



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

RODRIGO VENÂNCIO DOS SANTOS CAMINHA

LEI 11.343/2006 ANTIDROGAS E A INCONSTITUCIONALIDADE DA
VEDAÇÃO DA CONVERSÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM
RESTRITIVAS DE DIREITO

Campina Grande – PB
2015

RODRIGO VENÂNCIO DOS SANTOS CAMINHA

LEI 11.343/2006 ANTIDROGAS E A INCONSTITUCIONALIDADE DA
VEDAÇÃO DA CONVERSÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM
RESTRITIVAS DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao programa de graduação
da Universidade Estadual da Paraíba –
UEPB, como requisito para elaboração
do Artigo de conclusão de curso.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Juliano
do Rego Feitosa

Campina Grande – PB
2015

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

C183l Caminha, Rodrigo Venancio dos Santos.
Lei 11.343/2006 antidrogas e a inconstitucionalidade da vedação da conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direito [manuscrito] / Rodrigo Venancio dos Santos Caminha. - 2015.
21 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2015.

"Orientação: Prof. Dr. Raimundo Juliano Rego Feitosa, Departamento de Direito Privado".

1. Inconstitucionalidade. 2. Princípios Constitucionais. 3. Lei 11.343/2006 Antifrogas I. Título.

21. ed. CDD 342

RODRIGO VENANCIO DOS SANTOS CAMINHA

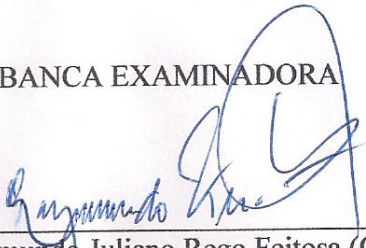
LEI 11.343/2006 ANTIDROGAS E A INCONSTITUCIONALIDADE DA
VEDAÇÃO DA CONVERSÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM
RESTRITIVAS DE DIREITO

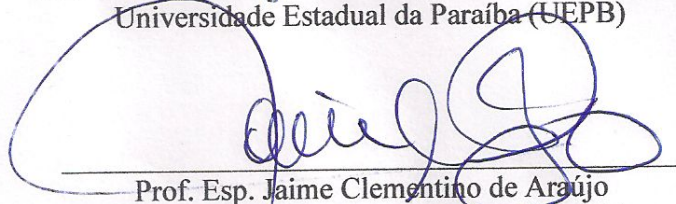
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao programa de graduação da Universidade
Estadual da Paraíba – UEPB, como requisito
para elaboração do Artigo de conclusão de
curso.

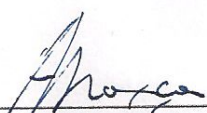
Área de concentração:.

Aprovada em: 18/06/2015

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Raimundo Juliano Rego Feitosa (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Amilton de França
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Aos meus filhos, que me dão coragem para seguir em frente , DEDICO.

AGRADECIMENTOS

À professora Cynara de Barros Costa, coordenadora do TCC, por sua compreensão.

Ao professor Raimundo Juliano Rego Feitosa pela paciência e leituras sugeridas ao longo dessa orientação.

A minha mãe e a minha avó Defa pelo apoio desde sempre, a minha avó Irene pela compreensão por minha ausência nas reuniões familiares.

Aos professores do Curso de Direito da UEPB, em especial, ao Professor Jaime Clementino , Professor Felix Araújo Neto, ao Professor Amilton de França que contribuíram ao longo desse cinco anos , por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos funcionários da UEPB, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

“(...) a toxicomania, além da deterioração pessoal que provoca, projeta-se como problema eminentemente social, quer como fator criminógeno, quer como enfraquecedora das forças laborativas do país, quer como deturpadora da consciência nacional” (GRECO FILHO, 1972, pág. 01).

SUMÁRIO

RESUMO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 FUNDAMENTAÇÃO TEORICA (ASPECTOS GERAIS DA LEI 11.343/2006 ANTIDROGAS)	11
3 DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITO	13
4 ANÁLISE DA INCONSTITUCIONABILIDADE	
4.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	15
5 INDECISÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44 e 33,§4º DA LEI ANTIDROGAS.....	17
6 IMPORTÂNCIA SOCIAL DA SUBSTITUIÇÃO DAS PPLs EM PRDs.....	20
7 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO.....	21
8 ABSTRACT	
9 REFERÊNCIAS.....	22

RESUMO

O presente artigo tem como objeto principal analisar o incidente de inconstitucionalidade ocorrido na lei 11.343/2006, a lei antidrogas, contido na expressa vedação da substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos dispostas no seus artigos 33,§4 e 44. Tem contudo, este trabalho, o objetivo geral de estudar a lei antidrogas e as disposições constitucionais acerca da referida vedação bem como observar o entendimento contraditório dos Tribunais até a Resolução 05 de 2012 do Senado Federal.

