



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

THALITA BIANCA SOUSA RABELO

**PROCESSO PENAL SIMBÓLICO E AUDIÊNCIA PRELIMINAR
NO CASO DE USUÁRIOS DE DROGA DA CIDADE DE SALVADOR:
PESQUISA EMPÍRICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

Salvador

2018

THALITA BIANCA SOUSA RABELO

**PROCESSO PENAL SIMBÓLICO E AUDIÊNCIA PRELIMINAR NO
CASO DE USUÁRIOS DE DROGA DA CIDADE DE SALVADOR:
PESQUISA EMPÍRICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Me. Thaize de Carvalho Correia

Salvador
2018

THALITA BIANCA SOUSA RABELO

**PROCESSO PENAL SIMBÓLICO E AUDIÊNCIA PRELIMINAR
NO CASO DE USUÁRIOS DE DROGA DA CIDADE DE SALVADOR:
PESQUISA EMPÍRICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em 26 de fevereiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Me. Thaize Correia de Carvalho (Orientadora)
Faculdade de Direito/UFBA

Prof. Dr. Fabiano Pimentel
Faculdade de Direito/UFBA

Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello
Faculdade de Direito/UFBA

RABELO, Thalita Bianca Sousa. **Processo penal simbólico e audiência preliminar no caso de usuários de drogas da cidade de Salvador: pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais**. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

Diante da política criminal de drogas proibicionista e extremamente repressiva que é adotada pelo Brasil, o usuário de drogas, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006), embora não possa ser punido com prisão privativa, é considerado um criminoso, sendo submetido às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, através de um procedimento penal na forma da Lei dos Juizados Especiais, pelo qual deve ser oferecida proposta de transação penal ao usuário de drogas. Contudo, na prática, esse processo penal aplicado é simbólico, uma vez que não segue o que é disposto pela Lei de Drogas e pela Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95), e sim o que é disposto em enunciados do FONAJE. Para investigar este contexto foi realizada uma pesquisa empírica nas Varas dos Juizados Especiais Criminais de Salvador e percebeu-se que a maior parte das transações penais são realizadas sem que o suposto autor do fato esteja acompanhado de um defensor, sendo aplicada a advertência na maior parte dos casos, sem que o usuário seja realmente advertido, bem como, com fulcro nos enunciados 115 e 124 do FONAJE, na maioria das Varas não é respeitada a inadmissibilidade de proposta de transação para aqueles que já foram beneficiados anteriormente, no prazo de cinco anos. Assim, foi possível concluir que ocorre um processo penal simbólico, uma vez que quase nunca é respeitado o direito de ampla defesa, tendo em vista a ausência de defensor, e também, ao seguir os referidos enunciados do FONAJE, um indivíduo pode todos os dias ser flagrado usando drogas e todos os dias ele pode realizar uma transação penal, sem gerar reincidência ou maus antecedentes e sem significar admissão de culpa. Diante disso, é sugerido que ou o uso de drogas seja descriminalizado ou o processo penal seja realizado seguindo as determinações da Lei de Drogas e da Lei dos Juizados Especiais.

Palavras-chave: Política criminal de drogas. Usuário de drogas. Audiência preliminar.

Processo penal simbólico.

RABELO, Thalita Bianca Sousa. **Symbolic criminal procedure and preliminary hearing in case of drug users of the city of salvador: empirical research in special criminal courts.** Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

In view of the prohibitionist and extremely repressive criminal drug policy adopted in Brazil, the drug user is considered a criminal, also according to the section 28 of the Drug Act (Law no. 11343 / 2006). Although, this kind of criminal can not be punished with custodial penalties, only being subjected to the penalties of warning about the effects of drugs, doing services to the community and an educational measure that consists in attendancing at an educacional program or course. It all must occur in consonance with a specific criminal procedure dictated by the Special Courts Act: it further includes a proposal of criminal transaction that must be offered to the drug user. However, in practice, this criminal procedure is symbolic, because it does not follow what is provided by the Drug Act and the Special Courts Act (Law no. 9099/95), but rather what is stated in FONAJE statements. To investigate this situation, an empirical research was carried out in several Special Criminal Courts of Salvador and it was noticed that most criminal transactions are completed without the alleged perpetrator being accompanied by a defender and the warning is applied, in most cases, without the drug user being really warned. Besides that, in the majority of Courts, the inadmissibility of proposing a transaction for those who have already been benefited by it in the past time of five years is not respected and it is done on the basis of the 115 and the 124 FONAJE statements. Therefore, it was possible to conclude that there is a symbolic criminal process, because the right to ample defense is almost never respected - in view of the absence of a defender - and also that, by following the FONAJE statements, even if an individual is caught using drugs each and every day, a criminal transaction can be offered to this person: recidivism or bad antecedents will not be caused by this fact and it will not mean as an admission of guilt. Considering this, it is suggested that either the drug use should be decriminalized or the criminal procedure should be carried out by following the provisions of the Drug Act and the Special Courts Act.

Keywords: Criminal drug policy. Drug user. Preliminary hearing. Symbolic criminal procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS.....	9
2.1 O PANORAMA HISTÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL.....	9
2.2 BREVE REFERÊNCIA HISTÓRICA DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL.....	15
2.3 – CARÁTER BÉLICO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E SEUS REFLEXOS.....	20
3 O TRATAMENTO LEGAL DESTINADO AOS IMPUTADOS PELO USO DE DROGAS.....	28
3.1 DEFINIÇÃO DE USUÁRIO DE DROGAS E ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006.....	28
3.2. PROCEDIMENTO PENAL A SER APLICADO.....	36
3.3. A FASE PRELIMINAR APLICADA AO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E OS ENUNCIADOS DO FONAJE.....	42
3.4 DADOS DA PESQUISA EMPÍRICA.....	50
3.4.1 1.ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 1.º JECrim Nazaré Matutino).....	50
3.4.2 2.ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 1.º JECrim Nazaré Vespertino).....	53
3.4.3 3.ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 2.º JECrim Itapuã Matutino).....	57
3.4.4 4.ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 2.º JECrim Itapuã Vespertino).....	58
3.4.5 5.ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 2.º JECrim Extensão Largo do Tanque Matutino – Atualmente localizado na Lapinha).....	60
3.4.6 6.ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 1.º JECrim Extensão Largo do Tanque Vespertino - Atualmente localizado na Lapinha).....	62
4 PROCESSO PENAL SIMBÓLICO.....	65
4.1 DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	65
4.2 DIREITO PENAL SIMBÓLICO E PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO.....	69

4.3 PROCESSO PENAL SIMBÓLICO E AS AUDIÊNCIAS PRELIMINARES DOS USUÁRIOS DE DROGAS.....	75
5 CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o tratamento legal destinado ao portador de drogas para consumo, tendo em vista a política criminal de drogas adotada pelo Brasil, dando um foco maior para as audiências preliminares e para o oferecimento de proposta de transação penal que ocorrem nesses casos envolvendo usuários de drogas, com o fim de verificar se o procedimento aplicado também sobre os reflexos do simbolismo penal. Para investigar este contexto, será realizada uma pesquisa empírica nas Varas dos Juizados Especiais Criminais de Salvador e também uma pesquisa bibliográfica para dar um embasamento teórico ao trabalho.

A pesquisa empírica consistirá no acompanhamento de audiências preliminares que envolvam aqueles que são imputados pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006), observando se os supostos autores dos fatos são assistidos por defesa, quais os requisitos exigidos para que o Ministério Público ofereça a transação penal, quais as medidas aplicadas e o que mais ocorrer de relevante.

Assim, pretende-se no primeiro capítulo abordar a política criminal de drogas brasileira, apresentando um panorama histórico no âmbito internacional, para tentar entender quando que começou a existir a proibição às drogas, e também uma breve referência histórica no âmbito nacional, demonstrando as mudanças legislativas que ocorreram até a vigência da atual Lei de Drogas, e, ao final, serão expostas algumas características e reflexos de tal política.

No segundo capítulo será feito um estudo acerca do tratamento legal destinado aos imputados pelo uso de drogas. Para tanto, inicialmente será apresentada uma definição de usuários de drogas e uma análise do artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006, seguida de um estudo acerca do procedimento penal que é aplicado nos casos que envolvem as condutas previstas no referido artigo, da fase preliminar que é realizada e dos enunciados editados pelo FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) que dispõem sobre os usuários de drogas. Nesse mesmo capítulo serão apresentados os dados colhidos na pesquisa empírica, com as observações que foram registradas.

No terceiro e último capítulo o assunto tratado será o simbolismo penal, começando com uma pesquisa bibliográfica acerca do direito penal e do direito processual penal, apontando qual a função de cada um, continuando com um estudo sobre o direito penal simbólico e o processo penal do espetáculo, mostrando os seus efeitos. E, por fim, com base em tudo o que foi exposto no decorrer do trabalho, será verificado se o processo penal aplicado aos usuários de drogas nos Juizados Especiais Criminais é efetivo ou apenas simbólico.

2 POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

O estudo de temas relacionados com a proibição de determinadas substâncias, por meio da inclusão destas à categoria de ilícitos, exige uma noção inicial acerca da política criminal proibicionista que é adotada pelo Brasil.

Para tanto, é preciso traçar o panorama histórico no âmbito internacional, passando pela Guerra do Ópio, pelas convenções da ONU, pela “guerra às drogas” declarada pelos Estados Unidos da América, para, então, entender como esse modelo foi construído e concretamente implementado. Outrossim, também é preciso fazer uma breve referência histórica da política criminal de drogas no âmbito nacional, analisando, perfunctoriamente, desde o que era disposto pelas Ordenações Filipinas até o que está previsto na atual Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006).

Da mesma forma, é importante verificar o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade, bem como perceber os seus inúmeros reflexos negativos, como o aumento de outras formas de criminalidade, o aumento de doenças, a superlotação carcerária, dentre outros. E, a partir da explanação de tais pontos, melhor será a análise de outros temas relacionados às drogas.

2.1 O PANORAMA HISTÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Política criminal é conceituada por Raúl Zaffaroni e José Pierangeli como “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”¹, ou seja, é a escolha do que deve ser penalmente protegido, seja um bem jurídico, um direito, uma conduta, e de como deve ser feita essa proteção.

No Brasil há uma intensa política criminal de drogas, visto que se escolheu criminalizar, através da Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006) a conduta de 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, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, dentre outras condutas².

1 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p 125.

2 Artigos 33 e seguintes. 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

Da mesma forma, pela legislação supracitada, em seu artigo 28, escolheu-se criminalizar os atos de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como, criminalizar as condutas de, para consumo pessoal, semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica³. Ou seja, criminalizou-se a produção, a distribuição, o comércio e o consumo de determinadas substâncias entorpecentes.

Essa política criminal de drogas do Brasil sofreu uma forte influência do combate às drogas que foi disseminado pelo mundo desde os séculos passados. De acordo com Salo de Carvalho, não há certeza quanto ao momento exato em que se iniciou a criminalização das drogas e quais as suas motivações, uma vez que essa questão envolve inúmeros aspectos de cunho religioso, moralista, econômico e político:

Em decorrência de se entender o processo de criminalização das drogas como produto eminentemente moralizador, incorporado à ideia de punição de opções pessoais e de proliferação de culpas e ressentimentos próprios das formações culturais judaico-cristãs ocidentais, a investigação procura apontar as descontinuidades dos discursos legitimadores das políticas proibicionistas. O problema de pesquisa, portanto, é relacionado ao campo retórico, às linguagens e aos demais elementos que compõem a criminalização, visto serem elementos de formação da subjetividade e construção da realidade e dos sintomas sociais.

[...]

A origem da criminalização (das drogas), portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente. Se o processo criminalizador é invariavelmente processo moralizador e normalizador, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável.⁴

Citando Tarso Araújo, Luís Carlos Valois traz que no século XVII o governo chinês começou a proibir algumas drogas, como o tabaco e o ópio. O tabaco foi o primeiro a ser proibido, tendo razões econômicas como justificativa oficial, pois o consumo de tabaco pela população desequilibrava a balança comercial chinesa. A pena estabelecida para os fumantes era a decapitação. Contudo, de nada adiantou essa proibição, uma vez que os chineses acabaram recorrendo ao ópio, que, posteriormente, também passou a ser proibido na China, o que fez com que surgisse a corrupção entre funcionários chineses que permitiram o fluxo ilegal da droga⁵.

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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

3 Ibid., artigo 28.

4 CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

5 VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. Ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2017, p. 36.

De acordo com Valois, mesmo com a proibição, a Inglaterra continuou a comercializar o ópio para os chineses através do contrabando de sua marinha mercante e da corrupção entre os funcionários que permitiam a entrada da droga na China⁶. Luciana Boiteux, ao tratar do tema, sustenta que a China intensificou a repressão ao tráfico de ópio, bloqueando a saída dos comerciantes estrangeiros e das cargas, chegando a prender um dos líderes dos comerciantes de ópio britânicos, o que culminou com a primeira Guerra do Ópio em 1839/1842 e com a segunda em 1856/1860⁷.

Ainda segundo Luciana Boiteux, depois das Guerras do Ópio, em 1909, foi realizada a Conferência de Xangai com o incentivo dos Estados Unidos da América, que já demonstravam o seu ideal proibicionista e apresentaram a proposta de limitar o comércio do ópio apenas para objetivos medicinais, a qual foi aceita por todos os treze países participantes e resultou na Convenção Internacional do Ópio, assinada em Haia, em 1912, visando o controle da produção e comércio das drogas narcóticas: ópio, opiáceos (morfina) e cocaína⁸.

Posteriormente, terminada Primeira Guerra Mundial, Luís Carlos Valois afirma que o Tratado de Versalhes criou a Liga das Nações como uma tentativa de promover a paz mundial, abrindo espaço para que as nações negociassem entre si, discutindo acerca de diversos assuntos de relações internacionais, evitando novos combates por meio da diplomacia. E, na sua primeira Assembleia, em 1920, foi criado o Comitê Consultivo sobre Tráfico de Ópio e outras Drogas Perigosas, com o objetivo de garantir a maior cooperação possível entre os países com relação ao problema, bem como assistir e assessorar o Conselho em qualquer outra questão surgida depois⁹.

Os EUA não fizeram parte da Liga das Nações Unidas, contudo, conforme conta Luís Carlos Valois, eles continuaram a exercer grande influência nos encontros e congressos sobre drogas, impondo o paradigma que o consumidor de droga é o problema menos relevante, bastando eliminar a produção para resolver o problema do consumo, visão esta que se mantém constante até os dias atuais, pelo menos para os norte-americanos, e foi uma das bases das guerras na América Latina¹⁰:

Importante ressaltar essa postura, pois, obviamente, é a que tem embasado a política norte-

6 Ibid., p. 37.

7 Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (doutorado); orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira -- São Paulo, 2006, p. 36.

8 BOITEUX, op. cit., p. 38.

9 VALOIS, op. cit., pp. 125 e 129/130.

10 Ibid., p. 133/134.

americana com relação à América Latina, permitindo a invasão de países, o controle policial direto ou dissimulado, vez que para eles a culpa pelo consumo de drogas naquele país é nossa, apesar de que todo nosso aparato policial, quando não treinado pelos EUA, age dentro de parâmetros militarizados criados no Norte.¹¹

Em 1924 e 1925, ainda conforme Luís Carlos Valois, citando William B. McAllister, em Genebra ocorreu o primeiro encontro da Liga das Nações: a Conferência Internacional do Ópio¹², que com o objetivo inicial de tratar do comércio de ópio na Ásia, acabou englobando a cocaína e a maconha como drogas a serem combatidas internacionalmente¹³. As negociações não foram fáceis, uma vez que muitos países tinham interesses comerciais na produção do ópio e outros, como era o caso dos EUA, queriam a produção da coca e do ópio apenas para fins científicos e medicinais, com uma redução de 10% ao ano, até a supressão absoluta¹⁴. Nas palavras de David F. Musto, segundo Luís Carlos Valois, os EUA abandonaram a Conferência, uma vez que não tiveram muito apoio, assim como os chineses fizeram¹⁵.

Conforme explica Valois, com esse abandono dos norte-americanos, a Liga das Nações Unidas desejava ter um representante dos EUA, e assim foi feito¹⁶. Citando Richard Davenport-Hines, ele explica, também, que em 1931 um representante norte-americano apresentou ao grupo a ideia de que as drogas deveriam ser consideradas perigosas até que fosse provado o contrário¹⁷, e, aos poucos, muitos países foram se aliando à política repressiva dos EUA, avaliando que o ganho político derivado dessa aliança compensaria todas as perdas econômicas¹⁸.

Dessa maneira, de acordo com Luciana Boiteux, nesse mesmo ano, 1931, foi realizada a Convenção para Limitar a Manufatura e Regular a Distribuição de Narcóticos, em Genebra. Em tal convenção foi declarado que os países deveriam limitar a manufatura de drogas narcóticas apenas para as necessidades médicas e científicas, com a exportação dentro do limite legítimo do país importador, bem como regular sua distribuição¹⁹, e, assim, Luís Carlos Valois expõe que os participantes do encontro entenderam que sem o excesso de produção, o tráfico ilícito também seria

11 Ibid., p. 134/135.

12 Ibid., p. 138.

13 VALOIS, op. cit., p. 142.

14 Ibid., p. 149/150.

15 Ibid., p. 152.

16 Ibid., p. 156.

17 Ibid., p. 157.

18 Ibid., p. 157.

19 BOITEUX, op. cit., p. 39.

combatido²⁰, e, citando Chatterjee, traz que dentre as medidas estavam que os países deveriam criar um órgão especial destinado a regular, controlar e supervisionar o comércio de drogas, organizar campanhas contra as drogas e prestar informações sobre tudo que envolvesse o tráfico ilícito²¹. Os EUA se mostraram exageradamente engajados no combate às drogas, como bem colocou Luís Carlos Valois:

Os EUA também fizeram registrar, aparentemente de forma desnecessária, que se reservavam o direito de impor nacionalmente medidas mais severas do que aquelas recomendadas pela Convenção. E, no contexto de uma Convenção, em que a repressão ao comércio de drogas é medida humanitária, esta outra reserva norte-americana dá aparência de criar uma cerca corrida humanitária, ou seja, quanto mais se reprimir, prender, encarcerar em nome da supressão da droga tida como ilícita, mais se considerará humano. Maior distorção da realidade impossível²².

Segundo Luciana Boiteux, em Genebra, em 1936, ocorreu a assinatura de mais uma convenção que entrou em vigor em 1939, e tinha como objetivo específico a extinção do tráfico ilícito de drogas perigosas, com o compromisso das partes efetivarem as medidas necessárias para prevenir a impunidade de traficantes e facilitar a extradição por crimes de tráfico²³.

Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial, houve a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), objetivando a manutenção da paz mundial do pós-guerra, contribuindo, também, na consolidação da política criminal de drogas no mundo, realizando grandes encontros e discussões acerca das medidas repressivas, concretizando a imposição da criminalização das drogas. Ao tratar desse tema, Luís Carlos Valois faz algumas críticas aos EUA, afirmando que o país via na ONU uma grande oportunidade para disseminar para todo o mundo a sua estratégia proibicionista para acabar com as drogas, pois os norte-americanos acreditavam que o objetivo ainda não havia sido alcançado porque nem todos os países adotaram a sua estratégia. O autor finaliza a sua crítica dizendo:

Os EUA pretendiam que sua doutrina se alastrasse, o rigor, a repressão do proibicionismo, sem fazer referência ao fato de que eles, os próprios norte-americanos, eram os principais consumidores das drogas a serem proibidas. Neste ponto a guerra às drogas, do ponto de vista internacional, comandada pelos EUA, revela sua característica mais neurótica.²⁴

Segundo Maria Lúcia Karam, a ONU promoveu três importantes convenções sobre o controle de drogas, responsáveis pelas diretrizes criminalizadoras das drogas, que foram adotadas

20 VALOIS, op. cit., p. 160.

21 Ibid., p. 161.

22 VALOIS, op. cit., p. 168/169.

23 BOITEUX, op. cit., p. 39.

24 VALOIS, op. cit., p. 236.

por diversos países, quais sejam: Convenção Única sobre Entorpecentes, 1961 (emendada em 1972); Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, 1971 e; Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 1988²⁵.

Luciana Boiteux apresenta que a primeira convenção, denominada Convenção Única sobre Entorpecentes, realizada em Nova Iorque, em 1961, estabeleceu um largo sistema internacional de controle e determinou uma cooperação internacional, onde cada Estado signatário seria responsável por colocar em prática as medidas previstas, incluindo-as em suas legislações nacionais, controlando a produção, a distribuição e o comércio de drogas, e proibiu, expressamente, o fumo e a ingestão de ópio, assim como o simples mastigamento da folha de coca e o uso não médico da cannabis, o que demonstra a radicalização do controle, uma vez que objetivava a total eliminação do consumo e da produção de determinadas substâncias, inclusive algumas que eram consumidas há milênios por tribos nativas da América Latina, desprezando a diversidade cultural dos povos²⁶.

Em 1971, em Viena, segundo Luciana Boiteux, houve a Conferência sobre Substâncias Psicotrópicas, que incluiu as drogas psicotrópicas no rol das substâncias proibidas, pois nesse rol, até então, só constavam as drogas narcóticas: opiáceos, cannabis e cocaína. Além disso, as substâncias com sedativos hipnóticos e tranquilizantes foram submetidas a controle internacional²⁷.

Maria Lúcia Karam destaca que em 1971, Richard Nixon, o então presidente dos Estados Unidos da América, declarava uma “guerra às drogas”, que logo se expandia para o mundo, demonstrando o caráter bélico da criminalização²⁸. Luciana Boiteux complementa dizendo que o referido presidente colocou as substâncias ilícitas como inimigas número 1 da América, aumentando as ações repressivas dentro e fora do país, com o uso de um discurso radicalizado, pregando, inclusive, a militarização do combate às drogas²⁹.

A autora retrocitada concluiu que, contudo, todo o dinheiro investido na repressão, na destruição de cultivos, na compra de armas, no fortalecimento das polícias, na construção de penitenciárias, nas operações internacionais na América do Sul, no combate militar ao traficante colombiano, não serviu para que, até hoje, essas medidas norte-americanas alcançassem os efeitos

25 KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais**, 2011, p. 4: disponível em <http://www.observasmjc.uff.br/psm/index.php/busca/formulario_completo/461>. Acesso em 20/01/2018.

