

PRÁTICA PENAL NA LEI DE DROGAS
Material Complementar – Prof. Pedro Magalhães Ganem

Módulo 1

CONCEITO DE DROGAS

Segundo o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/06 “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Trata-se, portanto, de norma penal em branco, que exige uma complementação (por meio de lei complementar ou atos do executivo) para sua correta interpretação e aplicação.

No caso, conforme artigo 66 da Lei 11.343/06, a relação do que é “droga” está na Portaria da ANVISA n.º 344/1998, em suas listas F1 e F2.

Ou seja, somente será considerada “droga” para a lei 11.343/06 o que a portaria da anvisa chama de “entorpecentes” e “psicotrópicos” e podem ser encontrados nas listas F1 e F2.

Caso contrário, se não estiver nessas listas, não será considerada droga para fins de incidência das penalidades da legislação especial que estudamos e, conseqüentemente, não caracterizará os crimes de consumo pessoal e tráfico de drogas, por exemplo.

Por fim, fica claro, então, que basta a inclusão ou a retirada de determinada substância das listas F1 e F2 da portaria da anvisa n.º 344/98 para que ela se torne ou deixe de ser ilícita, haja vista que a legislação de drogas não traz em seus artigos a lista de substâncias ilegais.

HISTÓRIA DO CONSUMO E DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

O uso de drogas é algo muito antigo, anterior à própria civilização, sendo que o homem sempre buscou uma forma de se entorpecer, para fins religiosos, medicinais ou até mesmo recreativo, o que perdurou durante toda a história.

Uma das primeiras drogas utilizadas foi o álcool, mas também existe registros muito antigos do consumo de maconha, tabaco, dentre outras.

A primeira “droga” elaborada em laboratório foi a morfina, em 1805.

Outra substância extraída farmacologicamente foi a cocaína, em 1860. Inclusive, a Coca-Cola possuía cocaína em sua fórmula até 1909.

Inclusive, a religião sempre teve uma ligação muito forte com o uso de entorpecentes, desde o hinduísmo ao catolicismo.

Ao mesmo tempo em que há relação entre o uso de drogas e as religiões, é possível afirmar que foi com ela o início do processo de criminalização das substâncias entorpecentes, principalmente por meio da Igreja Católica, seja por motivos religiosos ou até mesmo políticos.

O ápice do proibicionismo e da criminalização das drogas teve início nos EUA, no século XX, seja por questões religiosas, decorrentes do protestantismo, ou políticas, como forma de controle social de grupos sociais indesejados.

Um dos grandes exemplos do proibicionismo nos EUA (e do seu fracasso) foi a Lei Seca, período em que o consumo de álcool foi proibido, mas que surtiu, na verdade, efeitos totalmente contrários.

Foi após a 2ª Guerra Mundial, com Nixon, que o proibicionismo tomou proporções bélicas, revestidas de um suposto combate ao comunismo.

No Brasil e em quase todo o mundo, a política criminalizadora seguiu os passos dos EUA, mesmo que os motivos para tanto fossem diferentes.

Por aqui, também é possível destacar o caráter seletivo e preconceituoso da criminalização das drogas, pois o consumo delas era atribuído, muitas vezes, às classes mais pobres, dentre elas os escravos.

E foi com o Golpe Civil-Militar de 1964 que a repressão ao comércio e o uso de drogas se tornou mais violento, com consequências que perduram até os dias de hoje

CRIMES DE DANO E DE PERIGO

Os crimes de dano são aqueles em que é exigida a efetiva lesão ou dano ao bem jurídico tutelado para a sua configuração, como no caso da lesão corporal, em que a ofensa à integridade física é essencial para que seja caracterizado.

Já os crimes de perigo, como o próprio nome sugere, não exigem a produção efetiva de dano. Exige-se, nesse caso, a prática de uma conduta tipificada na lei que venha a produzir um perigo de lesão ao bem juridicamente protegido, ou seja, uma probabilidade de dano.

