum fundamento, exceto nos casos previstos em leis.

Pelo princípio da proporcionalidade a pena deverá ser aplicada de forma proporcional ao crime praticado.

E por fim, quanto ao princípio da humanidade temos que as penas deverão ser humanas, não sendo admitidas as penas de morte, com exceção nos casos de guerra declarada, não serão aceitas penas em caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos e penas cruéis, como nos mostra o artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal de 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XLVII - não haverá penas:
a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
b) de caráter perpétuo;
c) de trabalhos forçados;

- d) de banimento;
- e) cruéis;

2.2.2 Teoria das penas

São três as teorias relacionadas à finalidade das penas, são elas: Teoria absoluta ou da retribuição; Teoria relativa, finalista utilitária ou da prevenção; e Teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória.

A teoria absoluta ou da retribuição tem como finalidade pura e simples a ato de punir o autor de uma infração. Déa em seu texto *Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro* nos mostra que:

Enfim, a pena retributiva esgota o seu sentido no mal que se faz sofrer ao delinqüente como compensação ou expiação do mal do crime; nesta medida é uma doutrina puramente social-negativa que acaba por se revelar estranha e inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinqüente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime. Em suma, inimiga de qualquer atuação preventiva e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade⁶.

A teoria relativa ou da prevenção se divide em prevenção geral ou especial e por esta teria temos que a finalidade da pena é prevenir a prática do crime, sendo a prevenção geral aquela destinada à intimidação do agente para a prática do crime e a prevenção especial destinada à ressocialização do indivíduo para que o mesmo não volte a praticar o crime.

Quanto à teoria mista, temos que, a unificação da teoria absoluta com a teoria relativa, a pena teria a finalidade punir e prevenir a prática do crime, ficando assim a pena com uma dupla função. Vejamos então que esta teoria é a adotada pelo nosso código penal quando no *caput* do artigo 59 do Código Penal de 1940, em sua parte final que nos fala que a pena deverá ser utilizada conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

⁶ NERY, Déa Carla Pereira. *Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005.

Disponível em:

< http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro >. Acesso em: 19 de out. de 2012.

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

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

2.2.3 Das espécies de pena

Nosso Código Penal estabelece em seu artigo que as penas poderão ser privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa.

Art. 32 - As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

2.2.3.1 Das penas privativas de liberdade

As penas privativas de liberdade são previstas no Código Penal para os crimes ou delitos, podendo ser penas de reclusão ou detenção, as penas privativas de liberdade estão previstas no preceito secundário de cada tipo penal.

As penas privativas de liberdade estão elencadas na seção I do capítulo I do título V do Código Penal brasileiro de 1940, o artigo 33 do referido diploma legal trata das penas de reclusão e detenção da maneira pelo qual deve ser aplicada cada sanção penal.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Temos então que a pena de reclusão deverá ser cumprido em regime inicial fechado, semiaberto ou aberto, já a pena de detenção deverá ser cumprido em regime inicial semiaberto ou aberto.

Quanto ao regime de cumprimento das penas de reclusão podemos observar que será cumprida em regime fechado quando a pena imposta for superior a 8 anos, em regime semiaberto quando a pena for superior a 4 anos e não for superior a 8 anos e que será cumprida em regime aberto quando a pena for igual ou inferior a 4 anos.

Quanto ao condenado reincidente temos que o regime inicial de cumprimento da pena será sempre em regime fechado, independente da quantidade de pena imposta, porém, o Supremo Tribunal Federal baseado no artigo 77, § 1º do Código Penal de 1940 permite que se o reincidente foi sentenciado anteriormente por pena de multa o mesmo poderá gozar do benefício do *sursis*⁷ podendo iniciar o cumprimento da pena em regime aberto. O Supremo Tribunal de Justiça também se posicionou no tocante ao início do cumprimento de pena do condenado reincidente ao editar a Súmula 269, publicada no Diário da Justiça da União de 29 de maio de 2002, dando ao juiz a prerrogativa de fixar o regime inicial semiaberto ao reincidente quando a pena privativa de liberdade imposta não exceder a 4 anos.

⁷ *Sursis*: trata de um direito subjetivo do condenado que preenchendo todos os requisitos legais, passa a gozar do direito de ter suspensa a execução da pena imposta, sendo considerado pelo sentenciante que a sua concessão está atendendo aos fins da pena, que são a retribuição, a reprovação e a prevenção do crime. O *sursis* trata de uma medida obrigatória.

STJ Súmula nº 269 - 22/05/2002 - DJ 29.05.2002

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais⁸.

Quanto ao regime inicial fechado dispõe o artigo 34 do Código Penal de 1940 que o condenado deverá ser submetido ao exame criminológico⁹ para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação para a individualização da execução, o condenado ficará sujeito ao trabalho interno durante o dia e a isolamento durante o repouso noturno, ao condenado o trabalho será imposto conforme sua aptidão física ou conforme sua ocupação antes da pena, o condenado poderá exercer o trabalho fora do estabelecimento carcerário desde que sejam em serviços ou obras públicas, tendo que ser observadas as cautelas contra a fuga do condenado.

A pena será cumprida em estabelecimento penitenciário de segurança máxima ou média, dotadas de celas individuais e coletivas.

