

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA NOVA LEI DE DROGAS

Guilherme Lopes Felicio

Presidente Prudente/SP

2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA NOVA LEI DE DROGAS

Guilherme Lopes Felicio

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Ilustríssimo Professor Luís Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP

2008

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA NOVA LEI DE DROGAS

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Luís Roberto Gomes

Sérgio Tibiriçá Amaral

Antenor Ferreira Pavarina

Presidente Prudente, 20 de novembro de 2008.

Se aprendêssemos algumas coisas, tudo seria
mais fácil...certas coisas realmente eu
já aprendi...outras...ainda não...estou
tentando...o que vale é a intenção.

William Shakespeare

À Minha família

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo agradeço a Deus, cujo dever de minha vida é para com ele, e a seu filho, Jesus Cristo, meu salvador. Foram eles a quem sempre recorri e devotei orações na minha rasteira e eterna gratidão.

Minhas considerações vão para os meus pais, que sinto orgulho por me amarem e decidirem dedicar suas vidas em face da minha, se encarregando dos meus sonhos e me ensinar a caminhar nesse mundo tão grande. Homenageio Pedro, meu querido irmão, a quem protejo e prometo transmitir o melhor.

À minha avó Dirce, pessoa extremamente humilde de um coração puro incomparável, e meu falecido avô José, espelho da bondade e compaixão, cujo amor é lembrança suficiente para minha inspiração. Reverencio meus padrinhos, João e Joseane, onde admiro a personalidade e a sabedoria infinita que têm. Obrigado por cuidarem de minha educação e cultura, vocês nunca deixaram de acreditar em min.

À meu emérito orientador Luís Roberto, pessoa simplória e exemplar, dotado de uma inteligência ilimitada. Reconheço por sacrificar seu curto tempo disponível para atender ao meu desenvolvimento. Menciono também, meu ilustre coordenador, Sérgio Tibiriçá Amaral, por todo o apoio desde o início de meu curso. Suas forças foram as minhas e me fizeram chegar até aqui. E à presença do professor Pavarina, excelente profissional e amigo, a que muito honro e respeito.

Cumprimento, ainda, todos meus colegas de trabalho que foram responsáveis pelo meu aprendizado na prática forense. Sou grato aos meus amigos que compuseram a história de minha vida. São muitos para citar, mas tenho certeza que cada um sabe do seu espaço.

Minhas estimas finais vão para Janaína Coimbra e sua família. Seus valores e princípios me impressionam. Saibam que tenho muito respeito por vocês e guardo um carinho e amor que não se mede.

Espero um dia retribuir todos de alguma forma.

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa tem por finalidade analisar o princípio da proporcionalidade nos delitos e respectivas penas da lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006 (a nova lei de drogas). Inicialmente, foi necessário realizar um estudo teórico sobre toda a estrutura do princípio da proporcionalidade desde sua história, presença constitucional e a utilização pelo Direito Penal, que é a disciplina jurídica de destaque. Imprescindível também uma explanação sobre a teoria dos fins da pena e, por fim, as mudanças e inovações trazidas pela nova lei de drogas. O objeto deste estudo é a lei nº 11.343/2006 que há pouco tempo revogou a lei nº 6368/76 (lei dos tóxicos) descrevendo novos delitos e constituindo tanto espécies como quantidades de penas diferentes, principalmente para o usuário e o traficante de drogas, o que abriu possibilidade para diversas críticas, reclamando a atuação dos juristas sobre irregularidades e inconformidades. A norma penal deve obrigatoriamente respeitar o princípio da proporcionalidade. E para averiguar se a nova lei de drogas atendeu a essa premissa, foi preciso fundamentos através da doutrina, a comparação dos delitos da antiga lei, com a própria finalidade da pena. Droga é um assunto mundial que vem causando males e invocando cada vez mais a participação da sociedade, do legislador e das organizações para solucionar esse problema. É importante a mobilização dos cientistas do Direito para defender os interesses da sociedade quando violados. Nesse contexto, o tema das drogas é proveitoso para essa oportunidade. Assim, uma crítica com sucesso aprimora as leis, satisfaz a comunidade e contribui para o mundo jurídico.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Direito Penal. Pena. Traficante. Usuário. Lei. Drogas.

ABSTRACT

This present work aims at analysing both the principle of proportionality on crimes and the respective penalties of law number 11.343, dated from August 26th, 2006, known as the new drug law. At first, a theoretical study on the proportionality principle structure was carried out, ranging from its history and constitutional presence to its utilization by the Criminal Law, which is considered the most remarkable law subject in this survey. An explanation on the theory of the targets of the Penalty was necessary to be stressed out, as well as the upcoming changes and innovations the new law brought about. Law number 11.343/2006 has recently revoked law number 6.368/76. Such law discriminates new offences and constitutes both types and quantities of different penalties, mainly for the user and drug dealers, which originated much criticism, as well as the necessity for jurists' actuation on irregularities and unconformities. The Penal norm must respect the principle of proportionality and in order to check out if the new drug law has reached that goal, some foundation through the doctrine was developed and a amparison about crimes based on the previous and actual law was also gotten. The drug matter is a worldwide subject and drugs surely cause several damages to society, which must join legislators and organizations so that a solution is found out. Law scientists have to mobilize in order to defend the interests of society when they are violated. Following this context, the drug theme has become useful is this opportunity. Besides a certain degree of criticism may improve the laws, satisfy the society and contribute for the right world.

Key – Words: Proportionality Principle. Criminal Law. Penalty. Drug Dealer. User. Law. Drugs.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	10
2.2 Relevância Jurídica	12
2.3 Subdivisão do Princípio da Proporcionalidade	14
2.3.1 Adequação ou idoneidade.....	14
2.3.2 Necessidade ou exigibilidade	15
2.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito	16
2.4 A Constituição Federal	18
2.5 Aplicação no Direito Penal	24
2.5.1 Proporcionalidade abstrata.....	27
2.5.2 Proporcionalidade concreta.....	32
3 TEORIA DOS FINS DA PENA.....	36
3.1 Introdução	36
3.2 Teorias da Pena	37
3.2.1 Teorias absolutas	37
3.2.3 Teorias ecléticas ou unitárias.....	41
3.3 Relação Fins da Pena e Princípio da Proporcionalidade	44
4 DA LEI DE DROGAS.....	48
4.1 Considerações Iniciais.....	48
4.2 Das Alterações e Inovações da Legislação.....	51
4.3 Da Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na Lei Nº 11.343/2006	57
4.3.1 Do usuário de drogas (art. 28 e 29).....	57
4.3.2 Do tráfico ilícito de drogas e formas equiparadas (art. 33).....	67
4.3.3 Do tráfico de maquinários (art. 34)	75
4.3.4 Da associação para o tráfico de drogas (art. 35).....	77
4.3.5 Do financiamento ou custeamento para prática do tráfico de drogas (art. 36) .	78
4.3.6 Do colaborador-informante da associação ou organização criminosa do tráfico de drogas (art. 37).....	82
4.3.7 Do art. 38.....	83
4.3.8 Do art. 39.....	84
4.3.9 Das causas especiais de aumento de pena (art. 40)	86
5 CONCLUSÃO	89
BIBLIOGRAFIA	90

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre a análise do princípio da proporcionalidade nos crimes e penas da lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, a atual vigente lei de drogas que revogou a lei nº 6368/76 qual regulamentava sobre os tóxicos. O tema se volta somente para direito material e mais especificamente no Direito Penal.

Droga trata-se de um problema mundial, especialmente no Brasil. É um mal que contamina a saúde pública e devido aos seus efeitos vem crescendo constantemente o seu uso e comércio, influenciando na nossa sociedade. Desse modo, diante desse perigo e pela necessidade do bem-estar comum, o legislador tenta aperfeiçoar a lei que regulamenta o assunto.

Mas para que a lei penal seja eficaz e alcance sua finalidade, no que tange aos delitos seguidos de suas penas, o princípio da proporcionalidade é uma das premissas que mais deve ser respeitada em termos de proclamação da justiça. Assim, relaciona-se na lei de drogas, que necessita eminentemente de ajustes para fornecer mais segurança e estabilidade para a sociedade.

Para fins didáticos e compreensão do trabalho, o primeiro capítulo foi dedicado a um estudo aprofundado sobre o princípio da proporcionalidade, dada a sua importância. Em seguida, o segundo capítulo foi para a teoria dos fins da pena, que está intimamente ligada ao anterior. Por fim, o último foi reservado somente para a lei de drogas. Dessa maneira, facilita para o leitor entender o que se critica e verificar as falhas e os acertos da lei.

Foi utilizado o método comparativo, de forma analítica e crítica, comparando a atual lei de drogas com a antiga, e se ela compatibiliza com os próprios preceitos do princípio da proporcionalidade.

As fontes mais utilizadas para a construção do trabalho foram doutrinas que tratam sobre lei de drogas, obras de Direito Penal, revistas jurídicas e artigos científicos publicados na internet.

O objetivo desse estudo é poder contribuir para o mundo jurídico sobre dois aspectos. Primeiro que é freqüente no Brasil a má formulação de leis, tanto na redação de sua letra, como na definição de tipos penais e sanções sem critérios. As leis precisam confortar a sociedade de que seus direitos estão assegurados e que, se

violados, terão proteção e apoio do Estado na forma de justiça. Destarte, se muitos tiverem a ousadia de criticar as leis quando defrontarem com absurdos ou irregularidades, uma grande corrente positiva pode se formar, alertando o legislador, para que busque o seu aprimoramento.

O outro ponto é que um assunto tão delicado como a “droga”, jamais pode ser regulamentada em lei com fragilidade. Por se tratar de um problema que repercute no seio social, requer mais atenção e cuidado na criação de suas normas, para que elas possam trazer solução.

2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 Evolução Histórica

O princípio da proporcionalidade tem suas raízes cogitadas desde a antiguidade clássica da filosofia. Aristóteles já mencionava a proporcionalidade como elemento a ser observado dentro da definição de “Justiça”.

Em uma abordagem histórica, este princípio surge com a evolução dos Direitos Humanos. Na Inglaterra, no século XII, é com a mudança do Estado Absolutista ou Estado de Polícia para um Estado de Direito que assim se origina.

Como bem disse Raquel Denize Stumm, “é considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas”. (1995, p. 78).

Observa-se que isso ocorreu em uma época eminentemente precisa. O Estado concentrava poderes ilimitados na sua atuação que necessitavam serem restringidos, neutralizados, para que os direitos e garantias individuais pudessem ser exercidos com mais liberdade e com um mínimo de dignidade.

Secundariamente, inibir o abuso injustificável do Poder Público é evitar futuramente um controle legislativo com base no excesso, para que seus efeitos não venham a atingir as normas jurídicas ou a própria matéria da Constituição.

Assim, *ab initio*, a natureza do sobredito princípio é de Direito Administrativo, uma vez que traz em seu bojo uma orientação para limitar o intervencionismo estatal, moderando o exercício do Poder de Polícia, para que visem respeito aos direitos dos cidadãos.

Nesse contexto, em um primeiro momento, a proporcionalidade foi prevista na Magna Carta de 1215, no artigo 25:

Art. 25. Um possuidor de bens livres não poderá ser condenado a penas pecuniárias por faltas leves, mas pelas graves e, não obstante isso, a multa guardará proporção com o delito, sem que, em nenhum caso, os prive dos meios de subsistência.

Montesquieu, por sua vez, aplicou a proporcionalidade dentro do Direito Penal, fazendo comparações entre os crimes e suas respectivas sanções. Isso ganhou força na obra "*Dos Delitos e das Penas*" de Cesare Beccaria, no qual, estabelece a harmonia e conseqüente equilíbrio que deveria persistir entre um delito e a pena que a este fosse prevista, assim como, a sua aplicação razoável e adequada de acordo com a gravidade do injusto.

A Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1795 também estatuiu em seu artigo 12 que:

Art. 12. A lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias.

Foi assim que se efetivou a adoção e aplicação do princípio da proporcionalidade na Europa. A Alemanha foi o primeiro país a desenvolver este pilar como um princípio geral do Direito e inserindo, posteriormente, no âmbito constitucional como forma de defesa dos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão começou a formular jurisprudências, proferindo decisões reconhecendo que o Estado não detinha força imperativa para restringir direitos e garantias fundamentais como bem entendesse. Aleatoriamente, criou-se, então, uma fórmula jurídica a ser sempre observada, no sentido de que se o legislador quisesse alcançar qualquer objetivo no ordenamento jurídico, o meio empregado deveria atender aos critérios da proporcionalidade, necessidade e moderação. A partir daí, essa medida foi fonte de inspiração e utilização para diversas Constituições.

É mister mencionar que alguns países deram importância ao princípio e o introduziram na sua Lei Maior, daí sua relevância mundial.

Com o advento da Constituição Francesa de 1971, a proporcionalidade foi vista ao lado do princípio da legalidade ainda que implicitamente.

Na Suíça, na mesma ilustração alemã, manifesta a sua vontade de concretização dos direitos da comunidade.

Por sua vez, os espanhóis e italianos aplicaram a premissa com profundidade voltada ao Direito Administrativo.

Modernamente, a Constituição Portuguesa de 1976, igualmente sob forte influência alemã, adotou expressamente em seu artigo 18, parágrafo 2º, a inserção do princípio para criação de leis que restringem direitos individuais e forma de limitação das funções dos funcionários públicos.

Em uma época mais recente, a Constituição Federal promulgada em 1988 consagrou perfeitamente o princípio da proporcionalidade, porém, a sua localização encontra-se implícita. Não bastasse isso, a sua utilização dentro de um conteúdo geral não é muito fácil, cuja atenção que se requer é muito densa.

2.2 Relevância Jurídica

O termo “princípio” deriva do latim *principium principii*, que tem por definição como origem, fonte. É primado para a formação ou criação estrutural de um sistema.

Na esfera do Direito, um princípio se assimila a um dispositivo que dá a luz a uma norma jurídica, revestindo seu caráter de genialidade, sabedoria, cultura e igualdade. Insofismável que a sociedade é autora destes preceitos que julga para si como valiosos ou não. E isto advém de uma linha histórica, após experiências, testemunhos, conhecimentos.

Nas palavras de Roque Antônio Carrazza (2000, p. 29):

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Quando o teor de uma norma atende a um princípio de produtividade intensa, estará instalada a segurança jurídica. Este ponto de partida vai mais além: conclama para o almejado Estado Democrático de Direito.

Como cita também o professor Maurício Antônio Ribeiro Lopes (2000, p.33):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Compreendida a essência de um princípio, cabe oportunamente explanar sobre a proporcionalidade.

Em senso comum, a proporcionalidade traz idéia de equidade, moderação, justa medida, harmonia, adequação. É um estado de equilíbrio entre os meios disponíveis para a concretização de determinado fim.

Dessume-se destes escólios conceituais o vislumbramento do Princípio da Proporcionalidade.

Conhecido também internacionalmente como proibição de excesso, o princípio da proporcionalidade sobrepesa uma razoabilidade. Regra precedente esta a servir de instrumento pelo legislador para que a elaboração da norma constitua um equilíbrio entre o meio empregado ao fim a que ela se destina.

Havendo esta compatibilidade, a sociedade estará protegida do abuso do Estado, da arbitrariedade excessiva do Poder Público, e poderá exercer livremente seus direitos fundamentais com dignidade humana já que seus bens jurídicos estão assegurados.

Desta maneira, a imensurável importância dogmática do princípio da proporcionalidade, se consubstancia em proteger os interesses da comunidade, evitando que eles sejam confrontados. Sua força reside na tutela de direitos e garantias fundamentais. Outrossim, impor obstáculos à discricionariedade legislativa é veicular o bom andamento da Constituição, dispensando eventuais que feridas que poderiam causar.

É inquestionável que o Brasil é portador de uma belíssima Carta Constitucional, que foi escrita com base em princípios oriundos de estudos e vivências. Sendo assim, para entender realmente a louvada premissa, nada melhor que analisá-la como referência constitucional, que será estudado posteriormente.

2.3 Subdivisão do Princípio da Proporcionalidade

Basicamente, a composição do princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios: adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

2.3.1 Adequação ou idoneidade

O nascer de uma norma é função atribuída ao legislador, como já visto. Os meios que ele seleciona para sua consecução devem ser adequados, aptos, de acordo com o objetivo estabelecido. A medida utilizada pelo criador deve estar em conformidade com o interesse da norma, o resultado que ela pretende produzir.

Conforme conceitua Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 126):

O conceito de idoneidade diz respeito à avaliação sobre a qualidade instrumental do meio, de modo a identificar sua aptidão para alcançar a finalidade proposta. O

princípio da idoneidade exige, desse modo, uma relação de adequação entre meio e fim que se verifica quando, por intermédio daquele, torna-se possível atingir o objetivo desejado.

Se não examinar a relação de causalidade, a norma se torna inválida, pois, o meio propiciado para o fim dirigido é inidôneo, incapaz de surtir os efeitos que nela se prometeram.

Meios inadequados traduzem incompatibilidade com o real significado da norma, o que levaria a uma ofensa constitucional se introduzidos nas suas diretrizes.

2.3.2 Necessidade ou exigibilidade

Outra máxima do comento é a necessidade, ou, para alguns autores, como Canotilho, a exigibilidade. Caracteriza-se pela indispensabilidade de se adotar uma medida restritiva de direito ao Direito de patamar menor militando a idéia de proteger a um interesse superior.

É a idéia de Suzana de Toledo Barros (2000, p. 79):

O pressuposto do princípio da necessidade é que o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

A norma jurídica deve se valer dos meios menos desvantajosos possíveis para alcançar seus determinados fins. Não é justo que um cidadão que teve seu Direito auferido detenha um prejuízo maior daquele que causou a lesão no seu manto.