O perigo, então, seria a probabilidade de lesão a um bem jurídico-penal, como no caso do crime de tráfico de drogas, que analisaremos no próximo módulo.

Dessa forma, os crimes de perigo objetivam, na verdade, evitar a prática de atos que tenham a probabilidade de causar danos aos bens jurídico-penais.

Portanto, é possível concluir que o crime de perigo é um degrau que antecede o crime de dano. Isto é, a punição do comportamento perigoso tem a finalidade de que se possa evitar o dano.

Nesse sentido, até mesmo dentro dos crimes de perigo é possível afirmar que os de perigo abstrato são um grau anterior quando comparados com os de perigo concreto.

Enquanto no crime de perigo abstrato são crimes de mera conduta, não exigindo a comprovação de que o bem jurídico tenha sido ameaçado, bastando a prática da conduta constante na lei, no crime de perigo abstrato é necessária a comprovação de que efetivamente o bem jurídico correu perigo.

PRINCÍPIOS PENAIS E A LEI DE DROGAS

Princípio da insignificância: só os bens jurídicos mais relevantes é que devem ser tutelados pelo Direito Penal, sendo necessário preencher os seguintes requisitos:

(1) a ofensividade mínima da conduta do agente; (2) a ausência de periculosidade social da ação; (3) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (4) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Princípio da intervenção mínima: o Estado, por meio do Direito Penal, não deve interferir na vida do indivíduo, de forma a tirar-lhe a liberdade e a autonomia, devendo assim agir apenas quando efetivamente necessário.

Princípio da ofensividade ou da lesividade: apenas poderão ser consideradas infrações penais aquelas condutas que, efetivamente, prejudiquem o conviver em sociedade, exigindo-se, portanto, que o bem jurídico protegido pela norma seja atingido concretamente, disso resultando lesão ou perigo concreto de lesão desse bem.

Princípio da fragmentariedade: é possível entendê-lo em dois sentidos:

O primeiro se refere ao fato de que somente os bens jurídicos mais relevantes merecem tutela penal. O segundo é de que apenas os ataques mais intoleráveis devem ser punidos com sanção penal.

Princípio da subsidiariedade: o Direito Penal apenas deverá atuar quando e se os outros ramos do Direito não solucionarem satisfatoriamente o conflito. Assim, o Direito Penal deverá ser *ultima ratio*, ou seja, o último instrumento a ser utilizado pelo Estado na garantia da paz e da harmonia nas relações sociais.

Princípio da adequação social: apesar de uma conduta se adequar ao tipo penal, é possível deixar de considerá-la típica quando socialmente adequada, isto é, quando estiver de acordo com a ordem social.

Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos: o Direito Penal deve se restringir à tutela de bens jurídicos, não estando legitimado a atuar quando se trata da tutela da moral, de funções estatais, de ideologia, de dada concepção religiosa etc.

PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E A LEI DE DROGAS

O princípio da lesividade possui 04 (quatro) funções:

A primeira é a de proibir a incriminação de uma atitude interna; a segunda é a de proibir a incriminação de uma conduta que não ultrapasse o âmbito do próprio autor; a terceira é proibir a incriminação de simples questões existenciais; e a quarta é a proibição da incriminação de condutas que não venham a afetar qualquer bem jurídico.

É possível resumir as funções mencionadas como a impossibilidade de atuação do Direito Penal no caso de não haver o efetivo ataque de um bem jurídico relevante de terceira pessoa. Assim, tudo aquilo que estiver dentro da própria esfera do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado.

Em outras palavras, as proibições penais somente se justificam na hipótese de se referirem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros.

Assim, como o Direito Penal não poderá punir aquelas condutas que não ultrapassam a esfera pessoal do autor, por não lesionarem bens jurídicos de terceiros, como ocorre com a autolesão e a tentativa de suicídio, fica a dúvida sobre a possibilidade da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal e se isso vem a lesar bens jurídicos de terceiros.