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

O regime semiaberto encontra-se no artigo 35 do Código Penal de 1940 e dispõe que será seguido as normas do *caput* do artigo 34 do Código Penal de 1940.

⁸ Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0269.htm. Acesso em 14 set 2012.

⁹ **Exame Criminológico:** Quanto ao exame criminológico Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2011, p.240) nos ensina que “o exame criminológico é realizado pela Comissão Técnica de Classificação de cada presídio, que observará a ética profissional, terá sempre presentes peças ou informações do processo e poderá entrevistar pessoas, requisitar de repartições ou estabelecimentos privados dados e informações a respeito do condenado e realizar as outras diligências e exames necessários (art. 9º da LEP)”.

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.
 § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.
 § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

A pena deverá ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar, da mesma forma ao condenado em regime fechado o condenado em regime semiaberto também faz jus ao trabalho em período diurno, sendo admissível também o trabalho externo. O condenado em regime semiaberto é concedido o benéfico de frequentar cursos de instrução de segundo grau ou superior, bem como cursos supletivo e profissionalizante.

No tocante ao exame criminológico que no regime fechado é obrigatório, apesar do Código Penal deixar claro que se faz necessário a realização do exame criminológico para o ingresso do condenado para esse regime a Lei de Execuções Penais nos mostra que é uma faculdade do sentenciador o exame criminológico quando no parágrafo único do artigo 8 da lei 7.210 de 1984 nos fala que “ao exame de que trata este artigo poderá (grifo nosso) ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto”. Devemos diante da contradição entre o artigo 35 do Código Penal de 1940 e o parágrafo único do artigo 8 da Lei de Execuções Penais número 7.210 de 1984 prevalecer a regra da Lei de Execuções Penais.

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.
 Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

Para ambos os regimes ao condenado que exercer qualquer trabalho fará jus a remissão¹⁰ como nos mostra o artigo 126 da Lei de Execução Penal 7.210 de 1984 que dispõe:

¹⁰ Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p.320) ensina que “a remissão é um direito dos condenados que estejam cumprindo a pena em regime fechado ou semiaberto, não se aplicando assim, ao que se encontra em prisão albergue, já que este incumbe submeter-se aos papéis sociais e às expectativas derivadas do regime, que lhe concede, a nível objetivo, a liberdade do trabalho contratual. Pela mesma razão, aliás, não se concede a remissão ao liberado condicional. Também não tem direito a remissão o submetido a pena de prestação de

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

No regime aberto o condenado cumpre a pena em estabelecimento conhecido com casa do albergado, o regime aberto visa a autodisciplina e o senso de responsabilidade do apenado, lhe concedendo o gozo de trabalhar, frequentar cursos ou qualquer outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância como disposto no artigo 36 do Código Penal de 1940.

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.(BRASIL,1940).

Porém, a este apenado não lhe é concedido o direito à remição uma vez que somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou que comprove a possibilidade de trabalhar imediatamente.

2.2.3.2 Das penas restritivas de direito

As penas restritivas de direito estão elencadas na seção II do título V do Código Penal brasileiro de 1940 o artigo 43 dispõe sobre as penas:

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.

As penas restritivas de direito são penas alternativas que visam evitar a aplicação das penas privativas de liberdade, as penas alternativas podem ser consensuais onde sua aplicação depende da anuência do agente e não consensuais que independem de consentimento do agente sendo dividida em penas alternativas não consensuais diretas e substitutivas.

Será pena alternativa não consensual direta quando a pena for imposta pelo juiz sem passar por pena de prisão, já as substitutivas serão aquelas que após a fixação da pena privativa de liberdade o agente faz jus a conversão da pena restritiva de direito tendo todos os requisitos para tal conversão respeitados, sendo a pena aplicada em caráter substitutiva, não poderá ser aplicada cumulativamente com as penas privativas de liberdade que substituem como nos fala Fernando Capez:

Sendo substitutivas, não podem ser aplicadas cumulativamente com as penas privativas de liberdade que substituem. Ou o juiz aplica a privativa de liberdade ou a substitui pela restritiva de direitos. No caso das penas restritivas do Código de Trânsito Brasileiro é possível a aplicação

cumulativa, uma vez que elas estão cominadas abstratamente no tipo, cumulativamente com as penas privativas de liberdade¹¹.

Apesar das modalidades de penas elencadas no artigo 43 do Código Penal de 1940 fazerem parte das penas restritivas de direito nem todas as espécies de penas restritivas de direito possuem essa natureza com discorre Cezar Roberto Bitencourt:

[...] a denominação penas 'restritivas de direito' não foi muito feliz, pois, de todas as modalidades de sanções sob a referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à 'restrição de direito'. As outras prestação pecuniária e perda de bens e valores - são de natureza pecuniária; prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana referem-se mais especificamente à restrição de liberdade do apenado¹².

A prestação pecuniária foi inserida no Código Penal pela Lei n° 9.714, de 25 de novembro de 1998. Conforme o disposto no artigo 45 §1º, do Código Penal a prestação pecuniária não poderá ser inferior a um salário mínimo nem ser superior a 360 vezes o valor do salário mínimo.

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

A prestação pecuniária poderá ser substituída pelo juiz por penas de prestação de outra natureza, caso, ocorra a aceitação do beneficiário. Conforme o disposto no parágrafo segundo do artigo 45 do Código Penal de 1940.