Evidente que isso é muito claro no Direito Penal, afinal, é sabido que as sanções visam reprimir as condutas dos infratores. A pena é uma medida necessária, exigível, como resposta do Estado ao agente que atacou um dos bens

jurídicos tutelados. Daí advém que a reprimenda há de desfavorecer muito mais ao infringente que o cidadão de direito violado.

Entretanto, para o sucesso da punição (que é finalidade de algumas normas) ou o escopo da própria norma, o legislador vai observar alguns resquícios: a) a medida restritiva deve atingir a um contingente determinado de pessoas; b) o caráter de tal medida deve conter proporcionalidade para não a torne abusiva ou imerecida.

O critério da necessidade sempre será enfatizado quando o legislador optar por um caminho que entender conveniente a que a norma deve trilhar. “Justificar” o rumo que a lei vai tomar é para provar à sociedade que seus Direitos, que são de carga mais pesada, sempre estarão à frente quando colidirem com injustiças e afrontamentos.

2.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O sentido estrito da proporcionalidade carrega o maior destaque dentro de sua amplitude. Prende-se, aqui, juízo de valoração a ser feito entre o meio provocado e o fim apeteado. Já que há uma concordância jurídica em reduzir um Direito para dar margem de apreciação a outro significativamente mais fardado, requer do legislador a prudência ao avaliar o liame causa e efeito.

Novamente Suzana Toledo de Barros (2000, p. 85):

A proporcionalidade em sentido estrito como visto, é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser inferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo, dando margem à tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito.

Nota-se “juízo de ponderação” que implica em tomar cautela, aplicar medida justa, sensatez, discernimento lógico, conspirando para a proibição de excesso.

Mais uma vez essa teia de valores tem a maior proeminência no Direito Penal na idealização das penas que devem estar ajustadas, proporcionais aos fatos delituosos. Ou seja, reclama uma ligação entre o desvalor da ação e do resultado, a conduta perpetrada e a cominação legal.

Adverte-se agora que razoabilidade que não se confunde com este elemento. Sua localização está fora da composição da Proporcionalidade, sendo apenas considerada um forte alicerce ao seu percurso.

Enquanto a proporcionalidade pressupõe adequação, necessidade e ponderação, a razoabilidade repousa na racionalidade, explorando do legislador o uso de sua razão para elaborar uma lei.

A Constituição Federal de 1988 está revestida do Princípio da Razoabilidade no sentido de precaução para seus dispositivos.

Ilumina com muito prestígio o pensamento de Victor Linares Quintana (1970, p. 31):

A exigência constitucional de que as leis devem ser razoáveis, ou seja, devem conter uma equivalência entre o fato antecedente da norma jurídica e o fato conseqüente da prestação ou sanção considerando as circunstâncias que motivaram o ato, os fins perseguidos com ele e o meio que como prestação ou sanção estabelece dito ato.

Pertinente a expressão “circunstâncias que motivaram o ato” que potencia a presença do uso racional do legislador. Não é ele um protótipo automático de composição de regras, mas um ser de dialética, noções. Certamente ele introduzirá no ordenamento as normas jurídicas que julga importantes, necessárias de serem realmente criadas. E são os motivos consistentes, os fatos importantes, a vivência e evolução da sociedade, a experiência, os conflitos, que vão despertar o seu interesse em agir.

Destaque-se que o universo das circunstâncias é magno, isto é, definitivamente há vários pretextos para se fundar uma norma, tudo isso para o bem-estar da comunidade.

Assim, finaliza aqui o compêndio do Princípio da Proporcionalidade em seu corpo e suas agregações. No mais, sua clareza se esmera mesmo dentro do ordenamento jurídico, principalmente, na Constituição e no Direito Penal que serão as matérias estudadas a seguir.

2.4 A Constituição Federal

Apesar do princípio ora abordado haver germinado no âmbito do Direito Administrativo, na passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, os contemporâneos afirmam que é de sede constitucional, pelo fato ser motivo para proposição de uma constituição humana.

O que torna o corpo de uma Constituição sólida e régia são os princípios que a compõem. A sociedade respeita submissamente à Carta Suprema porque sabe dos valores que nela foram contidos e que seu suporte advém de regras e condutas verdadeiramente humanitárias.

Em conclusão disso, os estudiosos do Direito Constitucional entendem que “desobedecer um princípio é mais grave que infringir uma norma qualquer”. A inobservância dele torna sua estrutura abalável, rompe com os conceitos éticos, atacando o mandamento imperativo a que nele deu reforço, aluindo todo o sistema mestre.

Portanto, em modo constitucional, desrespeitar um princípio é a forma de inconstitucionalidade de maior gravame, justamente por romper com a estatuída democracia do Direito.

A importância de um princípio não está só dentro do sistema positivo, serve como uma consulta para o Juiz na forma de resolução de conflito, solução de questões jurídicas. Consoante entendimento de Raquel Denize Stumm (1995, p. 39):

Os princípios gerais justificam a aplicação do Direito em uma determinada questão.

O Juiz, ao contrário, não lida com hipóteses, mas com uma questão de fato que requer uma solução, um problema. Todo o seu raciocínio deverá obedecer uma orientação que será dada pelos princípios de Direito. Provavelmente, ele não terá apenas um princípio na pauta, mas vários. Estando o princípio fundamentador da decisão positivado, não há dúvidas quanto à legitimidade ou a aceitação do mesmo no sistema.

Embora fazer parte da estrutura normativa, o princípio da proporcionalidade não foi adotado expressamente pela nossa Constituição Federal. Ele está previsto implicitamente em diversos dispositivos como, por exemplo, o art. 5º, XLII, XLIV, XLVI.

Devido a essa localização tácita, é possível extrair a atuação do princípio em dois momentos importantes no objeto deste trabalho: a) na inspiração para o legislador na elaboração da norma; b) norte para o magistrado e o Tribunal na interpretação e aplicação do Direito.

Na primeira, é correto afirmar que o uso da proporcionalidade se dá em uma fase abstrata, em um aspecto subjetivo, pois, o legislador apóia em sua mente para criar a norma mais cabal possível.

É cediço que o ponto inicial para escrever uma Constituição é levantar sua meta, sua intenção, o porquê que ela está sendo criada e aonde atingirão seus reflexos para o país disposto perante ela.

Subseqüente, traduzida a finalidade do Estado, o próximo passo é selecionar os Direitos propriamente ditos a ingressar no ordenamento. Para isso, o legislador buscará atentar aos fatos e motivos que o levaram a agir, assim como, a tangível necessidade deles serem positivados.

Desse modo, para granjear o fim encetado, o elaborador da norma se incumbirá de explorar os meios para essa consecução e empregar o que melhor convir.

É nesse momento que a prática da proporcionalidade é inaugurada. Esta é a fase abstrata, de caráter interno, pois, o Poder Legislativo fará parâmetros, uso racional, juízo de valor, definindo os limites, compatibilizando a relação meio e fim.

No mais, o interesse do controle legislativo deve ser ajustado à valoração que a sociedade exprime para evitar a distribuição de normas e dispositivos dispensavelmente descartáveis.

Ao lado desse juízo, a doutrina invoca outras conjeturas como a legalidade, a fundamentação teleológica (indispensável igualmente para o Juiz que aplica o Direito).

Por fim, é preciso “sempre” justificar a composição da norma e o meio de que ela foi servida. Toda vez que o Poder Público revestir a norma dos valores derivados da proporcionalidade, estará indiretamente plantando no seio da sociedade a confiança e a segurança. Uma nação que vive disso resguarda para si a justiça que procura ou que um dia precise chamá-la.

Diante dessa conclusão, aduz ainda que a proporcionalidade não se isola a esta finalidade. Lembre-se, ainda, que ela vem na idéia proibição de excesso de atos legislativos e controle de arbitrariedade de Poder Público.

Após este fecho, mais claro o estudo da segunda atuação da proporcionalidade – o uso pelo Juiz ou Tribunal na justaposição do Direito.

Aqui, considera-se muito a competência do magistrado. O Juiz que vai julgar ou aplicar a lei não pode fugir da norma que tem em mãos a que o constituinte se dedicou tanto para formulá-la.

A diferença é que, nessa etapa, a norma já existe no mundo jurídico. Agora, ela desprenderá de sua abstração positiva para trazer efeitos ao caso que o Juiz está trabalhando.

A utilização da proporcionalidade tem leito subjetivo também. O Judiciário vai manejar a lei de acordo com seus princípios, com sua ética, com o valor da sociedade, com os mecanismos de respeito e considerações a que ele fora ensinados e treinados, para assim, dar a solução ao litígio com a medida mais justa

e adequada possível para que nunca venha a prejudicar excessivamente o lado a ser punido.

Essa atitude é em prol da sociedade. Reforce-se que o objetivo maior é defender os direitos e garantias fundamentais concedidos a todos, é surtir seus efeitos como prova que eles não estão garantidos na Constituição simbolicamente.

Para dar mais ensejo, a fundamentação do magistrado ou Tribunal de sua decisão é o carimbo de que a proporção foi verdadeiramente considerada. Todo julgamento ou sentença apresentará suas justificações para que o condenado tome conhecimento do que lhe foi determinado e os motivos. É um imperativo constitucional garantido aos acusados de que as decisões tenham suas razões devidamente demonstradas.

A título de finalização, este tirocínio de proporcionalidade na aplicação do Direito se dá mesmo no Direito Penal. E essa a matéria titular e fundada nesta premissa de maior cautela e observância. Mais a frente isso também será fixamente estudado.

Por todo exposto, a proporcionalidade traz, então, a concepção de Estado Democrático de Direito. Quer dizer, distribuir o bem-estar social, fazendo valer o conteúdo da Constituição.

No fecho, repita-se que a Lei Maior acolheu o Princípio em lume no seu corpo de maneira implícita, isto é, não o fez expressamente.

Faz menção o professor Luís Roberto Barroso (1999, p. 224):

O apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade.

Entrementes, essa adoção não foi repentina. A inspiração veio de uma longa linha histórica e, mais precisamente, modelada quase que idêntica ao “modus” alemão, até mesmo seus conceitos sobre proporcionalidade foram aproveitados.

O Tribunal Constitucional Alemão juntamente com as doutrinas de seu país emprega o princípio da proibição de excesso sob o ponto de vista esquemático na fórmula “necessidade + adequação + proporcionalidade em sentido estrito” (é o figurino copiado no Brasil). Ao mesmo tempo, não faz qualquer diferença entre as expressões “proporcionalidade” e “proibição de excesso”.

A Lei Fundamental de 1949, a Constituição de Bonn, vem como o ponto inaugural para os primeiros fundamentos da Jurisprudência germânica. A famosa *Charta*, que apresenta um amplo elenco de direitos fundamentais serviu para parâmetro no primeiro julgado alemão.

Assim cita Paulo Bonavide (2001, p. 372):

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.

Essa decisão foi proferida em 1971 num litígio sobre armazenamento de petróleo. Destaque-se que as palavras do Tribunal transparecem tudo que já foi dito de forma bem sucinta. Resta dizer que a partir desse primeiro exame alemão que nasceu a luz a hesitar a orla jurídica brasileira, seduzindo os Tribunais Pátrios a se manifestarem nesse mesmo sentido, sob as mesmas premissas.

Para comprovação, vale transcrever a primeira citação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 18.331 de 21 de setembro de 1951, Ministro Orozimbo Nonato, na redação (STF, s.d. s.p.):

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do "détournement de pouvoir". Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado.

Veja-se como foca a atenção ao princípio e seus alicerces categóricos no caso concreto para a satisfação da diretriz jurídica, consolidando o que prega a Constituição Democrática.

Mas não é só. O reconhecimento da proporcionalidade foi abrigado nos outros ramos do Direito.

Cite-se, por exemplo, o Direito Tributário, no Artigo 145, §1º da CF, onde ponderou que as alíquotas dos tributos devem ser proporcionais à condição econômica do contribuinte.

No processo penal, reza o art. 5º, inciso LIV da CF que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, demonstrando, cristalinamente, a plenitude da proporcionalidade.

Nos Direitos Sociais dentro do artigo 7º, incisos IV e V assegurou que o salário mínimo deverá atender às necessidades da população.

O próprio artigo 5º, que fixa direitos e garantias fundamentais, foi onde mais concentrou a abundância do nosso princípio. A transmigração foi realmente significativa nesse dispositivo, claro que, em maior parte, implicitamente.

A título de finalização, repousa a conclusão de a Constituição Federal ser a titular, rainha, mãe do primórdio da proporcionalidade. Todavia, frise-se, que é o Direito Penal mais importante objeto de atuação do mencionado princípio.

É exatamente o que menciona Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 64-65):

Pode-se argumentar, também, que a proporcionalidade é um princípio implícito ao direito penal constitucional, uma vez que, ao se falar em pena, a Constituição já está fazendo referência a todas as características inerentes a tal conceito. Considerando o sentido histórico da declaração constitucional ao Estado como sendo Democrático de Direito, assim como o caráter garantístico paulatinamente incorporado ao direito penal, que inclui a confiança na limitação racional do poder através do direito como produto da razão humana, o próprio conceito do que seja pena (e, conseqüentemente os atributos da intervenção penal) já conteria em si uma especial carga valorativa, neste sentido.

Essa orla do Direito, como forte parcela do Estado, a *última ratio*, enfim, é o campo de maior concentração em que há um crescimento constante da

observância-cautela, ou não, da proporcionalidade tanto na concepção dos delitos e suas respectivas sanções como na aplicação da pena.

Com isso, encerra-se aqui o estudo da Suprema Carta. No mais, abandona-se, agora, a visão estritamente constitucional da proporcionalidade para dar abertura e introdução ao capítulo da premissa dentro do Direito Penal. É nesse âmbito a real relevância de sua função, conforme será padecido e revigorado a seguir.

2.5 Aplicação no Direito Penal

O Direito Penal é um ramo do Direito Público, pois, é visto como aliado do Estado na forma de proteger os direitos da pessoa humana, tutelando seus bens jurídicos fundamentais, em defesa da sociedade contra delitos.

Tem característica de “exclusividade”, afinal, é o único que regula o convívio social, com capacidade de elaborar leis para as condutas do homem que devem ser reprimidas, tipificando-as, e cominando a elas suas sanções.

Daí extrai sua impessoalidade, de efeito “erga omnes”, abarcando e atingindo todas as pessoas, estando elas submissas a ele, indistintamente.

Considerado também uma ciência jurídica de cunho dogmático, que se concede de poderes revestidos de coerção para fazer cumprir as normas imperativas, proibitivas, e as penas aplicadas que impõe. Noutros dizeres, tem qualidade de “obligatoriedade”.

Portanto, a curto modo, o Direito Penal é uma disciplina jurídica que regulamenta em forma de lei as ações humanas ilícitas, aplicando-lhe a elas como consequência uma pena. Mais precisamente, estamos referindo-se ao delito ou crime.

E toda vez que houver a prática de uma infração penal por um agente que é indiscutivelmente culpável, aparece para o Estado o direito de punir.

Entende-se que cada delito comporta um tipo penal em duas partes, onde pauta-se a sua estrutura em duas partes: o preceito primário e o preceito secundário.

Na primeira, é a redação do delito onde descreve os comportamentos humanos tidos como ilícitos. É a incriminação definida propriamente dita. Acrescente-se, ainda, que essas normas penais podem ser: a) “descritivas”, como um simples modelo de conhecimento de lei não gerando reflexo algum para um infrator (sem interesse para a pesquisa); b) “proibitivas”, no sentido de repulsa, não-permissão, desautorização; c) “mandamentais”, de caráter de exigência, obrigação de fazer, cumprir, o qual, estas duas últimas, o criminoso está sujeito de sofrer o preceito secundário.

Na segunda, é a abstração da pena referente ao delito. A sanção vem como resposta do Estado, uma repressão, castigo, ao agente que contrariou ou descumpriu a norma, que violou o Direito, que optou pela contramão à construção democrática societária, que rompeu com os valores, princípios e a moralidade que prega o Estado.

Sobre a definição de pena importa entender agora apenas isso. Ela ainda terá seu capítulo reservado para melhor ser avaliada.

Feito esse breve relato sobre Direito Criminal, o percurso direcionado agora é o princípio da proporcionalidade na sua dimensão.

O ora princípio emanado é legado da brilhante obra *“Dos Delitos e das Penas”* do italiano Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, que inovou o pensamento de diversos juristas contemporâneos ao ditar a forma da atuação do Direito Penal na Europa no século XVIII. Beccaria relacionou o tratamento severo que era dado aos delinqüentes e fez um paralelo entre os delitos para com suas penas, que, na maioria das vezes, não condiziam um ao outro, resultando numa desproporcionalidade intolerante.

Como diz o inspirador Cesare Bonesana Beccaria (1993, p.54):

Se fosse possível adaptar a geometria as combinações infinitas e obscuras das ações humanas, deveria existir uma escala correspondente de penas, indo do mais forte para a mais fraca: mas bastará ao sábio legislador marcar os pontos principais, sem alterar a ordem, não decretando para os delitos do primeiro grau as penas do último.

Note-se que o ingresso do lastro princípio no Direito Penal tem menção histórica. E acentua-se que é um atributo constitucional, mas que a sua forte influência e aplicação é no Penal.

Denomina-se tradicionalmente o princípio da proporcionalidade como um “princípio penal constitucional”, porque é oriundo da Constituição Federal, e que, embora pertencente à sua jurisdição, é subsidiariamente fonte para uso dentro da matéria penal. Em tese, a proporcionalidade é um princípio penal, entretanto, derivado da orla constitucional.

