

O IMPEDIMENTO DA APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PARA RÉUS REINCIDENTES, A DUPLA VALORAÇÃO DO INSTITUTO NA DOSIMETRIA DA PENA E O EXCESSO DE JUSTIÇA NA LEI 11.343/06

ANA CAROLINA ROBLES THOMÉ:

Bacharel em Jornalismo pela Universidade Federal de Santa Catarina (2019), com formação complementar pela Queensland University of Technology (2017). Bacharel em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (2021). Pós-graduação em Ciências Criminais pela Faculdade de São Vicente – Unibr. Sócia Proprietária do Escritório Robles Thomé Advogados Associados.

JONAS MACHADO RAMOS

(orientador)

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.”

(Arthur Schopenhauer)

RESUMO: Na última década o encarceramento de pequenos traficantes reincidentes ocasionou a superlotação de estabelecimentos penitenciários e estabeleceu uma injusta situação penal fundamentada em dogmas aparentemente insuperáveis. O objetivo deste trabalho é o de demonstrar que é possível desconstruir axiomas na aplicação do tráfico privilegiado, sendo analisado se a primariedade deveria ser considerada como critério de aplicação para o referido delito, previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. O trabalho foi consolidado com embasamentos teóricos de autores que norteiam o pensamento crítico em relação à Política Criminal de Drogas no Brasil, seja a partir de elementos da Criminologia, seja a partir dos postulados do Direito Penal Mínimo, passando ainda pelo suporte referente a aspectos legislativos e jurisprudenciais. Estuda-se também a evolução legislativa acerca do combate às substâncias entorpecentes ilícitas no Brasil, seguindo para uma análise sobre a Lei de Drogas, com a apresentação da causa especial de diminuição da pena para o delito de tráfico, ou seja, o denominado tráfico privilegiado, e seu requisito fundamental consistente na primariedade do réu. Assim, será analisado o fenômeno da dupla valoração da reincidência na Lei de Drogas, bem como a recepcionalidade do instituto da reincidência frente à Constituição da República Federativa do Brasil

de 1988, sob enfoque do direito penal do autor e do garantismo penal. Posteriormente, far-se-á uma análise jurisprudencial do TJSC sobre réus reincidentes condenados no art. 33 da Lei 11.343/06. Por fim, permitiu-se o reconhecimento do potencial dano (*summum ius summum iuria*) causado pelo advento da Lei de Drogas e pela insensata aplicação indiscriminada da reincidência, sendo que a relevância do trabalho está na apresentação, discussão e indicação de possíveis alternativas ao atual modelo de política criminal de substâncias entorpecentes ilícitas.

Palavras-Chave: Lei 11.343/06. Tráfico privilegiado. Reincidência. Garantismo penal. Direito penal do autor.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL. 2.1 ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIAL DO MODELO DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL. 2.1.1 Definição de Drogas. 2.1.2 Apresentação da Legislação de Drogas no Brasil. 2.1.3 Antecedentes Legislativos da Lei 11.343/06. 2.2 ASPECTOS GERAIS DA LEI 11.343/2006. 2.2.1 Da figura do usuário de drogas - O art. 28 da Lei 11.343/06. 2.2.2 Da figura do traficante (art. 33 da Lei 11.343/06) e do aumento da pena mínima para o delito de tráfico de drogas. 2.2.3 Obscuridade da Lei nos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas e seletividade da atuação da Justiça Penal. 2.3 O TRÁFICO PRIVILEGIADO: CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. 2.3.1 Questões processuais sobre a aplicação do benefício previsto no parágrafo quarto. 3 A REINCIDÊNCIA À LUZ DA LEI 11.343/06. 3.1 CONCEITO DE REINCIDÊNCIA PENAL E CRITÉRIOS PARA SUA VERIFICAÇÃO. 3.2 A LEI DE DROGAS E A DUPLA VALORAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. 3.3 A SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA RECEPCIONALIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA. 3.3.1 Análise da reincidência sob o enfoque dos princípios constitucionais do direito penal moderno. 3.3.2 O estigma imposto ao infrator reincidente e o mito da periculosidade. 3.3.3 Considerações sobre a abolição do instituto da reincidência no âmbito jurídico. 3.3.4 Entendimentos Jurisprudenciais sobre aplicabilidade da reincidência. 3.4 DIREITO PENAL DO FATO VS. DIREITO PENAL DO AUTOR. 3.5 ASPECTOS DA REINCIDÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DO GARANTISMO. 4 A ATUAL CONDIÇÃO DO RÉU REINCIDENTE CONDENADO NO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. 4.1 RECENTE POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA DE RÉUS REINCIDENTES CONDENADOS NO ART. 33 DA LEI 11.343/06. 4.2 OS DANOS CAUSADOS APÓS O ADVENTO DA LEI 11.343/06. 4.2.1 Guerra às Drogas e o impacto na população carcerária nacional. 4.2.2 Legitimação da violência pelo Estado. 4.2.3 O reforço da exclusão social e a seletividade da justiça penal. 4.2.4 A não diferenciação da posição ocupada pelo agente na rede de tráfico. 4.3 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS AO ATUAL MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o réu acusado por tráfico de drogas faz jus ao benefício previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o delito denominado “tráfico privilegiado”, se preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Preenchidos os requisitos, o réu, além de ter sua pena reduzida de um sexto a dois terços, poderá tê-la substituída por uma restritiva de direito. No entanto, após ser beneficiado pelo “tráfico privilegiado” e ser preso novamente, o réu será considerado reincidente e será condenado com penas sempre superiores a 5 anos, mesmo que tenham sido apreendidas quantidades ínfimas de drogas.