1- INTRODUÇÃO

Tão antigo quanto a própria humanidade é a tradição do consumo de drogas pela grande maioria dos povos e culturas, que muitas vezes buscavam nelas a nutrição física, remédios para cura de doenças, como também, buscavam explicações místicas espirituais para sua realidade.

No Brasil até o começo do século 20, não havia qualquer controle estatal sobre as drogas. Em 1921, surge em nossa legislação a primeira lei que restringia a utilização do ópio, morfina, heroína e cocaína. A maconha só foi proibida a partir de 1930. Mas, mesmo proibidas, as drogas continuaram a ser consumidas, aumentando o poder dos grupos de traficantes.

Em 21 de outubro de 1976 foi criada a lei de entorpecentes, 6.368, e trinta anos depois, em 2006, surgiu a nova lei antidrogas, a 11.343, tratando com mais prudência a questão do tráfico e uso de entorpecentes, uma vez que na dinâmica dessa questão social se faz necessário uma contínua e gradativa adequação legal.

Entre as mudanças e inovações materiais e processuais trazidas pela nova Lei se destacam a diferenciação entre o grande, o médio e o pequeno traficante; a criação de novos tipos penais; abordagem dos principais temas sociais relativos à questão das drogas, como a prevenção ao uso, a assistência e reinserção social do usuário e especialmente a eliminação da pena de prisão para este; penas mais rigorosas para quem reincide no narcotráfico, para quem o financia e adquire riquezas; além disso, implanta o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

Na tentativa de reprimir com maior rigor os crimes de tráfico de drogas, o art. 44 e o 33 §4 da Lei nº 11.343/2006 proibiu a conversão de penas privativas de liberdade em penas restritivas de direito, as chamadas “penas alternativas”.

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:

§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;¹

¹BRASIL. Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

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.

§2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI 4.274)

§3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem.¹

§ 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

....

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.¹

Podemos perceber que há um certo exagero nesta proibição da conversão de penas privativas em restritivas de direitos, que feriu o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena. Ou seja, reduz o poder do magistrado de aplicar a pena mais adequada em um caso concreto. Estes princípios tem importância imprescindível na aplicação da pena e em sua finalidade ressocializadora.

Essa questão chegou no Supremo Tribunal Federal e discutiu-se, exaustivamente sobre a constitucionalidade da proibição da substituição das penas de prisão e detenção em penas restritivas de direitos nos crime de tráfico de drogas, obviamente, quando forem atendidos os requisitos pessoais legais.

Conforme João José Leal e Rodrigo José Leal²:

[...] impedir que a pena reclusiva aplicada ao autor do crime de tráfico e objeto de causa de redução, venha a ser convertida em restritivas de direitos. [...] com a redução prevista no mencionado §4º, o condenado primário e de bons antecedentes pelo cometimento do crime descrito no art. 33, *caput*, ou nos seus incisos do §1º, poderá ter sua pena fixada num patamar mínimo de vinte meses. Mas a norma que autoriza a redução, contraditoriamente, não autoriza a conversão da pena em restritiva de direitos.

O fato que instigou este estudo foi o conflito de interpretações pelo Tribunais de Justiça de Santa Catarina e pelo Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da expressão que veda a substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direito da Lei Antidrogas. Isso causou certo desconforto jurídico entre as cortes que só foi solucionado com a entrada do Senado Federal no impasse, através da resolução 05 de 2012 que acompanhou o entendimento do Supremo. Declarando inconstitucionalidade da vedação da substituição das penas.

Para tanto, justifica-se, este estudo, pela importância de aprofundar o entendimento acerca da procedencia de inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos crimes de trafico de drogas e equiparados. Levando-se em conta o princípio constitucional da individualização da pena e o espírito desta nova lei em estudo pela não prisão nos crimes de pequena potencialidade e cometidos sem grave ameaça.

Assim mesmo é o entendimento de Gomes³:

Com a redução da pena privativa de liberdade ao *primário* e de *bons antecedentes*,

²LEAL, João Leal; LEAL, Rodrigo José. **Controle Penal das Drogas**: Estudo dos crimes descrito na 11.343/06, Curitiba: Juruá, 2010, p. 290.

³CUNHA, R. S.; GOMES, L. F. (Coord.). **Legislação Criminal Especial**: Drogas. Vol. 6. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 261-262 proibição essa repetida no art. 44 desta Lei.

preenchidos estariam todos os requisitos (objetivos e subjetivos) permissivos da substituição da reprimenda por restritiva de direitos (art. 43 e ss. do CP). Contudo, o mesmo §4.º logo vedou essa possibilidade, impedindo a “conversão” (*rectius*: substituição), Sempre questionamos a constitucionalidade desta vedação.