É a lição de Norberto Flach (2000, p. 240):

Não há explicações do princípio da proporcionalidade na Constituição de 1988. Os autores, em geral, referem-se a proporcionalidade como uma nota característica que deve predominar entre o crime e a sanção: cada crime deve ser punido com uma pena proporcional ao mal por ele causado.

O constituinte assim permitiu essa técnica de “empréstimo de seus princípios” por alguns motivos até que lógicos. Primeiro que como na parcela penal trata-se de criação de normas, elas deveriam seguir o mesmo critério-padrão (rito) da Constituição, de modo que ferindo um princípio, violaria a Maior Lei. Segundo que o legislador penal sempre poderá, sob uma análise prévia, tomar para si as premissas que sejam atinentes ao seu conteúdo, quer dizer, aquelas realmente importantes e interessantes para sua matéria, transparentemente significativas, capazes de causar mudanças, impactos.

Ora, e um dos princípios selecionados para o “*Jus Puniendi*” estatal foi o da proporcionalidade. Passamos a compreender, então, o porquê ser o Direito Penal seu maior operador.

Em sede penal, o manejo deste princípio se dá em dois momentos: a) para o legislador penal na formulação dos delitos com suas respectivas sanções (proporcionalidade abstrata); b) para juízes e tribunais ao aplicar a pena cominada no caso concreto (proporcionalidade concreta).

Com a citação desde dois itens já se mensura tamanho manuseio que é este princípio em disciplina penal. Justamente porque a gigantesca parte dessa matéria se reside em colocar os delitos em lei e, quando cometidos por um agente, o Direito penal novamente vier a aparecer na forma de punição, representado em nome do Estado. Simplificando, a proporcionalidade está presente tanto na fase abstrata como na fase concreta. Então, e somente então, a observância do princípio da proporcionalidade é indispensável, pois, não há como fugir do Direito Penal pelo fato de estar preso à essência dessa matéria que resume quase todo seu conteúdo em tipificar crimes abstratamente e aplicar penas a quem violar tal modelo de conduta.

Mas o uso da “substância da proporção” nos dois momentos não é tão simples assim. Pelo contrário, são extremamente delicados e complexos em que exige diversos critérios para o legislador e o magistrado, tantos subjetivos como objetivos, para cumprir as diretrizes do Direito Penal, sem equívocos, fazendo valer a razão de sua existência.

2.5.1 Proporcionalidade abstrata

Como dito, o primeiro destinatário em utilizar a proporção vai para o legislador penal ao criar os crimes, o qual vai seguir longos passos e apoiar-se em juízos.

A primeira idéia de se elaborar um delito começa por uma avaliação sobre “necessidade humana”. É cediço que o Poder Público busca, em auge, tutelar os interesses da sociedade e garantir os direitos de cada indivíduo. Para atingir isso, ele regula todo o convívio social a fim de evitar eventuais conflitos no próprio ciclo comunitário e desvirtuamentos das pessoas que devem submeter-se a uma ordem jurídica. Todo esse conjunto é o pressuposto para o Estado de Direito tão almejado.

Dentro dessa tonalidade, o legislador, na sua primeira função, hei de verificar na coexistência social quais os bens que ela julga para si como mais importantes, sem os quais tornaria impossível a vivência harmônica coletiva, que se

enquadram dentro dos valores e princípios que a acompanharam no seu desenvolvimento até os dias de hoje. Após essa averiguação de bens, pela característica de relevância para a sociedade, ainda que coletivamente ou individualmente, o legislador penal, para assegurá-los em mãos do Estado, perquire um ato denominado “tutela”. Logicamente, um bem sob tutela é considerado singularmente pelo Direito como “bem jurídico”. São exemplos: vida, patrimônio, honra.

Em vista disso, a primeira participação da instância penal é de atender a necessidade humana, a de tutelar os bens relevantes. Essa é a noção de bem jurídico.

O segundo passo para o legislador é elencar todas as hipóteses possíveis e maneiras que um sujeito pode atacar esses bens jurídicos. Estamos diante de comportamentos humanos negativos, posto que, tratam de condutas perpetradas por um transgressor ou mais em que resulte numa lesão ou perigo de lesão a um bem penalmente tutelado.

Destarte, todas as ações que ferem o Direito são tidas como ilícitas ou ilegais. Se existe qualquer ruptura, o legislador penal se obriga a regulamentá-la em lei, incriminando-as. São considerados como “tipos penais”. Resumidamente, quando uma ação humana (conduta) ilícita (viola a diretriz do Direito) estiver tipificada (descrita em lei penal) reconhecemos como “tipo penal incriminador”, ou “crime”, ou “delito”.

Contudo, há uma ressalva quanto à tipificação de delitos. Um comportamento não adentra na lei como crime por mera escolha do legislador, há um balanceamento sobre essa virtude.

O custo não pode ser maior que a vantagem. Se espera que criar tipos penais incriminadores seja uma ação compensatória para a sociedade. Tipificar a conduta a torná-la um crime deve trazer vantagem para a sociedade, do contrário, atinge o princípio da proporcionalidade. Se isso acontecer, deve logo ser banida do ordenamento por comportar-se com vício de inconstitucionalidade.

Atine-se que é exatamente uma relação custo-benefício. O custo por parte da sociedade se refere ao perigo ou ataque aos seus direitos. O benefício é o instrumento seguro que o Estado dá para que seus direitos estejam garantidos e

que, se violados, a parte atingida possa, de alguma forma, receber a justiça devida desse prejuízo. A vantagem referida a que se atribui está no interesse penal em dar essa tutela à comunidade através da atividade de elaboração de tipos penais incriminadores.

A contrário *sensu*, não há o que falar em tipos penais se o sacrifício da sociedade resultar num saldo maior que o benefício. Quer dizer, o custo “sempre” há de perder para o benefício, devendo ser favorável e vantajoso para o todo social, o qual o ilícito em tempo nenhum pode compensar.

Nessa superfície (sobre bens jurídicos e tipos penais), cumpre grifar que os bens jurídicos não estão em idênticos patamares. Há uma hierarquia entre eles, cujo valor maior é dado àquele que têm mais importância para o cidadão. Assim, indiscutivelmente, por exemplo, que a vida, sob a ótica penal, é o mais precioso bem, reunindo méritos para receber a primeira medalha de proteção.

Por todo exposto, após a verificação da necessidade humana em definir comportamentos em lei como delitos, tutelar bens e posteriormente avalia-los seu grau de hierarquia, o legislador, finalmente dará início ao pensamento da constituição de uma pena para determinado bem. É nessa fase que os primórdios da proporcionalidade começam a aparecer.

Ora, quanto mais valioso o bem jurídico, provavelmente ele será composto de penas maiores para quem o violar.

Ademais, reporte fixar que não basta isso como justificação para a pena ser mais grave. É preciso também averiguar até que ponto um bem jurídico poderia ser corrompido, isto é, a magnitude da gravidade da lesão. Então, o legislador ao cominar uma pena abstrata analisará a maior ameaça ou afetação ou possível que poderia um ou outro bem sofrer.

Atente-se que todos esses elementos colhidos para a formulação de uma pena para um delito foram puramente objetivos (valor do bem, grau de gravidade, lesão máxima). Caminhando um passo à frente, o elaborador penal, com todos esses dados em posse unificará com mais um critério que o Estado lhe permitiu utilizar: o juízo subjetivo.

Nesse novo capítulo, invocamos a astúcia, perspicácia, sagacidade do legislador. É desafiar o tino legislativo, que agora navega dentro de sua sensibilidade jurídica e seus juízos de valor para dar redação à pena, de modo que agrade a sociedade, atendendo e satisfazendo seus interesses, provando que realmente protegidos estão seus direitos por presente a mais salutar justiça.

Para fixar tudo que foi dito, a melhor lição é de Luigi Ferrajoli (1996, p. 395-396):

É tarefa legislativa, então, atribuir ao desvalor do delito a quantidade de pena suficiente para que, com ela, sejam alcançados os objetivos penais de prevenção e tutela. Contudo, observa-se, em primeiro lugar, o fato de que os bens jurídicos penalmente relevantes não possuem ontologicamente um valor fundado na natureza das coisas, de onde se afere a primeira dificuldade encontrada para o estabelecimento da justa medida da pena para cada hipótese delituosa; a seguir, a diferença da natureza dos crimes e das penas impõe, igualmente, a inexistência de critérios naturais capazes de indicar medida da pena necessária para cada delito, sendo aceitos apenas critérios programáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade, para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada para cada crime.

É nessa corrente que embarca o princípio da proporcionalidade nessa fase. Sua monta é libertar à lei uma pena justa.

Dessa maneira, sobre o Princípio da Proporcionalidade aborda-se: a) a pena é legítima, então, quando o legislador a que apoiou de seus elementos internos, subjetivos, os exerceu dentro dos limites jurídicos concedidos pelo “*jus puniendi*” do Estado; b) a sanção igualmente é apreciada quando for proporcional a lesão do bem jurídico. Notadamente, haja relação entre a sanção cominada em abstrato com a intensidade do bem jurídico representado no delito; c) é compensatório para a sociedade se a gravidade da pena se ajusta à maléfica que reveste o delito.

Concluindo, com fulcro nesse princípio, “penas devem ser proporcionais aos delitos”. O encargo da sanção é de estar adequado ao delito a que ela jungirá. A pena, como resposta estatal punitiva, se incumbe de ser apta e justa para o proibido, o ilícito, enfim, o crime.

Evidentemente, delitos graves requerem sanções severas. Da mesma forma que delitos menos ofensivos carecem de sanções mais brandas.

Infere-se que a intervenção da proporção para instituir uma nova lei penal é chamada de “proporcionalidade abstrata”, que traduz a cópula entre os delitos e suas penas que devem ser razoáveis. O legislador apenas vai compor, em abstrato, as penas hábeis à severidade dos delitos.

A proporcionalidade abstrata tramita por diversos procedimentos para chegar a um ponto final. E a planície em que ela paira é tão somente na lei, e para ali ficar. Em nenhum instante ela está em um campo real, ou num caso concreto. Ela prevalece num domínio virtual, desvinculada da realidade material, em que apenas provocada, despertada, ela passará a atuar no plano concreto. Por enquanto, ela apenas dorme no texto da norma.

É vital a proporcionalidade no mundo abstrato, pois, dali pra frente os juízes tomarão como base o que estiver na lei. Se futuramente, percebe uma falha da lei, automaticamente as decisões seguirão o mesmo destino.

No que tange ao Brasil, vem ocorrendo com muita freqüência no nascer de uma lei algum defeito da razoabilidade entre delitos e penas. Pela rispidez em exibir um novo crime para a sociedade, o legislador às vezes afrouxa desatento em verificar se há proporcionalidade com a pena, se o delito condiz com o Código Penal, se amolda aos princípios da cultura de sua nação, se faz *jus* como solução.

Nem sempre incriminar condutas é evitar que elas ocorram. Para essa prevenção, a título de um mínimo de efetividade, requer de início a colaboração do legislador para com o Direito Penal. É observar todas as regras já ditas: dar vida a um delito requeira selecionar com muita cautela os fatos dignos de criminalização, observar com tento aos valores sociais para que não se confronte, também o impacto causado pelo dano da ofensa aos bens e qual a sanção conveniente adequada.

Se isso não for espreitado, defrontamos com resultados paradoxos ao caráter do Direito Penal: penas disparates, desproporcionais, que de tão exaltadas excessivamente tornam supérfluas. E estas, terminativamente, devem ser desprezadas pelo próprio Direito Penal por um ser *contra-senso*, à sua finalidade.

2.5.2 Proporcionalidade concreta

O segundo destinatário do princípio da proibição de excesso se endereça ao magistrado ou tribunal.

Designa-se “proporcionalidade concreta” em que consiste “fazer um juízo de ponderação para impor uma pena a um delito praticado”. Nessa marcha, a apreciação da proporção se usa para o caso concreto e não mais a lei.

Insiste-se que a lei já existe, o delito está descrito no tipo penal e carrega consigo um preceito secundário (pena). Analiticamente, o Estado já tem pronto seu livro penal e alerta a todos que quem praticar uma conduta nele contido sofrerá uma sanção como punição. Como visto, aquele que praticar uma ação típica, ilícita e culpável (delito) estará sujeito a uma pena nele enquadrada. A proporcionalidade abstrata ocorreu nesse caminho, onde foi tarefa incumbida ao legislador de definir uma pena razoável para cada delito na lei.

Na proporcionalidade concreta não há atos legislativos. O encargo agora é do juiz ou tribunal. Suas participações encetam no momento em que há a prática de uma infração penal, ou seja, no pé em que um agente comete um fato em que o Direito Penal considera crime.

Diante do fato, o dever do Juiz é agarrar-se à pena cominada em abstrato, retirá-la do plano da lei e trazer para a situação real, para o caso concreto.

Suponhamos que um sujeito cometa o crime de homicídio simples cuja pena é reclusão de seis a vinte anos. O Juiz, diante desse fato, imputará a sanção ao infrator dentro dos limites legais, respeitando o mínimo de seis anos e o grau máximo de vinte anos.

O princípio da proporcionalidade se instala nesse entrecho, traduzindo-se por na fixação da pena, na aplicação do “*quantum*” ao agente.

Curse pela segunda vez que o Juiz utiliza o princípio da proporcionalidade por todo o percurso da aplicação da pena.

A questão é qual o procedimento que o Juiz seguirá para impor a sanção justa. Novamente há critérios objetivos e subjetivos em que se ele apóia.

O primeiro deles é uma análise genérica da gravidade do delito. É verificar qual o grau de dano que a ação impiedosa causou ao bem jurídico tutelado. Claro que quanto maior a catástrofe da conduta, maior será a pena. A sanção, de exórdio, acompanhará a severidade do crime.

Trata-se de juízo objetivo, pois, o exame é sobre o desvalor da ação. A sanção terá como base inicial o impacto que a ação causou no bem, que refletiu tanto em um resultado gravoso ou menos danoso.

Um outro critério é o grau de culpa do criminoso. Um delito perpetrado revestido de culpa tem pena bem mais branda do que aquele envenenado por dolo, intenção.

Observe-se que a pena até agora envolveu apenas o nível de reprovabilidade da conduta do delituoso, em que a sua fundamentação toma pro base uma relação com o a gravidade do delito e também com o autor.

O último critério é absolutamente subjetivo, onde, depois de reunidos esses elementos o Juiz fará um raciocínio de valor interno para fixar a pena mais justa e adequada possível para o caso concreto.

Importa mais ainda o princípio da proporcionalidade dentro da mente do Juiz. É do seu espírito e inteligência a que extrairá a pena razoável ao agente criminoso. No intuito do julgador, o cuidado deverá ser amplamente maior, afinal, como é subjetivo, seja qual decisão que ele acatar dependerá somente dele. Havendo um defeito nessa resolução, poderá repercutir na vida daquele que aguarda a sentença do magistrado.

Nota-se que é de extrema responsabilidade do Juiz ou Tribunal buscar em seu âmago a pena perfeita. Tudo isso é ato de acolher o princípio da proporcionalidade.

Por conseqüência, se a sanção imposta se ajusta ao delito realizado pelo sujeito, concluímos que ela é proporcional, apta, adequada, razoável. O magistrado acertou nos parâmetros que buscou e empregou a Justiça.

De igual modo, discorrendo acerca de um desequilíbrio acentuado entre a pena fixada e o crime perpetrado, evidentemente há uma façanha desproporcional em que uso da razão do princípio da proporcionalidade foi mal avaliada ou talvez nem observado.

A desproporcionalidade da sanção imposta pode ser sobejamente alta ou desregradamente baixa. Na primeira, a pena foi muito superior à gravidade do delito, ao desvalor da ação. Na segunda, a pena foi um irrisório vexatório do réu com a Justiça em que obteve vitória maior com sua ilicitude.

Frise, nestas aurículas, que o sacrifício jamais pode ultrapassar o benefício tanto para a sociedade quanto para o criminoso. A sociedade não pode ter prejuízo acentuado com o ato que sofreu e nem aquele corrompido pelo crime deve pagar por mais do que ele fez.

Em suma, o Juiz ou Tribunal que atender aos parâmetros da proporcionalidade está satisfazendo os interesses da sociedade e da lei. Uma que compensará de volta a todos que tiveram seus bens lesionados ou em perigo de lesão. A outra é pôr em prática a Justiça, dando real punição a quem desalinhar da matriz democrática.

Acentua-se, ainda, que ferir o princípio da proporcionalidade traz demasiadas repercussões. Sentenciar uma sanção penal a alguém pode causar mudanças na vida dele. Por exemplo, como se trata de liberdade humana, na maioria dos casos, uma pessoa que permanece presa por muito tempo por equívoco judiciário é motivo para piorar seu estado mental, de não ressocializar-se depois de cumprido seu fardo, ou continuar no submundo do crime.

Portanto, é profundamente fatal toda a cautela judiciária ao fixar um “*quantum*” de uma pena, exatamente porque o que está submetido a ele, aguardando ansiosamente sua decisão, é uma vida.

Assinale-se, em conclusão, o quão visível é robusto o princípio da proporcionalidade. É tão extenso que se presencia num momento abstrato e concreto ocupando toda a volatilidade do Direito Penal. Significa asseverar que aonde quer que ande o Direito Penal ele está portado do princípio da proporcionalidade como um verdadeiro substrato a que nunca se desvincula, o qual, toda vez que agir deverá obrigatoriamente estribar-se nele.

São esses os argumentos e fundamentos que concede ao Direito Penal ser o maior operador do princípio da proporcionalidade.