26 BOITEUX, op. cit., p. 39/40.

27 Ibid., p. 40.

28 KARAM, op. cit., p. 4.

29 BOITEUX, op. cit., p. 54/55.

desejados, uma vez que foi detectado um contínuo aumento da demanda e oferta de drogas.³⁰

Em 1988 a ONU realizou a sua terceira convenção, que ocorreu em Viena, denominada Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, na qual, segundo Luís Carlos Valois, os Estados Unidos buscavam legitimar os meios de intervenção usados, agravando as medidas repressivas, construindo a ideia de que as drogas deveriam ser combatidas com guerra, criminalização, encarceramento, tendo como objetivo principal o combate ao tráfico internacional de drogas. Conclui que, pela primeira vez, a posse para o consumo foi criminalizada, em seu artigo 3.º, item 2³¹.

Toda essa trajetória transnacional referente ao tema de tráfico e uso de drogas, serviu para que diversos países criassem campanhas contra as drogas, como a política criminal de drogas adotada pelo Brasil. Rosa Del Olmo nos traz que embora esses tratados internacionais não fossem obrigatórios, eles eram um meio de pressão para que os Estados signatários seguissem as diretrizes apontadas por eles³².

2.2 BREVE REFERÊNCIA HISTÓRICA DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

Conforme explica Salo de Carvalho, o primeiro registro que se tem no Brasil, acerca da criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes, está nas Ordenações Filipinas que punia o uso, o porte e o comércio ilegal de drogas com a perda da fazenda e deportação para a África³³. O texto era o seguinte:

Livro V

Título LXXXIX.

Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda nem outro material venenoso.

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimao, nem água delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza algumas das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar, e seja degredado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios.

30 BOITEUX, op. cit., p. 54/55

31 VALOIS, op. cit., p. 290/292.

32 DEL OLMO, Rosa. **A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas**. Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12. p. 66, 2. sem 2002.

33 CARVALHO, op. cit., p. 10.

1. E os Boticarios as não vendão, nem despendão, se não com Officiaes, que por razão de seus Officios as não mister, sendo porem Officiaes conhecidos per elles, e taes, de que se presume que as não darão à outras pessoas, E os ditos Officiaes as não darão, nem a venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja, segundo o dano for.

2. E os Boticarios poderão metter em suas mezinhas os ditos materiaes, segundo pelos Médicos, Cirurgiões, e Escritores for mandada. E fazendo o contrario, ou vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiaes conhecidos, pola primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir. E pela segunda haverão mais qualquer pena, que houvermos por bem³⁴.

Em 1830, depois das Ordenações Filipinas, entrou em vigor a primeira codificação criminal no Brasil, o Código Penal Brasileiro do Império, que nada falava acerca da proibição do consumo ou comércio de entorpecentes. Somente em 1890, com a Codificação da República é que o assunto voltou a tona, conforme informa Salo de Carvalho:

Com a edição do Código de 1890, passou-se a regulamentar os crimes contra a saúde pública, previsão que encontrou guarita no Título III da Parte Especial (Dos Crimes contra a Tranqüilidade Pública). Juntamente com a incriminação do exercício irregular da medicina (art. 156); da prática da magia e do espiritismo (art. 157); do curandeirismo (art. 158); do emprego de medicamentos alterados (art. 160); do envenenamento das fontes públicas (art. 161); da corrupção da água potável (art. 162); da alteração de substâncias destinadas à alimentação (art. 163); e da exposição de alimentos alterados ou falsificados (art. 164), o artigo 159 previa como delito “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”, submetendo o infrator à pena de multa³⁵.

Salo continua explicando que, posteriormente, no início do século XX, tendo em vista o aumento do consumo de drogas, principalmente de ópio, inúmeros países passaram a discutir acerca das drogas, com o objetivo de regulamentar o uso e a venda de tais substâncias. Assim, no Brasil, a Consolidação das Leis Penais de dezembro de 1932, tornou mais complexa a conduta que era disciplinada no artigo 159, do Código da República de 1890, acrescentando 12 (doze) parágrafos, trazendo uma pluralidade de verbos, com previsão de penas privativas de liberdade e multas, o que demonstrava os novos rumos da política repressiva contra as drogas³⁶.

No final da década de trinta, ainda segundo Salo de Carvalho, a política criminal de drogas no Brasil firmou o seu caráter repressivo, com a edição do Decreto n.º 780/36, modificado pelo Decreto n.º 2.953/38³⁷, o qual, conforme aponta Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, criou a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes do Ministério da Saúde (CONFEN), órgão

34 **Ordenações Filipinas**. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 20/01/2018.

35 CARVALHO, op. cit., p. 12.

36 CARVALHO, op. cit., p. 12.

37 Ibid., p. 8.

responsável por orientar e disciplinar a fiscalização e o controle das substâncias ilícitas, reprimindo o tráfico e o uso proibido. Era também o órgão consultivo do Ministério da Saúde que orientava o Governo nas relações com a ONU e outras Nações, para que as convenções e as conferências internacionais fossem cumpridas³⁸.

Em 1938, de acordo com Salo de Carvalho, conforme o disposto pela Convenção de Genebra de 1936, foi elaborado o Decreto-Lei n.º 891 que regulamenta a produção, o tráfico e o consumo de drogas, proibindo inúmeras substâncias que são consideradas entorpecentes, cumprindo o que havia sido acordado em tratados internacionais^{39 40}.

Em 1940, com a entrada em vigor do Código Penal, a matéria foi recodificada, prevendo em seu artigo 281 o delito de “Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar ao consumo substância entorpecente”⁴¹. Posteriormente, segundo Salo de Carvalho, com o Decreto-Lei 4.720/42 e com a Lei 4.451/64 foram acrescentadas ao dispositivo, respectivamente, as condutas cultivar e plantar. De acordo com tal autor, foi nessa década de 40 que surgiu a política proibicionista sistematizada, trazendo um modelo com as etapas da criminalização primária e da criminalização secundária⁴².

38 GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

39 CARVALHO, op. cit., p. 12.

40 BRASIL. Decreto-Lei No 891, de 25 de nov. de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 25 de nov. de 1938. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

Artigo 33 - Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$000 a 5:000\$000.

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

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

§ 3º Sendo médico, cirurgião dentista ou veterinário o infrator - pena: de tres a dez anos de prisão celular, multa de 3:000\$000 a 10:000\$000 além da suspensão do exercício profissional de quatro a dez anos.

41 BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dez. de 1940**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 07 de dez. de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 20.01.2018.

42 CARVALHO, op. cit., p. 13.

Salo de Carvalho destaca que na década de 60, o Brasil passou pelo movimento de contracultura, envolvendo movimentos sociais de contestação às normas e aos valores vigentes na época. Esse movimento era difundido principalmente entre os jovens, sendo que estes usavam a arte, a música e as drogas entorpecentes como meios de protesto, de defesa da liberdade, o que fez com que o consumo de drogas aumentasse e o combate fosse intensificado, ultrapassando barreiras nacionais, e os países tinham o problema das drogas como de todos, entendendo que deveria ser combatido com uma cooperação global, de forma que, em 1961, a Convenção Única sobre Estupefacientes foi aprovada em Nova Iorque e promulgada no Brasil em 1964, pelo Decreto n.º 54.216⁴³.

Foi nesse período que, de acordo Rosa Del Olmo, surgiam as drogas psicodélicas como o LSD, e, também, houve um aumento drástico do consumo de maconha entre os jovens de classe média e alta⁴⁴. Salo de Carvalho aponta as consequências desse aumento do consumo:

Passa a ser gestado, neste incipiente momento de criação de instrumentos totalizantes de repressão, o modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a ideologia de diferenciação. A principal característica deste discurso é traçar nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente. Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo criminoso do corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitária em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo da dependência⁴⁵.

Seguindo essa linha internacional, Salo de Carvalho aponta a substancial mudança na legislação brasileira, por meio da publicação do Decreto-Lei 385/68, que modificou o artigo 281, do Código Penal, e a punição, que era exclusiva do comerciante de drogas, passou a abranger os consumidores, sendo estes criminalizados com pena idêntica à imposta ao traficante. O autor continua explicando que três anos depois, em 1971, com a Lei n.º 5.726/71, a matéria relacionada ao combate às drogas foi descodificada, e, conforme as orientações internacionais, redefiniu as técnicas repressivas e as hipóteses de criminalização, mas continuou a punir o usuário da mesma forma que o traficante⁴⁶, com pena, nas lições de Ney Fayet de Souza, citado por Salo de Carvalho, de 1 (um) a 6 (seis) anos, e multa⁴⁷.

Posteriormente, segundo Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, a Lei n.º 6.368/76 revogou a Lei n.º 5.726/71, com exceção do seu artigo 22, que regulava o procedimento sumário de

43 Ibid., pp. 14/15.

44 DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoní. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 33.

45 CARVALHO, op. cit., p. 16.

46 CARVALHO, op. cit., pp. 17/18.

47 Ibid., p. 19

expulsão de estrangeiro que tivesse praticado crime de tráfico de entorpecentes⁴⁸, e evidenciou a dicotomia entre consumidor e traficante, sendo o primeiro considerado um doente que deve ser tratado e o segundo um delinquente que deve sofrer repressão⁴⁹. A pena mínima e máxima para a conduta de tráfico de drogas passou a ser maior (reclusão de 03 a 15 anos), com a possibilidade de diversas causas especiais de aumento⁵⁰.

Em 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição Federal, segundo Luciana Boiteux, foi possível perceber um endurecimento das penas ao definir o crime hediondo, fazendo com que diversas leis fossem editadas, criando novos tipos penais, reduzindo algumas garantias processuais, como por exemplo a Lei dos Crimes Hediondos, nº. 8.072/90, que equiparou o delito de tráfico de entorpecentes a esse rol⁵¹, fazendo com que este crime tenha uma repressão maior do que outros crimes, por exemplo, a pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, sendo que a progressão de regime dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, e a prisão temporária terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade⁵².

Em 2002, quando a Lei nº 6.368/76 já tinha cerca de 25 anos de vigência, entrou em vigor da Lei nº. 10.409, alvo de diversas críticas, pois, segundo o autor Renato Marcão, foi uma lei que teve um projeto que tramitou desde 1991, e mesmo assim adotou uma sistemática confusa, pouco técnica, que geraria diversas discussões, o que fez com que a lei anterior não fosse revogada, assim, as Leis 6.368/76 e 10.409/02 foram vigentes ao mesmo tempo, até o advento da Lei nº. 11.343, de agosto de 2006:

Estamos diante de uma Lei que, a pretexto de melhorar a antiga sistemática da Lei 6.368/76 não a revogou. Não define crimes; estabelece um procedimento que não se aplica a nenhuma hipótese, a nenhum delito; não trata de inúmeras questões inevitáveis, que permanecem regidas pela Lei 6.368/76, como as pertinentes à semi-imputabilidade e inimputabilidade, tratadas nos arts. 19 e 29 do Diploma que se pretendeu minimizar como superado.

Além de não ajudar na prevenção e repressão dos crimes envolvendo produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, a Nova Lei só veio tumultuar ainda mais a questão e proporcionar mais impunidade⁵³.

48 GRECO FILHO, op. cit., p. 5.

49 CARVALHO, op. cit., p. 23.

50 Ibid., pp. 23/24.

51 BOITEUX, op. cit, p. 39.

52 Artigo 2.º: BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de jul. de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

53 MARCÃO, Renato. **Anotações pontuais sobre a Lei nº 10.409/2002 (nova lei anti-tóxicos). Procedimentos e instrução criminal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2712>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

Por fim, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi trazem que em 2006 foi promulgada a Lei n.º 11.343/2006, vigente até os dias atuais, que revogou as duas leis anteriores⁵⁴, e, segundo Salo de Carvalho, equiparou a importância dos tratamentos penais entre traficante e usuário, patologizando este e aplicando àquele um rigoroso regime punitivo, com penas restritivas de liberdade fixadas entre 05 (cinco) e 15 (quinze) anos.⁵⁵

Depois de toda essa breve explanação acerca da Política Criminal de Drogas no Brasil, partindo das Ordenações Filipinas, que tiveram vigência no Brasil entre 1603 e 1830, até a atual Lei n.º 11.343, de agosto de 2006, é possível verificar uma diversidade de alterações legislativas.

Isso se deve à tentativa de acompanhar as determinações internacionais para combater as drogas. Uma vez que, conforme Rosa Del Olmo, a questão referente às drogas foram se tornando cada vez mais complexas e, assim, surgiram inúmeras convenções internacionais, fazendo com que as legislações nacionais, de acordo com as suas diferenças locais, fossem se adequando conforme os novos tratados internacionais que iam surgindo⁵⁶.

2.3 – CARÁTER BÉLICO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E SEUS REFLEXOS

No Brasil, segundo Salo de Carvalho, há uma política criminal de drogas com uma configuração belicista, seguindo um sistema repressivo com diretrizes impostas mundialmente pelas convenções internacionais⁵⁷. Essa política concentrou-se na repressão, sendo extremamente proibicionista, tratando o traficante de drogas como um grande inimigo do Estado, que faz parte de uma organização criminal e que precisa ser eliminado⁵⁸, como numa verdadeira guerra. Um exemplo disso é a participação das Forças Armadas na repressão do tráfico de drogas, principalmente em inúmeras comunidades do Rio de Janeiro.

Salo de Carvalho⁵⁹ traz outro exemplo que demonstra esse caráter bélico do combate às drogas, qual seja, o Decreto n.º 5144/2004⁶⁰, que trata dos procedimentos a serem seguidos com

54 GRECO FILHO, op. cit, p. 6.

55 CARVALHO, op. cit., p. 72.

56 DEL OLMO, op. cit., p. 66.

57 CARVALHO, op. cit., p. 3.

58 CARVALHO, *ibid.*, p. 23.

59 *Ibid.*, p. 69.

60 BRASIL. **Decreto nº 5.144, de 16 de Jul. de 2004.** Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou

relação a aeronaves suspeitas⁶¹ de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, dispondo que essas aeronaves estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, com o objetivo de compelir a aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e, caso ela não atenda a esses procedimentos coercitivos, estará sujeita à medida de destruição por meio de disparos de tiros. Ou seja, nesse caso, os suspeitos de estarem traficando drogas poderão receber pena de morte sem o devido processo legal, sem respeito aos princípios humanitários.

O autor Eugenio Raúl Zaffaroni chegou a comparar essa política criminal de droga empregada no Brasil e do restante da América Latina com a política criminal empregada contra o terrorismo e a subversão:

Nos anos 80 do século passado, toda a região sancionou *leis antidroga* muito parecidas, em geral por pressão da agência estadunidense especializada, configurando uma legislação penal de exceção análoga a que antes havia sido empregada contra o *terrorismo* e a *subversão*. Estas leis, que em sua maioria permanecem em vigor, violaram o princípio da legalidade, multiplicaram verbos conforme a técnica legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconheceram o princípio da ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, apenaram enfermos e tóxico-dependentes etc. (grifos do autor).⁶²

Segundo Salo de Carvalho, o Brasil passou a adotar esse modelo repressivo militarizado a partir da Ditadura Militar, em 1964, tendo como base a ideia de parar os inimigos de alguma maneira, sendo estes divididos em inimigo interno político (subversivo) e inimigo interno político-criminal (traficante)⁶³. Nilo Batista sustenta, ademais, que 1964 foi o ano escolhido como o divisor entre o modelo sanitário e o modelo bélico de política criminal para as drogas, pois o golpe de estado ocorrido nessa época criou as condições perfeitas para que esse modelo bélico fosse implantado⁶⁴.

Tendo este caráter bélico, a política criminal de drogas viola alguns princípios fundamentais, como assinala Maria Lúcia Karam: o princípio da isonomia é violado a partir do

suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de jul. de 2004 . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

61 Segundo o art. 2.º do Decreto 5.144/04, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que adentrar o território nacional, sem Plano de Voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

62 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 52.

63 CARVALHO, op. cit., p. 24.

64 BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 20. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 1997, p. 137.

momento em que há uma distinção arbitrária entre substâncias lícitas (álcool, tabaco, cafeína, etc.) e ilícitas (maconha, cocaína, heroína, etc.), sendo que todas podem causar dependência e doenças, mais a depender da forma como quem as usa se relaciona com elas do que de sua própria composição; também há uma violação à exigência de ofensividade da conduta proibida, visto que criminalizam a mera posse daquelas substâncias e sua negociação entre adultos, sem que haja vítimas e ofensa relevante a um bem jurídico alheio⁶⁵.

Por fim, a autora retrocitada traz que a crescente repressão faz com que sejam adotadas regras penais e processuais mais rigorosas contra as condutas relacionadas às drogas, desrespeitando diversos princípios das declarações internacionais de direitos humanos e constituições democráticas⁶⁶.

Contudo, todo esse proibicionismo de guerra não foi e não está sendo suficiente para acabar com as drogas, pois, assim como a repressão foi impulsionada cada vez mais, os produtores, comerciantes e usuários das drogas também foram se adaptando. Os produtores aumentaram a variedade de substâncias entorpecentes proibidas, algumas elaboradas de forma mais fácil, com baixo custo, mas ainda mais potentes e tóxicas, e os comerciantes inovaram nas vendas, uma vez que, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC) estimou, em 2014, que eles estão usando cada vez mais as redes de comunicação, por meio da “darknet”, que são redes secretas de comunicação, acessíveis somente por softwares específicos, que permite aos usuários comprar drogas anonimamente por meio de moedas criptografadas, como o “bitcoin”⁶⁷.

Ademais, outra prova de que a política criminal contra as drogas não atingiu o seu objetivo, está também nos relatórios do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), através da divulgação de dados noticiando que em 2017 a produção de ópio no Afeganistão teve um aumento de 87% se comparado ao ano anterior, assim como a área de cultivo da papoula também aumentou 63%.⁶⁸ Esses aumentos geram crescimento na qualidade e no preço da heroína, fazendo com que consumidores de todo o mundo sejam alcançados, inclusive no Brasil.

Os relatórios demonstraram ainda, por meio de informações do Projeto Sistema Integrado de Monitoramento de Cultivos Ilícitos (SIMCI), que na Colômbia houve um aumento de 52% na área

65 KARAM, op. cit., p. 4-8:, 2011.

66 KARAM, op. cit., p. 8, 2011.

67 Organização das Nações Unidas – Brasil. **Drogas causam transtornos a 0,6% da população adulta global, diz agência da ONU**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/drogas-causam-transtornos-a-06-da-populacao-adulta-global-diz-agencia-da-onu/>>. Acesso em 30/01/2018.

68 Organização das Nações Unidas – Brasil. **Produção de ópio no Afeganistão tem aumento de 87% este ano**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/producao-de-opio-no-afeganistao-tem-aumento-de-87-este-ano/>> Acesso em 30/01/2018.

de cultivo de coca – de 96 mil hectares em 2015 para 146 mil em 2016 e estimou um aumento de 34% na produção potencial de cocaína para 2016 comparado com 2015 – de 636 para 866 toneladas métricas, colaborando com o crescimento do consumo em diversos países⁶⁹.

Além de não alcançar o objetivo de combater as drogas, Maria Lúcia Karam avalia que essa política repressiva faz com que surjam outros graves problemas sociais. Um deles é que com o proibicionismo, a produção, o comércio e o consumo passaram a fazer parte de um mundo clandestino, sem a devida fiscalização para que as substâncias tenham qualidade e, assim, muitas vezes elas são adulteradas, misturadas com outros produtos ainda mais tóxicos, fazendo com que os preços sejam mais baixos, gerando maior lucro para o tráfico⁷⁰. Luís Carlos Valois reforça essa realidade:

Dessa lei do comércio já sabemos, mas também a qualidade do produto sofre com a clandestinidade, e o consumidor acaba ficando à mercê do *produto possível* dentro de um ambiente de proibição.

As drogas vendidas nas ruas são misturadas com qualquer coisa, malhadas na linguagem da própria rua, para render mais, dar mais lucro, ou para compensar algum dano causado pela proibição. A origem, o manuseio e a venda dessas substâncias são fases obscuras pelas quais passa a droga, fazendo-a cada vez mais estranha para o consumidor.⁷¹

Ainda falando sobre essa questão, em uma entrevista publicada em 15.01.2017, na Revista Consultor Jurídico - ConJur, Luís Carlos Valois, ao ser perguntado sobre a legitimidade e a constitucionalidade da proibição do uso de substâncias entorpecentes, afirmou o seguinte:

Eu concordo com a [juíza aposentada] Maria Lúcia Karam: é inconstitucional proibir o uso de drogas. Em um Estado democrático, onde as liberdades pessoais estão acima de qualquer coisa, não deve ser considerada legítima essa proibição. Mas eu não digo só do uso. Se a gente só descriminalizar o uso, o que o usuário vai consumir? Droga suja? Droga misturada? As overdoses sempre ocorrem porque a pessoa não sabe o que está consumindo – seja porque a droga é misturada com outras substâncias e a pessoa não sabe, seja porque ela é pura, mas a pessoa acha que é misturada e usa mais. Nós vivemos em uma sociedade de livre mercado, onde a livre concorrência é estimulada, onde o lucro é estimulado, e aí criminalizamos uma relação comercial como a das drogas? Isso é um contrassenso⁷².

69 Organização das Nações Unidas – Brasil. **Relatório da ONU indica aumento de mais de 50% no cultivo de coca na Colômbia em 2016**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/relatorio-da-onu-indica-aumento-de-mais-de-50-no-cultivo-de-coca-na-colombia-em-2016/>> Acesso em 30/01/2018.

70 KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 15, n.º 64. Editora Revista dos Tribunais – janeiro/fevereiro de 2007, pp. 141/142.

71 VALOIS, op. cit., p. 97.

72 REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Império do punitivismo: a prisão não funciona, pois ninguém que está preso aprende a viver em liberdade**. Entrevista com Luís Carlos Valois, 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/entrevista-luis-carlos-valois-juiz-execucao-penal-manau>> Acesso em 05/02/2018.

Consequentemente, ressalta Paulo Queiroz que diante do negócio lucrativo cria-se uma organização especializada e surge uma concorrência entre diversos grupos rivais, fazendo com que haja constantes conflitos entre eles, resultando em diversas mortes, inclusive de pessoas inocentes, sendo que muitas vezes os confrontos são entre os traficantes e os policiais. Em razão desses conflitos, outra atividade ilícita ganha força: o tráfico de armas⁷³. Importante mencionar as expressivas considerações feitas por Vera Malaguti Batista:

O processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social aprofundando seu caráter genocida. O número de mortos na “guerra do tráfico” está em todas as bancas. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é um suposto traficante.

O mercado de drogas ilícitas propiciou por um lado uma concentração de investimentos no sistema penal, uma concentração dos lucros decorrentes do tráfico e, principalmente, propiciou argumentos para uma política permanente de genocídio e violação dos direitos humanos contra as classes sociais vulneráveis: sejam eles jovens negros e pobres das favelas do Rio de Janeiro, sejam camponeses colombianos, sejam imigrantes indesejáveis no Hemisfério Norte⁷⁴.