Além disso, sabemos que o sistema carcerário no Brasil, além de ter um custo enorme para a sociedade, não recupera nem educa mas são verdadeiras faculdades do crime, em contraposição à prestação de serviços a comunidade através de penas restritivas de direito na tentativa de obter melhor eficácia no cumprimento da pena e na ressocialização do condenado.

Temos então como o *objetivo geral*, apresentar no presente trabalho, os debates sobre a inconstitucionalidade da expressão “vedada a substituição em penas restritivas de direito” contidas nos artigos 33 § 4º e 44 a Lei antidrogas, a 11.343/06. Concomitantemente aos reflexos e repercussões oriundos de sua recente interpretação no meio social.

Como *objetivos específicos* buscaremos analisar os Princípios Constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito, bem como da inafastabilidade do poder-dever do juiz de julgar cada caso concreto e aplicação da pena mais adequada no âmbito da Lei 11.343/2006; Finalmente, discorreremos sobre a importância social da substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direito, no âmbito da Lei Antidrogas

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Aspectos gerais

No dia 23 de agosto 2006 foi publicada a nova Lei de Antidrogas, que revogou expressamente as leis 6.368/76 e 10.409/03, que antes, disciplinavam basicamente a questão do porte de drogas para uso e do tráfico de drogas (art. 75 da nova Lei de Drogas).

Essa antiga lei 6368/76, se tornou rapidamente inadequada para a nossa moderna sociedade, ferindo, muitas vezes, o princípio da dignidade da pessoa humana por ter pequenos traficantes tratados da mesma forma que financiadores ou grandes traficantes.

.No sentido de reparar esse desequilíbrio, a Lei n.º 11.343/2006 foi criada para disciplinar de forma mais justa as diferentes situações aplicadas ao usuário, ao pequeno, ao médio, ao grande traficante, punindo com penas de maior gravidade, os financiadores do tráfico.

Desta forma a Lei Antidrogas ficou dividida em duas grandes partes. Na primeira parte, a parte da prevenção, ficou abordada a figura do usuário ou dependente. A segunda parte, da repressão, trata da figura do traficante subdividindo-os em três categorias: o do que trafica ou que tenha aparato para o tráfico; o da pessoa que simplesmente oferece drogas a terceiros para consumirem juntos e, por fim, a figura do financiador.

Para o usuário, ocorreu uma *novatio legis in melius*, pois a lei nova é mais benéfica que a anterior. A nova lei não pune o usuário ou dependente com pena privativa de liberdade, até porque a pena carcerária nesses casos jamais atinge o seu objetivo, que é o da reinserção social. Dessa forma, as principais sanções são a prestação de serviços à comunidade e o comparecimento a programa ou curso educativo.

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.⁴

Do contrário, ao tráfico de drogas, ocorreu uma *novatio legis in pejus*. Inovando com a criação novas condutas típicas, das quais podemos destacar: a do traficante, a do incentivador (pequeno traficante), que na verdade, é aquele que simplesmente oferece drogas, sem o intuito de lucro, para consumir junto ; e do financiador, ou grande traficante, que teve a pena mínima aumentada para oito anos de reclusão, podendo chegar a vinte anos.

Outro grande observação faz a Lei antidrogas como aponta Clovis Alberto Volpi Filho⁵:

De mais a mais, a nova lei sancionada tratou de pôr fim a uma anomalia existente na antiga lei. Antes, o sujeito que cultivava uma planta de maconha para uso próprio poderia responder pelo crime de tráfico, pois essa conduta não diferenciava aquele que plantava para o tráfico daquele que cultivava para uso. Chegou-se a ponto de criar uma ponte invisível, ferindo o princípio da legalidade, tipificando tal conduta no art. 16, da Lei n. 6.368/76, justamente para harmonizar a conduta com a sanção. Passa-se, a partir da nova lei, a ter tipificação distinta. O sujeito que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, para consumo pessoal, não mais recebe pena privativa de liberdade (art. 28, § 1º, Lei Anti-Droga). Equiparou-se tal conduta à posse de drogas para consumo próprio.

No artigo 33, que trata da traficância, podemos observar que existem algumas modificações relevantes, uma é o aumento de sua pena mínima de três para cinco anos, como também o acréscimo da pena de multa .

Já no §2º do art. 33, trata-se de diferenciar aquele que de alguma forma induz, instiga ou auxilia alguém ao uso indevido de droga. A pena que na Lei 6368 era de reclusão de três a quinze anos passou a ser de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

Outra boa observação da nova lei (art. 33 § 3º) é a distinção daquele que oferece droga, sem intuito de lucro, eventualmente, e à pessoa de seu relacionamento para consumo compartilhado.