Sublinhe-se que um grande problema de algumas leis penais no Brasil é a distração do mencionado princípio. Os compromissos assumidos pelo legislador e pelos juízes são de inteira responsabilidade nos dois tempos, respectivamente, a de criar uma pena legal e aplicá-la. E se um deles desrespeitar seus atributos estará ferindo a proporcionalidade e irreversivelmente comprometerá terceiros. Dessa forma, ambos (juiz e legislador) devem cooperar entre si, trabalhando em conjunto primoroso, magistral.

Infelizmente, isso não sobrevém ou sobrevém insatisfatoriamente em algumas leis penais. E, certamente, a luz a se guiar para a extinção da marginalização, do globo criminal, é instruir com magnificência e esplendor a obra do direito. Em concordância está a opinião de Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 167):

No direito penal brasileiro é flagrante o desrespeito à recomendação do princípio da proporcionalidade. Pode-se verificar a grande aleatoriedade de com que são formulados os preceitos secundários das normas incriminadoras, sem qualquer preocupação em limitar, mediante a utilização de algum critério, a razão entre o tempo mínimo de pena privativa de liberdade e seu limite máximo.

Destarte, o *dossiê* do princípio da proporcionalidade é muito evolutivo nesse percorrer da história antiga até o ordenamento jurídico brasileiro. Atente-se que sua natureza nada está interligada ao que ele é hoje.

Mais importante é seu perfil que é tão necessário para a Constituição Federal, por assim aceitá-lo. Começando por esse ponto, observa-se que o notório princípio foi distribuído para outros ramos de direitos que se vale para criar suas normas e conseqüentemente aplicá-las. Maior prova é o Direito Penal, matéria esta que a doutrina ao definir os “Princípios do Direito Penal” elenca a proporcionalidade como parte deste, a ser utilizado obrigatoriamente nas normas penais.

3 TEORIA DOS FINS DA PENA

3.1 Introdução

Percucientemente, um grande propósito de nossa contemporaneidade, em se tratando de sistema penal, é dar eficácia ao seu ensejo. Juridicamente falando, o que se deve buscar é um verdadeiro Direito Penal funcional a que se crie vida em cima de seus objetivos.

Para perfilhar nesse trilho, assinala-se compreender os reais fins das penas (como conteúdo funcional da normatização criminal) a que sua essência não pode conduzir a resultados conflitantes, conclusões divergentes, evitando que a sua natureza extraída para aplicação “de justiça” não traga um efeito colateral, tumultuando o desenvolvimento do Direito Penal.

Claramente, é o que enfatiza Luís Régis Prado (2004, p.143):

As reconhecidas dificuldades da teoria dos fins da pena, por exemplo, versando sobre sua indemonstrabilidade, duvidosa eficácia e suas antigas contradições, levam a uma pergunta: seria mais factível em termos reais, e cientificamente preferível, construir ou fundamentar um sistema penal unicamente a partir dessa teoria?

Vence dizer que a pena não está ligada somente a um castigo para o agente causador do delito. Pelo contrário, ela tem assento sob vários fundamentos científicos como: resposta estatal, atendimento às necessidades básicas da sociedade como garantia da proteção, compatibilidade com a cultura do país em que ela reina.

Não é uma tarefa fácil fundamentar o Direito Penal. A idéia, claro, é que a pena atue como mecanismo de seu funcionalismo, mas sem que comprometa ou abale o sistema positivo. E que também adote ela uma postura moderada de acordo com os materiais utilizados para sua nascença sem romper com os princípios penais fundamentais e a teoria jurídica do delito.

Vale esclarecer como faz Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 89):

É sabido como o problema dos fins (...) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal (...). A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo do tempo está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal.

Como cansadamente citação doutrinária a pena ou sanção é penal é uma consequência jurídica do crime. É ela a consequência natural imposta pelo Estado ao sujeito que perpetra um fato típico, ilícito e culpável.

Estado que ocupa uma posição de garantidor para sua população invoca seu *jus puniendi* ao infrator que feriu seu sistema jurídico penal instituído.

Com o intuito de justificar os fins e fundamentos da sanção penal, Luís Régis Prado, sinteticamente, apresenta três teorias: teorias absolutas; teorias relativas (prevenção geral e especial); teorias unitárias ou ecléticas.

3.2 Teorias da Pena

3.2.1 Teorias absolutas

Para essa teoria, a pena tem função meramente retributiva, como um castigo merecido ao infrator penal pelo mal causado por sua conduta. A pena é mais vista como um “igual” ao sofrimento produzido pelo criminoso.

De acordo com essa teoria, está a posição de Cezar Roberto Bittencourt (1993, p. 102):

Através da imposição da pena absoluta, não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar justiça. A pena é um fim em si mesmo. Com a aplicação da pena, consegue-se a realização da justiça, que exige, frente a um mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Castiga-se quia preccatur est, isto é, porque delinqüiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a conseqüência jurídica do delito praticado.

Ironicamente, aos olhos da sociedade a pena é enxergada mais como uma forma de retribuição, uma espécie de vingança, um espelho maléfico idêntico ao do delito. Identifica-se isso na forma em que, atingindo um bem jurídico da pessoa humana, é evidente que o desejo dela é a máxima punição para o seu violador. Em poucas palavras, o que a comunidade quer é que os criminosos sejam merecedores de castigos sem falar em prevenção.

Esta teoria é bem sedimentada por Claus Roxin (1997, p. 81-82):

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculando' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é reconhecida desde a antigüidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito que o compense.

Para defensores dessa teoria, suas manifestações são contra o uso da pena como razões utilitárias. Os absolutistas criticam que não há o que falar de "pena" como um meio de prevenção de futuros delitos porque estaria sacrificando a dignidade da pessoa humana em prol do da concretização dos fins sociais.

3.2.2 Teorias relativas

Para os seguidores dessa teoria, a pena se limita a uma função de prevenção como garantia social na forma de antever que o delinqüente retorne a praticar crimes no futuro. As razões são puramente fundadas em uma utilidade social.

A concepção aqui defendida não é a punição propriamente dita para os rompedores da ordem da justiça, mas de evitar que este venha a continuar no mundo criminoso, a prevenir que não haverá mais ataques ao manto da paz pública.

A teoria relativa se biparte em prevenção geral e prevenção especial. Tradicionalmente, aquela é mais conhecida como prevenção geral negativa ou prevenção geral por intimidação. A intimidação atua como um freio representado por um temor infundido na consciência de pessoas possivelmente voltadas para o crime, de maneira que essa pressão faça-as refletirem antes de realizar qualquer ilícito penal. Assim, a prevenção por intimidação é uma espécie de coação psicológica a fim de que os criminosos pensem sobre as conseqüências de um delito, afastando-os de praticar uma infração penal ou até mesmo poucos antes de perpetrá-las.

Nas palavras exemplares de Winfried Hassemer (1993, pág. 34):

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através de resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito, esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.

A crítica a essa modalidade da teoria relativa se dá pelo fato das não explicações da relevância dessa persuasão. Há claro, uma solução, todavia, se desconhece os meios aptos e necessários para o convencimento desses possíveis delinqüentes.

Sendo assim, para um Direito Penal funcional, e dentro da prevenção geral, a doutrina mais atual prefere a denominada teoria geral positiva ou

integradora. Para o professor Luís Régis Prado, a prevenção geral positiva considera a pena como um forte reforço na consciência jurídica da norma penal.

A pena traz vislumbres efeitos, consubstanciada como um processo de aprendizagem destinado a reeducar o indivíduo às regras de harmonia social; o efeito de confiança que é a segurança e força que o Direito tem e que o criminoso respeita e acredita ser ele o vencedor e, por último, a pacificação social resolvida pelo poder estatal após a instauração de um crime.

Mas a prevenção geral nada traz de interessante aos fins da pena do Direito Penal. É ela repetidamente uma forma de retribuição justa para o fundamento da pena. Se a pena se restringe a essa função limitativa, estaria novamente ela para atender somente a sociedade. Suas justificações seriam igualmente de caráter utilitarista, ou seja, apenas para que atinja os propósitos sociais.

Assim, pode-se afirmar que a pena restrita à prevenção geral, positiva ou negativa, estaria implicitamente ferindo o princípio da dignidade humana, pelo motivo de se valer do agente criminoso como um instrumento para alcançar os fins da sociedade. Além disso, a eficácia desses fins é incerta, de resultado duvidoso.

A prevenção especial, por sua vez, repousa sobre a pessoa do criminoso, evitando que ele retorne a violar as normas penais, assegurando que ele não volte a delinquir futuramente.

A preocupação dessa prevenção é direcionada individualmente para o delinqüente. Ao contrário da prevenção geral que se dirige para a sociedade, intimidando o criminoso em prol do interesse social, a especial investe sua atenção no delinqüente em si, na forma de resgatar seu ímpeto criminoso.

Esclarece bem Cezar Roberto Bittencourt (1997, p. 81):

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.

A prevenção especial consiste na retirada da periculosidade individual do agente do delito. É, portanto, revestida de um caráter ressocializador, numa correção para reinserção social. A idéia é de que o delituoso abandone o mundo do

crime e comece a agir de acordo com o ordenamento. O objetivo da prevenção especial é alcançar a pena justa e necessária para concretizar tal resultado.

Ocorre que dentro do contexto em que o Direito Penal é uma disciplina jurídica que visa, principalmente, à proteção e à garantia de bens, a pena nessa modalidade de prevenção traz alguns embaraços à doutrina.

Como menciona o professor Luís Régis Prado (2005, p. 561):

Demais disso, caso a pena se fundamentasse só na necessidade de proteger determinados bens jurídicos diante de indivíduos perigosos e inclinados a lesá-los, então não haveria obstáculo algum à adoção de um direito penal do autor.

O fato é que, no tocante aos criminosos de alta periculosidade e agentes de delitos de baixo impacto, as idéias da prevenção especial poderiam levar a penas injustas à gravidade do delito perpetrado, ou seja, ela não é capaz de explicar a aplicação da pena para delitos de menor perigo. Com efeito, seria isso uma injustiça.

Ademais, em caso de impossível a identificação de um agente que precisa de cura ou correção, o Direito Penal não teria outra opção a não ser deixar de impor a pena, devido a ausência de uma justificativa.

Logo, debruçar tão somente numa adaptação social do delinqüente é insuficiente para dar fundamento à pena, ferindo, conseqüentemente, o princípio da dignidade humana.

3.2.3 Teorias ecléticas ou unitárias

Trata-se de uma teoria mista que acredita numa unificação da pena. Considera-se a teoria eclética como uma fusão, junção, dos propósitos da prevenção geral e especial.

Analiticamente, a unificação da pena conjuga tanto a retribuição da pena embasada numa necessidade de reprovação da conduta realizada pelo autor,

como a prevenção contra novas ações criminosas mantendo o indivíduo para reintegrá-lo na ordem social.

Essa dialética é defendida por Claus Roxin (2001, p. 40):

Resumindo, pode dizer-se acerca da segunda fase de eficácia do direito penal, que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, mede bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvaguarda a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida de culpa.

Essa teoria ganha muito espaço atualmente e é bem aceita pela maior parte da doutrina, ajustando-se ao art. 59, *caput*, do Código Penal.

O escopo dessa teoria é aplicar uma pena justa e necessária para o agente que comete um delito. Note que “pena” há de se encaixar no sentido de atingir os fins da prevenção geral e especial. De certo modo, a sanção deve sim retribuir ao crime uma resposta repressiva estatal, porém, observando o conteúdo de proporcionalidade, porque ela deve visar, conjugalmente, à prevenção do sujeito de praticar novos crimes e a sua readaptação às boas maneiras sociais.

Portanto, uma pena justa seria aquela proporcional à gravidade do delito cometido conciliada à culpabilidade do autor. Pena necessária condiz como suficiente para atender a sociedade, sem agravar a situação do acusado de forma que esteja apto para retornar a um convívio normal em grupo.

Com efeito, a teoria em esboço é um método de prevenção, é a proclamação da justiça e prova real de eficácia do ordenamento penal.

Novamente, frisa-se que, para a concretização da prevenção, é mister que a pena sempre atenda aos primórdios da proporcionalidade, pela sua natureza de dupla finalidade (o que rigidamente é necessário muito esforço do Direito para alcançar a repressão e a prevenção), a proporcionalidade é peça fundamental para que os anseios da sociedade sejam satisfeitos como também para que se confira uma melhor condição para o criminoso e que o sujeito saiba que mereceu um castigo justo por sua má conduta e, ao final de seu cumprimento, tome ciência de que o Estado quer sua reeducação para conviver em harmonia no seu ciclo.

A teoria unitária da pena por conjugar prevenção e retribuição e por melhor se adequar aos preceitos emanados pelo sistema jurídico penal deve ser utilizada pelo legislador ao formular penas aplicáveis aos delitos e pelo julgador ao aplicar as sanções dos delitos descritos na ordem penal. Quer dizer, pelo motivo da pena existir só porque o delito existe em um injusto culpável perpetrado, ao lado da teoria eclética da pena, pode-se, em determinados casos, deixar de se aplicar ou aplicar reduzidamente determinada pena frente ao injusto culpável, nas hipóteses em que a pena tão somente preventiva, melhor se adequar ao caso concreto.

Assim, se o legislador ou o Juiz se apoiar só na prevenção ou só na retribuição defrontaremos com algumas injustiças para a sociedade e para o condenado, violando muitas vezes princípios como o da proporcionalidade, da dignidade humana e não condizendo com as finalidades do Direito Penal.

Destarte, melhor seria que se os órgãos acima mencionados tivessem suporte da retribuição e prevenção ao mesmo tempo. Afinal, a idéia é dar tratamento penal igualitário a todos e reprimir os delituosos. Todavia, pela teoria eclética, ter o apoio do caráter preventivo da pena dá permissão para o Juiz conceder uma pena preventiva para um criminoso em vez de aplicar as penas repressivas da lei penal, se julgar ser mais necessário para o caso e entender que trará efeitos mais positivos prevenindo-o a reprimi-lo.

Cite ainda os ensinamentos do professor Luís Régis Prado (2005, p. 565):

Desse modo, a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial, desempenham função restritiva ou limitadora de imposição da pena justa. Pode assim dar lugar à redução da pena aplicada ou, inclusive, levar à abstenção de sua aplicação. Quando não seja considerada necessária do ponto de vista preventivo.

Lembre-se o quanto é importante a palavra “necessidade”. A pena pode ser um instrumento adequado, porém nem sempre é a mais perfeita alternativa a ser escolhida para um criminoso. O que se busca é conservar a estabilidade da comunidade e reeducar o indivíduo desviado no delito. Assim, se uma pena

preventiva for mais recomendável para alcançar esses propósitos, a finalidade do Direito Penal se manifesta com mais sucesso.

Via de exemplo, motivos pelo qual o criminoso merece uma pena mais preventiva seriam em razão de sua periculosidade, da pouca gravidade de um delito, dos reflexos que poderia causar caso a pena fosse severa, tudo no embasamento da necessidade. A decisão do Juiz sobre uma sanção importa analisar conjuntamente o que é mais benéfico para o criminoso e para a comunidade.

Dessa forma, quando os fins de prevenção geral e especial não exigirem a imposição de uma pena que é indiscutivelmente merecida, o Juiz ou tribunal pode optar por aplicar uma pena inferior. Então, a pena, se for mais necessário, pode ter um lastro de fim preventivo.

A própria Constituição Federal, no seu art. 5º, defende o humano como ser que obrigatoriamente deve viver com liberdade, dignidade e humanidade, aliando-se à defesa de que a pessoa jamais pode ser um instrumento de uso para consecução das finalidades político-criminais do Direito Penal.

De tudo isso, a questão mais notável a ser extraída é que a teoria da pena jamais pode ser vista apenas sob um único viés, sem considerar quaisquer pontos ou críticas de outros enfoques teóricos.

Há de convir que os fins das penas são naturalmente complexos e discutidos na atualidade, em pretexto de ser uma inevitável fundamentação e justificação da composição de uma pena.

3.3 Relação Fins da Pena e Princípio da Proporcionalidade

A pena, como representante da proteção de bens jurídicos, independentemente de seu fundamento estar numa retribuição ou prevenção, ou em ambos, é discutido se é necessário investir nela como mecanismo de segurança à comunidade da validade da norma penal.

Acrescente-se, por oportuno, é que há poucos meios ou talvez não há outros meios que assegure essa confiança aos cidadãos de que o sistema que respeitam é capacitado de equilíbrio.

Teoricamente, a pena é um guia prestigioso para os cidadãos. Ainda que os estudiosos do Direito levantem críticas sobre em alguns casos seu caráter não ter funcionalidade e nem eficácia para os fins do Direito Penal, a sociedade ainda assim a considera como justa.

Entrementes, a pena deve ser utilizada para garantir os interesses sociais. Dessa forma, ela não pode filiar-se somente a uma retribuição e muito menos ser aspecto de vingança pelas pessoas.

Há de compreender que ela é apenas um meio para que o Direito Penal desempenhe seu papel funcional de proteção de bens jurídicos. Desta premissa, a pena pode muito bem deixar de ser aplicada e reduzida quando for preciso para alcançar essa funcionalidade.

O intento, fixando, não é apenas condenar o ser humano por seus erros, mas de consertá-lo e integrá-lo novamente para o mundo. O projeto ressocializador não pode ser abandonado, pois seus ideais são de eliminar posteriores ações criminosas que poderiam advir do criminoso no futuro, é evitar um conluio de reincidência.

A proporcionalidade da pena está estritamente ligada ao fim que ela segue.

Além de a proporcionalidade depender da gravidade do delito, da culpabilidade, do desvalor da ação, se não condizer com esses termos o princípio estaria afrontado, há outras considerações a apreciar.