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

¹¹ Capez, Fernando. Curso de direito penal, volume 1: parte geral – p. 422

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 437-438

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

Damásio de Jesus quanto à “prestação de outra natureza” nos mostra que:

O CP, ao impor como pena a ‘a prestação de outra natureza’, comina sanção de conteúdo vago, impreciso e incerto. Assim agindo, o legislador trouxe incerteza ao aplicador da lei ensejando dúvida a respeito do verdadeiro conteúdo da resposta penal. O dispositivo, contudo, encontra-se em consonância com as Regras de Tóquio, que recomendam ao juiz, depois de arrolar dezesseis medidas penais alternativas (*non-custodial measures*), a aplicação, se necessário e conveniente de ‘qualquer outra medida que envolva detenção pessoal’. Medida liberal, corresponde, entretanto, ao ideal de justiça, pela qual ao juiz, nas infrações de menor gravidade lesiva cometidas por acusados não perigosos, atribuir-se-ia o poder de aplicar *qualquer pena*, respeitados os princípios da segurança social e da dignidade, desde que adequada ao fato e às condições pessoais do delinquente¹³.

Conforme apresentado por Damásio a prestação de outra natureza fere o princípio da legalidade, e traz ao aplicador da lei incertezas ensejando dúvidas a respeito do verdadeiro conteúdo da resposta penal.

Fernando Capez (2008, p. 417), ressalta que “essa pena não pode consistir em pagamento em dinheiro, para que não se confunda com a prestação pecuniária, nem na prestação de trabalho, pois, para essa finalidade, já existe a prestação de serviços à comunidade”.

A pena restritiva de perda de bens e valores trata-se de uma pena que visa a retirar do condenado bens móveis, imóveis ou de valores, como por exemplo, ações.

A pena de perda de bens como preceitua Fernando Capez (2008, p.417), é o confisco do patrimônio lícito do condenado, “essa pena consiste no confisco generalizado do patrimônio lícito do condenado, imposto como pena principal substitutiva da privativa de liberdade imposta”.

Os bens e valores do condenado destinam-se ao Fundo Penitenciário Nacional, como dispõe o parágrafo terceiro do artigo 45 do Código Penal de 1940, com redação da Lei n. 9714 de 1998:

¹³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte geral*, 2011, p.582.

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Conforme o dispositivo legal todos os bens serão enviados em favor do Fundo Penitenciário Nacional, porém, excepcionalmente de acordo com a legislação especial, as rendas ou valores recebidos pela pena serão destinados a outras entidades e fins.

A pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas está elencada no artigo 46 do Código Penal de 1940, com redação da Lei n. 9.714 de 1998, e dispõe:

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

Esta modalidade de pena, como dispõe o dispositivo legal supracitado será aplicada quando for o condenado apenado a mais de seis meses de privação de liberdade, consistindo na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

No tocante à prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas Fernando Capez (2008, p.422) conceitua que “consiste na atribuição de tarefas ao condenado, junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, ou em benefício de entidades públicas”.

Quanto à fixação da pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas Damásio E. de Jesus (2011, p.583) nos ensina:

Na fixação de pena, atende-se a uma hora de tarefa por um dia de condenação, considerada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do apenado. Convém ao juiz, na fixação da quantidade da pena privativa a ser substituída por alternativa, fazê-lo a final, em dias e não em meses, para evitar dúvidas.

Assim, conforme explica Damásio, o juiz para evitar dúvidas quanto ao tempo de fixação da pena deverá aplicá-la em dias e não meses.

Quanto às interdições temporárias de direitos, o legislador elencou nos incisos do artigo 47 do Código Penal de 1940 com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 julho 1984 quais são as espécies de interdições, assim dispõe:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV - proibição de freqüentar determinados lugares.

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

Da proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo elencado no inciso I do referido artigo, preceitua Fernando Capez (2008, p. 423), que “trata-se a uma pena específica, uma vez que só pode ser aplicada ao crime cometido no exercício do cargo ou função, com violação de deveres a estes inerentes [...]”, essa proibição não se confunde com a perda da função ou cargo público, diferenciando da condenação do artigo 92, inciso I do Código Penal de 1940, com redação dada pela Lei nº 9.268, de primeiro de abril de 1996 que dispõe:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

Assim como a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo elencado no inciso I as proibições contidas no inciso II também se referem a pena restritiva específica, sendo aplicadas para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes, conforme disposto no artigo 56 do Código Penal de 1940, com redação dada pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984:

Art. 56 - As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.

Quanto à suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, esta restritiva será aplicada quando houver delitos culposos de trânsito.

No tocante à proibição de frequentar determinados lugares, previsto no inciso IV do referido diploma legal, incluído pela Lei nº 9.714 de 1998, a restritiva deverá ser aplicada levando em consideração o local que o crime foi cometido, devendo ser especificado na sentença os lugares dos quais o condenado está impedido de frequentar.

Outra interdição temporária de direitos, incluída recentemente no inciso V pela lei nº 12.550 de 15 de dezembro 2011, que proíbe que o condenado venha a se inscrever em concursos, avaliações ou exames públicos, podendo a se tornar pena privativa de liberdade no caso de descumprimento da restrição imposta, vindo o condenado efetivamente a se inscrever em algum certame público após a imposição desta sanção penal.