No §4º do art. 33 da lei antidrogas, foco do nosso estudo, temos uma interessante e coerente causa de diminuição das penas, o que não acontecia na lei anterior. Embora, de forma contraditória e inconstitucional, *veda expressamente a substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direito* mesmo que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Não é objetivo do trabalho esgotar este tema devido a sua amplitude e profundidade, porem, continuaremos discorrendo sobre os pontos relevante desta lei 11.343/06, para em seguida retomarmos o tema objetivo deste trabalho.

Os artigos 34 e 35 da lei 11.343, relativos respectivamente ao maquinário que concorre de alguma forma para a preparação, produção, fabricação ou transformação de droga; e à associação de indivíduos para fins de tráfico. A penalidade que antes era a mesma do trafico, agora é de detenção de 6 meses a um ano e a aplicação de multa de 700 a 1.500 dias-multa no primeiro caso e no segundo continuam com as mesmas penas definidas pela legislação anterior, porém com multas mais elevadas .

⁴BRASIL. Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>

⁵VOLPE FILHO, Clóvis Alberto. Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas. In: *Jus Navegandi*: <<http://jusnavegandi.com.br>> acesso em 07 de outubro de 2007

Mas uma das grandes modificações trazidas pela nova lei, que não era prevista na anterior, é a figura do financiador(art 36), que foi, pelo legislador, desta vez, considerado o maior criminoso na estrutura do tráfico. Sendo assim, o legislador optou pela aplicação da pena mais elevada neste crime. Isto porque, seu financiamento, concorre para o aumento ,em todos os sentidos, da criminalidade.

O art. 37, previu a figura do informante, que não era expressamente descrito pela norma anterior, aquele que colabora com grupo, organização ou associação destinada à prática de qualquer dos crimes previstos nesta lei. Seja qual for a forma do auxílio, desde de ir comprar embalagens para drogas, como dar um alarme no intuito de alertar os traficantes.

“pune o indivíduo que não ‘põe a mão na massa’, porém atua prestativamente para os crimes de tráfico ou preparação de drogas...”⁶ .

Os crimes previstos nos próximos artigos não terão tanta importância para este trabalho, visto que, eles *não são abrangidos pela vedação da substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos*, hora em estudo, pois, eles são excluídos desta vedação, além de terem penas mais leves. São eles os crimes de prescrever e ministrar, culposamente, drogas e conduzir embarcação ou aeronave após consumo de drogas, gerando risco em potencial.

Diante dessa breve exposição, podemos perceber que a nova lei respeita os princípios da nova política criminal, que visa punir com maior rigor condutas típicas relevantes e reinserir socialmente, aqueles que praticam condutas consideradas socialmente mais brandas.

Contudo, contrariando a filosofia da nova política criminal, esta lei, proibiu a substituição das penas privativas de liberdade em penas restritivas de direito. Logicamente, causou embaraço no mundo jurídico e nos Tribunais.

Art.44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos⁷

Com base nessa contradição legal vamos, no decorrer deste trabalho, expor de forma breve as discursos jurídicas e filosóficas em torno da dita vedação da substituição das penas privativas de liberdade em penas restritivas de direito

3 DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITO

Antes de começarmos esta análise faz-se necessário apresentar o conceito de pena que de forma simples pode ser compreendida como a sanção imposta pelo estado ao indivíduo que infringe a lei ou deixa de cumpri-la. Conforme ensina Mirabete⁸ :

[...] a pena é uma sanção aflictiva imposta pelo Estado, através a ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.

Todos sabemos que a pena privativa de liberdade não tem alcançado o seu principal objetivo social, que é a ressocialização do apenado. Aqueles que são submetidos a pena privativa de liberdade não encontram no cárcere a menor condição que possa conduzi-

⁶ PAGLIUCA, José Carlos G. Sumário penal e processual sobre a nova lei de Tóxicos. *Direito Net*. <<http://www.direitonet.com.br>> acesso em 03 de novembro de 2007.

⁷BRASIL. **Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>

⁸MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, arts. 1º a 120 do CP. 20ª ed. rev. e atual. até 1º de julho de 2003. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 246

los, quando postos em liberdade, a se tornarem cidadãos aptos a exercerem alguma profissão, para que seja úteis à sociedade, reduzindo de tal modo a possibilidade de reincidência.

Para entendermos melhor o tema em estudo, deveremos esclarecer o que são penas restritivas de direito e quais os requisitos legais para que estas possam substituir as penas privativas de liberdade.

A pena alternativa consistente na restrição ao exercício de direito que não a liberdade. As penas restritivas de direitos são autônomas e substitutivas, não podendo ser cumuladas com penas privativas de liberdade. Elas foram progressivamente introduzidas como uma alternativa à prisão. Teve ultimamente seu campo de atuação significativamente ampliado pela Lei 9.714/98.