É exatamente o que pondera Claus Roxin (2001, p. 35):

Daqui se retira para a justificação da pena que, embora se possa imputar a sua existência à pessoa do delinquent, este estará obrigado em atenção à comunidade, a suportar a pena. Al é justo e legítimo, não porque aquele tenha que suportar que outros lhe inflijam um mal devido a um imperativo categórico, mas porque, como membro da comunidade, em de responder pelos seus actos na medida de sua culpa, para a salvaguarda da ordem dessa comunidade. Deste modo, não é utilizado como meio para os fins dos outros, mas, ao co-assumir a responsabilidade pelo destino, confirma-se a sua posição de cidadão com igualdade de direitos e obrigações. Quem

não quiser tal aceitar como justificação da pena, terá de negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e a missão do Estado.

A proporcionalidade da pena pode estar de acordo com um fim que a pena adota ainda que a descrição de um tipo penal seja de um delito grave ou guarda um bem jurídico altamente relevante.

A justificativa é aquela repetida muitas vezes nesse trabalho: a pena, como consequência jurídica do delito, não é apenas uma retribuição, mas uma busca pelo resgate do indivíduo corrompido pelo crime.

Destarte, em se tratando de atos legislativos, o delito descrito no modelo da lei pode ser em sua essência de natureza grave, contudo, se o fundamento da pena estiver acompanhado de uma finalidade preventiva, por exemplo, é provável que a sociedade se defrontará com uma pena inferior a que se espera, isso não significa dizer que o princípio da proporcionalidade está sendo violado.

Em contrapartida, delitos que tutelam grandes bem jurídicos, porém diferentes, podem ter uma pena semelhante em virtude da mesma repulsa e abalo que causa do seio da sociedade quando praticados. Novamente não é correto pensar que fere o princípio da proporcionalidade.

Adicione-se, também, que pode haver um exaltado aumento de pena para ações fora do tipo objetivo principal do delito que não são, por natureza, de grande impacto, todavia podem ser prejudiciais e agravantes ao futuro. Repete-se que não está afrontando o sobredito princípio.

Com efeito, para atos do Juiz ou Tribunal, a proporcionalidade, se compatível com o fim da pena, pode deixar de ser aplicada, reduzida, substituída para se adequar tanto ao interesse social como à reeducação e reintegração do indivíduo ao meio.

No mais, destaca-se, com ilustração, que seja qual o tipo de pena ou o *quantum* dela aplicado, deve falar em nome do Direito Penal que sua funcionalidade é eficaz.

Nada adianta acolher todas as finalidades e procedimentos se não trouxer reflexos de mudanças para a pessoa em si e muito menos se a atuação do Direito Penal não fez diferença alguma. Isso sim seria atingir a proporcionalidade.

De todos esses tópicos, não se pode menosprezar ainda e muito menos descartar a periculosidade do indivíduo, o bem jurídico que é protegido pelo tipo penal, o impacto que sofre a sociedade com a ação contrária ao Direito, que são critérios e circunstâncias a ater-se em toda tipificação de um novo crime para que nunca infrinja o princípio da proporcionalidade.

Aqui, então, finaliza-se o estudo teórico e fragmentado sobre o princípio da proporcionalidade e os fins das penas, para que, agora que clarificada a sua compreensão e destinação, dê-se início à análise da lei selecionada para o estudo em construção.

A lei escolhida para o trabalho foi a de nº11.343 de 23 de agosto de 2006, conhecida popularmente como Lei de Drogas.

4 DA LEI DE DROGAS

4.1 Considerações Iniciais

Todos os ilícitos referentes às drogas eram regulamentados antigamente pela lei nº 6368 de 21 de outubro de 1976. Posteriormente, adveio a lei nº 10.409 de 11 de janeiro de 2002 cuja pretensão era regulamentar com mais magnificência os crimes e procedimentos das drogas. Entrementes, os delitos penais dessa lei se revelaram com muitas falhas, de modo que as condutas penais e as penas da antiga lei de tóxicos continuaram a vigor, aplicando somente o procedimento penal e a instrução criminal. Em suma, duas leis estavam em vigor para resolver a questão de drogas.

Com a introdução da lei nº 11.343/2006 (atual lei de drogas) no ordenamento, os dois diplomas legais supracitados foram revogados expressamente pelo Art. 75 da nova lei e pelo art. 74 cuja redação determinada que a lei vigoraria após 45 dias de sua publicação.

A nova lei trouxe diversas inovações tanto no aspecto criminal como no processual, logo, foi aberta à crítica da doutrina. Cita-se como exemplo a sua nova política criminal para o usuário de drogas de caráter não punitivo, a criação de novos tipos penais, ainda que preservados grande parte dos delitos da lei nº 6368/76, a mudança das penas, a punição do usuário de drogas.

De modo geral, o legislador teve por objetivo resolver o problema das drogas com a edição da nova lei. Aliás, é de sua natureza que ele se aperfeiçoe mais para dar eficácia na solução de um problema tão grande no Brasil que é a drogas. Acontece que muitas vezes a lei não vai de acordo com os seus ditames. Conforme se verificará adiante, a nova lei de drogas apresenta sim bastantes defeitos, mas acertos também. Não há como negar que o legislador pecou em certos textos da norma. Para os cidadãos talvez isso não seja tão temeroso perto dos

efeitos que a lei pode trazer, e até mesmo irradiar de espírito diverso do fim a que ela se prometeu.

Drogas: a princípio, a lógica a utilizar é que o legislador foi forçado a ter uma lei especial para ela em razão das conseqüências que ela trouxe para o Brasil, dos problemas que passaram a repercutir não só pela sua maléfica em si, dos seus efeitos, mas também o que ela acarretava e trazia consigo nos âmbitos familiares, educacionais, sociais, contribuindo como suporte para outros crimes.

Escolhido como objeto desse trabalho em razão de pensar na sociedade carecedora de defensores. Se simplesmente todas as pessoas se acomodarem perante as leis vigoradas de acordo com a vontade do legislador, todos correm o risco de serem condenados por si próprios. É preciso o senso crítico e um pouco mais de ação do ser humano para colocar a frente o bem estar comum. Portanto, o desafio hoje é a ousadia de avaliar os direitos da comunidade e ter a possibilidade de pesá-los ao lado de todas as leis, ou no mínimo das mais importantes, o qual é imprescindível se rechearem de perfeição para eliminar questões de violência que muito caminha com a droga, para assim restabelecer boa relação familiar, bem estar, paz social, menos crimes, o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Relatório publicado em 26 de junho de 2007 pela Agência da Organização das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes – UNODC (Folha Online, 2007, s.p.) - foram contra as expectativas brasileiras após a divulgação da nova lei. Ao contrário da estabilidade mundial a que se esperava por parte do Brasil, o consumo de drogas, especialmente pela maconha e cocaína aumentaram espantosamente em 2006.

Revela a Organização das Nações Unidas - ONU que o uso da cocaína pela população subiu de 0,4% em 2001 para 0,7% em 2005, na faixa etária entre 15 a 64 anos, que corresponde a 860 mil pessoas.

Na América do Sul, o Brasil se destacou como país de maior uso de maconha, cujo índice de 1% em 2001 aumentou para 2,6% em 2005, pela mesma relação de idade citado acima. Sete países apontaram aumento do consumo e um país com diminuição. Outros nove constam como estável.

Note que não só pelo aumento de drogas é espantoso, mas o uso da cocaína, que é droga mais pesada, foi maior.

Informa o relatório a seguir que a região Sudeste do Brasil foi onde teve maior crescimento do tráfico de cocaína. Mais surpreendente é que o nosso país ganhou medalha na exploração por grupos do crime organizado internacional.

Ainda expõe que o crescimento do uso de drogas no Brasil foi o fator gerador para o aumento da taxa do consumo na América do Sul. Frise-se que o relatório aponta que o Brasil é o maior fabricante de heroína.

Por fim, no relatório consta que o crescimento de drogas dentro do Brasil teve influência do tráfico internacional de países como Colômbia, Bolívia e Peru.

Cabe mencionar que as drogas não é uma matéria de cunho nacional que eminentemente precisa de regulamentação. Droga é mais uma das abundantes legislações que a Organização das Nações Unidas - ONU obriga uma regulamentação. E Brasil é signatário desse *mandamus internacional* junto com outras nações, sob a égide de regras impostas pelas convenções internacionais proibicionistas. Nosso país reproduz os dispositivos de criminalização das convenções proibitivas da Organização das Nações Unidas - ONU, no qual devem se adaptar à intervenção globalizada do Direito Penal em criminalizar as condutas de consumidores, traficantes e produtores. Noutro sentido, a questão de drogas é de observação internacional. Frise-se, por oportuno, que os países têm sua liberdade própria para sistematizar as normas que entender cabível para seu povo.

É visível, então, drogas é um problema que se exige lei. Consoante ao que pensa Arlete Hartmann (1999, p. 139):

O Direito não pode interferir na esfera da vida privada das pessoas, a menos que estas provoquem um dano concreto e direito a terceiros, independentemente dos danos que estas condutas possam causar ao usuário de drogas.

O foco de análise da lei são seus crimes e penas à luz do princípio da proporcionalidade. Todavia, é importante uma passagem rápida por algumas das

alterações e inovações do seu conteúdo, até mesmo para esclarecimento e compreensão de seus delitos.

4.2 Das Alterações e Inovações da Legislação

Antes de adentrar nos crimes tipificados em lei seguido de suas penas, é mister apontar algumas considerações sobre a Lei de Drogas para se entreter com sua política e fins, as inovações que veio com sua edição, as alterações e distinções nas terminologias.

Em primeiro lugar, a nova lei abandonou o uso da terminologia “substância entorpecente” e adotou o vocábulo “droga”.

De acordo com o Art. 1º, parágrafo único da lei, o conceito de droga foi determinado como “substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Fácil percepção de que fala-se em uma norma pena em branco, quer dizer, são normas abertas que precisam de regulamentação de outra lei. No caso, a “substância”, ainda que cause dependência, necessita estar presente dentro de uma Portaria ou Lei elaborada pelo Poder Executivo da União. Do contrário, se não for dada a sua complementação, ela não se amolda no tipo penal, logo, a conduta penal será atípica, por sua figura típica não se finalizar.

Essas substâncias estão aptas a trazer modificações nervosas superiores ou causar potencialmente efeitos colaterais indesejáveis. Cite-se, por exemplo, o cloreto de etila sob a forma de lança perfume, a *cannabis sativa* (maconha), ecstasy, a cocaína, que são as mais comuns utilizadas pelos usuários.

A lei nº 11.343/2006 traz, em segundo passo, a sua política contra drogas e seu órgão representativo. Sobre a Política Nacional de Drogas, dispõe o Art. 3º:

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.

Em uma interpretação teleológica da lei, identifica-se uma dupla finalidade do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), qual seja, a prevenção para o usuário de drogas e a repressão para o traficante das substâncias.

A nova lei claramente segue duas linhas de raciocínio. A primeira tendência diz prevencionista o qual é dirigida ao usuário de drogas em planos voltados para política de reinserção social, recuperação, prevenção de uso. A segunda tendência denomina repressiva ou proibicionista e está voltada para aquele que trafica drogas, produz e atividades ilícitas reprovadas.

Ainda que antagônicas, as tendências convergem para um mesmo objetivo: a de pôr fim ou reduzir o tráfico e consumo de drogas.

O “modus” de tratamento que a lei traz para o traficante e o usuário é diferente. Isso é fator muito relevante ao analisar o princípio da proporcionalidade, conforme explicação no capítulo anterior.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD não só traça esse equilíbrio de prevenção e repressão como coloca os objetivos a ser alcançados pelos seus órgãos, definidos no art. 5º da lei:

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.

No inciso I, cumpre grifar a palavra “vulnerável”. Diz respeito sobre circunstâncias influenciáveis ao indivíduo para o mundo das drogas que o torna mais vulnerável, como fatores fortes que o levam a percorrer uma vida comum. Sandra Scivoletto, Helena M. B. Albertanie Maria de Lurdes Zemel (2004, s. p.) denominam como “fatores de risco” e “fatores de proteção” respectivamente.

Fatores de proteção que ajudam no desenvolvimento do indivíduo na sociedade são, por exemplo, o bom convívio social, auto-estima desenvolvida, autonomia, valores, habilidades sociais, bom desempenho escolar, afetividade com amigos e professores, descoberta de suas habilidades, satisfação pessoal. Já os fatores de risco que podem conduzir um indivíduo às drogas cite-se, por exemplo, a insegurança, insatisfação na vida, depressão, baixo desempenho escolar, ausência de regras, exclusão social, falta de relacionamento e vínculo entre os amigos.

Para a prática do inciso II é preciso levantar os dados estatísticos de produtores, traficantes e usuários de drogas. É um objetivo geral, grandioso.

No inciso III e IV prevê a necessidade da integração das políticas de drogas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social dos dependentes de drogas e repressão dos produtores e traficantes. Consequentemente impõe que se elaborem a coordenação e articulação das atividades.

Diga-se que o legislador merece ser aplaudido, pois, foi muito claro em seus objetivos e, teoricamente, sua previsão legal foi bem trabalhada dentro dos fins da lei que ela pretende alcançar.

Por sua vez, no Título III da referida Lei está seqüenciado as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Essas atividades têm o condão de modificar o quadro de drogas. Elas buscam tanto reforçar os fatores de proteção como evitar os fatores de risco.

Na redação da lei, é fácil observar que a política incutida no Título III é tão somente para o usuário de drogas aplicada a ele em uma fase primária, cujo escopo e protege-lo de qualquer contato inicial com a droga, e uma fase secundária, no sentido de evitar que os viciados iniciantes da drogas, fazem uso maior, e, por

fim, uma fase terciária, que suas ações buscam resgatar o indivíduo seriamente envolvido com esses tóxicos.

Os artigos 18 e 19 tratam essencialmente da prevenção, e não há que contestar que o legislador foi bem explicativo no rol dos dispositivos a forma que a política de prevenção deve ser instalada:

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 - [...]

XIII - [...]

A doutrina não chama qualquer atenção para os incisos desse artigo tão bem elaborado pelo legislador. Os fins do artigo 19 não cabem qualquer análise,

restando apenas competência dos órgãos responsáveis pela prevenção se adequam às ordens legais.

A vulnerabilidade que é a terminologia que mais expressa os fatores que levam o cidadão a trilhar pelo caminho das drogas é entendida, segundo Luís Flávio Gomes, sobre três aspectos: sociais, psicológicos e econômicos.

No primeiro, a influência familiar ou dos amigos que usam drogas, facilitam para o indivíduo desse meio.

Nos aspectos psicológicos, o comprometimento psíquico que causa os tóxicos é dividido em estágio leve, moderado e grave. No comprometimento leve, as alterações são insignificantes, com exceção na área da vontade. No grau moderado, a vontade já é atingida com mais teor, a afetividade se altera e o indivíduo apresenta uma certa alteração. Por fim, no estado grave, as alterações são significativas no pensamento e no senso-percepção, aparece a depressão com idéias de grandeza e ruína e a modificação do controle da vontade.

No que concerne aos aspectos econômicos, a camada mais pobre da sociedade e as pessoas que passam por sérias dificuldades financeiras estão mais sujeitas a se entregarem para drogas.

Em uma pesquisa realizada pela United Nations Education Science and Culture Organization - UNESCO (UNESCO, 2001, s.p.) em 2000 e 2001 em Estados como São Paulo, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Paraná, Bahia, Pará, Ceará, Espírito Santo e Maranhão constatou que uma das principais soluções apontadas no seu projeto foi o incentivo à esportes, culturas, lazer e educação.

Pelo depoimento de vários jovens, verificou-se que o desemprego, a discriminação racial e social, a ausência de alternativas de lazer são fatores que contribuíram para a vulnerabilidade dos jovens.

Vale atentar que a nova legislação de drogas formulada foi baseada por estatísticas e dados. Os números são relevantes e servem de fundamento ao que levou ele criar um quadro de restauração para o usuário e instituir os objetivos no próprio rol para não abarcar qualquer dúvida.

O legislador conjuntamente permitiu o desenvolvimento de atividades de integração ou reintegração em redes sociais, e a participação familiar nessa evolução.

Professora Paulina Vieira Duarte (2002, s.p.) aponta um quadro de comportamentos positivos pela família para esta ressocialização do usuário, quais sejam:

- Reconhecimento: valorizar pequenas conquistas.
- Disponibilidade: solidariedade e comprometimento com o processo de recuperação.
- Diálogo com o paciente.
- Demonstrar afeto e compreensão do estado do paciente.
- Paciência com o processo de recuperação que demanda muito tempo.
- Imposição de limites: estabelecer regras e disciplina.

Outro avanço que teve a Lei nº 11.343/2006 foi diferenciar definitivamente a figura do traficante para o mero usuário. Apesar de não ser atração deste trabalho, ela será rapidamente estudada a seguir dentro do Art. 28 da lei ao criticar o corpo da norma, juntamente com a indagação se ocorreu a descriminalização do usuário ou viciado em drogas.

Na parte processual e o procedimento penal que segue a Lei de Drogas nada há de interessa a esta temática.

O destaque está no último tópico a seguir sobre os crimes seguidos de suas penas perpetrados pelo usuário e dependente de drogas localizado no Título III, capítulo III e pelos traficantes e produtores de entorpecentes intitulada no Título IV, Capítulo II da Lei n.º 11.343/2006. A crítica do princípio da Proporcionalidade repousa nesse trecho da legislação.

4.3 Da Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na Lei Nº 11.343/2006

A seguir, cada tipo penal que define um crime da lei acompanhado de uma pena será avaliado dentro da diálise do Princípio da Proporcionalidade, iniciando pelo art. 28 até o art. 40 da referida lei.

4.3.1 Do usuário de drogas (art. 28 e 29)

Um grande avanço da lei n.º 11.343/2006 foi distinguir, definitivamente, a figura do usuário de drogas e do traficante. No capítulo III do Título III inicia-se a disposição sobre crimes penas para os dependentes de tóxicos. Reza o Art. 28:

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.