E por fim, a última modalidade de pena restritivas de direitos que se encontra elencada no artigo 48 *caput*, do Código Penal de 1940, com redação dada pela Lei nº 11 de julho de 1984, que trata da limitação de fim de semana:

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Na limitação do final de semana o delincente é condenado a permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, podendo ser ministrados ao condenado palestras e cursos, ou ser atribuídas atividades educativas durante sua permanência.

Quanto à execução da limitação de fim de semana, esta será realizada conforme os termos da Lei de Execuções Penais nº 7.210 de 11 de julho de 1984 elencados nos artigos 151, 152 e 153 do referido diploma legal.

Art. 151. Caberá ao Juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena.

Parágrafo único. A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Art. 153. O estabelecimento designado encaminhará, mensalmente, ao Juiz da execução, relatório, bem assim comunicará, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do condenado.

O no tocante à ressocialização do condenado o caráter reeducativo desta pena reside no oferecimento de cursos e palestras, bem como no envolvimento do apenado em atividades educativas, inclusive no tocante ao parágrafo único que foi incluído pela Lei 11.340 de 2006.

2.2.3.3 Da pena de multa

A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença, sendo calculada em dias-multa. A pena de multa é personalíssima, como afirma Luiz Regis Prado que “a multa, em matéria penal, é rigorosamente pessoal, não se transmitindo aos herdeiros do réu ou a terceiros, pois a ideia de pena, que também subsiste na pena de multa, reproduz nela a condição da personalidade¹⁴”.

A pena de multa está tipificada no artigo 49 do Código Penal e nos mostra com redação dada pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984e nos mostra:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*, p. 232.

Quanto ao pagamento da multa, esta deverá ser realizada dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença. Se for a requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz poderá permitir que o pagamento seja realizado em parcelas mensais, conforme disposto no artigo 50 do Código Penal com redação dada pela Lei nº 11 de julho de 1984, que dispõe:

Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

O juiz poderá, antes de decidir o número de prestações, realizar diligências para verificar a real situação econômica do condenado.

CAPÍTULO III – DO CRIME DE TRÁFICO, SUAS PENAS E INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06.

3.1 Do crime de tráfico de drogas

3.1.1 Conceito

O crime de tráfico de drogas é um crime com vários núcleos verbais e está tipificado no artigo 33, caput e no parágrafo 1º da Lei nº 11.343/06, que nos fala que constituirá crime de tráfico o agente que praticar os 18 verbos contidos no dispositivo legal são eles:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

O crime de tráfico de drogas refere-se a uma norma penal em branco, pois, para que a conduta prevista no caput do artigo 33 do referido diploma legal seja atípica, é necessário que a substância apreendida esteja elencada como um dos tipos de drogas previsto na Portaria da Secretária de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde nº 344, de 12 de maio de 1998. Como nos ensina Fernando Capez (2008, p.30) norma penal em branco “trata-se de uma norma cuja descrição da conduta está incompleta, necessitando de complementação por outra

disposição legal ou regulamentar”, no caso do crime de tráfico de drogas trata-se de normas penais em branco em sentido estrito ou heterogêneas, pois o complemento advém de uma fonte formal diversa, sendo complementada por um ato normativo infralegal, ato normativo este vindo a ser a portaria da SVS/MS 344/88.

O crime de tráfico de drogas é o único crime da Lei de Drogas que é assemelhado aos crimes hediondos sendo, apenas os tipos penais elencados no artigo 33 da Lei de Drogas *caput* e parágrafo 1º são condutas do crime de tráfico de drogas, já os demais parágrafos não são condutas relacionadas ao tráfico e por isso não são assemelhados à conduta de crimes hediondos, uma vez que as penas cominadas não são as mesmas que a do artigo 33 *caput* e parágrafo 1º da lei 11.343/06.

3.1.2 Da classificação do crime de tráfico de drogas

O crime de tráfico trata-se de um crime comum, onde o crime pode ser cometido por qualquer pessoa, sem que haja qualquer requisito especial para que a conduta seja realizada, porém, no tocante ao ato de prescrever requer sujeito ativo próprio, pois somente será possível a prática do ato de prescrever se o agente possuir capacidade para prescrever medicações tratando-se aqui da espécie de crime próprio, onde o crime só poderá ser praticado por uma determinada categoria de pessoa.

O sujeito passivo do crime de tráfico de drogas é o Estado, e de forma secundária o usuário de drogas.

O crime de tráfico de drogas possui 18 verbos conforme dispõe o artigo 33 da Lei 11.343/06, em razão desses 18 núcleos temos que o crime de tráfico de drogas é crime de ação múltipla, como preceitua Fernando Capez (2008, p. 267) o crime de ação múltipla “é aquele em que o tipo penal descreve várias modalidades de realização do crime”, desse modo o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo onde a conduta de mais de um núcleo descrito no dispositivo legal tanto no *caput* quanto no parágrafo 1º não implicam em concurso de crimes, sendo caracterizado como crime de tráfico tanto a conduta de núcleo só como a conduta de mais de um núcleo previsto na norma.

O bem jurídico protegido será em primeiro lugar a incolumidade pública, visando tutelar a saúde pública e em segundo lugar o bem jurídico protegido será a vida e a saúde de cada indivíduo.