A partir dessa situação, o presente trabalho tem como objetivo analisar se a primariedade deveria ser considerada como critério de aplicação do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06. Isto porque, ao ser considerado reincidente, o réu perderá o benefício da diminuição de pena, e, ao mesmo tempo, terá sua pena aumentada, em razão da agravante da reincidência, bem como não fará jus ao regime semiaberto, à liberdade condicional e às penas restritivas de direitos, sendo assim encarcerado. Este conjunto de fatos impulsiona a superlotação dos presídios; estimula o abismo entre a figura do usuário e do traficante e atinge diretamente os pequenos traficantes selecionados pela justiça penal para cumprirem pena, como será demonstrado.

O tema deste trabalho de conclusão de curso é de grande importância, primeiro, por ser inédito, sendo raro que algum autor tenha como objeto de estudo um dos benefícios que o réu reincidente deixa de receber: no caso em questão, o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Também, porque tal situação demonstra a punição do agente por aquilo que ele representa, devido à sua vida pregressa, e não pelo ato cometido em si, sendo assim incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito e com a teoria garantista. Terceiro, pela tamanha injustiça desse sistema em relação aos pequenos traficantes reincidentes, que estão encarcerados em todo o Brasil por delitos que poderiam ser considerados insignificantes, posto que não envolvem violência nem dano direto a vítimas concretas. Esses traficantes são facilmente substituíveis quando postos em restrição - o sistema de tráfico de drogas continua funcionando normalmente sem eles -, visto que representam o grupo mais vulnerável na estrutura do comércio de drogas ilícitas. No entanto, sofrem toda a intensidade da repressão. Ademais, o comércio de drogas ilícitas tem um papel importante como alternativa econômica para as comunidades mais pobres; e, por último, tal situação intensifica a grave situação atual das prisões brasileiras.

Com relação ao método de procedimento, essa pesquisa é teórica, científica, descritiva e bibliográfica; e, em relação ao método de abordagem, será adotado o dedutivo. Será adotado como marco teórico os autores que norteiam o

pensamento crítico em relação à Política Criminal de Drogas no Brasil, seja a partir de elementos da Criminologia, seja a partir dos postulados do Direito Penal Mínimo.

O desenvolvimento deste estudo está dividido em três capítulos:

1. O primeiro capítulo da monografia analisa, de forma geral, o combate às drogas no Brasil. Para isso, é feita uma análise histórica e social do modelo de combate às drogas no país, elucidando as ideologias e movimentos que influenciaram essa política criminal, desde o Brasil-Colônia até o surgimento da Lei 11.343/06. A seguir, passa-se ao estudo jurídico da referida Lei, sendo observado: a figura do usuário de drogas (art. 28 da Lei 11.343/06); a figura do traficante (art. 33 da Lei 11.343/06); o aumento da pena mínima para o delito de tráfico de drogas de três para cinco anos; a obscuridade da lei nos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas e suas consequências; e, por último, o delito denominado "tráfico privilegiado", previsto no § 4º do art. 33.
2. No segundo capítulo, o estudo é aprofundado para um dos requisitos da aplicação do tráfico privilegiado: a primariedade do réu. Assim, o capítulo irá trabalhar o instituto da reincidência à luz da Lei 11.343/06, que resulta em um obstáculo às sanções substitutivas. O capítulo analisa o conceito de reincidência penal e os critérios para a sua verificação, bem como a dupla valoração da reincidência na lei de drogas, uma vez que nas decisões judiciais o julgador agrava a pena do acusado com fundamento no art. 61, I, do CP e, após, deixa de aplicar o redutor do § 4º do art. 33. A seguir, analisa-se a recepcionalidade do instituto da reincidência pela CF/88, sob enfoque dos princípios constitucionais do direito penal moderno, dos entendimentos jurisprudenciais sobre aplicabilidade da reincidência, do direito penal do autor e do garantismo penal.
3. O terceiro capítulo visa mostrar a atual condição do réu reincidente condenado no art. 33 da Lei de Drogas em relação à dosimetria da pena. Assim, far-se-á uma análise de cinco acórdãos de câmaras diferentes do TJSC sobre réus reincidentes condenados no art. 33 da Lei 11.343/06. A seguir, será investigado os danos causados pelo advento da lei de drogas: o impacto na população carcerária nacional, a legitimação da violência pelo Estado, o reforço da exclusão social, a seletividade da justiça penal, e a não diferenciação da posição ocupada pelo agente na rede de tráfico. Por último, são indicadas possíveis alternativas ao atual modelo de política criminal de drogas.

Por fim, o trabalho busca responder os seguintes questionamentos: Quais os caminhos percorridos no Brasil no que diz respeito às drogas até a instituição da Lei 11.343/06? Quais as consequências da obscuridade da lei nos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas? Há uma colisão do instituto da reincidência com os princípios constitucionais garantistas? O sujeito que volta a delinquir deve ter sua pena agravada em função de sua maior periculosidade? O que é o direito penal do autor? O instituto da reincidência opera em consonância com os ditames do Estado Democrático de Direito e com a teoria garantista? Qual o entendimento jurisprudencial do TJSC sobre a dupla valoração da reincidência? Qual é a repercussão das condenações por tráfico na realidade das instituições carcerárias brasileiras? Qual é o principal alvo da justiça penal em relação ao tráfico de drogas? Os traficantes são substituíveis na rede do tráfico? A circulação e a venda de drogas foram reduzidas com o advento da nova lei de drogas? E, principalmente: **a primariedade do réu deveria ser considerada como requisito para a aplicação do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06?**

2 O COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL

“Guerra às drogas é sinônimo da criminalização arbitrária de certas relações que o ser humano trava com algumas substâncias, mas drogas não morrem, não levam tiros e não são encarceradas, enfim, aos poucos o termo guerra às drogas vem revelando a sua face exclusivamente desumana de uma guerra contra pessoas.”

(Luís Carlos Valois)

2.1 ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIAL DO MODELO DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL

2.1.1 Definição de Drogas

O consumo de drogas lícitas e ilícitas não é um fenômeno da modernidade, sendo estas utilizadas ao longo da história em diversas civilizações. O uso dessas substâncias pode ocorrer por diferentes razões (motivos religiosos, culturais, para o aprimoramento físico, busca de novas sensações, socialização, ou mesmo para se isolar). Consequentemente, a questão das drogas têm sido alvo de debate em variados campos de conhecimento, dentre eles o Direito Penal.