§1 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.

A conduta desse tipo penal se refere tão somente para o usuário de drogas. As primeiras impressões dadas pela redação do art. 28 são suas penas que se postam de uma forma muito mais branda para aquele que apenas usa drogas. São medidas educativas, de tratamento que buscam a reinserção social.

A nova orientação é o reconhecimento de que o usuário é apenas um dependente e não mais um delinqüente. Então, não é ele um criminoso. Tanto que, a política adotada para o seu tratamento é a de prevenção contra as drogas. Não há o que falar em repressão, afinal, não existe crime.

É justamente o pensamento do ilustre Luís Flávio Gomes (2007, p. 27):

Prevenção é a prioridade. O mais sensato e responsável, de tudo que se pode extrair das experiências e vivências estrangeiras, consiste na adoção de uma política claramente preventiva em relação às drogas. Educação antes de tudo. E os pais e professores, dentre tantos outros, assumam sua responsabilidade de orientação e conscientização. Se o sujeito não cuida dele mesmo ou do seu filho, não deve esperar que o direito penal faça isso por ele e muito menos que essa tarefa seja desempenhada pelas autoridades policiais, que não contam com o mínimo de preparo para cuidar de quem necessita de atenção, reinserção, compreensão não de prisão.

Devemos adotar em relação às drogas uma política educativa responsável. Para as drogas, o melhor caminho, dentre outros, é o da educação, não o da prisão.

Não há como negar que a legislação penal tradicionalmente reconhece o usuário como um criminoso. A nova lei tratou de conceituar ele diversamente e passou a considerá-lo como um doente que carece de tratamento, atenção e educação.

O usuário como doente ou paciente não está sujeito a qualquer tipo de prisão, por não se tratar de um criminoso. O que acontecerá é que ele será atendido pela autoridade policial o qual lavrará o Termo Circunstanciado e se comprometerá de se apresentar para o Juizado Especial Criminal.

O tipo penal é composto de 5 condutas criminosas, cujos verbos sinalizam inequivocadamente que são ações típicas usuários. O elemento subjetivo invoca a real intenção de ter a droga para consumo pessoal.

Qualquer pessoa pode ser usuário de drogas, exceto o menor de 18 anos que deve recair obrigatoriamente no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse contexto, cabe flexionar que o menor que é usuário de drogas, ainda que mais grave, jamais pode ter uma pena superior do usuário previsto nessa lei especial. Isso afrontaria imediatamente o princípio da proporcionalidade.

No pólo passivo está a coletividade, ofendida pela ação do viciado. Tutela-se, assim, a saúde pública. O objeto do delito, claro, é a droga utilizada pela pessoa.

O ato de usar drogas é uma infração de mera conduta, quer dizer, bastando o desvalor da ação, o delito se consuma, se perfaz.

Quanto às penas, o assunto mais interessante a abordar, é notório que o legislador não trouxe qualquer pena privativa de liberdade, quer sejam elas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Diante disso, surgiu uma grande polêmica na doutrina: houve descriminalização da conduta do usuário de drogas? Poderia, então, ser um caso de despenalização? Essas dúvidas foram rapidamente levantadas pelos penalistas ao verificar no conteúdo das penas do art. 28 não há qualquer composto de caráter penal.

As penas dessa conduta vieram absolutamente diferente do art. 16 da Lei nº 6368/76 (antiga lei de tóxicos) que previa a pena para o usuário a detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e o pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias multa.

A controvérsia doutrinária a respeito do art. 28 surgiu em razão de suas penas cominadas, quais elas, a advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O primeiro posicionamento, defendido fortemente por Luís Flávio Gomes, entende que o art. 28 trata de uma infração *sui generis*. Para ele não há o que falar em crime ou contravenção, afinal, as penas são alternativas e não impõe ao usuário qualquer tipo de prisão. Houve concomitantemente uma descriminalização formal (pelo próprio texto da lei) e uma despenalização, mas não a ponto de chegar em um “*abolitio criminis*”.

A diferença de descriminalizar para despenalizar é bem colocada pelo professor Raúl Cervini (2002, p. 81-85):

Descriminalização é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal, certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas.

[...]

Despenalização é ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter do ilícito penal.

Um dos fundamentos de Luís Flávio Gomes foi o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal que diz que crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção.

Ainda assim continua que o ilícito penal não recai como uma infração administrativa, entretanto, se mantém revestido de caráter penal.

O professor defende que mesmo que o art. 28 está inserido no capítulo “Dos crimes e das Penas” não convence que a rigor é um crime numa interpretação literal isolada da lei. O legislador muitas vezes vacilou em definir crimes que na verdade eram infrações administrativas, como por exemplo, a Lei nº 1079/50 que relata os crimes de responsabilidade quando na verdade não são delitos.

Nas palavras de Luís Flávio Gomes (2007, p. 133):

Para nós o art. 28 pertence ao direito penal, mas não constitui crime, sim, uma infração sui generis. Houve descriminalização formal e ao mesmo tempo despenalização, mas não abolitio criminis.

Num segundo posicionamento diverso do doutrinador acima, encontramos a do Supremo Tribunal Federal que entende que o Art. 28 é perfeitamente crime, punido com penas alternativas e logrado no Direito Penal. O fundamento está pela localização geográfica do art. 28 dentro capítulo III da lei intitulado “Dos crimes e das Penas”.

Assim, entende o STF que não houve qualquer descriminalização da conduta, apenas uma mera despenalização, isto é, pelos tipos de penas aplicadas, a infração perdeu força de caráter sancionalizador, mas não retirou sua índole criminosa.

Um terceiro posicionamento é defendido por Paulo Rangel que diverge do STF e da maioria da doutrina, entendendo que não houve descriminalização e nem despenalização, pois, a lei nº 11.343/2006 proíbe o uso de drogas e pune com sanção, pouco importando a espécie da pena, já que a Constituição Federal autoriza isso.

Independentemente dessas correntes, o fato mais extraordinário e surpreso é que essa controvérsia trazida pelos juristas adveio das penas que o

legislador imputou ao usuário de drogas, objeto este, que se extrai possível ferimento ao Princípio da Proporcionalidade ou não.

A primeira pena é a advertência sobre os efeitos da droga. Ela não trata de razões moralísticas ou religiosas, mas de uma repressão jurídica. Do contrário, essa sanção não teria efeito legal. Significa colocar para o usuário quais são os efeitos que a droga pode causar, podendo ser feita no Juízo Criminal. Ela pode ser aplicada tanto isoladamente como cumulativamente com outras medidas.

Por sua vez, a sanção de prestação de serviços a comunidade preza em atribuir ao usuário determinadas tarefas gratuitas, e segue as mesmas observações sobre a primeira pena dito acima.

Já as medidas educativas de comparecimento em programa educativo, ao que sua própria definição condiz, é fixar ao usuário para que compareça a programas de educação. Veja claramente que é a verdadeira política preventiva valorizando a correção do doente que não é um criminoso.

Ainda que o objetivo da lei é prevenir o usuário de retornar a praticar condutas delituosas, e de tudo fundamentado até agora do artigo 28, é de se concluir que errou gravemente o legislador a descrever penas como estas para o usuário de drogas na esperança que isso seja a solução apresentada pelo Direito Penal.

Simplificando, pelas próprias sanções desse dispositivo, viola o princípio da proporcionalidade.

Na prática, não há nenhum efeito advertir o usuário sobre os efeitos das drogas. É pífio. Com certeza uma simples advertência não vai impedir que o consumidor de drogas se conscientize que deve parar o uso.

Advertir não se reveste de penalização, não tem qualquer característica de pena e muito menos satisfaz os seus fins. Ou seja, não existe proporção da pena com a conduta de usar drogas.

Ademais, os usuários não vão se sentir intimidados por causa de uma mera advertência. Mais além, por questão de lógica, os drogados e a sociedade sabem que droga é um mal para a saúde pública. As palavras do Juiz não terão repercussão alguma. Foi totalmente lamentável a pena da lei.

Vale mencionar o que pensa o Delegado de Polícia Federal, Hebert Reis Mesquita (2006, s.p.):

Sabe-se que o ordenamento jurídico nacional (artigo 32 do Código Penal) prevê três espécies de pena, subdivididas em: a) privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples — artigo 33 do CP), b) restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, perda de bens e valores e prestação pecuniária – artigo 43 do CP) e c) pecuniária (multa – artigo 49). Em todas as espécies acima se percebem as finalidades da pena, quais sejam: retribuição de um mal injusto, prevenção especial (readaptação e segregação para impedir nova delinquência) e prevenção geral a toda a sociedade; bem como a principal característica da pena: proporcionalidade ao crime.

A lei nº 11.343/2006 não mostrou avanço nesse sentido. O consumo de drogas não pode ser “tolerado” num país como o Brasil que muito ocorre isso e há bastante tempo. Pelas penas seria irônico dizer que estamos diante de uma “política do impossível” e não de uma eventual prevenção.

Se atentarmos para a antiga lei nº 6368/76, perceptível que a pena para o usuário era punida com detenção e até multa. Vejamos:

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

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

A diferença das penas entre as duas leis são escandalosamente diferentes. O legislador aboliu, rejeitou, na nova lei, qualquer possibilidade de pena privativa de liberdade.

A impressão que dá é que a nova lei facilitou o trabalho do Poder Judiciário para dar tratamento ao acusado. O art. 16 citado da antiga lei, por ser pena cominada máxima de dois anos, é considerado uma infração de menor potencial ofensivo, logo, a competência é do Juizado Especial Criminal – JECRIM - (lei nº 9099/95), que como característica desse rito, permite transação penal. Dessa forma, antes da edição da lei sobre drogas, a prática vinha deixando de imputar prisão ao acusado na audiência preliminar de transação penal no JECRIM.

É bem verdade que a lei posterior foi clara ao eliminar a prisão do usuário de drogas, não restando qualquer dificuldade ou obstáculo sobre o que fazer com o usuário. Ele nem sequer passará pela polícia, sendo encaminhado diretamente para o JECRIM.

Se o legislador brasileiro quis basear-se no Modelo de “redução de danos” do sistema europeu em que prevê penas semelhantes como estas para o usuário de drogas, falhou vergonhosamente. A realidade vivida na América do Sul está muito longe do que é a Europa. E partindo desse pressuposto, as soluções devem ser proporcionais aos problemas. Se fosse assim, o Brasil seria um país de primeiro mundo como a Europa por utilizar dos mesmos recursos que lá trazem efeitos, para os problemas internos que aqui residem.

Continuando nessa linha de raciocínio sobre princípio da proporcionalidade temos o §1º do Art. 28 que diz:

§ 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.

As condutas de semear, cultivar ou colher plantas para preparar pequena quantidade de tráfico traz a forma de usuário de drogas equiparado pela redação do início do texto que descreve “às mesmas medidas”.

Vale as mesmas regras ditas anteriormente do *caput* para este parágrafo.

Doravante, o termo “medidas”, se assim foi bem colocado pelo legislador, o uso dessa expressão no §1º do art. 28 escancara que as penas previstas no caput não têm qualquer caráter penal.

Isso porque pena não tem o mesmo sentido de medida, sendo esta muito mais branda e fugitiva do Direito Penal.

Para melhor esclarecimento, vale mencionar a brilhante precisão de Luís Flávio Gomes (2007, p. 159):

No caput do art. 28 o legislador mencionou a palavra “penas”. Neste §1º fala em medidas; no §6º menciona a locução medidas educativas. Afinal, as conseqüências previstas no art. 28 são penas alternativas, que não possuem, entretanto, o caráter penal (no sentido clássico). Logo, mais adequada é a denominação medidas. Tudo que está previsto no art. 28 configura medidas alternativas (à prisão).

É preocupante as imperfeições legislativas da letra da lei que pode levar à diversas interpretações doutrinárias. Isso não pode persistir na área do Direito Penal.

Feita esta observação e para complementação final do art. 28, caso o usuário se recuse a cumprir qualquer das penas do caput, interliga-se para o §6º deste dispositivo o qual dispõe:

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

Estas penas são aplicadas sucessivamente às sanções do *caput*, com o intuito de estimular o cumprimento das penas nos casos em que o usuário deixa de cumpri-las injustificadamente.

A admoestação verbal e a multa são medidas educativas coercitivas, do qual, consiste a primeira em uma repreensão moral pelo Juiz e a segunda trata de pecúnia. Obrigatoriamente deve ser aplicada a admoestação verbal, e em caso de desídia, a multa.

A pena de admoestação verbal é praticamente fútil para o caso de recusa injustificada da advertência sobre o efeito das drogas, afinal, ainda que o dependente a descumpra, tem o direito ainda de lhe ser aplicado uma multa.

E se o usuário não paga a multa? A justiça não poderá prendê-lo, já que a lei proibiu indiscutivelmente qualquer tipo de prisão para o usuário. Talvez caberia impor uma pena restritiva de direito.

Aliás, vale criticar que poderia ser um *contra-sensu*, se o usuário paga a multa, pois, demonstraria a total decadência do escopo da lei na prevenção do usuário se por todos esses caminhos da pena, resultasse num simples pagamento de multa. Quer dizer, retirar dinheiro do bolso do usuário jamais que é uma medida de evitar que ele ainda trilhe no caminho das drogas.

Além disso, oriente-se que a proporcionalidade também pode ser vista condizente à fase judicial. Noutras palavras, a aplicação das penas pelo Juiz, quando for cumulativa, deve rigorosamente atentar aos critérios da proporcionalidade com base nos institutos fixados no segundo capítulo deste trabalho. Nessa fase, não há interferência legislativa, apenas invoca a competência do Judiciário ao determinar o montante que se superior à proporção do mal, atinge frontalmente a proporcionalidade.

Como diz Renato Marcão (2007, p. 55):

A aplicação das penas reclama observância, dentre outros, aos princípios da legalidade, individualização e proporcionalidade. Disso decorre que a aplicação cumulativa somente era cabimento quando devidamente autorizada nos autos, entenda-se: recomendada pela prova de grau de culpabilidade, observada as circunstâncias do art. 59 do CP. Se justificada a cumulação das reprimendas diante das circunstâncias, poderá ocorrer a aplicação de duas ou mesmo todas as possíveis.

De igual maneira, e pelas mesmas razões, a substituição de uma pena por outra deverá atender os critérios da legalidade, individualização e proporcionalidade.

Para aplicar uma pena, o Juiz deverá atentamente ter cautela para fixar o “quantum”. Em se tratando de multa e seguindo o pensamento dessa doutrina, dá-se margem para auferir o art. 29 da lei:

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Atuou bem o legislador a estipular um quantum mínimo e máximo em abstrato da pena de multa, diversamente da lei anterior que fixava 50 dias-multa. Lembre-se que a multa é a última pena que pode ser aplicada pela previsão da lei.

A expressão “segundo a capacidade econômica do agente” denota que a multa atende o princípio da proporcionalidade se fixada pelo Juiz com base nesse parâmetro. Outro parâmetro subsidiário, secundário, é a reprovabilidade da conduta, considerando a rebeldia do agente, o grau de reprovabilidade.

Novamente bem explica Renato Marcão (2007, p. 122):

Para que a multa seja justa e proporcional, como requer o processo individualizador, o valor fixado deve guardar correspondência com a capacidade econômico-financeira do agente, de maneira que para o menos abastado deverá estar sempre às voltas com o mínimo cominado, enquanto para o mais afortunado deverá ser exasperada, observada a condição de fortuna provada nos autos. A riqueza não pode ser presumida, não pode decorrer de verdade sabida ou simplesmente de sinais exteriores.

Sobre o usuário de drogas é isto que se tem a proferir ao lado do princípio da proporcionalidade.

O Estado age para cuidar da saúde pública, como a mais afetada, optando por uma justiça restaurativa do usuário e pela política de redução de danos.

Suplementando, há de se conformar que o legislador ao criar a lei, assim fez pensando nas drogas que está disseminando assiduamente a sociedade, interferindo na boa cultura. Todavia, acrescenta-se, ainda, que é ingênuo pensar somente nessa lateral. É inevitável afirmar que a labora judicial diminuiu e facilitou com o texto legal.

Resta aguardar se a lei sobremodo obterá os resultados que ela se propôs através desses frágeis instrumentos.

Mas numa visão da letra da lei, é bem provável que se o objetivo dela é dar tratamento ao usuário considerado um doente, dificilmente alcançará esse propósito.

Advertência sobre os efeitos da drogas não causará uma mudança psicológica radical na mente do usuário. Se a política é de prevenção, seria mais

cabível um tratamento extensivo e que ocupe uma boa parcela do dia do agente para essa dedicação.

Tampouco, prestação de serviços a comunidade não o conscientizará que usar drogas é um mal à saúde e não vai impedi-lo de usar novamente.

A medida educativa de comparecimento em programas educativos, a princípio, pode parecer a menos drástica das três penas. Isso se obter resultados bem positivos e gradativos para o usuário no período de cumprimento.

Acrescente-se, ainda, que as formas de garantia do cumprimento dessas penas através de admoestação verbal e multa, são ainda mais absurdas. Admoestação verbal, como uma advertência mais severa pelo Juiz, e a multa, de caráter puramente pecuniário, não tem o condão coercitivo de garantia de que o usuário cumprirá as penas.

Concluindo, as penas não muito agradam à comunidade e favorecem mais aos usuários. É muito possível que o objetivo de prevenção para o doente de drogas não será atingido devido aos tipos de sanções.

Na verdade, a resposta virá com o tempo se haverá aumento ou não de usuários de drogas, recuperação ou não dos usuários iniciantes, se a sociedade suporta com essa adaptação.