O crime é de mera conduta, pois não é necessário o resultado naturalístico, uma vez que basta o agente ter consigo uma quantidade determinada de droga com o intuito de comercializar, propagar o uso da droga. Ou seja, basta o agente se comportar conforme o legislador descreveu no tipo, o mesmo estará praticando o crime independente do resultado.

Temos então que a consumação do crime de tráfico de drogas ocorre com a prática de qualquer das ações elencadas no dispositivo legal, independentemente de qualquer resultado.

O crime de tráfico poderá ser crime permanente ou instantâneo, será permanente quando a conduta do agente causar uma situação danosa ou perigosa que se prolongará no tempo, como por exemplo, a prática de ter em depósito ou expor à venda. Será instantâneo aquele em que se completar em um instante só, como a prática de adquirir ou fornecer.

Quanto à tentativa, em regra não é aceito, porém, esta modalidade será aceita somente no tocante aos crimes instantâneos quando as condutas do agente não se concluir por circunstâncias alheias a do agente, como por exemplo, a conduta de vender ou adquirir que no momento do ato ambos os agentes são surpreendidos por um policial que evita a prática descrita no tipo penal do artigo 33 da Lei de Drogas. No tocante aos crimes permanentes não serão aceito a modalidade de tentativa.

Quanto ao tipo subjetivo do crime de tráfico de drogas, só será crime se o agente agir com dolo, será crime somente quando o agente agir com vontade de praticar algum tipo objetivo previsto no *caput* e parágrafo primeiro do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

O tipo objetivo do crime de tráfico de drogas está nas condutas tipificadas no *caput* e do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 que prevê as dezoito ações que configuram o crime, que são elas:

Importar é a ação de trazer para dentro do país as drogas;

Exportar é a ação de levar a droga para fora do país;

Remeter é o mesmo que mandar, ou seja, é quando o agente encaminha para outrem a droga;

O ato de preparar está ligado à ação do agente que leva para a confecção através do manuseio de uma substância que produza a droga;

Quanto à prática de produzir parte do pressuposto do ato do agente de criar, de dar origem à droga, o ato de produzir se difere do ato de preparar, pois a produção requer maior atividade;

O tipo penal de fabricar ocorre pelo meio da utilização de maquinários para a fabricação da droga, por meio da manufatura da matéria prima;

Adquirir ocorre com a apropriação da posse ou da propriedade da droga seja gratuitamente ou de forma onerosa;

A conduta de vender está ligada ao ato de transferir a substância por meio de uma contraprestação, será sempre onerosa, neste tipo ocorre à prática também da trocar ou permutar da droga;

Expor à venda é mostra-la aos interessados em adquiri-las;

Oferecer é a conduta de disponibilizar a droga gratuitamente a outrem;

Ter em depósito é o ato de armazenar a droga com a intenção de protegê-la;

A conduta de transportar é simplesmente levar ou conduzir a droga de forma pessoal ou com a utilização de terceiros;

Trazer consigo ocorre quando a pessoa traz junto de si ou ao corpo a droga;

A conduta de guardar é manter a droga sob cuidado para terceiros;

Prescrever é a conduta de receitar, de recomendar o uso da substância;

Ministrar é a conduta de introduzir a droga no organismo de terceiros; entregar ao consumo ocorre quando o agente cede a droga ao terceiro;

Entregar a consumo é fazer chegar, dar, passar às mãos de alguém a droga.

E por último há a conduta de fornecer que é o ato de dar, mesmo que gratuitamente, bem como abastecer por meio de amostra grátis.

O parágrafo primeiro assim como o *caput* do artigo 33 da lei 11.343/06 como citado acima trata de um tipo penal misto, o referido parágrafo traz várias figuras que são equiparadas ao tráfico, ensejando a mesma punição do *caput* do referido diploma legal, desde que sejam praticadas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar como disposto no próprio artigo.

Quanto ao inciso I do parágrafo primeiro do diploma legal o objeto material do tipo é a matéria-prima, insumo ou produto químico para serem utilizados na preparação da droga.

No inciso II, o legislador visa punir a conduta do agente que semeia, cultiva ou faz colheita de plantas que venham a se tornar matéria-prima para a preparação de drogas. Cabe ressaltar que o legislador no artigo 28 § 1º da Lei 11.343/06 equiparou a conduta de semear cultivar ou fazer colheita de plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de drogas com a posse para consumo pessoal.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo

com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

Ficando caracterizado que a sementeira, o cultivo ou a colheita não são para o consumo ai ficará caracterizado a conduta do crime de tráfico de drogas prevista no inciso II do § 1º do artigo 33 da nova Lei de Drogas.

Quanto ao inciso III, será punida a conduta do agente que utilizar local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou a conduta de consentir que terceiros utilizem para o mesmo fim, ainda que gratuitamente, para o tráfico ilícito de drogas.

3.2 Das penas do crime de tráfico

Uma das principais mudanças do crime de tráfico da antiga lei de drogas Lei nº 6.386/1976 para a atual lei de drogas Lei nº 11.343/2006 foi no tocante à pena.

Na antiga lei de drogas a pena prevista para o traficante era a reclusão, de 3 a 15 anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa conforme o disposto no artigo 12 da Lei 6.368 de 1976 que dispõe:

Art. 12. [...]