Eu, assim como Nilo Batista, Zaffaroni e Rogério Greco, defendo que a proibição da posse ou do porte de entorpecentes para consumo pessoal, de modo a não lesionar nenhum bem jurídico alheio, ofende o princípio da lesividade.

Conforme as premissas garantistas, diretamente relacionadas aos princípios informadores do Direito Penal, é inadmissível a existência de tipos penais que contenham previsão de crimes de perigo abstrato, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

PRINCÍPIO DA ALTERIDADE E O ARTIGO 28

O princípio da alteridade se assemelha ao da lesividade, pois estabelece que não cabe ao Estado a punição de condutas que lesionem apenas o indivíduo que a praticou, ou seja, que não atingem um bem jurídico de terceiros.

Desse modo, mesmo que a conduta seja considerada inaceitável pela sociedade, caso não venham a lesionar o bem jurídico alheio, não ultrapassam a disponibilidade do próprio agente e ofendem, assim, única e exclusivamente o seu próprio bem jurídico.

Desse modo, ao analisar o artigo 28 da Lei 11.343/06 sob a ótica desse princípio, é possível alegar que há nítida ofensa, pois aquele que faz o consumo de drogas só está fazendo mal a própria saúde, não permitindo uma intromissão repressiva do Estado.

Se é possível que uma pessoa ampute o próprio braço, por exemplo, ou qualquer outro meio de autolesão, como criminalizar a conduta de usar drogas que apenas fere a sua própria saúde?

Inclusive, ao analisarmos a própria lei 11.343/06 podemos perceber que ela, em dois momentos distintos, faz menção ao princípio da alteridade, no seu artigo 4º, inciso I, e em seu artigo 22, inciso I.

Segundo o artigo 4º, inciso I: “São princípios do SISNAD: o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade”.

Já de acordo com o artigo 22, inciso I: “As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes, dois pontos, respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os

princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social”.

Assim, a própria lei traz a necessidade de se respeitar a autonomia e a liberdade do indivíduo, bem como a necessidade de se observar os direitos fundamentais da pessoa humana, demonstrando que visa proteger o bem jurídico de terceiros e não o consumo do próprio indivíduo.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em decisão no Habeas Corpus n.º 143.798 MC/SP, afirmou ser favorável à tese da inconstitucionalidade da posse de pequena quantidade de drogas para uso pessoal. A sua justificativa para esse entendimento foi tanto de caráter jurídico quanto prático.

Pelo lado prático, citou o fracasso da atual política de drogas, o alto custo do encarceramento e os prejuízos da política de proibição para a saúde pública. Juridicamente, para Barroso, a proibição fere o direito à privacidade, à autonomia individual e causa desproporcionalidade entre a severidade da punição e a conduta, que não afeta a esfera jurídica de terceiros.

Assim, mais uma vez, a defesa aqui realizada é no sentido de que o consumo pessoal de drogas, por se tratar de conduta que lesiona única e exclusivamente o próprio usuário, não lesionando o bem jurídico de terceiros, não pode ser considerado crime, impondo uma urgente medida descriminalizadora.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA LEI DE DROGAS

O princípio da insignificância ou da bagatela, como também é chamado, trazido por CLAUS ROXIN, é aquele que, resumidamente, determina que “comportamentos que produzam lesões insignificantes aos bens jurídicos tutelados pela norma penal devem ser considerados irrelevantes”.

A doutrina e a jurisprudência possuem o entendimento de que para a aplicação do princípio da insignificância é preciso preencher os seguintes requisitos: **(1)** a ofensividade mínima da conduta do agente; **(2)** a ausência de periculosidade social da ação; **(3)** o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e **(4)** a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

É possível encontrar no STJ e no STF a aplicação do princípio da insignificância no caso do consumo pessoal de drogas (art. 28 da Lei 11.343/06).