O temor pode vir futuramente em caso de um aumento espantoso de usuários a ponto de o Estado não conseguir mais controlar esse crescimento e ter que abolir da legislação a conduta de usar drogas, ou pior ainda, ter que permitir o ilícito.

4.3.2 Do tráfico ilícito de drogas e formas equiparadas (art. 33)

Diz o art. 12 da antiga lei nº 6368/76, hoje revogada, que previa o crime de tráfico ilícito de entorpecentes:

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.

Dispõe o Art. 33 da lei nº 11.343/2006, atual lei vigente, sobre o tráfico de drogas:

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.

No assunto tráfico de drogas a que se reporta, é considerado um crime equiparado a hediondo. Crime hediondo são os crimes que causam maior repulsa ao Estado e, logo, merecem tratamento mais rigoroso. Dado aos reflexos que podem trazer um comércio de drogas, este foi equiparado a hediondo pela maléfica que pode trazer ao seio social. Para tanto, o bem jurídico protegido é a saúde pública, a tutela imediata, bem como a saúde individual.

O art. 33 continuou com a expressão “droga” substituída por entorpecente. É também uma norma penal em branco dada redação “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

São 18 condutas regulamentadas no tipo que define a ação de tráfico.

Quantos as penas, percebe-se que houve uma exasperação do mínimo legal que agora é de 5 anos, entretanto, manteve-se o máximo de 15 anos como a lei anterior. A multa acompanhou esse aumento em um mínimo de 500 dias-multa, valor este superior ao máximo da lei anterior. Houve um verdadeiro *reformatio in pejus*.

Recapitulando o que foi dito anteriormente, o traficante é considerado pela doutrina como um criminoso e não um doente. É ele um ser dotado de

capacidade e responsabilidade, de entender o caráter ilícito de fato e saber que o ato de traficar vai contra os princípios da lei e a saúde social.

Dessa maneira, a política adotada é a repressora, de resposta fazem estatal através de uma, de punir o comercializador de drogas, agente que atinge a saúde pública. É de se pensar que é um crime equiparado a hediondo, e esses delitos há de prever que não podem ter penas insignificantes.

Portanto, aumentar o mínimo legal da pena para cinco anos, não há o que falar em lesionar o princípio da proporcionalidade. De acordo com esse pensamento, cite-se Renato Marcão (2007, p. 136) ao concluir que “a lei nº 11.343/2006 determinou considerável exasperação na pena cominada, se comparada com o antigo regramento”.

Ao utilizar a palavra “considerável”, o doutrinador se filia à aceitável, não faz crítica alguma sobre disso. Outras doutrinas respeitadas como Luís Flávio Gomes, Vicente Greco Filho, Carlos Alberto de Aruda Silveira igualmente não fazem nenhuma restrição quanto a isso.

A lei foi objetiva no *caput* do art. 33 na busca de reprimir o traficante de drogas. Como principal fim de sua pena, é certo que o mínimo e o máximo da cominação legal seja um pouco exigente.

Continuando com o art. 33, o parágrafo 1º da nova lei traz o tráfico por equiparação:

§ 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.

Em comparação com o art. 12, no parágrafo 1º e 2º da antiga lei trazia a seguinte disposição:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fábrica, 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:

[...]

II - utiliza local de que tem a propriedade da 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;

[...]

A redação quase se manteve intacta com a nova lei, com exceção novamente da terminologia “drogas” e do tratamento de norma penal em branco, quando o legislador impôs “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Novamente, a posição continua favorável de acordo com toda a doutrina que não há violação ao princípio da proporcionalidade até esse ponto. Já que o objetivo é reprimir o criminoso, o legislador resolveu por aumentar o mínimo legal para cinco anos.

Todavia, cabe uma observação no inciso II, do parágrafo 1º do art. 33. Discutia-se na antiga lei qual seria o tratamento para o agente que semeasse, cultivasse ou colhesse plantas para preparação de substâncias entorpecentes para consumo próprio. Na Lei Nº 6368/76 não se previa essa situação. Assim, parte da doutrina entendia que estava diante de um fato atípico. Outros acreditavam aplicar analogia *in bonam partem* o porte de entorpecente para uso próprio (art. 16) e uma parcela defendia tratar-se de tráfico (art. 12).

A inovação está que com a edição da lei Nº 11.343/2006 impasse foi pacificado. Tudo vai depender da “quantidade da droga”. Ou seja, se o volume da droga for ínfimo, pequeno, o crime se intitula no Art. 28 da lei vigente. Do contrário,

se a quantidade for alta, o delito, claro, se enquadrará como tráfico de drogas (Art. 33, §1º).

Assim, concluiu Luís Flávio Gomes (2007, p. 191):

A tormentosa questão com edição da nova Lei foi resolvida. Agora, tratando-se de pequena quantidade, as mesmas conseqüências para o usuário são aplicadas àquele que, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (art. 28, §1º). Se média ou grande quantidade (superior ao que necessário para o consumo próprio dos viciados), responde nas penas do art. 33, §1º, II (tráfico por equiparação).

Agiu com prudência o legislador ao solucionar essa discussão. Não havendo essa regulamentação, provavelmente estaríamos diante de um excesso de punição nos julgados.

Dando seguimento ao art. 33, reza seu §2º:

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

Se comparar com a antiga lei, a conduta de instigador estava dentro do rol do art. 12, que determinava a pena de 5 a 15 anos.

Aplausos para o legislador ao adotar essa pena à quem induz, instiga ou auxilia o uso de drogas. É notável que a real intenção do criador da lei é de separar definitivamente o verdadeiro traficante para o simples instigador. Logo, merecem tratamento diferenciado.

A conduta de auxiliar, instigar ou induzir é um dos reflexos do tráfico, portanto, ela tem que ser menor da conduta gravosa de que ela se origina, isso é, o próprio tráfico de drogas.

A pena de multa também ganhou uma força maior. Até agora, é perceptível que a lei realmente reprime o traficante e condutas semelhantes, tanto nas privações de liberdade como na cobrança de pecúnia dos fornecedores e afins que lucram com tal ilicitude.

Para acompanhar raciocínio, novamente lembra Renato Marcão (2007, p. 185):

A pena privativa de liberdade foi abrandada em sua qualidade e quantidade; por outro vértice, a pena mínima de multa sofreu considerável exasperação na individualização formal ao passo que a pena máxima também foi minorada.

Cabe mencionar que a idéia do legislador de distinguir o traficante e o instigador tem boa fundamentação. Se adentrar no Código Penal, o crime de homicídio é de reclusão de 6 a 20 anos (Art. 121) e para quem induz, auxilia ou instiga ao suicídio a pena é de 2 a 6 anos se causar morte e de 1 a 3 anos de resultar lesão corporal de natureza grave (Art. 122). O Código Penal já separava a figura do assassino para o instigador ou auxiliador. Numa balança de bens jurídicos há uma harmonia de proporcionalidade do legislador em racionalizar dessa forma, seguindo com correta postura.

Dando seguimento, prevê o § 3º do art. 33:

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Pelo conteúdo da pena, é claramente afrontado o princípio da proporcionalidade tanto na privação de liberdade como da multa.

Por ser detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, o fornecimento gratuito de droga na relação é uma infração de menor potencial ofensivo.

Anteriormente, o art. 12 da velha lei adequava esse delito como tráfico propriamente dito. Entrementes, agora esse tipo penal recebe pena exageradamente atenuada, quase que insignificante, trazendo a idéia de que não há repercussão nenhuma oferecer droga numa relação ainda que gratuitamente.

O fato é que irrelevante se o fornecimento é gratuito. A periculosidade está em estimular o parceiro (a) a fazer o uso de droga, e, conseqüentemente podendo conduzi-lo à rotina do vício ou à maléfica do tráfico.

Com precisão se amolda ao pensamento de Maria Lúcia Karam (2006, s.p.):

O princípio da proporcionalidade também é violado na equiparação do fornecimento gratuito ao “tráfico”. A Lei 11.343/06 insiste em apenas distinguir a conduta de quem eventualmente oferece droga qualificada de ilícita, sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para um consumo conjunto, conduzindo à esdrúxula situação de se tratar como “traficante” quem oferece ou fornece, mas não pretende consumir. Parece um incentivo ao consumo, que, paradoxalmente, permanece criminalizado na vaga tipificação da indução, instigação ou auxílio ao uso.

Ainda que isso não bastasse, equivocou o legislador ao elevar a pena de multa de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa que se apresenta superior à própria ação de tráfico de drogas.

Assim sendo, a pena desse tipo penal perde seu embasamento científico de caráter penal em dar atenção mais à multa do que a repressão no cárcere.

Não sendo isso suficiente, o legislador não tomou a cautela dessa sanção perante o tipo desse parágrafo que tem como elemento “sem objetivo de lucro”. E é evidente que quase todo tráfico comum requer lucro para o distribuidor. Noutras palavras, venceu o traficante na pena de multa ao ser inferior àquele que compartilha droga em seu relacionamento, ou então, saiu mais prejudicado este, razões pelo qual defende-se que o princípio da proporcionalidade foi atingido.

Por derradeiro, dispõe o §4º da lei nº 11.343/2006:

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.

Uma novidade na nova lei foi a causa especial de diminuição de pena do §4º ou, para alguns doutrinadores, o denominado “tráfico privilegiado”.

Nesse dispositivo o traficante que for primário e tiver bons antecedentes terá redução de pena em relação aos traficantes reincidentes. Na

verdade, a lei acaba de premiar os traficantes iniciantes, o que é um insulto no Direito Penal.

Com efeito, o art. 59 do Código Penal brasileiro não autoriza a redução da pena abaixo do mínimo legal diante das circunstâncias de primariedade e bons antecedentes. Porém, essas circunstâncias previstas como causada de diminuição de pena favorece e muito o traficante primário ao lado de outras condutas, inclusive às infrações de menor potencial ofensivo.

Melhores são os argumentos de Hebert Reis Mesquita (2006, s. p.):

Finalmente, a maior de todas as aberrações está no parágrafo 4º do art. 33 do PL 115/02 (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 restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa).

É que a grande maioria dos traficantes presa não é reincidente e goza de bons antecedentes. Assim, inexoravelmente a fixação da pena base (artigo 59 do Código Penal) muito pouco afastar-se-á do mínimo (cinco anos) do preceito secundário, que sofrerá, ainda, a redução da causa especial de diminuição, que redundará em penas de um ano e sete meses.

Não há dúvidas que o legislador terminou mal o art. 33 ao promover os traficantes primários com essa causa especial de diminuição de pena.

Em sentido leigo, é praticamente dar uma segunda chance àquele que trafica pela primeira vez, equiparando a um perdão com uma leve repressão. Talvez, se preocupou mais o legislador em não agravar a situação de uma pessoa que se inicia no comércio de drogas, fazendo isso em forma de uma pena mais branda, na esperança de um resgate antes de entrar para o mundo do crime. Se pensar dessa forma, é possível acreditar que o legislador visualizou a pena como unitária, pensando numa repressão-prevenção.

Ainda que assim fosse, essa imprudência corrompe completamente com a proporcionalidade e abala a harmonia dos princípios da Constituição. Por ser o tráfico de drogas um caminho muito perigoso e que põe em risco a sociedade, a lei não pode facilitar para os membros dessa armada.

No geral, admite-se que o legislador foi excelente no *caput* do art. 33, mas afrouxou demais no parágrafo 4º, caminhando contra a política repressiva que perfilha.

Dessa forma, muito complicado definir sua postura perante esse tipo de comportamento, pois, a impressão que dá é que ele se contradiz totalmente nessa parte final.

4.3.3 Do tráfico de maquinários (art. 34)

O tipo penal do art. 34 traz o conhecido “tráfico de maquinários”, qual a lei determina:

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Os núcleos desse delito aumentaram extraordinariamente se comparados com a lei anterior:

Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Eram 6 (seis) tipos penais e agora são 11 (onze). anterior: O legislador mostrou cuidado ao elencar as hipóteses de tráfico de máquinas. Repete-se que o art. 34 pune não quem trafica drogas, mas sim o tráfico de maquinário, instrumento

ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas.

A problemática desse crime em punir com reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos reside no resultado dessa conduta que pode por acabar a estimular o tráfico, incentivar traficantes, atrair consumidores. Seria, em termos, criar uma tecnologia para a ilicitude, e a lei precisa punir como forma de impedir essa amplitude.

Vicente Amêndola Neto bem cita Menna Barreto que dá as razões para esta incriminação (2000, p. 173):

As razões desse acréscimo no elenco dos tipos previstos são bastante óbvias, pois com o incremento de uso de tóxicos, em todo o mundo, multiplicaram-se os laboratórios clandestinos, que atuam como verdadeiras usinas de fabricação, preparação ou transformação das mais variadas espécies de drogas e instrumentos para a sua utilização.

Se na lei Nº 6368/76 não se criticava a pena de reclusão do delito de tráfico de maquinários, tampouco não há o que se manifestar a respeito da lei n.º 11.343/2006. Mantém-se a mesma postura a respeito do Princípio da Proporcionalidade. O legislador foi razoável em preservar a pena do crime supra, por entender que esse tipo de conduta repercute muito dentro do comércio ilegal de entorpecentes.

Desse modo, sobre a sanção no que tange à reclusão não há qualquer censura a fazer.

Todavia, a advertência se aplica para a pena de multa, que apareceu com um gigantesco aumento tanto perto do próprio crime de tráfico como em comparação do seu crime na lei anterior.

A multa que era de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa passou para 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa. Afirme-se haver um completo exagero e impropriedade por parte do legislador. Essa elevação assustadora não tem qualquer fundamentação ou razão e nada contribui para esse crime.

É o escólio de Renato Marcão (2007, p. 276):

Se compararmos a pena de multa agora cominada com aquela prevista para o crime de tráfico (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006), cuja pena de reclusão é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, vamos ver que o legislador não pautou por um bom critério de individualização formal da pena de multa em relação ao crime do art. 34, talvez por não possuir ou não se preocupar com conhecimentos de natureza criminológica.

Para o crime de tráfico, consideravelmente mais grave que o crime do art. 34 (tanto que a pena de reclusão é bem maior), e que quase sempre visa lucros diretos com a mercancia espúria que espalha desgraça e sofrimento, além de alavancar os índices de criminalidade e provocar profundo e justificado alarma social, a pena de multa é consideravelmente menor.

Não há justificativa lógica e razoável para a situação criada.

Como conclusão, a exasperação da pena de multa não tem sentido, violando o princípio da proporcionalidade. A pena de reclusão, a que mais deve se preocupar, continua intacta sem atenção para chamá-la.

4.3.4 Da associação para o tráfico de drogas (art. 35)

O art. 35 da lei n.º 11.343/2006 prevê a associação criminosa para o tráfico, é a quadrilha ou bando que se reúne para o fim de perpetrar qualquer das condutas descritas no art. 33 e parágrafos, como no art. 34.

No art. 14 da lei n.º 6368/76 a associação também era prevista para o tráfico ilícito de entorpecentes.

Prescreve, assim, o art. 35:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

O crime de associação autônomo, pois, consiste num agrupamento de duas ou mais pessoas com o intuito apenas de praticar o tráfico ou qualquer de suas formas equiparadas.

Decidiu o legislador em permanecer com o mesmo *quantum* da pena privativa de liberdade como da antiga lei.

A única diferença foi novamente a pena de multa que de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Adite-se, não há qualquer menção a fazer sobre o princípio da proporcionalidade na quantidade da pena de reclusão, levando em conta as mesmas considerações feitas no artigo antecedente.

A exasperação incidiu apenas na sanção de multa que teve um aumento expressivo.

A descrição do delito praticamente não sofreu mudanças, portanto, a doutrina não faz comentários a respeito de sua atuação, por já ser bem clara na lei anterior.

Com exceção no parágrafo único que obriga a imposição das mesmas penas do *caput* deste artigo para o crime de financiamento para o tráfico de drogas que veremos a seguir.

4.3.5 Do financiamento ou custeamento para prática do tráfico de drogas (art. 36)

Na lei anterior, o agente que financiasse ou custeasse o tráfico de drogas respondia pelo crime de tráfico de drogas sem distinção. O único tratamento diverso é que ele recebia uma agravante pelo art. 62, I do Código Penal.

Com a edição da nova lei, evidente que nasce uma exceção pluralística à teoria monista do art. 29 do Código Penal.

Agora, embora haja reunião de esforços, unidade de desígnios, se duas pessoas concorrem para o mesmo crime, não respondem elas pelo mesmo

crime. O legislador que optou por separar essas condutas definiu tipificações diferentes. Assim seja, o traficante recai no art. 33 ou 34 nova lei de drogas, enquanto o financiador se enquadra no art. 36.

A ação criminosa de financiar ou custear denota grande perigo para a sociedade pela máxima de crescimento na produção deste crime. Aquele que financia traz a idéia que sustenta gastos elevados, bancando e trabalhando grande quantidade de droga. Assim como o custeador que atua como investidor da empreitada criminosa, o que conspira para essa marginalização e corrupção no mundo.

A doutrina assevera que esse financiamento ou custeamento deve ser habitual, reiterado, até mesmo pelo próprio uso desses dois verbos pelo legislador quer requer rotina.

O art. 36 se apresenta da seguinte forma:

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

As penas desses dispositivos são as mais altas e severas de toda a lei Nº 11.343/2006.

Inoportuno ressaltar que é evidentemente um crime grave, pelo incentivo à ilegalidade das drogas. Porém, não foi esse delito reconhecido como um crime equiparado a hediondo, porque a Lei n.º 8.072/90 (crimes hediondos) não admite interpretação extensiva.

Esse artigo é rigorosamente censurado pela doutrina. Muitos entendem que o legislador foi muito longe ao fixar a pena dessa modalidade.