Existem cinco espécies de Penas restritivas de direito segundo artigo 43 do Código Penal⁹

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

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

Mas para que seja possível a substituição das prisões em penas alternativas, o condenado deve preencher determinados requisitos objetivos e subjetivos, como por exemplo, a quantidade da pena que não pode ser superior a quatro anos em crime doloso; o crime não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; o réu não pode ser reincidente em crime doloso ou reincidente específico. O juiz até poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e, como já foi dito, a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

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

- I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
- II – o réu não for reincidente em crime doloso
- III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.¹⁰

Além disso, para que seja efetivada a substituição, deverão ser avaliadas a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, assim como os motivos e as circunstâncias do fato.

Como leciona Barros:¹¹

⁹BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>

¹⁰BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal

¹¹BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 999, p. 365.

“A prevenção geral atua antes mesmo da prática de qualquer infração penal, pois a simples cominação da pena conscientiza a coletividade do valor que o direito atribui ao bem jurídico tutelado. A prevenção especial e o caráter retributivo atuam durante as fases de imposição e execução da pena. Finalmente, o caráter reeducativo atua somente na fase de execução. Nesse momento, o escopo da pena é a ressocialização do condenado, isto é, reeducá-lo para que, no futuro, possa reintegrar ao convívio social, prevenindo, assim, a prática de novos crimes.”

Embora na antiga lei, 6.368, no caput do art.20 afirmava que “O procedimento dos crimes definidos nesta Lei rege-se-á pelo disposto neste capítulo, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal.” Dessa forma, seria possível a aplicação de penas Restritivas de Direitos nos termos do art. 43 do Código Penal. Já na Lei 11.343/06, o legislador foi mais severo em seu art. 44 onde veda a conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, contrariando o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo da nova lei antidrogas entrar em vigor, de que seria constitucional a referida substituição de penas.

4 ANALISE DA INCONSTITUCIONALIDADE

- **O princípio constitucional da individualização da pena** traz consigo como principal interesse o da reeducação e ressocialização do condenado. Para Tanto, a Constituição Federal veda a pena cruel, que poderia se enquadrar na pena que obrigatoriamente seria cumprida inteiramente em regime fechado, caracterizando crueldade, afrontando, desta forma, a garantia constitucional da individualização da pena. Por este princípio, a pena deve ser particularizada, evitando a padronização das sanções penais. A pena de cada crime deve variar de acordo com a personalidade do agente, bem como o meio de execução.

*Eis o que dispõe o art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal*¹²:

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

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

Deste modo, a substituição por penas restritivas de direito passa a ter como objetivo socialmente preventivo, a dignidade da pessoa humana.

Esclarece Silva (2012, p. 144): “[...] o legislador deve cominar aos delitos penas proporcionais, que sejam coerentes com a gravidade do injusto penal”.¹³

Conhecendo que todo ser humano dispõe de uma dignidade inerente (inciso III do art. 1º) é que a Carta Magna, garante e consagra o princípio da individualização da pena em seus dispositivo (incisos XLVII e XLIII do art.5º).

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
- b) de caráter perpétuo;*
- c) de trabalhos forçados*
- d) de banimento;*
- e) cruéis;*

¹². BRASIL.Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil.Brasília,DF:Senado, 1988

¹³SILVA, Igor Luis Pereira e.pro **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podium, 2012.

*XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;*¹⁴

Vale dizer que a garantia constitucional da individualização da pena consiste em dar a cada preso a chance de obter sucesso em sua reinserção social, sabendo-se que cada pessoa é um indivíduo complexo por sua natureza, bem como são suas ações criminosas. Devendo desta maneira ser as penalidades impostas observando o caráter individual e a conduta no caso concreto.

- **O princípio da proporcionalidade**, classificado por Glauco Barreira Magalhães Filho como o princípio dos princípios, pois, só através dele os demais princípios encontram a sua aplicabilidade e eficácia, na aplicação da pena, sendo esta razoável e justa para com o indivíduo, que seja proporcional ao delito e consiga se adequar a sua finalidade.

Explica Cristóvam¹⁵

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Mesmo que a Constituição não tenha esta previsão para o direito penal, este, é um princípio geral do direito, que completa as garantias constitucionais do Estado democrático de direito, da justiça e da dignidade da pessoa humana.

Deve-se verificar a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade da medida estatal para que esta atinja a sua finalidade. Deste modo, essa questão dos direitos fundamentais deve ser solucionada considerando-se o princípio da proporcionalidade. Portanto, devemos considerar, este princípio da proporcionalidade entre a quantidade e qualidade da prisão e o crime cometido.