Outro grande problema relacionado com essa política criminal de drogas repressiva é a corrupção de agentes públicos. Em 2010 foi divulgado um Relatório pela Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE), apontando que as regiões caracterizadas pela intensa atividade de narcotráfico geralmente apresentam altos índices de violência e corrupção, visto que grupos de traficantes que obtêm lucro alto tornam-se forças políticas, com o poder e a autoridade de instituições legítimas, e então as próprias autoridades que deveriam controlar e reprimir o narcotráfico acabam comprometidas por causa da corrupção, com o uso de intimidação e violência. Segundo a JIFE, a corrupção facilita o comércio ilícito de drogas, podendo desestabilizar a economia e o sistema político dos países afetados pelo tráfico, além de tornar a Justiça Criminal vulnerável⁷⁵.

Além disso, por se tratar de um comércio clandestino, junto com o tráfico de drogas estão os crimes de lavagem de dinheiro⁷⁶ (Lei 9.613/98⁷⁷: “Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem,

73 QUEIROZ, Paulo. **Drogas**, 2014. Disponível em <<http://www.pauloqueiroz.net/drogas/>> Acesso em 05/02/2018.

74 BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998, p. 123.

75 **Corrupção está relacionada ao crescimento do tráfico de drogas, mostra estudo**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/03/corruptao-esta-relacionada-ao-crescimento-do-traffic-de-drogas-mostra-estudo>> Acesso em 01/02/2018.

76 QUEIROZ, op, cit.

77 BRASIL. **Lei ° 9.613, de 3 de mar. De 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 3 de mar. de 1998 . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins”) e de sonegação fiscal, sendo este crime caracterizado pelos atos realizados para suprimir ou reduzir tributo, mediante omissão, fraude, falsificação, alteração, adulteração ou ocultação⁷⁸.

Mais um problema relacionado com a política criminal de drogas empregada no Brasil é o grande aumento da população carcerária no país, pois, conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) divulgado em 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça e Segurança, em junho de 2016 o total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726,7, quando em 2014 o número era de 361,4, sendo que os crimes relacionados ao tráfico de drogas são os que mais levam pessoas às prisões, e em junho de 2016 correspondiam a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardavam julgamento em Junho de 2016. Somados, roubos e furtos chegam a 37%, e homicídios representam 11% dos crimes que causaram a prisão⁷⁹.

Esse crescimento do número da população carcerária causa uma superlotação das unidades prisionais, gerando um aumento das tensões entre os presos, elevando a violência, com tentativas de fuga, ataques a agentes públicos, rebeliões, greves de fome e outras formas de protesto. Neste sentido, na entrevista mencionada alhures, ao ser questionado acerca das medidas para combater a crise carcerária, Luís Carlos Valois apontou que:

Tudo isso é paliativo. Há duas opções: construir mais presídios, e prender mais gente, ou prender menos gente. Para prender menos, vai deixar de prender quem? Os que praticaram pequenos furtos? O impacto vai ser muito pequeno, fora que o conceito do que é pequeno furto é muito subjetivo. Vai prender menos que praticaram roubo? A sociedade não vai aceitar. Então, o único caminho que eu vejo para diminuir o encarceramento em massa que há no Brasil é repensar a política de drogas. O mercado de drogas trata de relações comerciais voluntárias. A pessoa vai lá e compra a droga, não há violência. Com o uso e comércio de drogas regulamentados, sobra dinheiro para o Estado investir em saúde, educação, e na polícia, que poderia se concentrar em evitar crimes mais graves⁸⁰.

Ao tratar desse assunto, a autora Maria Lúcia Karam traz uma importante constatação:

Ao contrário do que propaga o proibicionismo, não são as drogas que geram violência. É sim o próprio fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminalizadas, simultaneamente trazendo a violência como um subproduto de que devem se valer não

78 BRASIL. **Lei nº 4.729, de 14 de jul. de 1965**. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 14 de jul. de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

79 **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Atualização Junho de 2016**, pp. 9 e 43. Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf> Acesso em 05/02/2018.

80 REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, op. cit.

apenas para o enfrentamento da repressão, mas também, dada a ausência de regulamentação e a consequente impossibilidade de acesso aos meios legais, como forma necessária de resolução dos naturais conflitos surgidos no decorrer de suas atividades econômicas⁸¹.

Ademais, com a clandestinidade os consumidores passam a usar as drogas escondidos, o que faz com que o uso seja feito de maneira descuidada, sem higiene, aumentando o número de graves doenças transmissíveis, como a AIDS e a hepatite⁸². Nesta senda, o relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), divulgado em junho de 2017, informou que segundo o documento, a hepatite C tem causado um prejuízo maior entre os 12 milhões de pessoas que injetam drogas em todo o mundo. Desse total, uma em cada oito (1,6 milhão) vive com HIV e mais da metade (6,1 milhões) vive com hepatite C, enquanto cerca de 1,3 milhão sofrem de hepatite C e HIV⁸³.

Outro problema no âmbito da saúde é que muitos estudos medicinais apontam avanços nos tratamentos medicamentosos a base de substâncias consideradas ilícitas. Por exemplo, um grupo de pesquisadores brasileiros que analisa as propriedades terapêuticas da maconha desde 1960, do qual faz parte o especialista Elisaldo Carlini, psicofarmacologista, professor da Faculdade Federal de Medicina de São Paulo (Unifesp), defende que legalizar a maconha para fins terapêuticos representa um avanço para a medicina, pois ela é mais uma possibilidade de tratamento para dor em doenças como câncer, aids, esclerose múltipla e glaucoma⁸⁴.

Assim, a conclusão a que se pode chegar é que, esse proibicionismo repressivo das drogas identificadas como ilícitas não alcançou os seus objetivos e ainda causou novos danos, uma vez que continua existindo procura e, conseqüentemente, oferta de drogas, fazendo com que o tráfico ainda exista mais forte, mais organizado e mais violento, gerando outras formas de criminalidade, como Luís Carlos Valois resumiu muito bem:

Droga, crime organizado e sistema penitenciário formam uma tríade que, simplificando, pode-se resumir no seguinte roteiro: o crescimento do consumo de drogas na sociedade fez com que o tráfico evoluísse e se organizasse com seus chefões e maior número de consumidores nos países desenvolvidos, principalmente nos Estados Unidos da América, restando para os países latino-americanos os plantadores, os soldados e alguns gerentes de menor importância; durante muito tempo esse segundo escalão do tráfico era preso e substituído imediatamente, mas transferindo para nossas penitenciárias a liderança e o

81 KARAM, op. cit., p. 143, 2007.

82 Ibid., p. 142.

83 Organização das Nações Unidas – Brasil. **29 milhões de adultos dependem de drogas, aponta relatório do UNODC**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/29-milhoes-de-adultos-dependem-de-drogas-aponta-relatorio-do-unodc/>>. Acesso em 30/01/2018.

84 MACHADO, Livia. **Maconha é alternativa no tratamento da dor: Elisaldo Carlini, especialista da Unifesp, defende a legalização da droga para uso em pacientes com doenças crônicas**. Disponível em <Saúde – iG @ <http://saude.ig.com.br/maconha-e-alternativa-no-tratamento-da-dor/n1237623624649.html>>. Acesso em 30/01/2018.

poder que vinha das ruas; finalmente, com o contato proporcionado pelo meio carcerário, os líderes se estruturaram, criaram facções que se estenderam de volta para a sociedade e puderam não só comandar o tráfico como passaram a organizar, mesmo de dentro das prisões, uma série de outros crimes⁸⁵.

Resta claro, pois, que essa política criminal de drogas precisa ser reformulada a partir de importantes estudos, podendo chegar, ou não, na descriminalização, conforme Valois aponta, citando o pensamento de Nilo Batista⁸⁶:

Falo da possibilidade de descriminalização e consequente controle por parte de outras instâncias do estado que não só a penal. Nilo Batista nos mostra os prós e os contras: “Prós (redução astronômica dos preços, falência dos ‘cartéis’, impostos para programas de reabilitação de viciados, qualidade da droga consumida) e contras (aumento astronômico do consumo, permanência de um comércio marginal) são confrontados e sopesados, e pode-se afirmar ser esta uma questão ainda não suficiente amadurecida”¹³. Não concordo irrestritamente com o pró da “redução astronômica de preços” nem com o contra do “aumento astronômico do consumo”, acrescentando entre os prós, a diminuição da corrupção institucional e o fim da superpopulação carcerária. Certo é que o crime organizado não tem esperado a questão amadurecer e agradece à ideologia da repressão.

É preciso que as Convenções Internacionais e as legislações internas das Nações revejam esse proibicionismo, buscando uma política criminal alternativa, substituindo o punitivismo pela redução de danos, seguindo o garantismo e a intervenção mínima, de forma que essa guerra pare de gerar efeitos extremamente desumanos.

85VALOIS, Luís Carlos. **Saúde, Drogas e Repressão**, p. 5. Disponível em <<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/SA%C3%83%C5%A1DE%20DROGAS%20E%20REPRESS%C3%83%C6%92O.pdf>> Acesso em 20/01/2018

86 Ibid.

3 O TRATAMENTO LEGAL DESTINADO AOS IMPUTADOS PELO USO DE DROGAS

Por meio da política criminal de drogas adotada pelo Brasil, que, conforme explicado no capítulo anterior deste trabalho, é baseada no proibicionismo repressivo, o portador de substância ilícita para consumo pessoal, embora não possa receber pena de prisão preventiva, é considerado um criminoso conforme previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006.

Por serem considerados criminosos, os consumidores de drogas entram para o mundo da clandestinidade e passam a usar as drogas escondidos, o que faz com que o uso seja feito de maneira descuidada, sem higiene, aumentando o número de graves doenças transmissíveis, como a AIDS e a hepatite.

Nesta senda, diante da criminalização do uso de drogas, aqueles que forem imputados por tal conduta, que receberem a definição de usuário de drogas, são submetidos a processo penal nos termos da Lei dos Juizados Especiais, conforme determinado pelo artigo 48, §1.º, da Lei de Drogas, e têm o direito de realizar transação penal, caso preencham os requisitos previstos no artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Contudo, na prática, alguns desses requisitos não são observados, conforme será visto a seguir.

3.1 DEFINIÇÃO DE USUÁRIO DE DROGAS E ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006

Através de uma apostila publicada pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), produzida por Dartiu Xavier da Silveira, graduado em medicina, e Evelyn Borges Doering-Silveira, graduada em psicologia, alguns conceitos aceitos pela Organização Mundial da Saúde (OMS) são apresentados para definir os diversos tipos de uso de drogas, quais sejam⁸⁷:

- **Uso experimental:** Refere-se à pessoa que experimenta a droga, geralmente por curiosidade. Os usuários são aqueles que provam a droga uma ou algumas vezes e, em seguida, perdem o interesse em repetir a experiência.
- **Uso ocasional:** Utilização de uma ou várias drogas apenas quando disponíveis ou em ambiente favorável, sem rupturas (distúrbios) afetiva, social ou profissional.
- **Uso habitual:** Uso frequente da substância, porém, sem que haja ruptura afetiva, social ou profissional, nem perda de controle quanto ao consumo.
- **Uso recreativo:** Uso de uma droga, geralmente em circunstâncias sociais, sem que se implique dependência ou outros problemas relacionados.
- **Uso controlado:** Refere-se à manutenção de um uso regular, porém não compulsivo e que não interfere no funcionamento habitual do sujeito

87 SILVEIRA, Dartiu Xavier da; SILVEIRA, Evelyn Borges Doering. **Padrões de uso de drogas. Eixo políticas e fundamentos.** Disponível em <<http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094251-001.pdf>> Acesso em 22 jan. 2018, pp. 21/23.

- **Uso social:** Pode ser compreendido como o uso em companhia de outras pessoas e de maneira socialmente aceitável.
- **Uso em binge:** O usuário consome grandes quantidades da substância em um curto período de tempo, ainda que a frequência desse tipo de consumo possa ser esporádica (por exemplo, pessoas que ingerem grandes quantidades de bebidas alcoólicas durante algumas horas, embora isso ocorra apenas uma vez por semana).
- **Poliusuário:** Pessoa que utiliza combinação de várias drogas simultaneamente ou dentro de um curto período de tempo, ainda que tenha predileção por determinada droga.

Na apostila supracitada, os autores deixam claro que, segundo a Organização Mundial de Saúde⁸⁸, nem todos os usuários de drogas se tornam dependentes, pois a dependência tem a ver com a relação que o usuário estabelece com a droga, não podendo ser definida somente considerando a quantidade e a frequência de uso, e trazem como exemplo o consumo diário de álcool em pequenas quantidades, observado com frequência em diversos países europeus, sobretudo mediterrâneos, inscrito em um contexto de uso social ou ocasional, que não está relacionado com a dependência⁸⁹.

Os autores afirmam, ainda, que não é correto considerar que todo uso de droga é patológico ou problemático, e que a maior parte dos usuários de substâncias, lícitas ou ilícitas, não se torna dependente, sendo que a porcentagem de usuários de drogas que desenvolvem dependência após um período de dez anos de uso é de: 12 a 13% para o álcool, 15 a 16% para a cocaína e 8% para a maconha.⁹⁰

A dependência, de acordo com o material publicado pelo SENAD, tem como característica central a falta de controle do impulso que leva a pessoa a usar uma droga, de forma contínua ou periódica, para obter prazer, ou seja, os usuários só se tornam dependentes quando não conseguem controlar o consumo de drogas, passando a agir de forma impulsiva e repetitiva em relação ao uso⁹¹.

A política criminal de drogas adotada pelo Brasil leva em consideração o usuário e o dependente, ignorando qual o tipo de uso do sujeito, visto que a atual Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06⁹²) dispõe o seguinte:

88 Ibid., p. 18.

89 SILVEIRA, Dartiu Xavier da; SILVEIRA, Evelyn Borges Doering. **Padrões de uso de drogas. Eixo políticas e fundamentos.** Disponível em <<http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094251-001.pdf>> Acesso em 22 jan. 2018, p. 23. p. 23.

90 Ibid., p. 17.

91 Ibid., p. 19.

92 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

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.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

A Lei n.º 6.368/76 que foi vigente até o advento da atual Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006), previa pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, para aquele que “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”⁹³.

Percebe-se, portanto, uma inovação trazida pela Lei n.º 11.343/06, qual seja, o usuário deixou de ser punido com pena de detenção e passou a ser punido com penas alternativas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Além dessa novidade trazida pela atual Lei de Drogas, Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e William Terra de Oliveira apresentam algumas outras diferenças entre essa lei e a anterior, no que se refere ao usuário de drogas, por exemplo: antes somente três condutas eram abarcadas no tipo penal – adquirir, guardar ou trazer consigo – agora são cinco, pois acrescentou-se as condutas ter em depósito e transportar⁹⁴; a lei atual, ao contrário das leis anteriores, se ocupa mais com atividades voltadas à prevenção do uso de drogas (arts. 18 e 19 da Lei 11.343/2006), e apresenta atividades de atenção e reinserção social de usuários ou dependentes de drogas (arts. 20 a 26 da Lei 11.343/2006); e, seguindo a Resolução 3⁹⁵ do Conselho Nacional de

93 BRASIL. **Lei N° 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de out. de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

94 GOMES, Luiz Flávio (coord). **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo: Lei 11343, de 23.08.2006**. 2ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 158.

95 Resolução CONAD n° 3 de 27/10/2005. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=101642>>.

Política Sobre Drogas – CONAD, de 27 de outubro de 2005, a Lei n.º 11.343/2006 trouxe uma nítida diferenciação entre usuário e dependente⁹⁶.

Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi apontam outra inovação que consideram relevante, que foi a substituição da expressão “para uso próprio” por “para consumo pessoal”:

A alteração é relevante porque amplia a possibilidade do enquadramento no tipo mais benéfico das condutas quando para o consumo próprio ou de outrem em caráter pessoal, ou seja, sem o *animus* de disseminação. Na lei anterior, somente poderia ser aplicado o art. 16⁹⁷, desqualificando-se o art. 12⁹⁸, se o agente trazia consigo para uso exclusivamente próprio, caracterizando-se o então art. 12 se a droga fosse também para uso pessoal de terceiro. O texto atual, portanto, é mais amplo e benéfico, abrangendo situação que era antes considerada injusta, a de se punir com as penas do então art. 12 aquele que, por exemplo, dividia a droga com companheiros ou a adquiria para consumo doméstico de mais de uma pessoa⁹⁹

Contudo, aparentemente, essa interpretação dada por Vicente Greco Filho e João Rossi,

Acesso em 31 de jan. de 2018.

Pressupostos da Política Nacional Sobre Drogas:

- Buscar, incessantemente, atingir o ideal de construção de uma sociedade protegida do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas.
- **Reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada. (...)**

96 GOMES, op. cit., p. 32.

97 Lei 6368/76, op. cit.

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.

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

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

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

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

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

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

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

99 GRECO FILHO, op. cit., p. 44.

acerca da substituição da expressão “para uso próprio” por “para consumo pessoal”, entraria em confronto com o artigo 33, §3.º, da Lei 11.343/2006, que pune com 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, aquele que “Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”, contudo os autores esclarecem que a nova redação é compatível com tal artigo:

A [conduta] do art. 28 é a daquele que traz consigo para uso pessoal próprio ou de terceiro; a do §3.º do art. 33 é a do que oferece a alguém para consumo conjunto. Nesta, há uma ação ligada à disseminação ou ampliação do uso, naquela apenas a condução ou guarda para uso pessoal, próprio ou de alguém. No caso do §3.º do art. 33, o agente, por oferecer e tendo em vista a regra expressa da parte final do artigo, responde por ambos em concurso material se também a tem para uso próprio. A distinção, então, está no “oferecer”, que não deve existir no art. 28¹⁰⁰.

Dentre as inovações apresentadas, a alteração da pena cominada ao usuário de drogas foi uma das que mais gerou discussões, pois há quem defende que o artigo 28 da atual lei de drogas não constitui crime, e que, portanto, houve uma descriminalização e uma despenalização, e de outro lado há quem defenda que não houve descriminalização, nem despenalização.

Luiz Flávio Gomes foi um dos juristas que defendeu (recentemente, como veremos adiante, ele afirmou que mudou o seu posicionamento) que houve uma descriminalização formal (retira o caráter criminoso do fato mas, não o retira do âmbito do Direito penal¹⁰¹) e uma despenalização, argumentando, em síntese, que o fato punido com reclusão ou detenção é um crime, e se for punido com prisão simples ou multa é uma contravenção penal, e, assim, seria paradoxal considerar como crime um fato com pena mais branda do que prisão simples¹⁰²:

O usuário já não pode ser chamado de “criminoso”. Ele é autor de um ilícito, ou seja, a posse da droga não foi legalizada, mas não pode mais receber a pecha de “criminoso”. Do contrário, cai por terra toda a preocupação preventiva e não punitivista da lei, em relação ao usuário. O fato de a própria lei ter intitulado o capítulo III, do Título II, como “dos crimes e das penas” não impede a conclusão acima exposta porque nosso legislador há muito tempo deixou de ser técnico¹⁰³.

A autora Alice Bianchini também concorda que houve descriminalização, mas defende que foi uma descriminalização substancial, ou seja, defende que houve abolição criminis, alegando, em síntese, que “o artigo 28 não pertence ao Direito Penal, sim, é uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em

100 Ibid., p. 46.

101 GOMES, op. cit., pp. 131/132.

102 Ibid., p. 136.

103 Ibid., p. 132.

sentença final (no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados)¹⁰⁴”.

Todavia, anos depois, em um artigo publicado na sua página da internet, em 13 de agosto de 2015, Luiz Flávio Gomes, ao tratar desse assunto apontou que tem um novo pensamento, seguindo a tese de Alice Bianchini:

Uma última observação: descriminalizar o “usuário” é retirá-lo do campo penal. É dizer que o usuário não é um criminoso. Mas a droga, nesse caso, continua ilícita. Hoje existem três posicionamentos sobre o tema: (a) do próprio STF que diz que o usuário é criminoso; (b) posição intermediária minha no sentido de que a posse de drogas para uso próprio seria um ilícito penal *sui generis* (hoje já não penso dessa maneira) e (c) o pensamento de Alice Bianchini no sentido de que já houve a descriminalização (veja nosso livro *Lei de Drogas*). Sigo hoje esta última tese (pelos motivos acima alinhados). Não é porque somos um país periférico que não podemos copiar as boas políticas públicas difundidas pelo mundo afora mais evoluído (e menos reacionário)¹⁰⁵.

Noutro giro, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi entendem que a lei atual não descriminalizou, não despenalizou, nem transformou em contravenção a conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/201. Segundo os autores, a pena foi abrandada, mas a conduta continua sendo crime, sob o argumento de que apesar da Lei de Introdução ao Código Penal definir como crime apenas a conduta que a lei comina pena de reclusão ou detenção e como contravenção apenas a conduta que comina pena de prisão simples ou de multa, isso não significa que o artigo 28 não é crime, até porque ele está disposto no capítulo III da lei de drogas que é denominado “DOS CRIMES E DAS PENAS”:

A denominação do Capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1.º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção, seja ditada por lei ordinária (no caso decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que lei mais recente não possa alterar¹⁰⁶.

Já a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 2007, ao apreciar o Recurso Extraordinário 430105/QO/RJ, que teve como relator o ministro Sepúlveda Pertence, se posicionou no sentido de que não houve a descriminalização do uso de drogas, mas tão somente uma despenalização:

EMENTA:

104 GOMES, op. cit., p. 139.

105 GOMES, Luiz Flávio. **STF dirá que “usuário” de drogas não é criminoso?** Publicado em 13 de agosto de 2015. Disponível em <<http://luizflaviogomes.com/stf-dira-que-usuario-de-drogas-nao-e-criminoso/>> Acesso em 31 jan. 2018.

106 GRECO FILHO, op. cit., pp. 43/44.

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12).

4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).

6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C.Penal, art. 107).

II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.

III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

(RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)¹⁰⁷

Contudo, atualmente está em pauta no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, um novo julgamento acerca do tema: o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 635.659 que diz respeito à descriminalização das drogas para o uso próprio. Esse julgamento teve início em agosto de 2015, tendo o ministro Gilmar Mendes como relator do recurso, no qual, o recorrente foi condenado pela Justiça paulista à prestação de dois meses de serviços à comunidade por portar três gramas de maconha para consumo próprio, e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que representa o condenado, sustenta que essa tipificação penal ofende o princípio da

107 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 430105 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+430105%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd7cjp38>> Acesso em 25 de jan. de 2018.

intimidade e vida privada, e que não há lesividade na hipótese do porte de drogas para uso próprio, uma vez que tal conduta atinge apenas, no máximo, a saúde do próprio usuário, e não a saúde pública, que é objeto jurídico do delito de tráfico¹⁰⁸.