Se navegar pelo Código Penal, essa pena é maior que o delito de homicídio, cujo bem jurídico protegido é a vida, previsto no art. 121:

Homicídio simples

Art. 121 - Matar alguém:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

A sanção também é superior à pena de extorsão mediante seqüestro, no art. 159:

Extorsão mediante seqüestro

Art. 159 – Seqüestrar pessoa com o fim de preço de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço de resgate:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

O estupro e o atentado violento ao pudor, que são crimes contra a liberdade sexual, logo, considerados hediondos, violentos, ficam atrás do financiamento do tráfico:

Estupro

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Atentado violento ao pudor

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Delitos graves e perigosos como os citados não podem perder para o financiamento do tráfico, crime este menos violento que os outros e que não justifica ser punido com tanta severidade.

Há uma corrente muito forte da doutrina que interpreta esse dispositivo como um atentado violento ao princípio da proporcionalidade. Para muitos juristas, a punição do art. 36 é repressora demais, desnecessária e maior que o próprio tráfico.

É o que nos ensina Maria Lúcia Karam (2006, s.p.):

A violação ao princípio da proporcionalidade se revela também nas penas delirantemente altas, previstas para essa indevidamente criada figura autônoma: reclusão de 8 a 20 anos, a pena mínima sendo assim superior à prevista para um homicídio. A ânsia repressora é tal que a Lei 11.343/06, ignorando a vedação do bis in idem, ainda inclui os mesmos financiamento ou custeio dentre as qualificadoras do “tráfico”.

A excessiva pena do custeamento ou financiamento para o tráfico foi determinada pela jurista como uma “ânsia repressora”. O legislador tem liberdade em adotar um critério repressivo para o traficante, mas a cautela e a responsabilidade dele tornam-se maiores quando ele não pode transbordar essa política optada.

Aliás, o rigor penal se fundado em muito abuso, acaba por desmedido, caminhando em contramão à finalidade desejada pela lei.

De fato, surpreendeu muito a sanção do art. 36, porque descaradamente é maior que a pena de homicídio. E para os conhecedores de Direito Penal quando se verifica uma pena excessivamente alta em qualquer dispositivo, a primeira idéia é comparar frente ao homicídio, que, afinal, é o primeiro delito trazido pelo Código Penal, que protege a vida, e o mais estudado em matéria de Direito.

A pena cominada de 8 (oito) a 20 (vinte) anos cominada para o crime de financiamento ou custeamento ao tráfico de drogas, foi o maior absurdo da lei. É uma pena injusta, desproporcional, incompatível. Como se cometer um homicídio simples fosse menos grave que dar suporte econômico ou tráfico. Não agiu com prudência o legislador e fugiu desatento às regras do Código Penal.

A pena de multa, que acompanhou essa exasperação, a primeiro ver, mostrou-se um tanto elevada. Todavia, nesse caso não cabe dizer que atinge o princípio da proporcionalidade. Claro que, por ser um crime onde corre dinheiro, é tolerável que se puna com multa alta como repressão ao investimento financeiro de ilícitos.

De acordo com o raciocínio de Luís Flávio Gomes, “A majoração da pena pecuniária foi acertada, pois fatalmente estamos diante de pessoas abastadas, aliás, raramente alcançadas pela investigação” (2007, p. 210).

Num todo, o princípio da proporcionalidade só é atingido na pena privativa de liberdade, não se fazendo restrição alguma na pena de multa.

4.3.6 Do colaborador-informante da associação ou organização criminosa do tráfico de drogas (art. 37)

A nova lei de drogas trouxe outra inovação ao incriminar o colaborador-informante da associação ou organizações criminosas destinados ao tráfico de drogas e equiparações.

Diz o art. 37 da lei nº 11.343/2006:

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multas.

Antes da vigência dessa lei, o colaborador ou informante das associações ou organizações criminosas era considerado como partícipe do crime para o qual favorecia. No entanto, com essa tipificação penal, tornou-se um crime autônomo, sujeito à pena própria.

Esse delito também é uma exceção pluralística da teoria monística adotada pelo art. 29 do Código Penal, de acordo com a observação feita anteriormente no art. 36 desta lei.

O colaborador ou informante tem participação de menor importância, razão pelo qual sofre uma pena menor em relação aos demais. Atente-se que essa colaboração deve ser tão-somente à informação, comunicação de fatos. Do contrário, se a colaboração for financeira, a conduta se enquadra dentro do ar. 36 da lei.

Conforme analisado o art. 35, não foi preciso qualquer óbice a respeito de sua pena. Por sinal, o art. 37 que tomou base o art. 35 assim não tem motivos para receber crítica, pois, foi compatível com a conduta prevista no seu tipo penal e acertadamente proporcional ao crime de associação para o tráfico de drogas pelo qual foi originado.

A pena da reunião para o tráfico é de 3 (três) a 10 (dez) anos, enquanto aqui a reclusão está entre 2 (dois) a 6 (seis) anos, distinguindo bem o legislador daquele que é membro da associação para aquele somente colabora.

Aliás, não é esse um crime que na prática será muito punido. Dificilmente se identificará um informante e seus papéis e níveis de informação não são tão significativos, diferenciadores, perto das ações da organização criminosa.

Até a pena de multa foi reduzida para o informante. O legislador não o reconheceu como um criminoso extremamente nocivo, mas que merece um tratamento punitivo por corroborar para a ilicitude, a ordem contrária ao Direito.

4.3.7 Do art. 38

A lei também reprime o médico, dentista, farmacêutico, profissional de enfermagem, que prescreve ou ministra, de forma culposa, droga de que precise o paciente. Define, então, o art. 38:

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

É um crime que exige uma relação entre profissional e paciente. Na interpretação do tipo, o crime só pode ser praticado por profissional habilitado dentro do exercício de suas funções. Quer dizer, é um crime próprio.

Prescrever é receitar e apenas o médico ou o dentista poderá fazê-lo. Ministrar é aplicar o médico, dentista, como farmacêutico e profissional de enfermagem são os sujeitos ativos desse delito. Para haver o crime, o agente deve dosar de forma excessiva, exagerada, ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

É um crime específico para punição de profissionais médicos, excluídos os veterinários.

Como ensina Vicente Greco Filho (2006, p. 129):

Se o veterinário prescrever para pessoas, não há o que falar em conduta culposa, incidindo no art. 12 [da Lei 6368/76], já que não pode fazê-lo absolutamente não podendo alegar erro de proibição escusável dada sua condição profissional.

Portanto, está fora da punição o veterinário. E se receitar para animais, o fato é atípico, porque o crime trata de pessoas no pólo passivo.

Se o profissional médico prescreve ou ministra droga dolosamente, também não responde por esse delito. Nesse caso, a ação recai eventualmente para o crime de lesão corporal ou homicídio, se houver.

Tudo isso para compreensão de que é um tipo culposo e a pena de detenção de 6 (seis) a 2 (dois) anos condiz com o princípio da proporcionalidade. Não é um crime grave, e se reporta de forma culposa, sendo considerado adequadamente a uma infração de menor potencial ofensivo.

A pena de multa segue os mesmos padrões da proporcionalidade. É uma quantidade baixa, compatível com o preceito primário.

Por derradeiro, o art. 38, bem redigido, não cabe qualquer crítica de suas penas.

4.3.8 Do art. 39

O último delito deste estudo está no art. 39 da lei nº 11.343/2006 que assim diz:

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da

pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Trata-se de crime punido com detenção ao agente que dirige embarcação ou aeronave sob efeitos de droga, colocando em perigo a coletividade.

A pena é de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, sendo considerado então um crime de médio potencial ofensivo. Além disso, com a consumação do crime, haverá também apreensão do veículo e eventual cassação da carteira de habilitação até o cumprimento da pena. A pena de multa é prevista num quantum 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Não é um delito que fere o princípio da proporcionalidade, mantendo-se o legislador adequado na criação das penas para com seus delitos.

Oportuno, todavia fazer uma observação. A doutrina faz uma interpretação extensiva desse delito, pois, entendeu que o legislador falou menos do que queria. Constatou que a pena desse delito é a mesma do crime de condução de veículo automotor sobre os efeitos análogos do álcool, conforme tipificado no art. 306 da lei nº 9503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

O correto, então, é aplicar os benefícios das medidas despenalizadoras previstas no art. 291 da lei nº 9503/97 do CTB, na idéia de analogia *in bonam partem*.

O fundamento disso é de se pensar no princípio da isonomia e da proporcionalidade.

Luís Flávio Gomes trata isso com a melhor precisão (2007, p. 216):

A condução do veículo automotor sob efeito de droga (art. 306 do CTB), apesar de médio potencial ofensivo (pena máxima superior a 2 anos), admite, de acordo com o permissivo trazido pelo art. 291, parágrafo único, do CTB, a aplicação de algumas medidas despenalizadoras (transação penal, por exemplo). Ora, se para a condução perigosa de veículo automotor permite-se tal medida, por questão de respeito ao princípio da isonomia (e proporcionalidade) deve-se entender igual benefício ao crime em comento (analogia *in bonam partem*), inexistindo motivo para discriminação.

Grande acerto foi a doutrina e dessa forma deve-se adotar a prática forense no que tange a esse delito.

A pena desse delito é comum e não traz nenhum elemento extraordinário que leve a qualquer crítica.

No mais, a sanção do parágrafo único tem uma exasperação em razão de colocar em risco maior a coletividade, o que justifica perfeitamente este aumento.

4.3.9 Das causas especiais de aumento de pena (art. 40)

Por fim, dispõe o art. 40 da lei nº 11.343/2006:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

A lei prevê uma causa de aumento de pena para os crimes previstos no art.33 até o art. 37.

Dos incisos I ao VI, há acordo na majorante acrescentada.

No inciso I trata-se de transnacionalidade, ou seja, que ultrapassa as fronteiras brasileiras. É justo a agravação da pena porque o tráfico clandestino pode colaborar para o aumento e a produção do tráfico interno. Sem mais, é um motivo para que outros países sejam atraídos por essa massa.

No inciso II, a agravante incide quando se tratar de agente público que pratica o tráfico no exercício de sua função. É claro que essa condição pode dar facilidade para o crime, portanto, mercê a punição ser mais severa.

No que tange à missão de educação e poder familiar se justifica ainda mais aumentar pena. O papel de educação é de muita responsabilidade. Um vértice são as pessoas aprenderem sobre as drogas pelo caminho mal da vida, o outro é os educadores ensinarem o ilícito, o que é grave para a sociedade. Dessa forma, triunfa a majorante para o caso.

O rol do inciso III acrescenta a pena se ocorrer tráfico em determinados lugares. Não está equivocado o legislador, entretanto, é lógico que esse inciso não terá muito efeito, pois, dificilmente não haverá droga nesses locais.

O inciso IV é uma qualificadora normal. Como todos os delitos, aqueles que ocorrem com a prática de violência física, recebem um acréscimo. Pensou aqui também o legislador.

O inciso V aumenta a quantidade da pena para o tráfico entre os Estados. Correto foi o legislador em defender a nação, que se agir no comércio de drogas por meio do poder político, internacional, pode corromper a boa imagem da nação. Vale as considerações do inciso I nesse caso também.

O inciso VI procurou proteger o menor ao estipular o aumento de pena. Se a capacidade psíquica de crianças adolescentes for diminuída ou totalmente suprida, incidirá a agravante. O legislador foi sábio ao tutelar os menores.

O inciso VII precisa ser muito bem avaliado na fixação da pena. É legítimo e certo aumentar a pena quando o agente custear o crime.

Todavia, como fica o art. 36 que já prevê o crime de custeamento ou financiamento para o tráfico de drogas? Entende-se, que, o Juiz deve tomar muita cautela ao aplicar este inciso, sob pena de violar o princípio da proporcionalidade.

Assim, pensou Luís Flávio Gomes (2007, p.222):

Deve ser observado que o patamar de aumento determinado pelo art. 40 não pode extrapolar o preceito secundário do crime do art. 36, sob pena de se punir infração menos grave de forma mais severa, ferindo, desse modo, o princípio constitucional da proporcionalidade.

Sendo assim, finaliza aqui todo o estudo do princípio da proporcionalidade na lei n.º 11.343/2006, o qual foi notável que ela teve várias críticas em tão poucos crimes. E são esses os argumentos levantados para lei.

5 CONCLUSÃO

A conclusão que se extrai é que, no geral, a lei nº 11.343/2006 foi muito falha na cominação das penas. Não é grave uma lei carregar pouquíssimos dispositivos que atingem o princípio da proporcionalidade. Porém, no caso da nova lei de drogas, e justamente por tratar de “drogas”, é manifesta a violação do princípio da proporcionalidade.

As penas para o usuário de drogas, a diminuição de pena para o traficante e o quantum do financiamento do tráfico de drogas se apresentaram como as mais absurdas possíveis e formuladas sem critério algum ou com um mínimo de boa razão. A lei traçou maravilhosas finalidades, mas os instrumentos selecionados para concretizar esses objetivos não são os mais adequados, e não expõem certeza e segurança de que serão alcançados.

De fato, as sanções atraíram e muito a atenção de diversas doutrinas. Como visto, a nova lei de drogas recebe várias críticas e por diversos doutrinadores. Sem dúvidas que sua má redação, contradições e falhas conspiram para afirmar que é uma lei mais que imperfeita.

O problema são os efeitos reversos que esta lei vigente trará. É possível vislumbrar que com o tempo os números confirmarão um espantoso aumento do uso de drogas e uma massa incontrolada de traficantes. Ainda que previsível esses acontecimentos, a lei é muito recente, portanto, isso é insuficiente para provocar o legislador a revogá-la e formular uma melhor.

Por ora, é dever do cidadão exigir a garantia dos seus direitos que entregaram para o Estado, mas não esperar que ele faça tudo e acerte sempre. Nosso papel também é participar de uma “mobilização global” quando defrontar com injustiças. É importante expor opiniões, criticar, se impor, pensando no bem-estar comum.

Se a Constituição Federal e a sociedade almejam para um Estado Democrático de Direito, precisam trabalhar juntos. Não se constrói essa abóbada sozinha.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direito fundamental**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Lei n.º 6368, de 21 de outubro de 1976. Diário **Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6368.htm>> Acesso em: 03 março. 2008.

BRASIL, Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário **Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: 03 março. 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Recurso Extraordinário n.º 18.331. Relator: Ministro Oroszimbo Nonato. Brasília/DF, 21 set. 1951. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 03 abril. 2008.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e Das Penas** – Tradução Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1993.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão. Causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BONAVIDE, Paulo. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 1998. .

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo, 2000.

CASTRO, Mary Garcia et al. **Brasil Telecom, Fundação W. K. Kellogg**: Ed. UNESCO BID. 2001.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DUARTE, Paulina Vieira. Reinserção Social. **SENAD**. 2007. Disponível em <<http://obid.senad.gov.br/OBID/Portal/index.jsp?ildPessoaJuridica=1>> Acesso em 15 maio. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. Roma-Bari: Laterza, 1996.

FILHO, Vicente Greco. et al. **Lei de drogas anotada. Lei n.º 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Tóxicos: prevenção – repressão**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FLACH, Norberto. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luís Flávio et al. **Lei de Drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal - Série As Ciências Criminais no Século XXI – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HARTMANN, Arlete. **Uso de drogas: crime ou exercício de um direito?** Porto Alegre: Síntese, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

KARAM, M. L. A lei 11.343/2006 e os repetidos danos do proibicismo. **Psicotropicus**. São Paulo. Outubro 2006. Disponível em <<http://www.psicotropicus.org/home/detalhe.asp?iData=316&iCat=232&isub=2&nsec=ao=Textos>>. Acesso em 20 fevereiro. 2008.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Direito Penal e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos. Nova lei de drogas anotada e interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESQUITA, H. R. Incentivo à ilegalidade. Com a nova lei sobre drogas o crime compensará. **Consultor Jurídico**. São Paulo. Agosto 2006. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/47043,1>>. Acesso em: 20 fevereiro 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2007.

MURTA, A. ONU relata aumento de consumo de drogas no Brasil. **Folha Online**. São Paulo. Junho 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u307184.shtml>>. Acesso em 12 setembro. 2008.

NETO, Vicente Amêndola. **Tráfico de entorpecentes**. Campinas: Saraiva, 2007.

PEREIRA, C. A. et al. O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional. **Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. 1998. Disponível em <http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/textos/cafpatriz.doc> Acesso em 05 abril. 2008.

PRADO, Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Volume 1 – Parte Geral**. Brasília: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Punibilidade e Fins da Pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 15. Vol. 3. Julho/dezembro 2005. p. 123-146.

_____. Teoria dos Fins da Pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 1. Vol. 0. 2004. p. 143-158.

_____. O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7. Vol. 27. Julho/setembro 1999. p. 128-142.

QUINTANA, Victor Linares. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas: Teoría Empírica de las Instituciones Políticas**. Buenos Aires, 1970.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ROLIN, L. S. G. Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade. **JusNavigandi**. São Paulo. Março 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>>. Acesso em 20 março. 2008.

BROSA, R.S da. O usuário de drogas ilícitas e a legislação vigente. **DireitoNet**. São Paulo. Janeiro 2008. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/40/97/4097/>> Acesso em 17 julho. 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito – volume 1** – Tradução Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997.

_____. **Problemas fundamentais do Direito Penal**. Lisboa: Veja, 2001.

SCIVOLETTO, S. et al. Atualização do Conhecimento sobre redução da demanda de drogas. **SENAD**. 2004. Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/OBID/Portal/Index.jsp?ildPessoaJuridica=1>>. Acesso em 03 março. 2008.

SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **A nova lei de tóxicos comentada**. São Paulo: JLA, 2006.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.