A priori, faz-se necessário o esclarecimento de o que se entende pelo vocábulo “droga”, para que, deste modo, possamos discorrer sobre o tema delimitado que este Trabalho de Conclusão de Curso se propõe a estudar.

O termo droga tem origem na palavra *droog*, proveniente do holandês antigo, cujo significado é folha seca. Esta denominação se deu em consequência de que, antigamente, quase todos os medicamentos tinham vegetais em sua composição. Carneiro discorre sobre a origem da palavra droga:

A palavra "droga" provavelmente deriva do termo holandês *droog*, que significa produtos secos e servia para designar, do século XVI ao XVIII, um conjunto de substâncias naturais utilizadas, sobretudo, na alimentação e na medicina. Mas o termo também foi usado na tinturaria ou como substância que poderia ser consumida por mero prazer (CARNEIRO, 2005, p. 11).

Atualmente, a terminologia droga, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), se refere a "qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas produzindo alterações em seu funcionamento"¹.

Por sua vez, a Lei 11.343/2006², estabelece em seu artigo 1º, parágrafo único, o conceito jurídico da terminologia:

Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, Elisangela Reghelin reitera:

Não se pode deixar de entender a droga como um fato social complexo, que envolve diversas frentes de estudo, onde a interdisciplinaridade e a abordagem holística permitem que os efeitos das drogas não sejam determinados exclusivamente pelas suas características psicofarmacológicas, mas, sobretudo, pela interação entre produto, o sujeito e o contexto do uso (REGHELIN, 2002, p. 25).

2.1.2 Apresentação da Legislação de Drogas no Brasil

Adentrando na história do combate às drogas ilícitas no Brasil, o caminho legal seguido começa com algumas remotas manifestações legislativas nas Ordenações Filipinas, sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-

¹ Disponível em: <http://www.denarc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=40>. Acesso em: 19 mai. 2019.

² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 4 out. 2019.

Colônia, o mesmo que existia em Portugal. O livro V, título 89 dispõe que “nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício” (LUISI, 1990, p.152) [sic]. Percebe-se que, por mais que haja uma certa regulamentação de determinadas substâncias, ainda não havia de fato uma incriminação específica, até pela falta de um órgão judiciário local responsável pela sua aplicação.

No Brasil, a primeira lei restritiva às drogas é de 1830, quando a Câmara Municipal do Rio de Janeiro proibiu a “venda e o uso do pito de pango” (cachimbo de barro para maconha). O § 7º da Lei de Posturas Municipais³ estabelecia pena de três dias de cadeia para o escravo - ou seja, o negro -, que pitasse. Vale ressaltar que, com o advento desta lei, o Brasil é considerado o primeiro país do mundo em que foi editada uma legislação para proibir a maconha (BARROS; PERES, 2011).

Já em 1890, o país passava por um momento de tensão social e criminalidade crescente, o que ocasionou respostas repressivas, contexto que levou à edição do primeiro Código Penal Republicano⁴. No artigo 159 foi previsto o crime de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários”. Além do Código Penal, foi implantada a “Seção de Entorpecentes Tóxicos e Mistificações”, que era, na realidade, uma delegacia criada para reprimir os cultos de origem africana, chamados de “baixo espiritismo”, e o uso da maconha (BARROS, 2017).

Em 1912, ocorreu a Convenção de Haia, que estabeleceu o primeiro tratado internacional a propor o controle sobre a venda de ópio, morfina, heroína e cocaína, caso tais usos não obedecessem às recomendações médicas. Salo de Carvalho (2016) expressa que como o consumo de ópio estava até então associado a grupos considerados à margem da sociedade, principalmente imigrantes orientais no ocidente, criou-se o estereótipo de consumidor – que se moldou à visão moralista que a sociedade tinha sobre os indivíduos tipicamente entendidos como usuários da droga – ao lado do crescimento das leis penais que tratavam do assunto, surgindo assim o “discurso ético-jurídico”. No Brasil, o Decreto 11.481, de 10.02.1915⁵, determinou o cumprimento da Convenção, sendo o marco inicial de um sistema legal fundamentado em acordos internacionais no Brasil.

³ Disponível em:

http://wpro.rio.rj.gov.br/arquivovirtual/web/fontes/exibirObjDigital.php?id_objetoDigital=22169. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

⁵ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-ferveiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>. Acesso em: 19 mai. 2019.

No ano de 1921, o decreto nº 4294, 6/07/1921⁶ é sancionado, tratando-se da primeira lei específica sobre drogas no Brasil. O decreto previa, dentre outras coisas, penalizar quem "vender, expôr á venda ou ministrar substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios" [sic]. Por substância venenosa, entendia-se o ópio, seus derivados e cocaína. Além disso, a embriaguez que acarretasse "atos nocivos a si próprio, a outrem ou à ordem pública" passou a ser punida com a internação compulsória em "estabelecimento correcional adequado", vide o art. 3º da legislação.

O passo decisivo foi dado no Governo Provisório de Getúlio Vargas com o Decreto 20.930/32⁷, que previu expressamente o rol das substâncias consideradas tóxicas, dentre as quais estava o ópio, a cocaína e a *cannabis*. No art. 25 foram previstas penas de prisão de 1 a 5 anos para as nove ações que estivessem relacionadas aos núcleos principais do tipo penal: vender, ministrar, dar, trocar, ceder, proporcionar, propor-se, induzir e instigar. Esse fenômeno é o que Zaffaroni posteriormente denomina de "multiplicação dos verbos", característica das legislações de drogas latino-americanas sob a influência da política internacional proibicionista (ZAFFARONI, 1990, p. 18).