Nessa primeira sessão, dia 20 de agosto, o ministro Gilmar Mendes apresentou voto no sentido de prover o recurso e declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, mantendo as sanções previstas no dispositivo legal, afastando, contudo, os efeitos penais, deixando uma natureza apenas administrativa e cível, sob o fundamento de que a criminalização estigmatiza o consumidor, comprometendo as medidas preventivas e de redução de danos, além de gerar uma punição desproporcional ao usuário, violando o direito à personalidade. O julgamento foi interrompido nesta data, após um pedido de vista do ministro Edson Fachin.¹⁰⁹

O julgamento do recurso supracitado foi retomando em 09 de setembro de 2015, com o voto vista do ministro Edson Fachin, que propôs a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, exclusivamente em relação à *cannabis sativa* (maconha), e que o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de base para diferenciar usuário e traficante, seja declarado pelo STF como uma atribuição legislativa. O ministro Fachin votou, ainda, para que seja determinado ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas a emissão, em até 90 dias, de parâmetros provisórios de quantidade para diferenciar usuários e traficantes, até a promulgação de lei¹¹⁰.

O ministro Roberto Barroso também votou no dia 09 de setembro de 2015 pela descriminalização apenas da maconha e propôs que o porte de até 25 gramas de maconha ou a plantação de até seis plantas fêmeas sejam parâmetros de referência para diferenciar consumo e tráfico, até que o legislativo regulamentasse a matéria. Nesse dia, pedido de vista do ministro Teori Zavascki suspendeu o julgamento do Recurso Extraordinário¹¹¹. Contudo, com a trágica morte desse ministro em janeiro de 2017, o julgamento ainda está suspenso, cabendo ao ministro Alexandre de

108 PORTAL STF. **Direto do Plenário: STF julga criminalização do porte de drogas para consumo próprio.** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297971>>. Acesso em 25 de jan. de 2018.

109 PORTAL STF. **Direto do Plenário: STF retoma julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299465>>. Acesso em 25 de jan. de 2018.

110 PORTAL STF. **Ministro Fachin vota pela descriminalização do porte de maconha para consumo próprio.** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299485>>. Acesso em 25 de jan. de 2018.

111 PORTAL STF. **Suspenso julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio.** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299484>>. Acesso em 25 de jan. de 2018.

Moraes, indicado para assumir a vaga deixada por Teori Zavascki, liberar a pauta e dar continuidade ao julgamento.

Enquanto isso, o Superior Tribunal de Justiça, na 45ª edição de *Jurisprudência em Teses*, definiu duas teses sobre o porte de drogas para uso pessoal: “1) Com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização; 2) A condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 gera reincidência e maus antecedentes, sendo fundamento legal idôneo para majorar a pena”¹¹².

O fato é que, enquanto o julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 635.659 não terminar, continua valendo o posicionamento firmado pelo RE n.º 430105/QO/RJ, e o usuário de drogas continua sendo taxado como criminoso, o que gera inúmeros efeitos negativos, como demonstra Maria Lúcia Karam:

A clandestinidade do consumo, efeito direto da criminalização, cria maiores tensões na vida de relação, funcionando como um dado a mais na situação problemática original, sintomatizada pela adição, e, portanto, como um realimentador da busca da droga, ao mesmo tempo em que a estigmatização, acompanhante necessária da criminalização, levando ao isolamento social e à marginalização, acaba por produzir alterações da personalidade, muitas vezes vistas como efeito primário das drogas, quando não passam de consequências desta marginalização¹¹³.

[...]

Estão ainda os consumidores sujeitos à superexploração, seja aquela diretamente decorrente dos preços artificialmente elevados pela variável da criminalização introduzida no mercado, seja a indiretamente provocada por essa elevação dos preços, a levar uma parcela destes consumidores a se empregar no tráfico, para obter a droga desejada, trabalhando como empregados mal remunerados e mais expostos aos riscos da atividade ilícita (...) ¹¹⁴.

Assim, o portador de substância ilícita para uso pessoal sendo considerado um criminoso, será, ainda, estigmatizado pela sociedade e marginalizado, e a própria criminalização também é responsável pela criminalidade.

3.2. PROCEDIMENTO PENAL A SER APLICADO

A Lei n.º 11.343/2006 traz um procedimento especial a ser aplicado nos casos envolvendo drogas, contudo, como bem lembra Luiz Flávio Gomes, esse procedimento especial não esgota toda

¹¹² *Jurisprudência em Teses. Edição n.º. 45: Lei de Drogas*. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>> Acesso em 25 de jan. de 2018.

¹¹³ KARAM, Maria Lúcia.. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Nitéroí, Rio de Janeiro: Luam, 1991, p. 53.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 55.

a disciplina da matéria, e, assim, pelo princípio da subsidiariedade, pode-se usar o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal em alguma situação específica, sendo que deverão ser priorizadas as regras especiais da lei de drogas e aplicadas subsidiariamente outras regras. Ademais, a supracitada lei distingue o procedimento aplicado ao acusado de conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, do procedimento aplicado aos acusados de terem cometido delitos previstos nos demais artigos, como é possível verificar na disposição do artigo 48 da referida Lei:

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO PENAL

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado¹¹⁵.

Assim, pelo §1.º do artigo 48, percebe-se que aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como aquele que semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica¹¹⁶, será processado pelo rito sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas.

Ao tratar do artigo 48 da Lei 11.343/2006, Luiz Flávio Gomes alerta que, embora o seu §1.º possa dar a entender que apenas as condutas previstas no artigo 28 seguem o procedimento da Lei dos Juizados Especiais, há previsões em outros artigos de sanções cominadas que não são

115 Lei 11.343, op. cit., artigo 48.

116 Ibid., artigo 28.

superiores a dois anos¹¹⁷, quais sejam artigo 33, §3.^o¹¹⁸ (tráfico privilegiado) e artigo 38¹¹⁹ (prescrição culposa de drogas), e, portanto, deverão seguir o rito da Lei n.º 9.099/1995.

Segundo Aury Lopes Jr., a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/1995), criada com base no artigo 98¹²⁰, inciso I, da Constituição Federal, marcou o processo penal brasileiro, pois modificou a estrutura tradicional da resolução de conflitos ao adotar medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, por meio da criação de Juizados Especiais Criminais (JECrim) e de importantes institutos, como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo¹²¹.

Elmir Dulclerc aponta que, logo após ter sido editada, a Lei n.º 9.099/95 foi bastante elogiada em razão da criação dos institutos supramencionados e também por prever um procedimento mais simplificado para as infrações de sua competência, com base na oralidade e em meios facilitadores da reparação do dano civil. Contudo, o referido autor sustenta que, quando a lei já estava sendo aplicada por mais de dez anos, ela trouxe mais retrocessos do que avanços, uma vez que, tentando trazer soluções mais eficazes para as infrações de sua competência, ignorou importantes princípios do processo penal, aumentando o aspecto inquisitorial da prática dos operadores do direito¹²²:

O que assistimos, na verdade, é que conflitos que poderiam estar sendo pacificados em outras esferas (cível e a administrativa) são criminalizados, e resolvidos mediante acordos espúrios em que o autor do fato, quase sempre pobre, e muitas vezes inocente, se vê praticamente forçado a aceitar uma pena restritiva de direitos para se ver livre da ameaça de

117 GOMES, op. cit., p. 259, 2007

118 Lei 11.343/06, op. cit:

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.

119 Ibid.:

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.

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

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

121 LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 760.

122 DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 533/532.

uma condenação, ou mesmo para poder obter uma certidão negativa de antecedentes que habilite a conseguir emprego.

Aury Lopes Jr., explica, ainda, que os Juizados Especiais Criminais julgam as infrações penais de menor potencial ofensivo, que são as contravenções e os crimes com pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa. E que, havendo conexão ou continência entre um crime de competência do JECrim e outro da Justiça Comum ou do Tribunal do Júri, haverá a reunião fora do JECrim¹²³, devendo, contudo, manter as possibilidades de aplicar os institutos da transação penal e da composição de danos em relação ao delito de menor potencial ofensivo¹²⁴. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes traz a questão do concurso entre posse de droga e outro delito mais grave:

*Concurso entre posse de droga para consumo pessoal e outro delito mais grave: havendo, na comarca, vara especializada, esta terá competência para conhecer e julgar os crimes graves relacionados com as drogas (tráfico, financiamento etc.). Não havendo vara especializada, o delito punido mais gravemente (tráfico, por exemplo) será processado numa vara comum. Seja vara especializada, seja vara comum, quando houver conexão entre um crime grave e o art. 28 (posse para consumo pessoal), não há dúvida que ela (vara comum ou especializada) conta com *vis attractiva*, isto é, por força da conexão julgará tanto a infração de maior gravidade como a de menor potencial ofensivo (Lei 11.313/2006). Prevê esse último diploma legislativo que cabe ao juiz da vara comum observar o instituto da transação penal, quando cabível (grifo do autor)¹²⁵.*

Noutro giro, de acordo com a Lei n.º 9.099/1995, o procedimento nos Juizados Especiais Criminais possui uma fase preliminar, conforme disposto no seu artigo 69:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima¹²⁶.

123 LOPES, op. cit., pp. 760/761, 2016.

124 BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 de set. de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

125 GOMES, op. cit., p. 158, 2007

126 Lei 9.099/95, op. cit., art. 69

A própria Lei de Drogas também dispõe acerca dessa fase preliminar:

Art. 48. (...)

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

(...)¹²⁷

Assim, como bem explicou Luiz Flávio Gomes, uma vez o agente sendo flagrado cometendo alguma das condutas previstas no artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006, ele será capturado para que o ilícito seja cessado, e será, imediatamente, conduzido coercitivamente até a presença de uma autoridade judicial competente ou, na falta desta, de uma autoridade policial, contudo, não será lavrado auto de prisão em flagrante, mas sim um termo circunstanciado, e o agente será liberado, pois não há que se falar em prisão em relação ao artigo 28 da Lei de Drogas¹²⁸.

O autor continua esclarecendo acerca do procedimento e diz que após a lavratura do termo circunstanciado deverão ser requisitados os exames e as perícias necessárias e, não havendo nenhuma comprovação do potencial tóxico da substância, nenhuma providência poderá ser tomada, pois o fato será atípico, contudo, os fatos deverão ser registrados para posterior arquivamento¹²⁹. Luiz Flávio Gomes ressalta que, mesmo que o agente não assuma o compromisso de comparecer em juízo, o auto de prisão em flagrante não poderá ser lavrado. E continua explicando que após a lavratura do termo circunstanciado, da requisição de exames, das perícias necessárias, o agente será submetido a exame de corpo de delito se ele requerer ou se a autoridade entender conveniente e determinar de ofício, logo, não se trata de um exame obrigatório¹³⁰.

Após estes trâmites iniciais, será designada uma audiência preliminar, nos termos dos artigos 70 a 76 da Lei n.º 9.099/1995, na qual, conforme determinado no artigo 48, § 5º, o Ministério Público apresentará proposta de transação penal - assunto que será tratado no próximo subtópico.

127 Lei 11.343/06, op. cit., art. 28.

128 GOMES, op. cit., pp. 266/267, 2007.

129 Ibid., p. 269.

130 Ibid., p. 270.

Segundo o autor Elmir Duclerc esclarece, caso a transação penal seja recusada pelo agente, será realizada a instrução e julgamento da causa, por meio do rito sumaríssimo que é regulado nos artigos 77 a 82 da Lei dos Juizados Especiais, iniciando-se o processo com a denúncia do Ministério Público¹³¹, de acordo com o destacado por Luiz Flávio Gomes:

Sentença final condenatória: caso não haja transação penal, tenta-se em primeiro lugar, logo após o oferecimento da denúncia, a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995); não havendo consenso em torno da suspensão ou não sendo ela possível, segue-se o procedimento sumaríssimo da lei dos juizados; as penas do art. 28, nesse caso, são impostas em sentença final, dentro desse rito sumaríssimo. Nessa hipótese a sentença gera alguns efeitos penais (antecedentes, reincidência etc.)¹³².

Ainda segundo Luiz Flávio Gomes, na sentença o Juiz aplicará as penas previstas no artigo 28 – advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo – podendo aplicá-las de forma isolada ou cumulativa, levando em conta o fato (gravidade, local, circunstâncias, natureza, quantidade da droga, etc.), o agente (reincidência, personalidade, etc.) e o grau da sua culpabilidade¹³³.

A prestação de serviços à comunidade e o comparecimento a programa ou curso educativo são medidas mensuráveis, segundo Luiz Flávio Gomes, e não podem ser aplicadas por tempo superior a cinco meses (artigo 28, §3.º da Lei de Drogas), salvo em caso de reincidência que as penas poderão ser aplicadas no prazo de dez meses (artigo 28, §4.º da Lei de Drogas), independente do número de reincidências, sendo que esta reincidência significa apenas reincidir na infração do artigo 28 da Lei de Drogas, ou seja, se o agente foi condenado em algum crime que não seja o previsto no referido artigo, em nada ele será prejudicado por esta condenação anterior¹³⁴. E, no caso de descumprimento da medida fixada, conforme disposto no §6.º do artigo 28 da referida Lei, o juiz irá admoestar o agente e, não sendo suficiente, irá impor pena de multa nos termos do artigo 29 do mesmo diploma legal, havendo a possibilidade, ainda, de execução forçada dentro dos Juizados Especiais¹³⁵.

Além disso, o §7.º, também do artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, dispõe que “O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”. Ou seja, o tratamento terapêutico não é uma sanção que será imposta ao usuário de drogas, é uma opção que será colocada

131 DUCLERC, Elmir. op. cit, pp. 546/547.

132 GOMES, op. cit., p. 153, 2007.

133 Ibid., p. 164

134 Ibid., pp. 174/175.

135 Ibid., pp. 178/179.

à disposição do agente que deverá concordar ou não.

3.3. A FASE PRELIMINAR APLICADA AO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E OS ENUNCIADOS DO FONAJE

Conforme aduzido do subcapítulo anterior, após o agente ser flagrado cometendo alguma das condutas previstas no artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006, ele será capturado para que o ilícito seja cessado, e será, imediatamente, conduzido coercitivamente até a presença de uma autoridade judicial competente ou, na falta desta, de uma autoridade policial, contudo, não será lavrado auto de prisão em flagrante, mas sim um termo circunstanciado, serão requisitados os exames e as perícias necessárias e o agente será submetido ao exame de corpo de delito se ele requerer ou se a autoridade entender conveniente e determinar de ofício, e, posteriormente, será liberado, pois não há que se falar em prisão em relação ao artigo 28 da Lei de Drogas¹³⁶.

Após estes trâmites iniciais, será designada uma audiência preliminar, nos termos dos artigos 70 a 76 da Lei n.º 9.099/1995, na qual, conforme determinado no artigo 48, § 5º, o Ministério Público apresentará proposta de transação penal.

A transação penal, conforme conceituada por Aury Lopes Jr. “consistirá no oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, de multa ou restritiva de direitos. Não há, ainda, oferecimento de denúncia”. Assim, verifica-se que a transação demonstra uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. O autor destaca, ainda, que o entendimento majoritário é que esse instituto é um direito subjetivo do réu, logo, se ele preencher os requisitos necessários, ele deve receber a proposta de transação penal, não sendo competência do Ministério Público decidir sobre o cabimento ou não do oferecimento da proposta de transação penal¹³⁷.

Importante ressaltar que, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa, é imprescindível que o suposto autor do fato esteja assistido por um defensor no momento do oferecimento da proposta de transação penal, conforme explicado por Antônio Roberto Sylla:

Via de regra, o autor do fato é uma pessoa leiga em termos penais e processuais que envolvem não só o fato, mas a própria transação penal. Daí porque, é indispensável que, quando da transação penal, esteja ele devidamente assistido de Advogado, que lhe dará orientação sobre as consequências de imputação, do processo, de pena e da aceitação ou não da proposta de transição.

136 GOMES, op. cit., pp. 266/270, 2007.

137 LOPES Jr., op. cit., 766/767, 2016.

A ausência de defensor ao réu na oportunidade de transação penal implica na violação do princípio constitucional da ampla defesa, posto que esta só pode ocorrer com a presença e por meio de advogado¹³⁸.

O autor continua explicando que essa exigência da presença de defensor na audiência preliminar está prevista no artigo 72¹³⁹ da Lei n.º 9.099/95, e, nos termos do artigo 76¹⁴⁰, §3.º da mesma lei, a proposta de transação penal deve ser aceita tanto pelo autor quanto pelo seu defensor. Antônio Roberto Sylla entende que, assim, se um deles recusar a proposta, significará a recusa total do benefício e o processo deverá prosseguir. Contudo ele aponta o entendimento contrário ao seu, defendido por Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que, ocorrendo divergência entre a vontade do agente e a vontade do defensor, o juiz deverá tentar solucionar a controvérsia e, não chegando em um consenso, deve prevalecer a vontade do envolvido, após o esclarecimento dos efeitos da aceitação¹⁴¹.

Para defender o seu posicionamento de obrigatoriedade da dupla aceitação da proposta de transação penal, Antônio Roberto Sylla traz a seguinte citação de Júlio Fabbrini Mirabete:

“A necessidade da dupla aceitação do fato é decorrência do princípio da ampla defesa, que inclui a defesa técnica, tendo optado a lei pela conclusão de que não há prevalência de vontade do autor do fato ou do Advogado, como se tem interpretado quanto à legislação comum com relação a propositura de recurso ou sua desistência na audiência de dispositivo expresso... Havendo discordância entre o autor do fato e ser Advogado, não se permite a transação, devendo a audiência prosseguir com a manifestação do Ministério Público pelo arquivamento ou oferecimento de denúncia”¹⁴².

Noutro giro, segundo o disposto no §2.º do artigo 76¹⁴³ da Lei n.º 9.090/1995, a proposta de

138 SYLLA, Antonio Roberto. **Transação penal: natureza jurídica e pressupostos**. São Paulo: Método, 2002, p. 86.

139 LEI 9099/95, op. cit.: **art. 72**. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

140 Ibid., **art. 76, § 3º**: Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

141 SYLLA, op. cit., pp. 200/201

142 Ibid., p. 202.

143 Lei 9099/95, op. cit.: **art. 76**. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

(...)

transação penal não pode ser oferecida: quando o agente for reincidente; quando ele, no prazo de cinco anos anteriores, já foi beneficiado pela transação penal, isto é, somente uma vez a cada cinco anos é que o agente poderá se beneficiar da transação penal; quando não houver indicação dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente e dos motivos e circunstâncias do delito.

De acordo com Aury Lopes Jr, caso o imputado preencha todas as condições necessárias, se a proposta for oferecida e aceita, o Juiz deverá homologar o acordo, cabendo apelação dessa homologação, caso, por exemplo, as condições da transação sejam desproporcionais, tendo o recorrente concordado com o que não lhe seria irrazoável, apenas para não ter preclusão do seu direito. O autor continua dizendo que nos raros casos de não homologação da transação penal efetivada, não há previsão de recurso cabível, porém, podem ser usados o Mandado de Segurança, a Correição Parcial, e até mesmo o *Habeas Corpus*, pois, nesse caso, o agente será submetido a um processo criminal que poderia ser evitado, sendo evidente a coação ilegal¹⁴⁴.

O autor complementa apontando a grande vantagem da transação penal, que “é o fato de não gerar reincidência ou maus antecedentes, apenas servindo para impedir que o acusado seja novamente beneficiado no prazo de cinco anos. Não significa admissão de culpa ou assunção de responsabilidades”¹⁴⁵.

Na hipótese do Ministério Público não oferecer a transação penal, o autor supracitado explica que, segundo entendimento predominante, deve ser aplicado, por analogia, o artigo 28¹⁴⁶ do Código de Processo Penal, remetendo-se ao Procurador-Geral¹⁴⁷. Não concordando com esse entendimento majoritário, por achar excessivamente demorado e burocrático, Aury Lopes Jr. acredita que a melhor solução seria que o juiz pudesse acolher e conceder o pedido do imputado para transacionar, desde que preenchidos os requisitos necessários, como forma de garantir a máxima eficácia de direitos do réu, que é uma das funções do magistrado. Já Pacelli, citado por

144 LOPES Jr., op. cit., 2016, p. 769.

145 Ibid., pp. 769/770.

146 BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de out. de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

147 LOPES, op. cit., p. 770.

Aury Lopes Jr., também discorda do entendimento predominante e propõe que no caso de o Ministério Público se recusar a oferecer a transação penal, quando cabível, o juiz poderá rejeitar a denúncia por falta de justa causa ou por falta de interesse de agir, fundamentando que há solução legal mais adequada ao caso¹⁴⁸.

No caso do uso de drogas, Vladimir Brega Filho e Marcelos Gonçalves Saliba esclarecem que, conforme o disposto no §5.º, do artigo 48¹⁴⁹ da Lei de Drogas, o Ministério Público está limitado a oferecer proposta de transação penal contemplando as penas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas (I- advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo), pois, do contrário, haverá uma violação ao princípio da legalidade e o Juiz não poderá homologar a transação penal¹⁵⁰.

Acerca de tais penas previstas no artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006, Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel entendem que se a proposta de transação for feita com a sanção de advertência, ela se esgota na advertência feita, bastando o autor do fato escutar o que foi dito pelo Ministério Público na petição da proposta, não havendo como saber se essa medida será ou não suficiente para que o autor não repita a conduta, e trazem a seguinte crítica:

O promotor de justiça, no mesmo sentido do juiz, deverá estar capacitado a explicar os malefícios que a droga causa, logo deverá conhecer de cada uma delas, já que cada uma atua de forma diferente no organismo do usuário. Advertência não é apenas uma “bronca” como pode parecer, mas sim informação, ao usuário, dos malefícios que a droga causa ao organismo e de suas consequências jurídicas com eventuais implicações no decorrer do uso (necessidade de dinheiro para compra da droga com condutas mais graves de ofensa à ordem jurídica, como o roubo, por exemplo. A prática do homicídio como forma de se defender de eventuais procedimentos familiares etc.)¹⁵¹.