Nesse sentido, no Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.658.928 de São Paulo, o STJ decidiu que: “tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato”.

O STF também já entendeu pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em crimes de consumo pessoal de drogas, quando o agente foi flagrado com ínfima quantidade de drogas, conforme decisão proferida no habeas corpus n.º 110.478 de Santa Catarina.

CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

Apesar de a Lei 8.072/90 não definir o que é crime hediondo, apenas trazendo um rol dos crimes assim considerados, é possível extrair do dicionário que a palavra “hediondo” está descrita como algo sórdido, depravado, que provoca grande indignação moral, causando horror e repulsa.

De acordo com a legislação específica, os crimes hediondos (estabelecidos no artigo 1º) são insuscetíveis de anistia, graça, indulto ou fiança.

Além disso, há os crimes que são, por lei, equiparados aos crimes hediondos, como o tráfico ilícito de entorpecentes, a tortura e o terrorismo, aos quais se aplicam as mesmas regras dos crimes hediondos.

Interessante destacar que apesar de o artigo 2º, § 1º, estabeleça que o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, o STF já firmou o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena com base exclusivamente no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos).

Além do mais, a progressão de regime para pessoas condenadas nesses tipos de crimes só pode ocorrer após o cumprimento de dois quintos da pena, em caso de réus primários, e de três quintos, em caso de reincidentes, o que diferencia dos crimes comuns, cuja progressão é de 1/6, seja reincidente ou não.

Quanto a Lei 11.343/06, é importante que você saiba que de todos os crimes nela contidos apenas o tráfico de drogas, do artigo 33, é hediondo, sendo que os demais crimes não serão assim considerados, inclusive quando reconhecida a causa de diminuição conhecida como “tráfico privilegiado”.

DIFERENÇA ENTRE OS RITOS ORDINÁRIO E ESPECIAL (LEI DE DROGAS)

O primeiro ponto que chama atenção é quanto ao prazo para conclusão do inquérito policial, pois, enquanto no código de processo penal temos o prazo de 10 dias, se o indiciado estiver preso, e de 30 dias, caso esteja solto; de acordo com a lei de drogas os prazos serão de 30 ou 90 dias, caso esteja preso ou solto.

Outra diferença, ainda relacionada a prazos, é quanto ao prazo que o ministério público tem para oferecer a denúncia: de acordo com o código de processo penal, o prazo será de 5 dias no caso do réu estiver preso e de 15 dias, se solto. Já a Lei 11.343/03 estabelece o prazo único de 10 dias para que o ministério público ofereça a peça acusatória.

É necessário destacar, também, que a quantidade de testemunhas que podem ser arroladas variam conforme o rito empregado. No CPP há possibilidade de arrolar até 08 testemunhas e na lei de drogas apenas 05.

Uma das fases que mais diferem os ritos está no momento da decisão que recebe/rejeita a denúncia, visto que, pelo CPP, a denúncia será recebida logo após o seu oferecimento, oportunidade em que o réu será citado para se defender

Já na legislação especial, antes de receber a denúncia, o juiz determina a sua notificação para apresentação da defesa prévia e, somente após receberá a denúncia e designará a audiência.

Podemos destacar, também, como uma diferença entre os ritos, o nome da petição defensiva, eis que, no rito ordinário, o acusado apresenta resposta à acusação, pois a denúncia já foi recebida, e na lei de drogas deve apresentar defesa prévia, pois é realizada anteriormente ao recebimento da peça de acusação.

Finalmente, uma outra polêmica diferença está relacionada com o momento do interrogatório do réu, visto que a lei de drogas, ao contrário do CPP, estabelece que o réu será interrogado primeiro, antes das testemunhas.

Só que essa é uma questão que já foi decidida pelo STF e nós a abordaremos oportunamente no módulo 04, quando veremos que o interrogatório, mesmo se tratando de lei especial, será realizado conforme estabelece o Código de Processo Penal.