Em abril de 1936, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes (CNFE) pelo decreto nº 780⁸. E em 1938, foi promulgada a Convenção para representação do tráfico ilícito das drogas nocivas, por meio do decreto nº 2.994/38⁹. Sobre estas novas legislações, Salo de Carvalho (2016) reitera que estas passaram a delinear um novo modelo de gestão repressiva, sendo o primeiro "grande impulso na luta contra as drogas no Brasil" e o "surgimento de uma política proibicionista sistematizada".

Em novembro do mesmo ano, o decreto-lei nº 891¹⁰ aprovava a "Lei de Fiscalização de Entorpecentes". Segundo Jonas Carvalho, a lei tinha como objetivo "dotar o país de uma legislação capaz de regular eficientemente a fiscalização de entorpecentes" (CARVALHO, 2011, p.11). O autor proclama que há dois fatores inovadores e fundamentais no decreto-lei de 1938, primeiramente o fato de pela primeira vez se determinar em território nacional a proibição total do plantio, tráfico

⁶ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>. Acesso em: 19 mai. 2019.

⁷ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 19 mai. 2019.

⁸ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 mai. 2019.

⁹ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 mai. 2019.

¹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm. Acesso em: 19 mai. 2019.

e consumo das substâncias relacionadas. O outro fator encontra-se no capítulo III da lei, onde se estabelece o direito legal da internação compulsória por parte do Estado.

Em 1940 sobrevém um novo Código Penal¹¹ que revoga todos os dispositivos penais vigentes relacionados à matéria. Além da redução do número de verbos incriminadores do tipo, o referido código confirmou a opção do Brasil de não criminalizar o consumo, ainda que os usuários estivessem submetidos a rigoroso tratamento, com internação obrigatória. Segundo a página do Senado Federal, a visão de que as drogas seriam tanto um problema de saúde quanto de segurança pública, desenvolvida pelos tratados internacionais da primeira metade do século passado, foi paulatinamente traduzida para a legislação nacional. Conforme Roberta Duboc Pedrinha, especialista em Direito Penal e Sociologia Criminal, estabeleceu-se uma "concepção sanitária do controle das drogas"¹².

Já na década de 60, Silva (2011) afirma que ocorreu uma reação da sociedade à contracultura dos *hippies* que havia sido instaurada – e que era intrinsecamente ligada ao consumo de substâncias psicoativas tais como a maconha e o LSD. Assim, verificou-se um endurecimento das leis penais já existentes sobre drogas tendo por fundamento um rechaço moral da cultura belicista dominante, principalmente nos Estados Unidos. No mesmo sentido, Salo de Carvalho (2016) afirma que, com a entrada do consumo de drogas no espaço público, aumentando sua visibilidade, gerou-se um pânico moral que deflagrou intensa produção legislativa em matéria penal, bem como o início da transnacionalização do controle sobre os entorpecentes. Conclui:

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 (CARVALHO, 2016, p. 43-54).

A ação contra o tráfico e o tratamento dos toxicômanos solidificam o discurso do "combate ao mal" e a adequação das normas internas brasileiras aos compromissos internacionais de repressão. Com o mesmo entendimento, Nilo Batista (1997) reitera que assim surgiu um novo modelo para a sistemática legal

¹¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1 nov. 2019.

¹² Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acesso em: 23 mai. 2019.

referente a drogas, o modelo bélico – sucessor do modelo sanitário vigente desde o início do século XX –, o qual “opõe-se à droga com métodos de guerra”.

Conforme Karam (2013), a política proibicionista subiu de tom a partir da década de 1970, passando a explicitamente associar o sistema penal à guerra. Assim, em 1971, o então presidente norte-americano Richard Nixon declarou uma “guerra às drogas”, que logo se expandia para o mundo. Sobre o tema:

A expansão do poder punitivo incorpora ao controle social exercido através do sistema penal parâmetros bélicos que exacerbam a hostilidade contra os selecionados sofrendores concretos e potenciais da pena, ao acrescentar às ideias sobre o “criminoso” – tradicionalmente visto como o “mau”, o “outro”, o “perigoso” – e a seu papel de “bode expiatório” o ainda mais excludente perfil do “inimigo” (KARAM, 2013, p. 2).

Nesse contexto, com o golpe militar de 1964, o Brasil se comprometeu em efetivar uma guerra contra as drogas, punindo severamente quem as consumisse ou vendesse. A criação da Lei nº 4.483, de 16 de novembro de 1964¹³, reorganizou o Departamento Federal de Segurança Pública, estabelecendo uma nova composição na estrutura da Polícia Federal, criando o SRTE – Serviço de Repressão a Tóxicos e Entorpecentes. Em 1968, é editado o Decreto-Lei 385/68¹⁴, que altera o artigo 281 do Código Penal, criminalizando o usuário com pena idêntica àquela imposta ao traficante e rompendo o discurso de diferenciação.

Batista ressalta que o período da ditadura no Brasil foi essencial para a imposição da política criminal de drogas:

A ditadura, com suas campanhas de lei e ordem e sua política de segurança nacional, construiu assim o estereótipo político criminal do novo inimigo interno: o traficante. A guerra contra as drogas pôde assim garantir a permanência do aparato repressivo, aprofundando seu caráter autoritário e assegurando investimentos crescentes para o controle social e a segurança pública. **Não foi só a infraestrutura que se manteve após o período militar: o novo inimigo propiciou também a renovação dos argumentos exterminadores, o aumento explosivo das execuções policiais e a naturalização da tortura. Tudo é**

¹³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4483.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

¹⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

normal se o alvo é o traficante nas favelas (BATISTA, 2016, p. 7, grifo nosso).

Segundo Machado e Miranda, "com o incremento do consumo de drogas ilícitas no país, verificado a partir da década de 1960, devido a expansão do consumo de maconha, antes restrito a setores marginalizados das grandes cidades, para as classes médias", em 1976 foi sancionada a Lei 6.368/76¹⁵ (MACHADO; MIRANDA, 2007, p. 805). Mais conhecida como a Lei de Entorpecentes, permaneceu em vigência até o dia 09 de outubro de 2006. Na prática, tratava-se de cumprir as convenções de 1971 (Viena) e 1972 (Protocolo de Emendas à Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 – Genebra).