Quanto à sanção de prestação de serviço à comunidade, os autores supracitados explicam que se o autor do fato não aceitar a proposta de transação penal, ele será denunciado e, se for o caso, será condenado com a mesma sanção recusada na transação penal:

Se for feita a proposta de transição penal com sanção de prestação de serviço à comunidade e o autor do fato não a aceitar, o MP terá que denunciá-lo com pedido de condenação na mesma sanção que o autor do fato disse não aceitar, pois as “penas” do art. 28 são essas que

148 Ibid., p. 771.

149 Lei n.º 11.343/2006, op. cit.: Art. 48, § 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei n.º 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

150 BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **A Nova Lei de Tóxicos: Usuários e Dependentes – Descriminalização, Transação Penal e Retroatividade Benéfica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre: Magister, fev/mar 2007, ano III, número 16, p. 22.

151 BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 191.

acabamos de citar. E como o Estado irá compeli-lo a prestar o serviço se não há pena de privação de liberdade a ser convertida? Não irá. Será inócua qualquer tentativa nesse sentido e até mesmo ilegal, pois não há previsão de lei de dita conversão. A conversão da pena restritiva de direitos, no caso, prestação de serviço à comunidade, em pena privativa de liberdade (art. 44, § 4º, do CP) ocorre quando esta é aplicada (art. 44 do CP), e pena privativa de liberdade para o usuário, na Lei de Drogas, não existe¹⁵².

Caso a proposta de transação penal seja oferecida ao agente, aceita por ele e homologada pelo Juiz, mas seja descumprida pelo imputado, Aury Lopes Jr. esclarece que, depois de muita discussão, a questão foi pacificada com o advento da Súmula Vinculante 35, que passou a admitir o oferecimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal em caso de descumprimento da transação¹⁵³:

Súmula Vinculante 35: A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Todavia, essa súmula vinculante não é aplica no caso dos usuários de drogas, em razão do princípio da especialidade, uma vez que a Lei n.º 11.343/2006 traz no §6.º, do artigo 28, um regramento específico para garantir o cumprimento das medidas aplicadas aos usuários: o agente poderá ser submetido pelo Juiz, sucessivamente, a admoestação verbal e multa. Tais medidas são criticadas pelo autor Paulo Rangel:

A única solução legal para compelir o autor do fato a cumprir as penas impostas no art. 28, I, II, III, é a admoestação verbal e multa (§ 6º do art. 28), ou seja, o juiz chama o acusado e dá um “bronca” nele por não ter cumprido com a “sanção” imposta. Ridículo. Corre-se o risco de o consumidor de drogas rir do juiz depois de ouvir o que ele tem a dizer porque não há sanção para caso descumpra também com o que for dito na admoestação que, inclusive, a lei não diz o que poderá¹⁵⁴.

(...)

A multa há muito vem sendo combatida pela doutrina minimalista do Direito Penal por revelar uma aberração jurídica que em nada iguala os iguais e, principalmente, pela violação do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI). Quando a própria CR estabelece pena de multa, esquece que qualquer um poderá pegá-la para o condenado, logo não há que se falar em individualização. O rico a paga com prazer; o pobre, com sacrifício do pão diário. No caso da lei de drogas, é um estímulo ao consumidor das áreas nobres da cidade, já que o traficante, pobre do morro (essa é a regra), estará incurso no art. 33, com pena de reclusão de 5 a 15 anos¹⁵⁵.

Já no caso do usuário de drogas que realizar transação penal, cumprir as medidas determinadas e novamente for flagrado cometendo uma das condutas do artigo 28 da Lei de Drogas,

152 Ibid., p. 191.

153 LOPES Jr., op. cit, p. 772.

154 BACILA, op. cit., p. 191.

155 Ibid., p. 193.

ou seja, se houver uma reincidência, esta lei não traz nenhuma disposição acerca do assunto, devendo, portanto, ser seguido o disposto no artigo 76 da Lei dos Juizados especiais, uma vez que o §1.º do artigo 48 da Lei de Drogas é claro no sentido de que aquele que cometer qualquer das condutas previstas no artigo 28 da mesma Lei, exceto se houver concurso com as condutas previstas nos artigos 33/37 da Lei, responderá na forma dos artigos 60 e seguintes da Lei n.º 9.099/1995.

Logo, nos termos do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais, será vedada a transação penal para aquele que foi “beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa”, e “acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos”. Este é o ensinamento de Vladimir Brega Filho e Marcelo Gonçalves Saliba:

Por inexistir qualquer previsão legal, as regras impeditivas de nova transação penal àquele que realizou a transação nos últimos cinco anos ainda prevalece, visto que as disposições do art. 76 da Lei n.º 9.099/95 encontram amparo na nova lei, à exceção da liberdade de escolha da pena.¹⁵⁶

Todavia, o FONAJE, que foi instalado no ano de 1997, sob a denominação de Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, editou o enunciado 124 que entra em confronto com o disposto na Lei dos Juizados Especiais, uma vez que enquanto esta veda a realização de transação penal por mais de uma vez no período de cinco anos, o enunciado dispõe que:

ENUNCIADO 124 – A reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do artigo 28 da Lei 11.343/06 em sede de transação penal (XXXIII Encontro – Cuiabá/MT).

Inicialmente cumpre explicar que o FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais), segundo consta em sua página virtual, foi idealizado pela necessidade de se aprimorar a prestação dos serviços judiciários nos Juizados Especiais, com base na troca de informações e, sempre que possível, na padronização dos procedimentos adotados em todo o território nacional, tendo como objetivos:

1. Congregar Magistrados do Sistema de Juizados Especiais e suas Turmas Recursais;
2. Uniformizar procedimentos, expedir enunciados, acompanhar, analisar e estudar os projetos legislativos e promover o Sistema de Juizados Especiais;
3. Colaborar com os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo da União, dos Estados e do

156 BREGA FILHO, op. cit., p. 23.

Distrito Federal, bem como com os órgãos públicos e entidades privadas, para o aprimoramento da prestação jurisdicional.¹⁵⁷

A questão curiosa é se o FONAJE tem competência para editar enunciados, ainda mais quando estes entram em conflito com Lei já existente. Os autores Lenio Luiz Streck e Alexandre Morais da Rosa teceram importantes críticas ao que chamam de “fóruns de fabricação de enunciados”, questionando o motivo do Judiciário, em uma reunião eventual de magistrados, atuar como se fosse o Poder Legislativo¹⁵⁸:

Não se trata nem de órgão jurisdicional, mas sim de reunião eventual de magistrados, sem efeito vinculante, que sequer produzem a fundamentação das pomposas teses despejadas. O problema é que não basta decidir sobre o enunciado, porque será necessário estabelecer o trajeto, as teses debatidas, enfim, propiciar que o leitor democraticamente possa concordar com a *ratio decidendi*.

Os autores ressaltam que embora existam as súmulas vinculantes que são produzidas pelo Judiciário estas não são ilegítimas, pois há previsão constitucional para o STF editá-las e nelas constam os casos precedentes que a fundamentaram, enquanto os enunciados não trazem os seus precedentes:

Veja bem: um enunciado, dissociado do contexto em que proferido, é incapaz de alcançar condições mínimas de sentido. Não é difícil perceber, pois, que os enunciados de nossos órgãos, os verdadeiros conceitos sem coisa, se pretendem prescritivos sem que se apresente legitimamente o contexto sob o qual foram construídos em primeiro lugar.

Ressaltamos: é claro que os magistrados e professores estão todos de boníssima-fé; não se trata disso. Trata-se, sim, da ausência de legitimidade e fundamento democrático para dar a dimensão — que alguns dão — de fonte para decisão em nome dos princípios da oralidade, celeridade, simplicidade e eficiência. Só que há um abismo — porque a decisão, revisada em cadeia, é ausente de motivação: cita-se o Fonaje (para falar só deste locus emissor) para não motivar, e o Fonaje não diz os motivos dos enunciados. Basta consultar o [site](#) para verificar.

(...)

Enquanto isso, nos perguntamos e pedimos para os leitores refletirem: por qual razão ainda temos um legislador e uma Constituição? Afinal, com tantos workshops e fóruns de produção de enunciados, não seria melhor aceitar de vez a tese de que “o direito legislado

só vale se reinterpretado por um enunciado?”¹⁵⁹

157 Sobre o FONAJE. **Histórico do Projeto**. Disponível em; <<http://www.amb.com.br/fonaje/>> Acesso em 05 de fev. de 2018.

158 ROSA, Alexandre Morais da; STRECK, Lenio Luiz. **DIÁRIO DE CLASSE Mesmo que a lei seja clara, sempre cabe...um enunciado: bingo!** Publicado em 9 de set. de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/diario-classe-mesmo-lei-seja-clara-sempre-cabeum-enunciado-bingo>> Acesso em 05 de fev. de 2018.

159 ROSA; STRECK, op. cit, set. 2017.

Sobre o tema drogas, o FONAJE editou cerca de dez enunciados¹⁶⁰. Alguns apenas repetem o que já foi dito pela Lei de Drogas e pela Lei dos Juizados Especiais ou acrescentam detalhes a serem seguidos no procedimento aplicado:

ENUNCIADO 83 – Ao ser aplicada a pena de advertência, prevista no art. 28, I, da Lei nº 11.343/06, sempre que possível deverá o juiz se fazer acompanhar de profissional habilitado na questão sobre drogas (XX Encontro – São Paulo/SP).

ENUNCIADO 85 – Aceita a transação penal, o autor do fato previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 deve ser advertido expressamente para os efeitos previstos no parágrafo 6º do referido dispositivo legal (XX Encontro – São Paulo/SP).

ENUNCIADO 94 – A Lei nº 11.343/2006 não descriminalizou a conduta de posse ilegal de drogas para uso próprio (XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 95 – A abordagem individualizada multidisciplinar deve orientar a escolha da pena ou medida dentre as previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, não havendo gradação no rol (XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 107 – A advertência de que trata o art. 28, I da Lei nº 11.343/06, uma vez aceita em transação penal pode ser ministrada a mais de um autor do fato ao mesmo tempo, por profissional habilitado, em ato designado para data posterior à audiência preliminar (XXIV Encontro – Florianópolis/SC).

ENUNCIADO 118 – Somente a reincidência específica autoriza a exasperação da pena de que trata o parágrafo quarto do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (XXIX Encontro – Bonito/MS).

Contudo, há enunciados que contradizem o que as referidas leis supracitadas dispõem. Por exemplo, o enunciado 82 do FONAJE, determina que “o autor do fato previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 deverá ser encaminhado à autoridade policial para as providências do art. 48, §2º da mesma Lei”, enquanto o citado artigo, §2.º, dispõe que o agente de conduta prevista no artigo 28, deverá ser imediatamente encaminhado a uma autoridade judicial e, apenas na falta desta, conforme o §3.º, do artigo 48 da Lei de Drogas, é que ele deverá ser encaminhado a uma autoridade policial, para que as providências sejam tomadas de imediato pela autoridade policial, vedada a detenção do agente.

Ademais, vale ressaltar que a única limitação que a Lei de Drogas fez à aplicação do procedimento previsto na Lei dos Juizados Especiais é com relação ao que pode ser oferecido pelo Ministério Público na proposta de transação penal, que está limitada a contemplar as penas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas (I- advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo). Todavia, o FONAJE traz novas restrições no que se refere aos casos de reincidência.

160 Enunciados atualizados até o XLII FONAJE. Disponível em <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32> > Acesso em 05 de fev. de 2018.

Enquanto o artigo 76, § 2º, incisos I e II, da Lei 9.096/95, não admite a proposta de transação se ficar comprovado que o autor da infração foi condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, ou foi beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos de tal artigo, bem como o § 4.º, do citado artigo, dispõe que o benefício da transação penal não pode ser realizado novamente no prazo de cinco anos, o enunciado 115 determina que essa restrição do §4.º não se aplica ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e no mesmo sentido o enunciado 124, dispõe: “A reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do artigo 28 da Lei 11.343/06 em sede de transação penal”.

Diante disso, verifica-se que alguns desses enunciados que foram construídos abstratamente em encontros de magistrados e especialistas agindo como se legisladores fossem, são *contra legem*, e, portanto, não deveriam ser aplicados.

3.4 DADOS DA PESQUISA EMPÍRICA

Essa pesquisa empírica foi realizada nos Juizados Especiais Criminais de Salvador, por meio da observação de audiências preliminares que envolviam imputados pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006), observando se os supostos autores dos fatos estavam acompanhados de defesa, quais os requisitos exigidos para que o Ministério Público oferecesse a transação penal, quais as medidas aplicadas e o que mais ocorresse de relevante.

3.4.1 1.^a Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 1.º JECrim Nazaré Matutino)

- Datas das observações: 23, 24 e 26 de outubro de 2017

OBSERVAÇÕES GERAIS:

Aberta a audiência, o conciliador consulta os antecedentes criminais do suposto acusado, apenas para escolher qual a medida deve ser aplicada, pois a determinação da Juíza da Vara é que a realização de transação penal anterior não impede a realização de nova transação penal no caso dos usuários de drogas.

Depois o conciliador pergunta se há interesse em fazer um acordo com o Ministério Público para receber uma advertência e caso o acordo fosse aceito não resultaria em maus antecedentes.

O conciliador recomendava, ainda, o comparecimento em uma palestra no CAPS – AD – Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Outras Drogas, sempre ressaltando que é apenas uma recomendação, o que significa que não é obrigatório.

Por fim, avisa que se o suposto usuário for pego novamente em posse de drogas será aplicada uma medida diversa da advertência.

O conciliador apenas informa ao suposto autor do fato que ele está recebendo uma advertência escrita na ata de audiência, a qual ele deverá ler posteriormente. Em momento algum foi feita qualquer explanação oral acerca dos malefícios do uso das drogas.

Importante ressaltar que nas atas de audiência que tiveram a transação penal efetivada consta que “Considerando que o Suposto Autor do Fato preenche os requisitos objetivos e subjetivos do art. 76, §2.º da Lei n.º 9.099/95, proponho a ação penal...”

Contudo, na realidade não é levado em consideração o cumprimento das disposições do artigo 76, § 2º, incisos I e II, da Lei 9.096/95, que não admitem a proposta de transação se ficar comprovado que o autor da infração foi condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, ou foi beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, e do § 4.º, do mesmo dispositivo, que prevê que o benefício da transação penal não pode ser realizado novamente no prazo de cinco anos.

Possivelmente a Vara adota o posicionamento do enunciado 115 do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) que determina que essa restrição do §4.º não se aplica ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e do enunciado 124, também do FONAJE, que dispõe: “A reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do artigo 28 da Lei 11.343/06 em sede de transação penal”. Mas, em nenhum momento há referência direta aos enunciados supracitados. Todavia, em nenhum momento há referência ao enunciado supracitado.

DADOS DAS AUDIÊNCIAS:

	PROCESSO N.º	PRESENÇA DE REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO?	PRESENÇA DE ADVOGADO OU DEFENSOR PÚBLICO?	PROPOSTA OFERECIDA	A PROPOSTA FOI ACEITA?
1	0092210-62.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	ADVERTÊNCIA	SIM
2	0092175-05.2017.8.05.0001	NÃO	SIM	ADVERTÊNCIA	SIM
3	0092480-86.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	ADVERTÊNCIA	SIM
4	0092482-56.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	ADVERTÊNCIA	SIM
5	0092506-84.2017.8.05.0001	NÃO	SIM	ADVERTÊNCIA	SIM
6	0092377-79.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	ADVERTÊNCIA	SIM
7	0093257-71.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	ADVERTÊNCIA	SIM
8	0093174-55.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	ADVERTÊNCIA	NÃO
9	0042043-75.2016.8.05.0001	NÃO	NÃO	ADVERTÊNCIA	SIM

CONSIDERAÇÕES RELEVANTES ACERCA DE ALGUMAS AUDIÊNCIAS:

Na audiência n.º 3, o suposto autor do fato, desacompanhado de defesa, questionou logo sobre o que aconteceria caso fosse novamente pego em posse de drogas para consumo pessoal e, ao receber a recomendação para comparecer a uma palestra sobre drogas, ao saber que não era obrigatório o comparecimento, já se manifestou dizendo que não iria, pois não era usuário de drogas, o que significa que, possivelmente, a medida aplicada a a ele seria totalmente ineficaz.

Na audiência n.º 4, o suposto autor do fato, desacompanhado de defesa, ao ouvir a conciliadora informar que a transação penal se trata de um acordo com o Ministério Público, questionou se o Ministério Público telefonaria para ele, a dúvida possivelmente se deu em razão de a ausência de um membro do *Parquet*.

Na audiência n.º 8, o suposto autor do fato, desacompanhado de defesa, informou que a droga não foi encontrada em sua posse, então a conciliadora apontou que no termo circunstanciado

de ocorrência consta que ele afirmou ser usuário há cinco anos e que comprava a substância no bairro da Engomadeira, ele rebate, então, que na delegacia só confessou a posse da droga por ter medo de retaliações. O suposto autor do fato questionou se aquela audiência poderia ser realizada sem advogado ou defensor público, momento em que a conciliadora desconversou e respondeu apenas que ela tem a função de presidir a audiência. No momento que o suposto autor do fato informou que não tinha a posse da droga, a conciliadora esclareceu que se ele quisesse ela relataria isso na ata e encaminharia os autos para o Ministério Público decidir pelo arquivamento ou pela marcação de nova audiência para oferecimento de transação penal, e sugeriu que pode ser que eventual empregador não goste de ver que o suposto autor do fato realizou uma transação penal e que, portanto, seria melhor o arquivamento mesmo. O imputado não aceita a transação penal, pediu prosseguimento da ação e perguntou se caberia um Habeas Corpus trancativo, e a conciliadora explicou que não, uma vez que não há previsão de pena privativa e que ela já iria pedir o arquivamento.

Na audiência n.º 9: O suposto autor do fato, desacompanhado de defesa, já havia realizado uma transação penal por ter sido encontrado em posse de drogas para uso pessoal, tendo cumprido medidas educativas (compareceu a palestras obrigatórias sobre o uso de drogas) e dessa vez estava novamente incurso nas condutas do artigo 28 da Lei de Drogas e, também, na conduta prevista no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro (dirigir sem habilitação). Embora reincidente na posse de drogas para consumo, a conciliadora ofereceu proposta de transação penal consistente na advertência e com relação ao crime do artigo 309 do CTB, a conciliadora encaminhou os autos para o Ministério Público tomar as devidas providências.

3.4.2 2.ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 1.º JECrim Nazaré Vespertino)

- Datas das observações: 27, 28 e 30 de novembro de 2017.

OBSERVAÇÕES GERAIS:

Aberta a audiência, em regra, a conciliadora pesquisava os antecedentes criminais do suposto autor do fato, perguntava a ele se trabalhava, se era usuário de drogas, para avaliar qual a melhor pena a ser aplicada. Se ele afirmasse que era usuário de drogas ou se ele fosse reincidente

seria aplicada uma medida educativa, se afirmasse que não era usuário e não era reincidente seria aplicada uma advertência.

A Vara conta com a atuação de duas conciliadoras, e ambas explicavam o que era a transação penal, que não gerava presunção de culpa, nem reincidência. Nos casos em que era aplicada a advertência, elas informavam ao suposto autor do fato que ele estava recebendo uma advertência, mas em momento algum faziam qualquer explanação oral acerca dos malefícios do uso das drogas, e na ata constava apenas que “fora apresentado por esta conciliadora proposta de transação penal, consistente em ADVERTÊNCIA acerca dos prejuízos causados pelas drogas”

Para oferecer a transação penal não é levado em consideração o cumprimento das disposições do artigo 76, § 2º, incisos I e II, da Lei 9.096/95, que não admitem a proposta de transação se ficar comprovado que o autor da infração foi condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, ou foi beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, e do § 4.º, do mesmo dispositivo, que prevê que o benefício da transação penal não pode ser realizado novamente no prazo de cinco anos.

Possivelmente a Vara adota o posicionamento do enunciado 115 do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) que determina que essa restrição do §4.º não se aplica ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e do enunciado 124, também do FONAJE, que dispõe: “A reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do artigo 28 da Lei 11.343/06 em sede de transação penal”. Mas, em nenhum momento há referência direta aos enunciados supracitados. Todavia, em nenhum momento há referência ao enunciado supracitado.

Apenas uma das conciliadoras alertava aos supostos autores do fato que, se fossem flagrados com posse de droga para uso pessoal, eles poderiam transacionar novamente, mas se cometessem algum outro crime de menor potencial ofensivo nos próximos cinco não poderiam realizar transação penal e o processo seguiria o seu curso normal.

Na ata de audiência apenas informa que a audiência foi iniciada “com fulcro no Enunciado 70 e 71 do FONAJE”, e assim dispõem tais enunciados:

ENUNCIADO 70 – O conciliador ou o juiz leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento da proposta de transação.

ENUNCIADO 71 (Substitui o Enunciado 47) – A expressão conciliação prevista no artigo 73 da Lei 9099/95 abrange o acordo civil e a transação penal, podendo a proposta do Ministério Público ser encaminhada pelo conciliador ou pelo juiz leigo, nos termos do artigo 76, § 3º, da mesma Lei.

Quando a pena aplicada é uma medida educativa, na ata é ressaltado que “a transação penal não arranha o princípio da presunção de inocência, (...), não implicando em reconhecimento de culpabilidade penal nem de responsabilidade”, e a conciliadora deixava claro que o processo ficaria suspenso até o cumprimento total da medida educativa, e, somente após tal cumprimento a transação penal seria homologada e a punibilidade extinta. Sem o devido cumprimento, a conciliadora explicava que o feito seria prosseguido. Já quando é aplicada uma advertência, há apenas uma justificativa de que tal medida fora apresentada em razão do suposto autor do fato não possuir antecedentes, nem responder a qualquer processo.

Ao final da audiência a conciliadora não entregava cópia da ata ao suposto autor do fato, em razão da ausência do advogado dativo para assiná-la, pedindo que o suposto autor do fato retornasse na semana seguinte para pegar a referida cópia na Secretaria da Vara, pois já estaria assinada pelo advogado dativo ou, se preferisse, no mesmo período poderia consultar e imprimir a ata assinada pelo PROJUDI.