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

Com a redação da nova lei de drogas a pena aplicada ao traficante passa a ser reclusão, de 5 a 15 anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, conforme disposto no artigo 33 da Lei 11.343 de 2006.

Art. 33. [...]

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Diante da nova redação temos que a pena mínima para o traficante passa a ser de cinco anos, salvo, nos casos em que o condenado fizer jus à redução de pena preenchendo os requisitos elencados no parágrafo quarto do artigo 33 da nova lei de drogas.

Art. 33 [...]

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

As normas para a aplicação da pena deverá considerar especificamente a natureza e a quantidade de substâncias envolvidas.

Quanto à pena de multa sua fixação poderá em virtude da situação econômica do acusado ter seus valores aumentados até o décuplo.

3.3 Da causa de diminuição de pena para o crime de tráfico e os seus requisitos.

O legislador na nova Lei de drogas buscou tratar com mais rigor o traficante que antes da entrada em vigor do referido diploma legal a pena mínima a ser estipulada seria de três anos, com a nova lei o condenado passa a ter a pena mínima estipulada em cinco anos.

Para tanto, o legislador em cima do princípio da proporcionalidade, buscou diferenciar o traficante ocasional, concedendo assim uma causa de diminuição especial para o condenado que preencher todos os quatro requisitos elencados no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Os requisitos para a concessão da causa especial de diminuição de pena possuem natureza objetiva e subjetiva.

Quanto à natureza objetiva a causa de diminuição de pena será alcançada para o condenado que cometer os crimes previstos no caput e parágrafo primeiro do artigo 33, da Lei 11.343 de 2006.

Já no tocante aos requisitos de natureza subjetiva temos a primariedade do acusado não sendo reincidente, que o mesmo possua bons antecedentes, o fato do agente não se dedicar a atividade criminosa e que o agente não seja integrante de nenhuma organização criminosa.

O agente primário é aquele que não foi condenado por sentença penal transitada em julgado, verificando assim a não reincidência do agente.

Quanto à antecedência, Rogério Greco (2011, p.154) nos ensina:

Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações transitadas em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal.

Diante do ensinamento de Rogério Greco, definimos então que para possuir bons antecedentes o agente não pode haver nenhuma condenação penal transitada em julgado e que não caracterize reincidência. Há, todavia, outros entendimentos no tocante aos bons antecedentes que bastava inquéritos e processos em andamentos, assim como termos circunstanciados contra o réu que o mesmo já possuía maus antecedentes, porém, tal entendimento fere o princípio da inocência constante no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

O terceiro requisito para a obtenção do benefício trouxe para o meio jurídico uma grande discussão, onde o legislador quando nos fala que fará jus o agente que não se dedicar a atividades criminosas deixou vago o que seria essas atividades criminosas. Plínio Antônio Britto Gentil ensina que não se dedicar a atividades criminosas “significa não praticar habitualmente as condutas descritas na Lei de Drogas, passando-se ao largo de dever ou não a eventual dedicação do réu ser objeto de condenação transitada em julgado”¹⁵.

¹⁵ GENTIL, Plínio Antônio Britto. Lei de Drogas. Muitas perguntas, algumas respostas. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1638, 26 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10796>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

Quanto à organização criminosa, para que fique caracterizado que o agente integra uma organização criminosa será necessário a presença de determinados elementos, como uma estrutura organizada, com vários níveis de hierarquias, que seja composto por no mínimo três agentes entre outros elementos.

Ficando satisfeitos os requisitos objetivo e subjetivo para a diminuição da pena, a mesma poderá ser reduzida de um sexto a dois terços.

3.4 Da conversão de pena privativa de liberdade para a pena restritiva de direito

A conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito far-se-á de acordo com o artigo 44 do Código Penal de 1940 com redação dada pela Lei 9.714 de 1998, que dispõe:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for 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 suficiente.

O artigo 44 do Código Penal nos mostra em seus incisos os requisitos necessários e indispensáveis, para que o juiz possa fazer a conversão da pena. São requisitos considerados cumulativos, onde todos os requisitos devem estar presentes para que possa ser feito a conversão.

O primeiro requisito para a substituição trata-se de um requisito objetivo, onde a substituição será realizada somente quando o réu for condenado a pena privativa de liberdade que não seja superior a quatro anos se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou em qualquer que seja a pena aplicada se o crime for cometido na modalidade culposa.

O segundo requisito para a substituição possui natureza subjetiva e é referente à reincidência do condenado em crime doloso que teve sua sentença transitada em julgado,

assim se o condenado for reincidente de crime de natureza culposa, não terá sua substituição impedida, porém, quanto ao reincidente de crime de natureza dolosa, o parágrafo terceiro do artigo 44 do Código Penal nos fala que mesmo o condenado sendo reincidente o juiz poderá realizar a substituição, desde que o condenado seja reincidente da prática do mesmo crime e a medida tem que ser socialmente recomendável, e que a substituição atenda a finalidade de evitar o desnecessário encarceramento do condenado e traga em si o seu efeito preventivo.

Art. 44 [...]

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

O terceiro requisito também trata de natureza subjetiva e remete ao comportamento do acusado, quando o requisito visa a culpabilidade, os antecedentes, a conduta e a personalidade do condenado. Já no tocante aos motivos e as circunstâncias que indicam que a substituição é suficiente, o legislador visa se a opção em realizar a substituição atenderá tanto o condenado quanto a sociedade.