No entendimento de Salo de Carvalho, a lei maximizou o discurso repressivo belicista de Guerra às Drogas, tornando este discurso jurídico-político a dimensão de modelo oficial do repressivismo brasileiro, com a priorização da repressão em detrimento da prevenção:

No plano político-criminal, a Lei 6.368/76 manteve o histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de setenta (CARVALHO, 2016, p.74).

Vera Malaguti Batista percebe a cisão do discurso jurídico-político-médico conforme a identidade do sujeito criminalizado:

Aos jovens de classe média que a consumiam, aplicou-se sempre o estereótipo médico e aos jovens pobres que a comercializavam, o estereótipo criminal. Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento dos adolescentes infratores. A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle

¹⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

específico daquela parcela da juventude considerada perigosa (BATISTA, 2008, p. 122).

A base ideológica dessa política criminal da intolerância, segundo Salo de Carvalho, é o tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN):

Com a interação dos horizontes de punitividade, obtém-se modelo super positivista de combate à criminalidade cujo efeito, através do uso propagandístico fornecido pelos *mass media* sensacionalistas, é a potencialização do princípio do bem e do mal na cisão da sociedade entre criminosos e não criminosos. Não por outro motivo Hulsman sustenta que "as produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a ideia simples - e simplista - de que há os bons de um lado e os maus do outro" (HULSMAN, 1993, p. 56 apud CARVALHO, 2016, p. 90).

Segundo Bittencourt (1986), as orientações legislativas previstas na Lei 6.368/76 favoreceram o surgimento da assistência à saúde para usuários de drogas a partir da década de 1980, quando foram criados os primeiros centros de tratamento (públicos ou religiosos) no Brasil, como a criação do Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes¹⁶, e do Conselho Federal de Entorpecentes (Confen). Machado e Miranda (2007) ressaltam que em vários momentos de sua história, o Confen dedicou-se ao campo das ações de repressão ao uso e ao de tráfico de drogas. Com a redemocratização do país, a partir do fim da década de 1980, ultrapassou os limites desse campo, favorecendo o surgimento de práticas de prevenção, de tratamento e de pesquisa.

A Constituição de 1988,¹⁷ determinou que o tráfico de drogas é crime inafiançável e sem anistia. Em seguida, a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90¹⁸) proibiu o indulto e a liberdade provisória e dobrou os prazos processuais, com o objetivo de aumentar a duração da prisão provisória. Em 1994, em cooperação com o UNDCP – Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas – "o Ministério da Saúde reconheceu a redução de danos como estratégia de saúde pública no Brasil, tendo ainda como meta a prevenção da AIDS, das DSTs e de hepatites entre usuários de drogas injetáveis" (MACHADO; BOARINI, 2013, p. 586).

¹⁶ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-85110-2-setembro-1980-434379-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 23 mai. 2019.

¹⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

Por meio do decreto 2.362, de 19 de junho de 1998¹⁹ – substituído posteriormente pelo decreto 3.696, de 21 de dezembro de 2000²⁰ – o presidente Fernando Henrique Cardoso instituiu o Sistema Nacional Antidrogas (Sisnad), que tinha como função integrar as atividades de repressão (ao uso indevido, ao tráfico ilícito e à produção de drogas) e de prevenção (tratamento, recuperação e reinserção social dos dependentes).

Segundo Machado e Boarini (2013), a estratégia de redução de danos foi progressivamente sendo incorporada à legislação brasileira. Nesse sentido, a partir da aprovação da Lei 10.216/2001²¹, foram ressaltados os direitos à saúde e à proteção do usuário e do dependente de álcool e de outras drogas.

Ainda em 2001, foi aprovada a Política Nacional Antidrogas – PNAD - que, segundo as autoras, ao mesmo tempo que propagava o discurso proibicionista e idealizava uma sociedade livre do uso de drogas, também apoiava a criação e a implementação de estratégias de redução de danos para o indivíduo, com enfoque na prevenção de doenças e na formação de redutores de danos. Em 2003, a estratégia de redução de danos ganha visibilidade por meio da política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e de outras drogas²². "Essa política apresenta críticas ao ideal de abstinência e às políticas proibicionistas, e alerta para a responsabilidade da saúde pública pelo problema das drogas e para a necessidade de superar os atuais modelos assistenciais e de atenção integral" (MACHADO; BOARINI, 2013, p. 588).

Machado e Miranda (2007) analisam que ainda que o fenômeno do uso de drogas tenha sido objeto das intervenções governamentais durante o século XX, foi apenas em 2003 que o Ministério da Saúde reconheceu que houve um atraso histórico do Sistema Único de Saúde (SUS) na admissão da responsabilidade ao enfrentamento de problemas associados ao consumo de álcool e outras drogas. Deste modo, propôs que o consumo de álcool e outras drogas fosse considerado um problema de saúde pública e não médico-psiquiátrico ou jurídico e sugeriu a adoção de uma política baseada na concepção ampliada de redução de danos.

No ano 2005, "a PNAD teve seu nome modificado e ocorreram outras disposições da política balizadora das ações no âmbito da prevenção, tratamento, reinserção social e repressão ao tráfico" (MACHADO; BOARINI, 2013, p. 589). Hoje

¹⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2632.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

²⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3696.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

²² Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_atencao_alcool_drogas.pdf. Acesso em: 23 mai. 2019.

seu nome passou a ser Política Nacional sobre Drogas²³, e tem como princípio a redução de danos (Brasil, 2005). Essa mudança, aparentemente de caráter semântico, representou o desejo de reverter o foco da PNAD, que trazia como bandeira a guerra às drogas, e de resgatar o usuário nessa discussão (GARCIA; LEAL; ABREU, 2008).