DADOS DAS AUDIÊNCIAS:

	PROCESSO N.º	PRESEÇA DE REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO?	PRESEÇA DE ADVOGADO OU DEFENSOR PÚBLICO?	PROPOSTA OFERECIDA	A PROPOSTA FOI ACEITA?
1	0065492- 62.2016.8.05.0001	NÃO	NÃO	Medida educativa: quatro encontros no CAPS.	SIM
2	0076562- 42.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	ADVERTÊNCIA	SIM
3	0100301- 44.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	ADVERTÊNCIA	SIM
4	0076478- 41.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	Medida educativa: quatro encontros no CAPS.	SIM
5	0100437- 41.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	Medida educativa: quatro encontros	SIM

				no CAPS.	
6	0100479- 90.2017.8.05.0001	NÃO	SIM	ADVERTÊNCIA	SIM
7	0133997- 71.2017.8.05.0001	NÃO	SIM	ADVERTÊNCIA	SIM
8	0100338- 71.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	Medida educativa: quatro encontros no CAPS.	SIM
9	0102212- 91.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	ADVERTÊNCIA	SIM
10	0107991- 27.2017.8.05.0001	NÃO	SIM	ADVERTÊNCIA	SIM
11	0107965- 29.2017.8.05.0001	NÃO	SIM	ADVERTÊNCIA	SIM
12	0083556- 86.2017.8.05.0001	NÃO	SIM	ADVERTÊNCIA	SIM

CONSIDERAÇÕES RELEVANTES ACERCA DE ALGUMAS AUDIÊNCIAS:

Na audiência n.º 1, o suposto autor do fato, desacompanhado de defesa, era reincidente e por isso a sua transação penal foi uma medida educativa que consistia no encaminhamento do acusado ao CAPS – AD – Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Outras Drogas, a fim de que comparecesse ao programa de recuperação de usuários e dependentes de drogas por quatro encontros.

Na audiência n.º 3, o suposto autor do fato estava acompanhado dos pais, sem advogado, e informou que já foi usuário de drogas, tendo a conciliadora informado que no caso dele ser novamente flagrado em posse de droga para uso pessoal, será aplicada outra medida diversa da advertência.

Na audiência n.º 4, o suposto autor do fato, desacompanhado de defesa, afirmou que era usuário de maconha e por isso a sua transação penal foi uma medida educativa que consistia no encaminhamento do acusado ao CAPS – AD – Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Outras Drogas, a fim de que comparecesse ao programa de recuperação de usuários e dependentes de drogas por quatro encontros.

Na audiência n.º 5, o suposto autor do fato, desacompanhado de advogado, afirmou que era

usuário de maconha há 17 anos e por isso a sua transação penal foi uma medida educativa que consistia no encaminhamento do acusado ao CAPS – AD – Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Outras Drogas, a fim de que comparecesse ao programa de recuperação de usuários e dependentes de drogas por quatro encontros.

Na audiência n.º 8, o suposto autor do fato, desacompanhado de defesa, afirmou ser usuário de maconha e por isso a sua transação penal foi uma medida educativa que consistia no encaminhamento do acusado ao CAPS – AD – Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Outras Drogas, a fim de que comparecesse ao programa de recuperação de usuários e dependentes de drogas por quatro encontros.

Na audiência n.º 12, o suposto autor do fato, assistido por advogado constituído, informou que é usuário de drogas, e ao ser questionado pela conciliadora respondeu que o uso das drogas de forma alguma interfere negativamente na sua vida familiar, profissional ou na sua interação social. Disse que na verdade faz é melhorar, pois ele é artista e hiperativo, e a maconha ajudaria ele a se concentrar melhor, a elaborar as suas ideias. A conciliadora entende que então a medida educativa não faria nenhum efeito nesse caso. O advogado que acompanha o suposto autor do fato, inicialmente informa não ter interesse na transação penal e a conciliadora explica que seria apenas uma advertência. O advogado então questiona como seria essa advertência, se seria cumulada com multa e a conciliadora explica que não. Por fim o suposto autor do fato aceita a proposta de transação penal.

3.4.3 3.^a Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 2.^o JECrim Itapuã Matutino)

- Datas das observações: 27, 28 e 30 de novembro de 2017.

A observação nessa Vara restou frustrada, uma vez que nas três tentativas em acompanhar audiências preliminares de usuários de drogas, havia poucas audiências designadas sobre este tema e nessas poucas os supostos autores dos fatos não compareceram.

Inclusive, no fim da pesquisa empírica, foi possível perceber que a maioria dos usuários de drogas são flagrados durante os festejos de carnaval. Tendo em vista que o circuito de festejos é mais próximo do Fórum Ruy Barbosa, onde estão localizadas a 1.^a e a 2.^o Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal, a grande parte das audiências de conciliação que são realizadas nessa

duas Varas envolvem usuários de drogas, então, mesmo que muitos não compareçam, diversas audiências são realizadas, enquanto nas demais Varas de Salvador são realizadas poucas audiências sobre o tema e muitos não comparecem, como é possível verificar pela ausência de dados dessa Vara e pelo baixo número de audiências acompanhadas na 4.^a, 5.^a e 6.^a Varas do Sistema dos Juizados Especiais Criminais.

3.4.4 4.^a Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 2.^o JECrim Itapuã Vespertino)

- Datas das observações: 01 e 16 de novembro de 2017

OBSERVAÇÕES GERAIS:

Inicialmente, observando a dificuldade para conseguir acompanhar alguma audiência de usuário de drogas, em uma conversa com a conciliadora, ela disse que ali eram realizadas poucas audiências de usuários de drogas, uma vez que o índice de não comparecimento era alto, pois alguns faltavam, ainda que devidamente intimados, e a maioria faltava pois não era intimada, mesmo a Vara enviando três cartas de notificações e uma intimação pessoal, a intimação restava frustrada.

Nessa Vara os conciliadores recebem do Juiz e do Promotor Público a determinação de que, em regra, a proposta de transação penal deve consistir em medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo medida.

De todas as Varas observadas, foi verificado que essa foi a única que a conciliadora tinha um cuidado em explicar ao suposto autor do fato, com muita clareza, do que se tratava o instituto da transação penal.

Aberta a audiência a conciliadora perguntava se havia interesse na transação penal e explicava que se tratava de um acordo com o Ministério Público que visava arquivar o processo sem maiores problemas ao suposto autor do fato (sem que o processo corra e vá para a instrução, sem que ele precise retornar para outra audiência, sem que precise ter contato com o promotor, com o juiz), resolvendo tudo naquela audiência preliminar. E que o conteúdo do acordo seria o compromisso do suposto autor do fato em participar de medidas educativas em relação à potencialidade lesiva da droga para ele e para a sociedade, que seriam realizadas através de

palestras ministradas no CAPS – AD – Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Outras Drogas.

A conciliadora continua explicando ao suposto autor do fato que ele seria encaminhado ao CAPS mais próximo da sua residência e lá assistiria às palestras durante 4 horas por um mês, enfatizando que não são 4 horas por semana, nem 4 horas por dia. Durante esse período de um mês o processo ficaria suspenso e, tendo o suposto autor do fato cumprido as medidas educativas, o próprio CAPS comunica à Vara que o suposto autor do fato assistiu todas as palestras, compareceu a todos os encontros marcados e essa comunicação é juntada ao processo e este é arquivado. A conciliadora continua esclarecendo que se o suposto autor do fato aceitar o acordo, ele não ficará com a ficha suja, nem com antecedentes criminais, nem nada do tipo, e por ser um acordo não tem caráter de pena e o suposto autor do fato não tem obrigação de fazer.

A conciliadora então avisa que vai ler o termo circunstanciado de ocorrência e se o suposto autor do fato não concordar com o que consta, se ele alegar que não estava portando droga, que não é usuário, ela pode pedir o arquivamento do processo, mas aí ele vai ter que ter o cuidado em ficar observando o andamento do processo, porque ele poderá ser intimado novamente para conversar com o Promotor de Justiça, então é preciso que ele tenha o comprometimento de ficar atento às intimações e retornar quando for intimado novamente.

Depois de toda essa explicação acerca do uso de drogas, a conciliadora conversa um pouco com o suposto autor do fato, perguntando a idade, se trabalha, o que de fato aconteceu no dia do flagrante, se ele é usuário, se já compareceu no Juizado, se já respondeu a algum processo, se tem alguma dúvida sobre o que foi explicado e aí então o acordo é efetivado ou não.

Vale ressaltar que nessa Vara, no oferecimento da proposta de transação penal, não é levado em consideração o cumprimento das disposições do artigo 76, § 2º, incisos I e II, da Lei 9.096/95, não admite a proposta de transação se ficar comprovado que o autor da infração foi condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, ou foi beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, e do § 4.º, do mesmo dispositivo que prevê que o benefício da transação penal não pode ser realizado novamente no prazo de cinco anos.

Possivelmente a Vara adota o posicionamento do enunciado 115 do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) que determina que essa restrição do §4.º não se aplica ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e do enunciado 124, também do FONAJE, que dispõe: “A reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda

que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do artigo 28 da Lei 11.343/06 em sede de transação penal”. Mas, em nenhum momento há referência direta aos enunciados supracitados.

Na ata de audiência apenas informa que a proposta foi oferecida com base no previsto pelos enunciados 70 e 71 do FONAJE, e assim dispõem tais enunciados:

ENUNCIADO 70 – O conciliador ou o juiz leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento da proposta de transação.

ENUNCIADO 71 (Substitui o Enunciado 47) – A expressão conciliação prevista no artigo 73 da Lei 9099/95 abrange o acordo civil e a transação penal, podendo a proposta do Ministério Público ser encaminhada pelo conciliador ou pelo juiz leigo, nos termos do artigo 76, § 3º, da mesma Lei.

Ao final da audiência, antes de entregar a ata ao suposto autor do fato, a conciliadora tem o cuidado de ler a ata em voz alta, explicando algumas partes do texto, e, no caso de realização de transação penal, providencia o ofício para encaminhá-lo ao CAPS.

DADOS DAS AUDIÊNCIAS:

	PROCESSO N.º	PRESENÇA DE REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO?	PRESENÇA DE ADVOGADO OU DEFENSOR PÚBLICO?	PROPOSTA OFERECIDA	A PROPOSTA FOI ACEITA?
1	0137948- 73.2017.8.05.0001	NÃO	SIM	Medida educativa: quatro encontros no CAPS.	SIM
2	0144367- 12.2017.8.0001	NÃO	NÃO	Medida educativa: quatro encontros no CAPS.	SIM

CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS AUDIÊNCIAS: Nas duas a proposta de transação penal foi oferecida e efetivada, da forma narrada nas observações gerais da Vara.

3.4.5 5.ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 2.º JECrim Extensão Largo do Tanque Matutino – Atualmente localizado na Lapinha)

Data das observações: 21 e 23 de novembro de 2017

OBSERVAÇÕES GERAIS:

De todas as Varas observadas essa é a única que não segue os enunciados do FONAJE, inclusive, em conversa com o conciliador ele nem sabia da existência desses enunciados *contra legem*, e disse que ia conversar com o promotor a respeito, pois a determinação da Juíza da Vara é que só se faz transação se não tiver antecedentes criminais.

Assim, a proposta de transação penal só é oferecida após ser consultado e verificado que o suposto autor do fato não possui antecedentes criminais, conforme os requisitos do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais. Caso haja antecedentes criminais há o prosseguimento dos feitos com o oferecimento da denúncia.

Aberta a audiência o conciliador explica que, se tratando de posse de drogas, o poder judiciário oferece aos infratores a possibilidade de suspender o processo através de um instituto chamado transação penal, por meio de uma palestra temática com uma psicóloga que irá tratar dos efeitos das drogas, que ocorrem nas últimas duas quartas-feiras do mês, no período de 9 a 12 horas. Que através desse benefício o processo será suspenso e após a palestra o promotor vai apreciar e provavelmente arquivará os autos e aí o suposto autor do fato estará livre do processo.

DADOS DAS AUDIÊNCIAS

	PROCESSO N.º	PRESENÇA DE REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO?	PRESENÇA DE ADVOGADO OU DEFENSOR PÚBLICO?	PROPOSTA OFERECIDA	A PROPOSTA FOI ACEITA?
1	0129010- 89.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	Medida educativa: audiência temática na própria Vara.	SIM
2	0108047- 60.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	Medida educativa: audiência temática na própria Vara.	SIM
3	0110048- 18.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	Medida educativa: audiência temática na própria Vara.	SIM

4	0126872-52.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	Nenhuma, pois não foi possível consultar os antecedentes criminais do suposto autor do fato.	
---	---------------------------	-----	-----	--	--

CONSIDERAÇÕES RELEVANTES ACERCA DE ALGUMAS AUDIÊNCIAS:

A Audiência n.º 3 é uma audiência remarcada com dois supostos autores dos fatos, visto que na audiência anterior não foi possível consultar os antecedentes criminais deles, assim, ficaram intimados para comparecerem em tal audiência munidos da folha de antecedentes criminais. Um dos supostos autores do fato questionou se algum delito cometido em outro estado também aparece na folha de antecedentes emitida pela Secretaria de Segurança Pública da Bahia. O conciliador respondeu que sim, pois há uma interligação entre as secretarias, e o suposto autor do fato disse que a dúvida é porque ele teve um problema no estado de Minas Gerais. Também foi questionado pelo mesmo autor do fato, quais seriam as outras propostas de transação penal para o usuário de drogas, e o conciliador responde que a medida aplicada é a única possível naquela Vara, e se for outra infração pode ser aplicada a prestação de serviços à comunidade ou pagamento de cestas básicas. Por fim, questionou o que acontece com a pessoa que se recusa a fazer a palestra e o conciliador explicou que o processo continuaria até a sentença e o próprio suposto autor do fato seria o maior prejudicado. Verificado que não havia antecedentes criminais, foi oferecida e aceita a proposta de transação penal consistente no comparecimento em audiência temática na própria Vara.

A audiência n.º 4 foi redesignada para o mês seguinte, visto que não foi possível emitir a certidão de antecedentes criminais do suposto autor do fato, não podendo, portanto, ser oferecida proposta de transação penal, conforme especificado no artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais. O suposto autor do fato ficou intimado e ciente de que deveria comparecer na audiência seguinte munido dos antecedentes criminais.

3.4.6 6.ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais Criminal (antigo 1.º JECrim Extensão Largo do Tanque Vespertino - Atualmente localizado na Lapinha)

- Datas das observações: 21 e 23 de novembro de 2017

OBSERVAÇÕES GERAIS:

Inicialmente, também foi observando a dificuldade para conseguir acompanhar alguma audiência de usuário de drogas, pois, comparando com as Varas localizadas no Fórum Ruy Barbosa, conforme já foi exposto, em tal Vara são realizadas poucas audiências com esse tema e o índice de não comparecimento é alto, pois alguns faltam ainda que devidamente intimados e a maioria falta pois não é intimada.

Aberta a audiência os conciliadores explicam sobre a transação penal, que consiste em uma advertência por meio de palestra a ser ministrada na própria Vara, abordando os efeitos maléficos da droga para o próprio usuário e sua família, adotando como prerrogativa o fato de que as pessoas com menor suscetibilidade ao consumo de drogas são aquelas que têm, entre outros fatores, informações corretas acerca do uso de substâncias entorpecentes e as suas consequências. E, além da palestra, os supostos autores do fato deverão assistir e levar um vídeo fornecido pelo Núcleo de Justiça Restaurativa da unidade, para fins de esclarecimento sobre as consequências, nocivas à saúde, do uso de drogas, em como participar de terapia de grupo que será ministrada na oportunidade, pela equipe interdisciplinar do núcleo.

Vale ressaltar que nessa Vara, no oferecimento da proposta de transação penal, não é levado em consideração o cumprimento das disposições do artigo 76, § 2º, incisos I e II, da Lei 9.096/95, não admite a proposta de transação se ficar comprovado que o autor da infração foi condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, ou foi beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, e do § 4.º, do mesmo dispositivo que prevê que o benefício da transação penal não pode ser realizado novamente no prazo de cinco anos.

Possivelmente a Vara adota o posicionamento do enunciado 115 do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) que determina que essa restrição do §4.º não se aplica ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e do enunciado 124, também do FONAJE, que dispõe: “A reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do artigo 28 da Lei 11.343/06 em sede de transação penal”. Mas, em nenhum momento há referência direta aos enunciados supracitados.

E na ata das audiências nas quais são efetivadas transações penais consta toda a explicação que foi dada anteriormente acerca da advertência aplicada, e consta, também, que a finalidade da

medida aplicada é que os usuários sejam motivados a compartilhar a necessidade de pedir e receber ajuda terapêutica para vencer o uso abusivo das drogas ilícitas, ficando estabelecido que o não cumprimento da transação penal acarretará no prosseguimento do feito, e que palestra contará com a presença da Promotora de Justiça da Vara e com equipe interdisciplinar do Núcleo de Justiça Restaurativa, composta por psicólogos.

DADOS DAS AUDIÊNCIAS:

	PROCESSO N.º	PRESENÇA DE REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO?	PRESENÇA DE ADVOGADO OU DEFENSOR PÚBLICO?	PROPOSTA OFERECIDA	A PROPOSTA FOI ACEITA?
1	0145495- 67.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	Medida educativa: audiência temática na própria Vara.	SIM
2	109591- 83.2017.8.05.0001	NÃO	NÃO	Medida educativa: audiência temática na própria Vara.	SIM

CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS AUDIÊNCIAS: Nas duas a proposta de transação penal foi oferecida e efetivada, da forma narrada nas observações gerais da Vara.

4 PROCESSO PENAL SIMBÓLICO

Nos últimos tempos, o direito penal, em muitas situações, abandona a sua função instrumental de proteger bens jurídicos relevantes e passa a ser um direito penal simbólico, usando medidas extremamente repressivas para simbolizar que as medidas devidas estão sendo tomadas para combater a criminalidade e garantir a segurança jurídica da sociedade.

Atualmente há diversas leis que representam esse direito penal simbólico, sendo as principais a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Drogas, que regem com um rigor excessivo e desproporcional, com tipos penais repletos de verbos criminalizadores, com penas endurecidas e com reduções de garantias processuais, sem que as finalidades preventivas e retributivas do direito penal sejam alcançadas.

Vale ressaltar que o processo penal também é afetado por esse simbolismo, pois muitas vezes determinada conduta é criminalizada, mas, quando o procedimento penal ocorre na prática, muitas disposições previstas em lei não respeitadas, logo, o processo não passa de um espetáculo, de uma fantasia, como é o caso do procedimento penal aplicado aos usuários de drogas que veremos no decorrer deste capítulo.

4.1 DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

Trazendo o que chama de “simples noção prévia”, Zaffaroni explica que a expressão direito penal engloba dois estatutos: a legislação penal, com normas que visam a tutela de bens jurídicos, sendo que a violação destas gera o delito que tem como consequência uma sanção, para evitar novas violações às normas, e o saber do direito penal que é o sistema de interpretação da legislação penal¹⁶¹. E aponta, ainda, que todos os ramos do direito visam a segurança jurídica, mas apenas o direito penal a realiza com o uso de coerção penal, sendo que esta difere das demais coerções jurídicas por ter caráter exclusivamente preventivo ou particularmente reparador.

Já Rogério Sanches Cunha traz uma definição englobando três aspectos:

A) sob o **aspecto formal ou estático**, Direito Penal é um **conjunto de normas** que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais (crime ou contravenção), define os seus agentes e fixa as sanções (pena ou medida de segurança) a serem-lhes

161 ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., pp. 84/85.

aplicadas.

B) sob o **aspecto material** o Direito Penal refere-se a **comportamentos** considerados altamente reprováveis ou **danosos** ao organismo social, afetando bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso.

C) sob o aspecto **sociológico ou dinâmico**, o Direito Penal é mais um **instrumento de controle social** de comportamentos desviados (ao lado dos outros ramos, como Constitucional, Civil, Administrativo, Comercial, Tributário, Processual, etc.) visando assegurar a necessária disciplina social, bem como a convivência harmônica dos membros do grupo. (grifos do autor)¹⁶²

O autor esclarece que o direito penal possui normas que trazem como consequência jurídica a cominação de penas e medidas de segurança, sendo esta a diferença entre as normas penais e as normas de outros ramos do direito, e, em razão dessa consequência, deve ser utilizado em último caso, de forma subsidiária e racional, respeitando o princípio da intervenção mínima que defende que uma conduta só pode ser criminalizada se esse for o meio necessário para proteger determinado bem jurídico¹⁶³.

Nesse sentido, Leonardo Sica diz que a missão do direito penal é proteger os bens jurídicos, de maneira subsidiária e fragmentária, o que, segundo o autor implica:

- a) definição e concepção do fato criminoso (crime) em sua extensão social;
- b) compreensão do verdadeiro significado de bem jurídico e eleição daqueles considerados vitais à comunidade, ou carentes de tutela penal;
- c) seleção das condutas lesivas dignas de serem criminalizadas;
- d) escolhas das respostas penais menos ofensivas ao cidadão¹⁶⁴.

Quanto à finalidade da sanção no direito penal, Eugenio Raúl Zaffaroni explica que há dois posicionamentos distintos: para uns o direito penal tem por meta a segurança jurídica, e aí a pena deve ter efeito principalmente sobre a comunidade jurídica, efeito de prevenção geral, para evitar que aqueles que não delinquiram não venham a delinquir, devendo a pena ser uma retribuição; para outros, o objetivo da sanção penal é proteger a sociedade, é a defesa social, e aí o efeito deve ser sobre o delinquente para que ele não volte a delinquir, é um efeito de prevenção especial, devendo a pena ser reeducação e ressocialização. O autor concluiu que atualmente os dois posicionamentos são aplicados combinados:

162 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1.º ao 120)** – 4. ed.rev., ampl. E atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016, pp. 31/32.

163 Ibid., p. 32.

164 SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

Conforme as opiniões mais generalizadas atualmente, a pena, entendida como prevenção geral, deve ser retribuição, enquanto, entendida como prevenção especial, deve ser reeducação e ressocialização. A retribuição deve resolver ao delinquente o mal que este causou socialmente, enquanto a reeducação e a ressocialização devem prepará-lo para que não volte a reincidir no delito. Ambas as posições costumam ser combinadas pelos autores, tratando de evitar suas consequências extremas, sendo comum em nossos dias afirmação de que o fim da pena é a retribuição e o fim da execução da pena é a ressocialização (doutrina alemã contemporânea mais corrente)¹⁶⁵.

Voltando aos ensinamentos de Rogério Sanches Cunha, a doutrina divide o direito penal em substantivo, que corresponde ao direito material que tipifica os crimes e as contravenções, e adjetivo, que seria o direito processual que trata das normas destinadas a instrumentalizar a atuação estatal diante da ofensa a um bem jurídico. Porém, o autor explica que essa divisão não tem qualquer função prática, uma vez que o direito processual penal atualmente é reconhecido como um ramo autônomo, com regras e princípios próprios¹⁶⁶.

Sobre tal assunto, Calmon de Passos se posicionou acerca da importância do processo no direito penal, demonstrando que ele vai além de um simples instrumento:

O processo, no âmbito do jurídico, não é, portanto, algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação *meio/fim*, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial¹⁶⁷.