3.5 Da inconstitucionalidade da vedação da conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06

A nova Lei de Drogas, como já estudado acima, em sua redação pune com muito mais rigor o agente que cometer os crimes previstos no caput e no parágrafo primeiro do artigo 33, estipulando como pena mínima 5 (cinco) anos de reclusão, diferentemente da antiga lei que punia o traficante como pena mínima de reclusão de 3 (três) anos. Porém, no seu parágrafo quarto a nova lei buscou tratar com diferença o traficante ocasional daquele traficante que não abandonou a traficância. O traficante ocasional é o agente que praticou o crime de tráfico, mas é primário, tem bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas nem integra uma organização criminosa, sendo esse agente passível de uma diminuição de pena prevista no referido diploma legal, uma vez que atende todos os requisitos exigidos para fazer o gozo desse benefício.

Sendo aplicada a diminuição de pena uma vez completado todos os requisitos, o condenado poderá ter imposta uma pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, ficando assim, o condenado passível de ter a conversão de sua pena privativa de liberdade por restritiva de direito preenchendo os demais requisitos impostos pelo artigo 44 do Código penal.

Porém, o legislador vetou expressamente na redação original do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei 11.343/06 a conversão da pena privativa de liberdade para a pena restritiva de direito para os crimes definidos no caput e no parágrafo primeiro do referido dispositivo legal.

Art. 33 [...]

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

Tal vedação criou uma grande repercussão no meio jurídico, pois uma vez atendido o critério objetivo e subjetivo do artigo 44 do Código Penal, sendo a pena alternativa suficiente para cumprir a sua finalidade, de prevenção e reprovação da conduta deve o juiz sentenciador fazer a conversão, além disso, temos que a vedação contida no parágrafo fere os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, que o juiz, ao condenar o réu por crime de tráfico a pena não superior a quatro anos, não possa substituí-la em virtude da só vedação legal de uma norma infraconstitucional, sendo que a própria Constituição Federal não tem em nenhum dispositivo que veda a substituição para pena alternativa, nem mesmo no rol de restrições elencados para os crimes hediondos onde a Carta Magna prevê tratamento mais rigoroso para os crimes mais graves.

Fundando-se nos princípios constitucionais, na dignidade da pessoa humana e na busca pela ressocialização do condenado e a efetivação da justiça é que em setembro de 2010 ocorreu no Supremo Tribunal Federal o julgamento do HC 97256/RS, onde o Ministro-Relator Ayres Britto decretou inconstitucional a vedação em sede de controle difuso de constitucionalidade, com efeito *ex tunc* e *inter partes*, passando assim a admitir a substituição, recebendo o julgamento a seguinte ementa:

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 delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.*

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

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

4. *No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se 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; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente*¹⁶.

Por se tratar de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso de constitucionalidade, onde seu efeito não atinge a todos, sendo atingindo apenas às partes envolvidas no caso em concreto, ocorreram varias decisões não reconhecendo a decisão do Supremo Tribunal Federal sob o entendimento de que se tratando de declaração incidental de inconstitucionalidade não há obrigação para que os demais tribunais julguem sob o mesmo entendimento, vedando assim a substituição da pena privativa de liberdade.

De outro lado, dando fim a discussão foi que o Senado Federal com o poder que lhe é atribuído no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, publicou a Resolução nº 5, no dia 15 de fevereiro de 2012 suspendendo a vedação da substituição da pena privativa de liberdade elencado no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

A Resolução nº 5 do Senado Federal passa a entrar em vigor na data de sua publicação com a seguinte redação:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.

Desse modo, a resolução nº 5 do Senado Federal retira a vedação elencada na Lei de Drogas, e diferentemente da decisão do Supremo Tribunal Federal seu efeito será *erga omnes*.

¹⁶ HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010

CAPÍTULO IV – DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No presente capítulo serão abordados os princípios da individualização da pena e o princípio da proporcionalidade que foram lesados no tocante a vedação elencada no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343 de 2006, será também abordado o controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

4.1 Dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena

O princípio da individualização da pena é o princípio no qual o juiz deverá analisar a culpabilidade e o mérito do sentenciado para poder impor a pena a ser cumprida. O princípio da individualização encontra-se elencado no artigo 5º da Constituição Federal no inciso XLVI da parte dos direitos e garantias individuais que nos mostra.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

(BRASIL,1988)

No tocante a individualização da pena Bruno Bessa de Lima nos fala:

A individualização legislativa é a fase abstrata em que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e formula o preceito sancionador. Com isso, é a individualização

que domina e dirige as demais, uma vez que é a lei que traça as normas de conduta do juiz e dos órgãos de execução penal¹⁷.

O princípio da proporcionalidade da pena encontra-se em diversas passagens da Constituição Federal, onde por este princípio a Carta Magna aboliu certos tipos de Sanções, exige a individualização da pena e exige maior rigor para os crimes mais gravosos. Temos que por este princípio o juiz deve buscar a adequação do bem jurídico lesado e a conduta do agente.

Define Roberta Pappen da Silva que:

A proporcionalidade implica uma adequação axiológica e finalística pelo agente público do poder-dever de hierarquizar princípios e valores de maneira adequada nas relações de administração e no controle delas. Determina que um meio deva ser adequado, necessário e não deva ficar sem relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma. Portanto, o dever de proporcionalidade deve ter sua aplicação mediante critérios racionais e intersubjetivamente controláveis¹⁸.