2.1.3 Antecedentes Legislativos da Lei 11.343/06

Já em relação ao sistema jurídico, a necessidade de reforma integral do texto da lei de Drogas de 1976 vinha sendo debatida no Congresso desde o início da década de 1990 e, nesse contexto, nasceu a lei 10.409/02²⁴. Segundo Salo de Carvalho (2016), houve um quadro de reformas legais e de práticas repressivas que desembocou na nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), com um percurso que: 1. define seu rito processual inquisitório (através da referida Lei 10.409/02 e também da Lei 9.034/95²⁵ - Lei do Crime Organizado); 2. densifica a estrutura da execução da pena (através da Lei 10.792/03²⁶ - Regime Disciplinar Diferenciado); e que 3. regula práticas de intervenção invasivas no controle de aeronaves suspeitas de tráfico de entorpecentes (Decreto 5.144/04²⁷ - Lei do Abate de Aeronaves). Isto porque "a emergência da Lei 11.343/06 ocorre sob o signo da repressão às organizações criminosas responsáveis pelo comércio ilegal de entorpecentes" (CARVALHO, 2016, p. 94).

Ainda sobre o advento da nova lei 11.343/06, Boiteux ressalta que foi longo o caminho percorrido pelos projetos de leis de drogas que tramitaram a partir da Lei 10.409/02:

O Poder Executivo encaminhou ao Congresso um novo projeto de lei (n. 6.108/02), que tramitou por dois anos na Câmara dos Deputados, e foi apensado ao Projeto de Lei n. 7.134/02, originário do Senado Federal (PLS no 115/02). A Câmara analisou os dois conjuntamente e aprovou no Plenário, em 2004, o Substitutivo da Câmara de Deputados (PLS no 7.134-B). Devido às alterações feitas pela Câmara, o projeto retornou ao Senado, onde tramitou como SCD n. 115/02, que deu origem à nova lei de drogas (n. 11.343/06) (BOITEUX, 2006 p. 1).

²³ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspublicas.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

²⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm. Acesso em: 1 nov. 2019.

²⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 1 nov. 2019.

²⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 1 nov. 2019.

²⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm. Acesso em: 1 nov. 2019.

Assim, após 30 (trinta) anos de vigência, a Lei 6.368/76 fora revogada expressamente pela nova Lei de Drogas, da mesma maneira que a Lei 10.409/2002. Conforme Carvalho (2016), é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76. O autor entende que a sinalização da lei 10.409/02 no sentido do incremento da repressão do tráfico, juntamente à recepção dos modelos de intervenção psiquiátrico-terapêutica, em usuários e dependentes, projetaram a estrutura material (delitos e penas) e processual (investigação, processamento e julgamento) da Lei 11.232/06.

A introdução em nossa legislação de "algumas novidades no processo penal, novidades que provêm da Idade Média e agora viraram pós-modernas" (ZAFFARONI, 2005, p. 17) gerou um "incremento nos níveis de encarceramento (preventivo e executivo), bem como a ruptura com o sentido humanitário previsto da Lei de Execução Penal (LEP)" (CARVALHO, 2016, p. 98-99).

2.2 ASPECTOS GERAIS DA LEI 11.343/2006

Analisado o histórico de combate às drogas no Brasil, bem como as ideologias e movimentos que influenciaram na política criminal em relação à matéria, passa-se ao estudo da Lei 11.343/2006, em conjunto com as questões jurídicas que a envolvem.

Boiteux (2009) salienta que, com a nova Lei, houve a positivação dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, marcando um paradigma proibicionista moderado, com reconhecimento de estratégias de redução de danos. Dentre eles, destacam-se:

O respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade" (art. 4º, I), o reconhecimento da diversidade (art. 4º, II), a adoção de abordagem multidisciplinar (inciso IX), além de fixar as seguintes diretrizes com relação à prevenção do uso de drogas, por meio do "fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas" (art. 19, III), e o reconhecimento expresso de que "reconhecimento da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva" (inc. VI) (BOITEUX, 2009, p. 35).

2.2.1 Da figura do usuário de drogas - O art. 28 da Lei 11.343/06

Passando a vigorar no país 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação, ou seja, no dia 08 de outubro de 2006, as principais normas incriminadoras da Lei 11.343/06 são os chamados delitos de tráfico e de porte para consumo.

O delito de porte para consumo está tipificado no título III (Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas), no Capítulo III (Dos Crimes e das Penas), art. 28, Caput, que assim preve:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006).

Há previsão de condutas equiparadas, sujeita às mesmas penas:

§ 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 (BRASIL, 2006).

O artigo anterior correspondente (art. 16 da Lei 6.368 de 1976) tinha pena de detenção de 6 meses a 2 anos e multa àquele que adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo, para o uso próprio, substâncias legalmente classificadas como drogas. Percebe-se que a nova Lei deixou de punir o usuário com pena privativa de liberdade: ao usuário não se comina pena de prisão e a intenção é que ele nem sequer passe pela polícia. Conforme previsto no art. 48, § 1º, da Lei 11.343/06, o usuário ou dependente será enviado diretamente aos Juizados Criminais.

Em qualquer das modalidades previstas (art. 28, caput e § 1º) é necessário um especial fim de agir: a droga deve destinar-se "para uso próprio", ou seja, as condutas elencadas no art. 28 não suportam a forma culposa. Conforme ensina Marcão (2011), o sujeito ativo da conduta pode ser qualquer pessoa, já o passivo, trata-se da coletividade, pois visa à punição do perigo a que fica exposto. O objeto jurídico da tutela penal é a saúde pública e a razão jurídica da punição é o perigo social que a conduta representa.

De acordo com a doutrina majoritária, o art. 28 não trata da descriminalização ou legalização do porte de entorpecentes, mas sim de uma despenalização, como ensina Capez:

Entendemos, no entanto, que não houve descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, parágrafo 1º, da nova Lei). (...) No sentido de que não houve abolitio criminis, mas apenas 'despenalização' (...) (CAPEZ, 2017, p. 764).