Para Aury Lopes Jr., direito e processo, de fato, estão em dois planos completamente diferentes no sistema jurídico, tendo o direito processual conquistado a sua independência conceitual e metodológica em relação ao direito penal, contudo, os dois se relacionam nos objetivos sociais e políticos de ambos:

Respeitando sua separação institucional e a autonomia de seu tratamento científico, o processo penal está a serviço do Direito Penal, ou para ser mais exato, da aplicação desta parcela do direito objetivo. Por esse motivo, não pode descuidar do fiel cumprimento dos objetivos traçados por aquele, entre os quais está o de **proteção do indivíduo**.

A autonomia extrema do processo com relação ao direito material foi importante no seu momento, e, sem ela, os processualistas não haveriam podido chegar tão longe na construção do sistema processual. Mas isso já cumpriu com a sua função. A acentuada visão autônoma está em vias de extinção e a instrumentalidade está servindo para relativizar o binômio direito-processo, para a liberação de velhos conceitos e superar os limites que impedem o processo de alcançar outros objetivos, além do limitado campo processual.

A ciência do processo já chegou a um ponto de evolução que lhe permite deixar para trás todos os medos e preocupações de ser absorvida pelo direito material, assumindo sua função instrumental sem qualquer menosprezo. O Direito Penal não pode prescindir do

165 ZAFFARONI, op. cit. p. 90, 2016.

166 CUNHA, op. cit., p. 35.

167PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 68

processo, pois a pena sem processo perde sua aplicabilidade¹⁶⁸.

Assim, Aury Lopes Jr. apresenta um processo penal como “*o caminho necessário para a pena*”, ou seja, ele aponta a instrumentalidade do processo penal em relação ao direito penal e à pena, argumentando que há uma essencial ligação entre direito penal e processo, sendo complementares, pois “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena¹⁶⁹”

Contudo, o autor retrocitado esclarece que essa instrumentalidade do processo não significa apenas no sentido de satisfazer a pretensão acusatória, mas também no sentido de uma função constitucional do processo que é ser instrumento para garantir a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, principalmente a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana submetida a um processo judiciário¹⁷⁰.

No mesmo sentido, Elmir Duclerc traz que “a proteção da liberdade ambulatoria do indivíduo” é um vínculo entre o direito penal, o direito processual penal e a parte do direito da criança e do adolescente que trata das medidas socioeducativas, contudo, o autor deixa claro que isso não significa que o processo é um simples instrumento que serve ao direito penal, pois a sua atuação vai além do processo penal:

Dizer que o Direito Processual Penal integra um subsistema jurídico de proteção à liberdade significa afirmar, ademais, que não se reduz a um mero *instrumento* a serviço do Direito Material Penal. O *conteúdo regulativo* específico do Direito Processual Penal, ao contrário, restará sempre muito bem delineado se o conceito de processo penal estiver sempre vinculado à proteção processual da liberdade ambulatoria em face do poder punitivo do Estado, o que extrapola, inclusive, o fim único de atuação de penas e medidas de segurança, ou mesmo de aplicação do Direito Penal material (grifos do autor)¹⁷¹.

Aury Lopes Jr., explica que essa função do processo em limitar o poder estatal, se dá porque o processo terá relação direta com a Constituição Federal de um Estado, assim, sendo a nossa Constituição democrática, necessariamente o nosso processo penal deve ser democrático e garantista, como “instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas”, no caso de constituições autoritária, o processo também seria autoritária e não se preocuparia com os direitos fundamentais¹⁷²”

168 LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo pena (fundamentos da instrumentalidade constitucional)** – 4. ed.rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 10.

169 Ibid., p. 4.

170 LOPES Jr., op. cit., p. 10, 2006.

171 DUCLERC, op. cit., p. 10.

172 LOPES Jr., op. cit., p. 2, 2006.

Reforçando tal ideia, Rômulo de Andrade Moreira aponta que o processo penal identifica o país como uma democracia ou como um Estado totalitário, não sendo apenas um instrumento para efetivar o direito penal, mas sim um meio essencial para fazer com que sejam respeitadas as garantias do acusado, os seus direitos fundamentais previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito, apesar do crime supostamente praticado, limitando o poder estatal¹⁷³.

4.2 DIREITO PENAL SIMBÓLICO E PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO

O direito penal, de acordo com Leonardo Sica, gera inúmeras expectativas para a solução dos diversos problemas políticos e sociais existentes, uma vez que outros meios de controle social fracassaram e muitas vezes sequer existiram políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população. Assim, novas formas de criminalidade (como criminalidade econômica, criminalidade ambiental, tráfico de drogas, etc.), que fogem da violência tradicional e da proteção de bens jurídicos individuais, foram criadas visando a proteção de bens universais e coletivos. E, para suprir as expectativas geradas, muitas vezes as consequências da lei penal são deixadas de lado, bastando que a lei exista¹⁷⁴.

Essa expectativa criada pela população em cima do direito penal tem relação com os meios de comunicação, pois a mídia, segundo Rogério Greco, no final do século passado e início do atual, ao divulgar diversos casos de criminalidade, por meio de profissionais não especializados no assunto, como jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, entre outros, passaram a criticar o sistema penal, propagando para a sociedade que, com o agravamento das penas, com o surgimento de novas leis, de novos tipos penais, com o aumento da vedação a algumas garantias processuais, a violência, exposta exageradamente pelos próprios meios de comunicação, seria combatida¹⁷⁵.

Em razão dessa crise popular alastrada pela mídia, muitas vezes a legislação penal é alterada, segundo Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, e, no lugar de buscar a finalidade legítima do direito penal, que é proteger subsidiariamente os bens jurídicos relevantes, há uma tendência em

173 MOREIRA, Rômulo De Andrade Moreira. **O processo penal como instrumento de democracia**. Publicado em 18 de ago. De 2004. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI6301,21048-O+processo+penal+como+instrumento+de+democracia>> Acesso em 05 de fev. de 2018.

174 SICA, op. cit., p. 73.

175 GRECO, ROGÉRIO. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 05 de fev. de 2018.

criar legislações simbólicas e de emergência, que desnaturam o direito penal, pois menosprezam a proteção dos bens jurídicos e o possível infrator, visando apenas o cidadão cumpridor de leis, com o objetivo de acalmá-lo, de acalmar a crise popular, fazendo surgir um direito penal simbólico, que é ilegítimo:

Um Direito Penal com essas características carece de legitimidade: manipula o medo do delito e a insegurança, reage com um rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa exclusivamente com certos delitos e determinados infratores. Introduce um exagerado número de disposições excepcionais, sabendo-se do seu inútil ou impossível cumprimento e, a médio prazo, traz descrédito ao próprio ordenamento, minando o poder intimidativo das suas proibições¹⁷⁶.

Na mesma linha de pensamento, o autor José Luis Díez Ripollés aponta que o direito penal simbólico é algo que também ganhou espaço na Europa, através das reformas de diversos códigos penais, como o espanhol, e esse crescimento se deve às diversas transformações sociais que não podem ser ignoradas pela política criminal. Na mesma linha que os autores mencionados anteriormente, ele indica, como exemplo de tais transformações, o desenvolvimento dos meios de comunicação, pois são capazes de promover debates públicos sobre assuntos relevantes, sem que haja um debate prévio de especialistas, e exercem um controle social ao universalizar a opinião sobre pontos de vistas e atitudes¹⁷⁷.

O autor continua explicando que a opinião pública, movida pela mídia, pressiona os Poderes Públicos para que façam reformas legislativas que reflitam os debates públicos sobre problemas sociais relevantes, e eles terminam atendendo ao clamor público:

Assim entramos no reino do Poder Legislativo declarativo-formal, cuja pretensão é a de plasmar na norma legal, do modo mais fiel e contundente possível, o estado atual das opiniões coletivas sobre uma certa realidade social conflitiva e que está alheio a qualquer consideração sobre a medida em que a norma em questão pode colaborar para a solução do problema¹⁷⁸.

Dessa forma, segundo Leonardo Sica, estando a sociedade amedrontada, vitimizada, em razão da criminalidade, esse é o campo fértil para que o direito penal simbólico cresça, uma vez que o cenário faz com que as possíveis vítimas aceitem a punição ou até mesmo o extermínio preventivo dos “supostos agressores potenciais”¹⁷⁹:

Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do

176 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Maioridade penal e o direito penal emergencial e simbólico**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. - Ano 3, n. 16 (fev./mar. 2007), p. 75.

177 RIPOLLÉS, José Luis Díez. **O direito penal simbólico e os efeitos da pena**. Ciências Penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – Ano 1 (2004), pp. 24/25.

178 Ibid., p. 26.

179 SICA, op. cit., pp. 77/78.

Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança. O roubo com traço cada vez mais brutal, “sequestros-relâmpagos”, chacinas, delinquência juvenil, homicídios, a violência propagada em “cadeia nacional”, somados ao aumento da pobreza e à concentração cada vez maior da riqueza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares.

Dados estatísticos e informações distorcidas ou mal entendidas sobre a “explosão da criminalidade” criam um estado irrefletido de pânico, fundados em mitos e “fantasmas”¹⁸⁰.

Assim, Luciana Boiteux avalia o direito penal simbólico como “um discurso punitivo adotado pelos políticos e insuflado pela mídia, ligado ao movimento de lei e ordem, que defende o aumento da atuação repressiva como meio de se alcançar a 'ordem' urbana”. A autora entende que esse discurso defende que determinadas condutas deixarão de ocorrer, caso sejam criminalizadas, e, de tal maneira, a pena passa a assumir uma função puramente simbólica¹⁸¹.

Além disso, citando Alessandro Baratta, a autora destaca que por meio da percepção de que o direito penal não é capaz de tutelar bens jurídicos em sua totalidade, há a criação de uma falsa segurança para que a população confie no sistema penal. Nesta senda, continua Luciana Boiteux, muitas autoridades, para não receberem a culpa e não serem responsabilizadas pelos fatos que estão na mídia causando comoção social, justificam a situação com a desculpa de que faltam leis repressivas, e, se o fato já for previsto como crime, a desculpa passa a ser que o problema está nas penas, na proibição da liberdade provisória e na vedação da progressão de regime, que precisam de aumento¹⁸².

Paulo Queiroz entende que, tendo em vista a superprodução de leis penais, quando o legislador submete à normatização do direito penal certas condutas, que foram intensamente noticiadas, como falsificação de remédio, violência policial, graves danos ambientais, entre outros, ele não objetiva exatamente a prevenção ou a repressão de tais condutas, mas sim objetiva passar para a sociedade uma falsa impressão de segurança jurídica, utilizando-se de uma repressão retórica para passar a imagem, nos meios de comunicação, de que está atento e agindo para manter tudo em ordem¹⁸³.

O autor retrocitado adverte que, diante da demagogia e das aparentes soluções, a sociedade tende a acreditar que muitos problemas serão resolvidos, que muitas condutas serão combatidas ou

180 SICA, op. cit., p 73.

181 BOITEUX, Luciana. Delitos informáticos e direito penal simbólico. Direito penal no terceiro milênio, 2008, p. 467.

182 Ibid. p. 468.

183 QUEIROZ, Paulo. **Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico**. Revista do CEPEJ. - N. 6 (jul./dez. 1999), p. 215.

serão bastante reduzidas. Contudo, se os cidadãos observarem com um pouco mais de atenção, vão perceber que na prática nada mudou, já que a estrutura é a mesma, pois como exemplifica Paulo de Queiroz, os crimes de falsificação de remédios e de danos ambientais continuaram da mesma forma, uma vez que os órgãos responsáveis pelas fiscalizações não existem ou sofrem com a escassez de aparelhagem necessária, e o próprio cidadão, tranquilizado pelo legislador, não foi esclarecido acerca da importância e de como proteger o meio ambiente, bem como não receberam informações sobre como evitar a compra de remédios falsificados, assim como os laboratórios não se preocuparam em evitar a adulteração de seus produtos¹⁸⁴.

Assim, Paulo Queiroz, citando Garcia Pablo, concluiu que esse direito penal simbólico, que surge para dar a falsa sensação de segurança para a sociedade, não tem legitimidade, pois “reage com um rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa, exclusivamente, com certos delitos e infratores, introduzindo um sem fim de disposições penais, apesar de inúteis ou de impossível cumprimento, desacreditando o próprio sistema penal¹⁸⁵”.

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini apresentam críticas acerca da distorção do direito penal, demonstrando que a mídia contribui para isso, pois apresenta nos meios de comunicação a violência e o direito penal como um espetáculo, transformando-os em mercadoria valorosa para uso político e uso dos políticos, transforma o direito penal em algo banalizado, e acerca desse assunto trazem um exemplo impressionante de uma lei que foi proposta e aprovada em 48 horas:

Para citar exemplo de emprego eleitoreiro do Direito Penal, recorde-se que o legislador brasileiro, sob os efeitos do “escândalo dos remédios falsos”, não teve dúvida em reagir imediatamente: elaborou primeiro a Lei n.º 9.677/98, para alterar o marco penal de diversas condutas relacionadas com o tema (a falsificação de remédio agora é sancionada com pena mínima de dez anos de reclusão. Por meio do mesmo diploma legal, outras condutas não tão graves, como a falsificação de creme para alisar o cabelo, passaram a receber a mesma punição). Depois, publicou-se a Lei n.º 9.695/98, para transformar diversos desses delitos em “hediondos” (o que, desde aquela outra lei, já se almejava, mas que, por defeito de técnica legislativa, não se conseguiu). Em lugar de providências administrativas eficazes para a prevenção da falsificação, privilegiou-se a edição de uma nova lei penal (considere-se que, na ocasião, estava-se na iminência de eleições presidenciais). Impressiona o fato de a lei ter sido proposta e aprovada em 48 horas¹⁸⁶.

Como representante do simbolismo penal é comum fazer referência à Lei de Crime Hediondos (Lei n.º 8.072/90), com as leis expansivas do rol de crimes hediondos, pois, segundo Nathália Rosa Mendes, ela foi elaborada como uma resposta à sociedade em razão de diversos casos

184 QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. Revista do CEPEJ. - N. 6 (jul./dez. 1999), p. 216.

185 Ibid., p. 2016

186 GOMES; BIANCHINI, op. cit., pp. 76/77.

que repercutiram na mídia, como os sequestros do empresário Abílio Diniz em dezembro de 1989, e de Roberto Medina em junho de 1990, o assassinato de crianças e adolescentes de rua que moravam sob a marquise da Igreja da Candelária em julho de 1993, a chacina de moradores do Vidigal em setembro de 1993, o assassinato da atriz Daniela Perez em janeiro de 1993, dentre diversos outros casos. A forma como a mídia veiculava as notícias sobre os casos, fazia com que os espectadores sofressem com as vítimas e pressionassem as autoridades para que providências fossem tomadas para evitar novas vítimas¹⁸⁷.

Outra representação desse direito penal simbólico, que abandona sua função instrumental de protetor de bens jurídicos e assume uma função simbólica, que esta diretamente ligada ao foco deste trabalho, é a Lei de drogas. Isso porque, a partir do momento que se propagou mundialmente a ideia de que as drogas são grandes vilãs que podem acabar com as famílias, a sociedade ficou bastante atemorizada e insegura.

Diante disso, as autoridades passaram a garantir ilusoriamente que, por meio de uma simbologia que implica na elaboração de leis, a tranquilidade social estaria garantida. Foi nesse contexto que a Lei de Drogas (Lei n.º 11.343) foi editada, com um caráter repressivo e extremamente proibicionista, com penas endurecidas, e que não passa de um simbolismo, uma vez que não se efetiva, não alcança a sua finalidade de combater as drogas, apesar do rigor excessivo. Ou seja, existe apenas para constar, para dar uma resposta para a opinião pública, já que o endurecimento das leis não diminui a criminalidade e gera, tão somente, uma superlotação carcerária.

Ainda no âmbito da Lei de Drogas, esse simbolismo penal também está presente nos casos que envolvem portadores de substância ilícita para o consumo pessoal, uma vez que eles são tratados como criminosos, circunstância que, conforme demonstrado no capítulo anterior, é confirmada pelo STF e, como será visto mais detalhadamente no próximo subcapítulo, recebem um tratamento legal de acordo com o disposto na Lei n.º 9.099/95, que possibilita ao imputado a realização de transação penal, desde que sejam cumpridas algumas regras previstas no artigo 76 da referida Lei, como a inadmissibilidade de proposta de transação para aqueles que já foram beneficiados anteriormente, no prazo de cinco anos. Todavia, na prática, essas regras não são cumpridas, resultando no fato que o cidadão pode ser flagrado portando drogas para consumo pessoal quantas vezes quiser e poderá realizar transação penal quantas vezes quiser. Ou seja, o

187 Mendes, Nathália Rosa. **A apropriação do discurso midiático pela política e a construção de um modelo de direito penal simbólico: uma análise da Lei de Crimes Hediondos**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. - N. 23 (2011.2), pp. 285/292.

agente não é submetido, na forma da lei, ao procedimento previsto, pois tudo não passa de uma encenação.

Assim, a política criminal de drogas, com o seu discurso punitivo, usa um direito penal simbólico para tratar os produtores e comerciantes de drogas, bem como usa um processo penal simbólico como opção para que os consumidores deixem de usar substância ilícitas, apenas para constar que medidas estão sendo tomadas, porém, em total desacordo com a lei.

Diante desse direito penal desnaturado, que é puramente simbólico e surge para dar a falsa sensação de segurança para a sociedade, Rogério Greco conclui que o Estado Social está perdendo espaço para um Estado Penal, visto que “investimentos em ensino fundamental, médio e superior, lazer, cultura, saúde, habitação são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor repressivo. A toda hora o Congresso Nacional anuncia novas medidas de combate ao crime”¹⁸⁸.

Noutro giro, vale ressaltar que esse simbolismo penal gerado para dar respostas à sociedade atemorizada, influenciada pelos meios de comunicação, que clama por medidas mais rígidas para que a criminalidade seja combatida, também atinge o processo penal, pois, segundo Rubens R. R. Casara, as formas processuais, os direitos e as garantias fundamentais, foram relativizados.

A concepção liberal do processo penal como um instrumento de limitação do arbítrio e contenção do poder estatal, como um conjunto ordenado e coerente voltado à racionalização do exercício do poder penal, encontra-se em crise. Correlato ao crescimento do pensamento autoritário, que muitos identificam com o “vazio do pensamento”, a ausência de reflexão que está na base da produção banalizada de violências físicas, simbólicas e estruturais, deu-se o fenômeno de relativização das formas processuais, dos direitos e das garantias fundamentais. Em outras palavras: as formas e categorias processuais penais, os direitos e garantias individuais, passaram a ser percebidas como obstáculos transponíveis à eficiência repressiva do Estado ou do mercado¹⁸⁹.

O autor aponta, ainda, que, diante do simbolismo penal, o processo penal está perdendo o seu valor de limitador do poder estatal, como meio de garantir os direitos fundamentais do acusado, pois “os institutos e formas processuais penais passam a ser tratados como uma espécie de mercadoria, portanto, negociáveis e disponíveis.”¹⁹⁰

Além disso, a mesma mídia que criou o campo fértil para o direito penal simbólico, segundo Rubens R. R. Casara, transformou julgamentos penais em grandes espetáculos:

188 GRECO, op. cit.

189 CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2016, RBCCRIM, VOL 122 (AGOSTO 2016).

190 Ibid.

Ao mesmo tempo, o sistema de justiça criminal brasileiro, sempre seletivo, tornou-se cada vez mais objetivo da atenção dos meios de comunicação de massa que, com objetivos políticos, manipularam as sensações de insegurança e de impunidade na sociedade. Também a indústria do entretenimento passou a vislumbrar, em certos casos penais, espetáculos rentáveis nos quais entram em cena o fascínio pelo crime (em um jogo de repulsa e identificação), a fé nas penas (apresentadas como remédio para os mais variados problemas sociais) e um certo sadismo (na medida em que aplicar uma “pena” é, em apertada síntese, impor um sofrimento)¹⁹¹.

E nesses julgamentos espetáculos ninguém quer ser o ator ruim que vai decidir contra a opinião pública que já foi influenciada pela mídia, o caso é apresentado como uma luta entre o bem e o mal, entre os mocinhos e os bandidos, em busca de audiência, o que faz com que o processo seja distorcido, conforme explica o autor supracitado:

O julgamento-espetáculo, portanto, visa a agradar ao espectador-ator social que assiste/atua condicionado pela tradição em que está inserido. Em outras palavras, nos julgamentos espetáculos, os fins justificam os meios e todos querem exercer bons papéis na trama. Ninguém ousa atuar contra os desejos da audiência, sempre manipuláveis, seja por um juiz-diretor talentoso, seja pelos grupos econômicos que detém os meios de comunicação de massa. Paradoxalmente, os atores jurídicos mais covardes e despreparados, aqueles que têm medo de decidir contra a opinião pública(da), os que para atender ao “desejo de audiência” violam a lei e sonegam direitos fundamentais, são elevados à condição de heróis e/ou “salvadores da pátria”¹⁹².

Assim, o que se percebe é que o processo penal tem sido transformado em um processo penal de espetáculo, violando a lei e diversos direitos fundamentais, quando na verdade o processo penal deveria ser um meio essencial para fazer com que sejam respeitadas as garantias do acusado, os seus direitos fundamentais previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito.

4.3 PROCESSO PENAL SIMBÓLICO E AS AUDIÊNCIAS PRELIMINARES DOS USUÁRIOS DE DROGAS

A política criminal de drogas adotada pelo Brasil tem como base o proibicionismo e segue um sistema extremamente repressivo que tem diretrizes impostas mundialmente pelas convenções internacionais promovidas pela Organização das Nações Unidas: Convenção Única Sobre Entorpecentes (1961), Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas (1988).

Além da ONU, os Estados Unidos da América também influenciaram para a formação da política criminal de drogas brasileira, pois, em 1971, Richard Nixon, o então presidente americano,

191 TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. **O direito penal no estado de direito: análise de casos**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 7.

192 Ibid., p.8.

declarou “guerra às drogas”, que se expandiu para o mundo todo, transformando o combate às drogas em uma verdadeira operação bélica.

A partir dessas influências internacionais diversas campanhas contra as drogas e legislações criminalizadoras foram criadas, pois, no caso dos tratados internacionais, ainda que eles não tivessem caráter de obrigatoriedade, eles eram um meio de pressão para que os Estados signatários seguissem as diretrizes apontadas.