Em matéria criminal, o princípio da proporcionalidade, também denominado de princípio da proibição do excesso, é muito utilizado para solucionar o conflito entre os princípios fundamentais.

- **O princípio da inafastabilidade da jurisdição** assegura ao cidadão a prestação do Poder Judiciário. A Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5º, inciso XXXV faz parte dos direitos e garantias fundamentais. Em poucas palavras é a possibilidade de provocar a prestação jurisdicional para garantir a tutela de direitos; “é um direito fundamental formal que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais” (CANOTILHO, 2003, p. 496).

Art. 5º *[omissis]*(...)

XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito¹⁶

[...] cabe ao juiz, na sentença, verificar a pertinência de eventual substituição da pena de prisão por outra pena alternativa [...]¹⁷

. A obrigação do magistrado não se limita à condução do processo, mas, também, garantir o provimento jurisdicional se dê conforme os valores socialmente aceitáveis.

¹⁴BRASIL.Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil.Brasília,DF:Senado, 1988.

¹⁵CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006. p211.

¹⁶BRASIL.Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil.Brasília,DF:Senado, 1988

¹⁷ GOMES Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 155.

Segundo esclarecimentos de Alexandre de MORAES:

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.¹⁸

A Constituição de 1988 trouxe uma inovação para o Direito brasileiro ao abraçar, de tal forma a ameaça a direito. Entendemos, também o inciso XXXV do artigo 5º da constituição abrange também as medidas cautelares ou antecipatórias destinadas à proteção do direito.

5 A INDECISÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44 e 33,§4º DA LEI ANTIDROGAS

No seu texto original, a lei admitia a redução da pena, mas proibia expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direito. Esta questão será examinada com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Num dos acórdãos do STF, ficou decretado que “*a regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, ocorrido sob a égide da Lei 6.368/76, desde que observados os requisitos objetivos e subjetivos, no caso concreto*”. Em outro acórdão a Corte Suprema entendeu que, diante da ausência de norma proibitiva expressa na Lei 8.072/90, era admissível “*a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente*”.

Este entendimento foi consumado antes da promulgação da atual Lei Antidrogas, pois, Lei 6.368/76 nunca previu nenhum tipo de redução da pena e, mesmo assim, o STF já tinha admitido o direito à conversão da pena de prisão em penas restritiva de direitos.

Com a entrada em vigor da nova Lei Antidrogas, o legislador vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contrariando o entendimento do Supremo.

Em seguidos acórdãos, ficou claro que a “jurisprudência do STF estava alinhada no com o cabimento da substituição em restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de drogas.

Como mostra a seguinte ementa:¹⁹

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

1.O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a

¹⁸MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1o à 5o da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência.** 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998, p. 197.

opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

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

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

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

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente.¹⁹

Esta decisão, prolatada em primeiro de setembro de 2010 declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, contida no parágrafo 4º, do art. 33, e art.44 da atual Lei Antidrogas. Na Ocasão, o ministro-relator Ayres Britto afirma que a lei ordinária não pode subtrair do juiz o poder-dever de impor ao condenado a pena mais acertada no caso concreto.

A respeito deste Julgamentos comentou Luiz Flavio Gomes:

O STF, finalmente, ao julgar no dia 1º de setembro de 2010 o HC 97.256, colocou uma pá de cal na discussão, reconhecendo a inconstitucionalidade da proibição em abstrato, devendo o juiz, aquilatando o caso concreto, decidir pelo cabimento ou não do benefício. Não pode o legislador substituir-se ao magistrado no desempenho de sua atividade jurisdicional. (LFG, Legislação Criminal Especial, 262)

Esclareceu-se, finalmente, que as penas restritivas de direitos são uma melhor opção para reduzir os efeitos maléficos e onerosos trazidos pelo cárcere, que não educa nem reabilita. Para STF, “ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso

¹⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 97.256/RS**. Habeas Corpus n. 2010/00097256, Relator: Ministro: Ayres Brito, julgado em 1º de setembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>

concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero”.

Já, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mesmo com as decisões do STF, continuou aplicando a vedação contida na lei 11.343, em seu artigo 33 §4º. Predominando, nas Câmaras deste tribunal o entendimento de que a proibição acima mencionada na Lei Antidrogas, não podia ser considerada inconstitucional, pois, é uma norma expressa de uma lei especial. Portanto, coerentes para reprimir este ato criminoso.