4.2 Do recurso extraordinário

Recurso extraordinário é o meio pelo qual é impugnado ao Supremo Tribunal Federal uma decisão judicial proferida, sob alegação de contrariedade à norma estabelecida pela Constituição Federal.

O recurso extraordinário será cabível nos casos estipulados nos termos do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que nos mostra:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

¹⁷ LIMA, Bruno Bessa de. Direito Penal mínimo na sociedade brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22338>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

¹⁸ SILVA, Roberta Pappen da. Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 565, 23 jan. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6198>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

- III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
 - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, foi incluído no artigo 102 da Constituição Federal de 1988 o parágrafo terceiro criando um novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, conforme exposto abaixo:

Art. 102. [...]

“§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Com a nova regra de admissibilidade para o recurso extraordinário foi incluído no Código de Processo Civil pela Lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006 os artigos 543-A e 543-B na seção destinada aos recursos extraordinário e especial.

Art. 1º Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

“Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

A nova regra estabelecida pela Lei 11.418 de 2006 junto com a norma constitucional descrita no parágrafo terceiro do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, nos mostra que para ser conhecido o recurso extraordinário a matéria constitucional tem que ser de repercussão geral.

Quanto à repercussão geral, o parágrafo único do artigo 322 do regimento interno com alteração na redação dada pela emenda regimental nº21 de 30 de abril de 2007 nos mostra que para haver repercussão geral terá que ser considerado a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

Art. 322. [...]

Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes¹⁹.

Desde modo, temos que caso na questão constitucional não haja repercussão geral o Supremo Tribunal Federal poderá recusar o recurso.

4.3 Do controle difuso e do controle concentrado de constitucionalidade

O controle difuso ou aberto, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa é o poder dado a qualquer juiz ou tribunal de realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade ou incompatibilidade de um ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

Já o controle concentrado de constitucionalidade é o meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal independentemente de fato concreto, processa e julga ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, visando a garantia e a segurança das relações jurídicas.

4.4 Do controle difuso e seus efeitos

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso de constitucionalidade será inter partes, pois uma vez declarado a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal seus efeitos serão aplicados somente para as partes e no processo em que houve a declaração.

¹⁹Emenda Regimental nº 21 disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=regulamentacao>. Acesso em: 18 nov 2012

O efeito da decisão no Recurso Extraordinário só vale entre as partes no processo, e para elas a lei é inconstitucional desde o seu surgimento. A declaração de inconstitucionalidade não anula nem revoga a lei. Teoricamente, ela continua em vigor até que seja suspensa pelo Senado Federal, conforme prevê a Constituição em seu artigo 52, inciso X²⁰.

Ocorrerá também o efeito ex nunc quando o Supremo Tribunal Federal declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei e o Senado Federal publicar uma resolução suspendendo a execução no todo ou em parte, passando assim a ter o efeito erga omnes à partir da data da publicação, mas seus efeitos não retroagiram.

4.5 Do controle difuso e o Senado Federal

A competência de julgar a inconstitucionalidade da norma será sempre do Supremo Tribunal Federal, porém, ficará a cargo do Senado a suspensão da lei ou do normativo que foi motivo de ação direta de inconstitucionalidade, conforme o exposto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Portanto, temos que Senado não pode agir sem uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal à cerca do caso concreto, somente depois que for declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo por maioria absoluta como elencado no artigo 97 da Constituição Federal é que o Senado com seu poder atribuído no artigo 52, inciso X, do referido diploma legal poderá agir suspendendo no todo ou em parte a lei declarada incidentalmente inconstitucional.

²⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=D&id=207> . Acesso em: 18 nov. 2012.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto no presente trabalho, a discussão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” elencada no parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei 11.343 de 2006 que por muito tempo circulou nos meios jurídicos, hoje já não temos mais o que discutir.

Com a promulgação da Resolução nº 5 do Senado Federal no dia 15 de fevereiro de 2012 que declara inconstitucional por meio do controle difuso de constitucionalidade a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, o réu que preencher todos os requisitos do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei nº 11.343 de 2006 fará jus à conversão sendo obrigatório o juiz sentenciador aplicá-la se as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu e a substituição seja socialmente recomendável, nos termos da lei e do artigo 44 do Código Penal.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio, *Legislação Penal Especial*. 5. ed. at. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de jun. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução

do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm. Acesso em 14 de nov. 2012.

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/del2848compilado.htm. Acesso em 10 de jun. 2012.

BRASIL. Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

Disponível em <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1976/6368.htm>. Acesso em 09 de jun. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm. Acesso em 09 de jun. 2012.

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 ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 09 jun. 2012.

BRASIL. Resolução nº 05, de 15 de fevereiro de 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral. Volume 1*. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2008

CAPOBIANCO, Rodrigo Júlio. *Como se preparar para o Exame de Ordem, 1ª fase: leis penais especiais*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

FREITAS, Jayme Walmer de. A questão da descriminalização do crime de porte de entorpecentes e o novo conceito de crime. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1335, 26 fev. 2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9537>>. Acesso em: 16 nov. 2012

GRECO, Rogério. *Código Penal: Comentado*. 5. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9180>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.