Com a pressão exercida pelos órgãos internacionais, principalmente pela ONU e pelos EUA, para que a droga fosse combatida mundialmente, o modelo proibicionista, baseado na interdição total de determinadas substâncias e no uso do direito penal como meio de coerção, passou a fazer parte de um direito penal simbólico que é influenciado por um discurso punitivo adotado pelas autoridades políticas, que defende o aumento da atuação repressiva como meio de atingir a segurança pública.

Isso porque, durante essa “guerra às drogas”, foi propagado mundialmente que o traficante é o inimigo número um dos Estados e que o uso de drogas era uma ameaça para a sociedade, que poderia destruir famílias e que era responsável pelo aumento da criminalidade e da violência, fazendo com que a sociedade ficasse aterrorizada e acreditasse que tudo seria resolvido com uma forte repressão. Assim, para dar uma resposta aos órgãos internacionais e para passar para a sociedade uma falsa sensação de segurança, o Brasil adotou essa política criminal de drogas bélica promulgando leis com tipos penais repletos de verbos criminalizadores, com penas agravadas e com reduções de garantias processuais.

Inclusive, em 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição Federal, houve um endurecimento das penas ao definir o crime hediondo, fazendo com que fosse editada a Lei dos Crimes Hediondos, nº. 8.072/90, que é uma das principais representações do direito penal simbólico, e equiparou o delito de tráfico de entorpecentes ao rol de crimes hediondos, fazendo com que este crime tenha uma repressão maior do que outros crimes, por exemplo, a progressão de regime dar-se-á após o cumprimento de $\frac{2}{5}$ (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de $\frac{3}{5}$ (três quintos), se reincidente, e a prisão temporária terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Todavia, essa política criminal bélica não foi capaz de combater as drogas conforme pretendido, uma vez que o consumo clandestino continua existindo, assim, a produção de drogas também continua alta em diversos países, e, diante da repressão sempre crescente, o tráfico vai

evoluindo, se organizando cada vez mais, fazendo com que exista concorrência no comércio ilegal, inúmeros conflitos entre grupos rivais, entre traficantes e policiais, atingindo diversas outras pessoas. Ademais, o alto lucro do comércio de drogas é capaz de dar poder suficiente para que o tráfico corrompa autoridades que deveriam atuar no combate às drogas, tornando a justiça criminal vulnerável.

Outra consequência da política criminal de drogas adotada pelo Brasil é o grande aumento da população carcerária, causando uma superlotação problemática e violenta, pois, de acordo com dados apresentados no capítulo 2 dessa pesquisa, de 2014 a 2016 o número de pessoas encarceradas passou de 361,4 para 726,7, sendo que os crimes relacionados ao tráfico de drogas são os que mais levam pessoas às prisões e, em junho de 2016, correspondiam a 28% das incidências pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardavam julgamento. Infelizmente, para os que acreditam no direito penal simbólico esse crescimento carcerário é visto como algo positivo e que os problemas da superlotação serão resolvidos com a construção de novos estabelecimentos prisionais.

Além disso, por meio da política repressiva, embora o usuário de drogas não possa receber pena de prisão preventiva, ele é discriminado, estigmatizado pela sociedade como perigoso, violento e criminoso. Inclusive, recentemente, tem circulado nas redes sociais, um vídeo gravado durante o carnaval de Salvador, mostrando policiais militares conduzindo, por um dos circuitos da festa, diversas pessoas que foram flagradas com porte de drogas para consumo pessoal, sendo que elas estavam sendo conduzidas em fila, amarradas umas nas outras pelas mãos, possivelmente até a base policial, apenas para assinarem o termo circunstanciado de ocorrência. Ou seja, passaram por uma espécie de ridicularização, aumentando ainda mais a estigmatização social.

Isso ocorre porque com o proibicionismo, a produção, o comércio e o consumo de substâncias ilícitas passaram a fazer parte da clandestinidade, sem qualquer controle de qualidade e, assim, muitas vezes as substâncias são adulteradas, misturadas com outros produtos ainda mais tóxicos, fazendo com que com o uso às escondidas, em precárias condições de higiene, os efeitos das drogas sejam agravados, aumentando os males para a saúde, reforçando a imagem de autodestruição que a população tem deles.

Por conta dessa estigmatização, há clamor por parte da sociedade para que o usuário de drogas seja punido pela sua conduta considerada desviante, para que não agrave o quadro das drogas que, segundo a opinião pública, é uma grave ameaça social. Por conta disso, para dar uma

resposta à população, para passar a ideia de que estão atentos às “condutas desviantes” dos usuários de drogas, o poder legislativo decidiu que, conforme disposto no artigo 28 da Lei de Drogas, aquele que 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 penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

De acordo com o artigo 48 da Lei de Drogas, o usuário de drogas receberá a pena por meio de processo penal na forma da Lei dos Juizados Especiais e poderá realizar transação penal com o Ministério Público, nos termos do artigo 76 dessa Lei, apenas com a restrição de que o *Parquet* só poderá oferecer a proposta com as penas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas.

Todavia, esse processo penal realizado nos Juizados Especiais, no caso dos usuários de drogas, não passa de um processo penal simbólico, uma vez que viola o disposto nas leis penais vigentes, conforme foi demonstrado nos dados da pesquisa empírica que foram juntados no ponto 2.4 do capítulo anterior e abaixo será explicado.

A primeira observação feita nas audiências preliminares de usuários de drogas foi que diversas propostas de transações penais foram oferecidas e efetivadas sem que o suposto autor do fato estivesse acompanhado de um advogado ou de um defensor público, o que além de violar a exigência prevista no artigo 72, da Lei n.º 9.099/95, viola o princípio constitucional da ampla defesa, pois o suposto autor do fato geralmente é uma pessoa leiga no âmbito penal e processual penal, que não sabe exatamente do que se trata a transação penal, precisando, portanto, de uma assistência técnica para lhe dar as orientações necessárias sobre as consequências de imputação, do processo, de pena e da aceitação ou não da proposta.

Além disso, o princípio da ampla defesa é violado porque é o defensor que tem a expertise para verificar se há o requisito mínimo para o oferecimento da transação penal, visto que o *caput* do artigo 76 prevê que a transação só pode ser realizada se não for caso de arquivamento, portanto, só pode ser realizada se houver justa causa (indícios de autoria e de materialidade), e para verificar se há justa causa é necessário que haja nos autos o laudo preliminar comprovando que a substância é ilícita. Não havendo justa causa, o Ministério Público não pode oferecer a proposta de transação penal e os autos devem ser arquivados. Inclusive, poderia ser tema de outra pesquisa empírica a quantidade de transações penais de usuários de drogas que são realizadas sem o laudo preliminar, sendo que não deveria ocorrer nenhuma, pois sem o laudo, o caso é do *Parquet* pedir o

arquivamento.

Diante disso, o correto seria que, nos casos encaminhados pela autoridade policial, o termo circunstanciado de ocorrência deveria ser remetido diretamente para o *Parquet*, e este deveria verificar se o caso deve ser encaminhado para a conciliação ou se deve ser arquivado. Contudo, no processo penal simbólico não é dessa forma, pois, na prática os autos são encaminhados diretamente para a audiência preliminar e, não sendo efetivada a transação penal pelo conciliador, é que os autos são remetidos para o Ministério Público decidir ou não pelo requerimento de arquivamento.

Outrossim, nos termos do artigo 76, §3.º da mesma lei, a proposta de transação penal deve ser aceita tanto pelo autor, quanto pelo seu defensor. Logo, se um deles recusar a proposta, significará a recusa total do benefício e o processo deverá prosseguir, embora haja uma corrente, no sentido de que, ocorrendo divergência entre a vontade do agente e a vontade do defensor, o juiz deverá tentar solucionar a controvérsia e, não chegando em um consenso, deve prevalecer a vontade do envolvido, após o esclarecimento dos efeitos da aceitação.

Noutro giro, também é possível verificar que se trata de um processo penal simbólico por meio do descumprimento das disposições do artigo 76, § 2º, incisos I e II, da Lei 9.096/95, que não admitem a proposta de transação se ficar comprovado que o autor da infração foi condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, ou foi beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos de tal artigo, bem como do § 4.º, do mesmo dispositivo, que prevê que o benefício da transação penal não pode ser realizado novamente no prazo de cinco anos.

Todavia, na prática, das seis Varas de Juizados Especiais Criminais de Salvador, pelo menos quatro seguem o enunciado 115 do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) que determina que essa restrição do §4.º não se aplica ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e o enunciado 124, também do FONAJE, que dispõe: “A reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do artigo 28 da Lei 11.343/06 em sede de transação penal”. Ou seja, os aplicadores do direito violam o ordenamento, aplicando enunciados *contra legem*, que foram construídos abstratamente em encontros de magistrados e especialistas agindo como se legisladores fossem. Sendo que esses enunciados não são leis, nem jurisprudência, podendo ser considerados meras orientações que, claro, não podem dispor contra a lei.

Diante do exposto, resta evidente que nos casos dos usuários de drogas aplica-se um processo penal simbólico que serve tão somente para mostrar para a opinião pública que medidas são tomadas contra aqueles que fazem uso de substâncias ilícitas, pois, na prática, o ordenamento jurídico é violado e não se chega a lugar algum, visto que um indivíduo pode todos os dias ser flagrado usando drogas e todos os dias ele pode realizar uma transação penal, sem gerar reincidência ou maus antecedentes e sem significar admissão de culpa. Assim, as finalidades da pena de prevenção e retribuição não são alcançados, o procedimento aplicado não é eficiente e o consumo de drogas continua existindo. Ou seja, todo esse procedimento penal não passa de uma fantasia, e a alternativa ao processo, a transação penal, não passa de uma encenação.

De tal modo, num nível macro é preciso que o uso de drogas seja descriminalizado, contudo, essa alternativa deve ser vista como uma política a longo prazo, com estudos aprofundados para ser melhor adaptada à realidade nacional. Assim, dentro do sistema de ordenamento nacional é extremamente necessário que as regras sejam cumpridas, ainda que elas não sejam suficientes para resolver a questão das drogas, pois o processo penal é um instrumento para garantir a máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas, e o Poder Judiciário tem a lei como limitação, sendo que esta é elaborada por representantes do povo, não podendo o Juiz, aplicador do direito, atuar da forma que quer e, neste sentido, não é possível que em um Fórum Nacional de Juizados Especiais sejam editados enunciados que são aplicados em detrimento da lei.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho surgiu com o objetivo de analisar o tratamento legal destinado ao portador de drogas para consumo, tendo em vista a política criminal de drogas adotada pelo Brasil, dando um foco maior para as audiências preliminares e o oferecimento de proposta de transação penal que ocorrem nesses casos envolvendo usuários de drogas, com o fim de verificar se o procedimento aplicado também sofre os reflexos do simbolismo penal. Para investigar este contexto foi realizada uma pesquisa empírica nas Varas dos Juizados Especiais Criminais de Salvador e também uma pesquisa bibliográfica para dar um embasamento teórico ao trabalho.

No primeiro capítulo verificou-se que o Brasil adota uma política criminal de drogas proibicionista e extremamente repressiva, que possui um caráter bélico, que não foi capaz de alcançar o objetivo de acabar com a produção, o comércio e o consumo de substâncias consideradas ilícitas, e, além disso, contribuiu para o surgimento de novos danos, pois continua existindo demanda e oferta de drogas, fazendo com que o tráfico ainda exista mais forte e mais organizado, gerando mais violência, com os confrontos entre grupos rivais e entre traficantes e policiais, e outras formas de criminalidade, como tráfico de arma, sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, entre outras.

No segundo capítulo foi feito um estudo acerca do tratamento legal destinado aos imputados pelo uso de drogas, analisando o artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006 e o procedimento penal que é aplicado nesses casos. Assim, foi possível verificar que o usuário de drogas, embora não possa ser punido com prisão privativa, é considerado um criminoso, sendo submetido às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, através de um procedimento penal na forma da Lei dos Juizados Especiais, pelo qual deve ser oferecida proposta de transação penal.

Ainda no segundo capítulo, foram apresentadas as observações feitas por meio de uma pesquisa empírica realizada nas Varas dos Juizados Especiais Criminais de Salvador, que consistiu no acompanhamento de audiências preliminares que envolviam aqueles que são imputados pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, observando se os supostos autores dos fatos estavam acompanhados de defesa, quais os requisitos exigidos para que o Ministério Público ofereça a transação penal, como ocorre esse oferecimento e quais as medidas aplicadas.

A partir da referida pesquisa, observou-se que, na prática, o que é disposto pela Lei de Drogas e pela Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099) não é cumprido, uma vez que a maior parte das transações penais são realizadas sem que o suposto autor do fato esteja acompanhado de um defensor, sendo na maioria das vezes aplicada a advertência, sem que o usuário seja realmente

advertido. Ademais, em, pelo menos, quatro das Varas visitadas não é aplicado o disposto nas retromencionadas leis, pois dão preferência aos enunciados 115 e 124 do FONAJE, desrespeitando a inadmissibilidade de proposta de transação para aqueles que já foram beneficiados anteriormente, no prazo de cinco anos.

Assim, no terceiro capítulo, por meio da pesquisa bibliográfica, foi possível concluir que a política criminal de drogas adotada no Brasil é uma representação do direito penal simbólico, pois este implica na elaboração de leis que não se efetivam, visto que não alcançam a sua finalidade, assim como ocorre com a Lei de Drogas, apesar do excessivo proibicionismo repressivo, servindo apenas como resposta à sociedade de que medidas estão sendo tomadas para acabar com as drogas.

No mesmo sentido, com a pesquisa empírica foi possível concluir que esse simbolismo também está no processo penal aplicado aos imputados pelo porte de drogas para consumo pessoal, uma vez que é realizado um processo penal simbólico que serve tão somente para mostrar para a opinião pública que medidas são tomadas contra aqueles que fazem uso de substâncias ilícitas, pois na prática, o processo não é seguido corretamente, já que quase nunca é respeitado o direito de ampla defesa, tendo em vista a ausência de defensor, e, também, porque ao seguir os enunciados do FONAJE que foram mencionados, um indivíduo pode todos os dias ser flagrado usando drogas e todos os dias ele pode realizar uma transação penal, sem gerar reincidência ou maus antecedentes e sem significar admissão de culpa. E, de tal maneira, as finalidades da pena de prevenção e retribuição não são alcançados, o procedimento aplicado não é eficiente e o consumo de drogas continua existindo.

Diante de tudo o que foi exposto ao longo do trabalho, conclui-se que num nível macro é preciso que o uso de drogas seja descriminalizado, contudo, essa alternativa deve ser vista como uma política a longo prazo, com estudos aprofundados para ser melhor adaptada à realidade nacional. Assim, dentro do sistema de ordenamento nacional é extremamente necessário que as regras sejam cumpridas, ainda que elas não sejam suficientes para resolver a questão das drogas, pois o processo penal é um instrumento para garantir a máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas, e o Poder Judiciário tem a lei como limitação, sendo que esta é elaborada por representantes do povo, não podendo o Juiz, aplicador do direito, aplicar da forma como quer, e neste sentido, não é possível que em um Fórum Nacional de Juizados Especiais sejam editados enunciados que são aplicados em detrimento da lei.

REFERÊNCIAS

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998.

BOITEUX, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese (doutorado)** Orientador: Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira. São Paulo, 2006. 273 f. Disponível em <<http://comunidadesegura.org.br/files/controlenalsobredrogasilicidas.pdf>> Acesso em 22/12/2017.

_____. **Delitos informáticos e direito penal simbólico**. Direito penal no terceiro milênio, 2008.

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

BRASIL. **Decreto n.º 5.144, de 16 de Jul. de 2004**. Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de jul. de 2004 . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 07 de dez. de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 20.01.2018

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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.729, 14 de jul. de 1965**. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 14 de jul. de 1965 . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de julho de 1990 . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de mar. De 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 3 de mar. de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 891, de 25 de nov. de 1938.** Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 25 de nov. de 1938. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de out. de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 de set. de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 430105 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO.** Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+430105%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd7cjp38>> Acesso em 25 de jan. de 2018.

BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **A Nova Lei de Tóxicos: Usuários e Dependentes – Descriminalização, Transação Penal e Retroatividade Benéfica.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre: Magister, fev/mar 2007, ano III, número 16.

CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASARA, Rubens R. R. **A espetacularização do processo penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2016, RBCCRIM, VOL 122 (AGOSTO 2016).

Corrupção está relacionada ao crescimento do tráfico de drogas, mostra estudo. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/03/corruptcao-esta-relacionada-ao-crescimento-do-trafico-de-drogas-mostra-estudo>> Acesso em 01/02/2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1.º ao 120) – 4. ed.rev., ampl. E atual.** - Salvador: JusPODIVM, 2016, pp. 31/32.

DEL OLMO, Rosa. **A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas.** Discursos Sediciosos:crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12. p. 65-80, 2. sem 2002.

_____ **A face oculta da droga.** Tradução de Teresa Ottoní. Rio de Janeiro: Revan, 1990

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Enunciados atualizados até o XLII FONAJE. Disponível em <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>> Acesso em 05 de fev. de 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **STF dirá que “usuário” de drogas não é criminoso?** Publicado em 13 de agosto de 2015. Disponível em <<http://luizflaviogomes.com/stf-dira-que-usuario-de-drogas-nao-e-criminoso/>> Acesso em 31 jan. 2018.

GOMES, Luiz Flávio (coord). **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo: Lei 11343, de 23.08.2006.** 2ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BIANCHINI, Alice. **Maioridade penal e o direito penal emergencial e simbólico.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. - Ano 3, n. 16 (fev./mar. 2007).

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/06.** São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, ROGÉRIO. **Direito Penal do Inimigo.** Disponível em <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 05 de fev. de 2018.

Jurisprudência em Teses. Edição n.º. 45: Lei De Drogas. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>> Acesso em 25 de jan. de 2018.

KARAM, Maria Lúcia. “Drogas e redução de danos”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 15, n.º 64. Editora Revista dos Tribunais – janeiro/fevereiro de 2007.

De Crimes, Penas e Fantasias. Nitéroí, Rio de Janeiro: Luam, 1991.

Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais, 2011, p. 4-8: disponível em <http://www.observasmjc.uff.br/psm/index.php/busca/formulario_completo/461>. Acesso em 20/01/2018.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Atualização Junho de 2016. Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf> Acesso em 05/02/2018.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal.** 13 ed – São Paulo: Saraiva, 2016.

Introdução crítica ao processo pena (fundamentos da instrumentalidade constitucional) – 4. ed.rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Livia. **Maconha é alternativa no tratamento da dor: Elisaldo Carlini, especialista da Unifesp, defende a legalização da droga para uso em pacientes com doenças crônicas.** Disponível em <Saúde – iG @ <http://saude.ig.com.br/maconha-e-alternativa-no-tratamento-da-dor/n1237623624649.html>>. Acesso em 30/01/2018.

MARCÃO, Renato. **Anotações pontuais sobre a Lei nº 10.409/2002 (nova lei anti-tóxicos). Procedimentos e instrução criminal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2712>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

Mendes, Nathália Rosa. **A apropriação do discurso midiático pela política e a construção de um modelo de direito penal simbólico: uma análise da Lei de Crimes Hediondos.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. - N. 23 (2011.2).

MOREIRA, Rômulo De Andrade Moreira. **O processo penal como instrumento de democracia.** Publicado em 18 de ago. De 2004. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI6301,21048-O+processo+penal+como+instrumento+de+democracia>> Acesso em 05 de fev. de 2018.

Ordenações Filipinas – Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 05 de fev. de 2018.

Organização das Nações Unidas – Brasil. **29 milhões de adultos dependem de drogas, aponta relatório do UNODC.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/29-milhoes-de-adultos-dependem-de-drogas-aponta-relatorio-do-unodc/>>. Acesso em 30/01/2018.

Organização das Nações Unidas – Brasil. **Drogas causam transtornos a 0,6% da população adulta global, diz agência da ONU.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/drogas-causam-transtornos-a-06-da-populacao-adulta-global-diz-agencia-da-onu/>>. Acesso em 30/01/2018.

Organização das Nações Unidas – Brasil. **Produção de ópio no Afeganistão tem aumento de 87% este ano.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/producao-de-opio-no-afeganistao-tem-aumento-de-87-este-ano/>> Acesso em 30/01/2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PORTAL STF. **Direto do Plenário: STF julga criminalização do porte de drogas para consumo próprio.** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297971>>. Acesso em 25 de jan. de 2018.

PORTAL STF. **Direto do Plenário: STF retoma julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299465>>. Acesso em 25 de jan. de 2018.

PORTAL STF. **Suspensão julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio.** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299484>>. Acesso em 25 de jan. de 2018.

PORTAL STF. **Ministro Fachin vota pela descriminalização do porte de maconha para consumo próprio.** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299485>>. Acesso em 25 de jan. de 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Drogas**, 2014. Disponível em <<http://www.pauloqueiroz.net/drogas/>> Acesso em 05/02/2018.

_____. **Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico.** Revista do CEPEJ. - N. 6 (jul./dez. 1999), .

Resolução CONAD nº 3 de 27/10/2005. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=101642>>. Acesso em 31 de jan. de 2018.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Império do punitivismo: a prisão não funciona, pois ninguém que está preso aprende a viver em liberdade.** Entrevista com Luís Carlos Valois, 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/entrevista-luis-carlos-valois-juiz-execucao-penal-manaus>> Acesso em 05/02/2018.

RIPOLLÉS, José Luiz Díez. **O direito penal simbólico e os efeitos da pena.** Ciências Penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – Ano 1 (2004).

ROSA, Alexandre Morais da; STRECK, Lenio Luiz. **DIÁRIO DE CLASSE Mesmo que a lei seja clara, sempre cabe...um enunciado: bingo!** Publicado em 9 de set. de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/diario-classe-mesmo-lei-seja-clara-sempr-cabeum-enunciado-bingo>> Acesso em 05 de fev. de 2018.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Dartiu Xavier da; SILVEIRA, Evelyn Borges Doering. **Padrões de uso de drogas. Eixo políticas e fundamentos.** Disponível em <<http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094251-001.pdf>> Acesso em 22 jan. 2018.

Sobre o FONAJE. Histórico do Projeto. Disponível em; <<http://www.amb.com.br/fonaje/>> Acesso em 05 de fev. de 2018.

SYLLA, Antonio Roberto. **Transação penal: natureza jurídica e pressupostos.** São Paulo: Método, 2002.

TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. **O direito penal no estado de direito: análise de casos.** 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas.** 2. Ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2017.

_____ **Saúde, Drogas e Repressão,** p. 5. Disponível em <<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/SA%C3%83%C5%A1DE%20DROGAS%20E%20REPRESS%C3%83%C6%92O.pdf>> Acesso em 20/01/2018

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.