Justificando a posição assumida pelo Tribunal de Santa Catarina, a Primeira Câmara Criminal sustentou em acórdão unânime que o “precedente do STF pela inconstitucionalidade do citado dispositivo legal não possui efeito *erga omnes*”, principalmente, por ter sido adotado em face de texto legal expresso e em contrário. Este julgamento ocorreu em 14 de fevereiro de 2011. A Terceira Câmara Criminal acompanhou esta orientação e não reconheceu força na decisão do STF sobre a matéria. Ficou acertado pelo TJSC que em fase de dispositivo legal expresso vedando a conversão da penas privativas de liberdade em restritivas de direitos e, ainda, por se “tratar de declaração incidental de inconstitucionalidade”, não haveria obrigatoriedade dos Tribunais de segui a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como podemos ver no seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM BASE NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI 11.343/06. DISPOSIÇÃO DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO PLENÁRIO DO STF, EM CONTROLE INCIDENTAL. PRECEDENTES DAS DUAS TURMAS DO STJ NO MESMO SENTIDO. VEDAÇÃO LEGAL QUE, POR SI SÓ, NÃO PODE OBSTAR A BENESSE, QUANDO SATISFEITOS OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA." (HC 97256, rel. Min. Ayres Brito, Plenário, DJE 16/12/2010) AUSÊNCIA DE ANÁLISE EM PRIMEIRO GRAU DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O EXAME NESTA SEDE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE PARA QUE O JUIZ DA EXECUÇÃO APRECIE OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO.²⁰

Também, a Segunda Câmara Criminal do TJSC concorda com as demais e afirma que, “notadamente em face de que o crime de tráfico de drogas deve ser visto como um dos males que afetam a sociedade brasileira....o referido delito acaba por incentivar outros crimes, os quais, em sua maioria esmagadora, são frutos da consequência do odioso comércio de drogas”.

Como podemos perceber as câmaras criminais do TJSC formaram uma forte oposição ao entendimento do STF.

²⁰ESTADO DE SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 2011.000301-7 (Acórdão)**, de São José. Relator: Torres Marques. Julgado em 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000HWQW0000&nuSeqProcess>>

Porem a maioria dos doutrinadores defendiam a posição do Supremo Tribunal Federal, como podemos citar Gomes²¹:

A exemplo do que vimos no *sursis* (item 3), antes da Lei 11.464/2007, muito se discutia a possibilidade (ou não) da concessão de penas restritivas de direitos para crime hediondo ou equiparado. Para considerável parcela da doutrina, apesar de não haver proibição expressa, o regime integralmente fechado tornava inviável a concessão do benefício (proibição implícita). Essa discussão perdeu importância, vez que, hoje, com o advento da Lei 11.464/2007, o regime integral fechado foi abolido, desaparecendo com ele o ventilado óbice. Contudo, havendo na Lei 11.343/2006 a proibição expressa de restritiva de direitos em relação ao tráfico, nova discussão começa a ganhar força: é legítimo impedir o benefício *somente* para o tráfico, delito também equiparado a hediondo? O art. 44 da Lei 11.343/2006 não estaria tratando situações iguais de maneira desigual? Ainda que sedutora a tese da especialidade (lei especial derroga lei geral), parece-nos restringir a vedação das penas alternativas apenas ao crime de tráfico e ferir de morte o princípio da isonomia.²¹

Esse quadro de divergência jurisprudencial só foi solucionado no momento em que o Senado Federal cumpriu sua função constitucional (art. 52, inciso X, da CRFB) e decretou, com a resolução 05 de 15 de fevereiro de 2012, a suspensão de parte do parágrafo 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, mais precisamente a expressão : “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”.

Dispõe a aludida resolução, *in verbis*:

Faço saber que o Senado Federal aprovou, e eu, José Sarney, Presidente, nos termos do art. 48, inciso XXVIII, do Regimento Interno, promulgo a seguinte **R E S O L U Ç Ã O N º 5, DE 2012** *Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.*

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS. Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.

Senador JOSÉ SARNEY
Presidente do Senado Federal²²

Finalizando o dilema jurídico, eliminando os conflitos quanto a este dispositivo.

6 CONCLUSÃO: A IMPORTÂNCIA SOCIAL DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITO E SUA APLICAÇÃO NO CRIMES REFERIDOS NA LEI 11.343/2006

A grande maioria dos indivíduos que cometem crimes relacionados com drogas é de viciados, e portanto, doentes, que precisam de internação em clínicas especializadas. Como não existem clínicas especializadas para atender toda população, a melhor solução não será jamais jogar essas pessoas doentes nos cárceres brasileiros, pois só agravaria a situação.

²¹GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233-234.

²²BRASIL, Senado Federal. **Resolução n. 5 de 15 de fevereiro de 2012**. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=244829&norma=264613>.

Nesse sentido discorre Rogerio Greco:

Se a pena é um mal necessário, o Estado deve buscar aquela que seja mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, mas por outro lado não atinja de forma brutal a dignidade humana, observando o princípio da proporcionalidade.²³

Seria necessário encontrar uma alternativa para que a pena encontrasse a finalidade em si mesma, reeducando e ressocializando.