Segundo Boiteux (2009), houve uma redução do controle penal acerca dos usuários, especialmente se comparada com a anterior Lei n. 6.368/76. Conforme a autora, isso se deu, além da despenalização, devido à equiparação dos usuários com a conduta do *grower*, ou seja, quem planta para consumo pessoal (art. 28, § 1º); e à redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, § 3º), antes equiparada ao tráfico.

2.2.2 Da figura do traficante (art. 33 da Lei 11.343/06) e do aumento da pena mínima para o delito de tráfico de drogas

No que tange, porém, ao tráfico de drogas, a Lei 11.343/06 deu tratamento penal bastante diferente ao delito, tendo em consideração o aumento da pena mínima do tráfico de três para cinco anos, fato que impede a aplicação das penas alternativas de liberdade. Observemos a redação conferida ao art. 33, presente no Título IV (Da Repressão à Produção Não Autorizada e ao Tráfico de Drogas), Capítulo II (Dos Crimes), que tipifica o delito de tráfico de drogas:

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

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

Também são previstas, no parágrafo primeiro, figuras equiparadas ao tráfico de drogas, sujeitas às mesmas penas:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;
II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas (BRASIL, 2006).

Com a nova lei, a expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” foi substituída por “drogas” e foram mantidos os dezoito verbos nucleares pelos quais é possível praticar o crime de tráfico na forma fundamental, de forma que, se o agente realizar qualquer uma das condutas, estará praticando o delito. Com o advento da lei, a já mencionada pena mínima passou a ser de cinco anos, podendo chegar até o máximo de quinze anos, devendo ser cumprida inicialmente em regime fechado (em razão do Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072). Ademais, proíbe-se praticamente todos os benefícios que o agente poderia ter: fiança, indulto, sursis, anistia, liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos (art. 44 da Lei 11.343/06).

Conforme Marcão (2011), assim como no art. 28, o objetivo jurídico tutelado é a saúde pública. Assim o sujeito ativo é qualquer pessoa, ressalvada a modalidade de prescrever, em que se cuida de crime próprio; e o sujeito passivo em regra é a coletividade. Gomes (2011) ensina que o delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas é punido somente na forma dolosa, isto é, o agente, com consciência e vontade, pratica qualquer dos núcleos verbais trazidos pelo tipo, ciente de que explora substância entorpecente proibida (droga) sem autorização ou determinação legal ou regulamentar. Caso o agente não tivesse conhecimento de que tem consigo, guarda ou tem a posse etc. de droga, configurado estará o chamado erro de tipo, que é excludente do dolo (e, portanto, da tipicidade).

A respeito do paralelo traçado entre o art. 28 e o art. 33 da nova lei, Boiteux entende que a despenalização apenas foi arquitetada para compensar o aumento da pena do delito de tráfico de drogas:

Diante desta grande diferença imposta às duas condutas supõe-se que o grande destaque dado à despenalização da

posse de entorpecentes, com pequena representatividade estatística, teve por objetivo atuar como uma “cortina de fumaça”, para encobrir o desproporcional aumento da pena do delito de tráfico de drogas ilícitas constante do mesmo diploma legal (BOITEUX, 2006 p. 2).

A autora destaca que a posse de drogas ilícitas para uso próprio já havia sido despenalizada, na prática, desde a Lei 6.416/77, que ampliou o *sursis*, e foi reforçada mais adiante pela Lei 9.099/95, que trouxe a possibilidade da suspensão condicional do processo e, ainda, pela Lei 10.259/01, que aumentou o alcance da transação penal. Boiteux (2006, p.3) aponta que a nova lei de drogas foi apenas um símbolo, “por ser a primeira vez em que se deixa de prever pena de prisão para um delito, ainda que mantendo o usuário dentro da esfera de controle penal, enquanto que, na prática, pouco altera a realidade social”. Sendo a única mudança substancial trazida pela nova lei o aumento da pena de tráfico para cinco anos, conclui:

Não se considera ter havido um avanço, e que melhor seria manter a lei anterior, já que o usuário não era preso da mesma forma, mas encaminhado ao Juizado Especial, enquanto que a pena mínima para o tráfico prevista era de tres anos. Ao contrário, com a lei nova haverá um reforço do abismo já existente entre a figura do usuário e do traficante, que atingirá diretamente os pequenos traficantes selecionados pelo sistema para cumprirem pena (BOITEUX, 2006 p. 3).

Carvalho (2016) sustenta equivalente convicção, entendendo que mesmo diante de diversas alternativas ao proibicionismo na época de edição e promulgação da Lei 11.343/06 – sendo uma destas a redução de danos –, a escolha legislativa foi a manutenção do ideológico proibicionista vigente desde a década de 70:

Embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76, reforçando-o (CARVALHO, 2016, p. 118).

2.2.3 Obscuridade da Lei nos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas e seletividade da atuação da Justiça Penal

Outra questão emblemática no campo da política criminal de drogas que a nova lei trouxe é o não estabelecimento de critérios objetivos distintivos entre

usuário e traficante. Entende-se que o dispositivo chave que difere a aplicação do artigo 28 (usuário) ou do art. 33 (traficante) da Lei de drogas está assentado no texto do § 2º, do art. 28 da referida lei, que assim assevera:

§ 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 determina, em seu art. 28, § 2º, não ser suficiente para determinar se a droga se destinava ao consumo pessoal somente a quantidade e a natureza da droga apreendida, devendo-se também se atentar ao local e condições da apreensão e a questões sociais e pessoais, bem como a conduta e antecedentes do agente. A grande problemática é que o art. 33 repete cinco verbos já tipificados no art. 28 da mesma lei: "adquirir", "ter em depósito", "guardar", "trazer consigo" e "transportar".

Gomes discorre sobre os sistemas legais para diferenciar o usuário do traficante:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema de quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre usuário e traficante (GOMES, 2011, p. 172).

O autor enfatiza que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o segundo critério, o do sistema de reconhecimento judicial ou policial. Dessa forma, compete ao juiz ou a autoridade policial reconhecer, com fundamento nos critérios legais objetivos, se a droga encontrada se destina ao consumo pessoal ou ao tráfico.