Podemos citar muitas vantagens na aplicação das penas restritivas de direitos. A primeira é a permanência do condenado junto à sua família, evitando o convívio dele com os outros condenados por crimes mais graves; A permanência do condenado em seu trabalho, evitando assim dificuldades materiais para a sua família; E o abrandamento da rejeição social.

Configura Greco:

Nos delitos mais graves é difícil encontrar uma pena que possa substituir a pena privativa de liberdade. Mais há casos, que seria de grande relevância a substituição da pena de prisão por outra pena alternativa, evitando que o delincente sofra os males que o sistema carcerário acarreta, assim evitando que o recluso que cometeu um pequeno delito, se misture com aqueles delinquentes perigosos.²⁴

Além de minimizar o problema da superlotação dos presídios e a crise que vive o sistema carcerário no Brasil.

Sabemos que o tráfico de drogas é crime equiparado a os crimes hediondos, e como tal é necessário que percebamos a complexidade deste delito como um crime em abstrato a saúde pública e intimamente ligado ao crime organizado. Mas existe dentro deste tipo penal uma infinidade de possibilidades concretas que o legislador jamais poderia prever objetivamente e que portanto, em hipótese alguma, poderia limitar o poder-dever do magistrado de analisar cada caso e aplicar a melhor reprimenda e a mais adequada que julgar na tentativa de vislumbrar a reabilitação e a ressocialização do pequeno traficante em sua primariedade penal específica.

7 METODOLOGIA

A nossa pesquisa quanto à forma de abordagem, será uma pesquisa qualitativa, através da análise e estudo da doutrina Constitucional e Penal, bem como artigos publicados referente ao tema, para que dessa maneira possamos trazer uma melhor sobre o problema das drogas na sociedade.

Em relação aos objetivos a nossa pesquisa será descritiva, pois iremos descrever e expor as principais mudanças da Lei 11.343/06, a sua aplicação no plano fático, expondo tudo o que lhe for peculiar, trazendo para discussão a sua repercussão no mundo jurídico.

O procedimento técnico adotado será através da pesquisa bibliográfica analisando a doutrina existente, bem como artigos de relevância acadêmica, e eventualmente com material encontrado na internet.

²³ GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, vol.I ,10ªed.Rio de Janeiro,2008,editora Impetus, p.528

²⁴ GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, volume I, 5ª ed. Rio de Janeiro, 2005, editora Impetus, p. 590

8 ABSTRACT

This article has as main objective to analyze the unconstitutionality incident in the law 11.343 / 2006, drug law, contained in the express seal replacement of deprivation of liberty in willing restrictive rights in its articles 33, § 4 and 44. It has however, this work, the general objective of studying the drug law and the constitutional provisions on the said fence and observe the contradictory understanding of the courts to Resolution 05 of 2012 of the Senate.

9 REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad
- LEAL, João Leal; LEAL, Rodrigo José. **Controle Penal das Drogas:** Estudo dos crimes descrito na 11.343/06, Curitiba: Juruá, 2010, p. 290.
- CUNHA, R. S.; GOMES, L. F. (Coord.). **Legislação Criminal Especial:** Drogas. Vol. 6. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 261-262.
- BRASIL. **Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>
- VOLPE FILHO, Clóvis Alberto. Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas. *In: Jus Navegandi:* <<http://jusnavegandi.com.br>> acesso em 07 de outubro de 2007.
- PAGLIUCA, José Carlos G. Sumário penal e processual sobre a nova lei de Tóxicos. *Direito Net.* <<http://www.direitonet.com.br>> acesso em 03 de novembro de 2007.
- BRASIL. **Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral, arts. 1º a 120 do CP. 20ª ed. rev. e atual. até 1º de julho de 2003. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 246.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal:** Parte Geral. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 999, p. 365.
- BRASIL. Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- SILVA, Igor Luis Pereira e. pro **Princípios Penais.** Salvador: Jus Podium, 2012.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 211.
- BRASIL. Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- GOMES Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 155.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral.**
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 97.256/RS** . Habeas Corpus n. 2010/00097256, Relator: Ministro: Ayres Brito, julgado em 1º de setembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>

²⁰ESTADO DE SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 2011.000301-7 (Acórdão)**, de São José. Relator: Torres Marques. Julgado em 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000HWQW0000&nuSeqProcess>

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233-234.

BRASIL, Senado Federal. **Resolução n. 5 de 15 de fevereiro de 2012**. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=244829&norma=264613>.

GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, vol.I, 10ªed.Rio de Janeiro,2008,editora Impetus, p.528

GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, volume I, 5º ed. Rio de Janeiro, 2005, editora Impetus, p. 590