De acordo com Costa e Marcelino, essa dualidade de tipificação causa tremenda insegurança jurídica, certo que o único aspecto concreto de diferenciação entre uma conduta e outra é o fator consumo. Percebe-se que a lei de drogas tentou fazer a distinção do que seja usuário e do que seja traficante, mas por não oferecer parâmetros objetivos para isso, fica a cargo da autoridade policial, promotor, ou magistrado essa caracterização, "que muitas vezes é embasada em dogmas sociais, poder aquisitivo, ou até mesmo racial" (COSTA; MARCELINO, 2017, p. 13).

Assim, de acordo com Salo de Carvalho, em não ficando demonstrado o dolo específico de consumo pessoal, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade do dolo:

Cria-se, em realidade, espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa. Esta situação, inclusive, não invariavelmente potencializa na jurisprudência tendência à inversão do ônus da prova, recaindo ao réu o dever de provar durante a cognição a especial finalidade de agir, eximindo a acusação do dever processual imposto pela Constituição, qual seja, confirmar, à exaustão, toas as hipóteses narradas na denúncia e efetivamente apresentar as evidências que permitem concluir não ser a ação direcionada ao uso próprio ou compartilhado (CARVALHO, 2016. p. 201).

Neste sentido, Lima (2012) defende que a (in)distinção entre usuário e traficante, torna muitas vezes meramente subjetiva a determinação, pelas autoridades policiais e judiciais, daquilo que seria uma “grande” ou “pequena” quantidade de entorpecentes apreendidos quando da prisão por tráfico. Assim, ampla discricionariedade se abre às autoridades responsáveis pela aferição da conduta sob análise, tal como quando se analisa a variedade e natureza das drogas ilícitas apreendidas.

Segundo Costa e Marcelino (2017), a falta de parâmetros quantitativos concretos, além de gerar danos ao agente do delito injustamente acusado, acarreta em consequências para a sociedade, como a constituição de insegurança jurídica e até mesmo a banalização do exercício policial. Isso se dá pois nos casos concretos que não se apresentarem claros, as autoridades policiais passam a enquadrar todos como traficante, para isentar de dúvidas o seu trabalho, ainda que não fossem. Ocorre aqui uma inversão do ônus da prova que não deveria acontecer.

Weigert (2010) afirma que a distinção entre usuário e traficante, na justiça penal brasileira, é realizada de forma seletiva. Significa dizer que o processo de seleção da criminalidade, diagnóstico feito pelo paradigma criminológico da Reação Social, permeia constantemente a criminalização de consumo e comércio ilegal de drogas no Brasil, notadamente em relação à diferenciação entre estes delitos. Referente ao conteúdo, destaca Nucci:

Naturalmente, espera-se que, com isso, não se faça um juízo de valoração ligado às condições econômicas de alguém. Ex.: Se um rico traz consigo cinco cigarros de maconha, seria usuário porque pode pagar pelas drogas. Entretanto, sendo o

portador pessoa pobre, a mesma quantidade seria considerada tráfico. [...] Ilustrando, de modo mais razoável: aquele que traz consigo quantidade elevada de substância entorpecente e já possui anterior condenação por tráfico evidencia, como regra, a correta tipificação no art. 33 desta Lei. [...] o agente que traz consigo pequena quantidade de droga, sendo primário e sem qualquer antecedente, permite a conclusão de se tratar de mero usuário [...]. Não há entre os critérios o predomínio de uns sobre os outros, tudo a depender do caso concreto. **Visto que o poder aquisitivo da agente apreendido, pode facilmente oferecer uma visão final equivocada de classificação, ou seja, o agente com poder aquisitivo menor deve ser automaticamente condenado por tráfico de drogas?** Ou um o agente com poder aquisitivo maior, mesmo portando uma grande quantidade de drogas deve ser tido como usuário? (NUCCI. 2007, p. 308, grifo nosso)

Ao considerar circunstâncias de natureza sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente como elementos para incriminar alguém, entra-se em questão a etnia, a religião, a preferência sexual, a raça, entre outros. Diante disto, é inevitável que as classes menos favorecidas da sociedade sejam alvos principais do sistema punitivo estatal. Já as classes privilegiadas dificilmente serão atingidas por esta norma penal.

A corroborar com exposto acima, Maria Lúcia Karam:

A posição precária no mercado de trabalho, as deficiências da socialização familiar, o baixo nível de escolaridade, presentes entre os que ocupam uma posição inferior na sociedade, são, não como se costumam a pontar, causas da criminalidade, mas sim características desfavoráveis, que, identificando seus portadores com o estereótipo de criminoso, terão influência determinante naquele processo de seleção dos que vão desempenhar o papel de criminoso (KARAM, 1993, p. 58).

Conforme Vilar (2009), a miserabilidade econômica e social de um indivíduo não pode se tornar causa para imputação de penalidade, bem como não pode servir de argumento para concebê-lo como criminoso, sob pena de estar-se a violar a própria política de prevenção trazida pela vigente Lei de Drogas que traz uma proteção acrescida aos vulneráveis, em seu art. 18, ao estabelecer como atividade de prevenção do uso indevido de drogas, aquelas que estejam direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco, com a finalidade da promoção e fortalecimento dos fatores de proteção.

Sobre o tema, impõe transcrever lições de Zaffaroni:

Nossos sistemas penais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa [...] Os órgãos do sistema penal selecionam de acordo com esses estereótipos, atribuindo-lhes e exigindo-lhes esses comportamentos, tratando-os como se se comportassem dessa maneira, olhando-os e instigando a todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtém, finalmente a resposta adequada ao papel assinalado (ZAFFARONI, 2001, p. 133)

2.3 O TRÁFICO PRIVILEGIADO: CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Evidenciadas as questões jurídicas da nova lei de drogas, passemos a analisar o art. 33, parágrafo quarto, objeto de estudo do presente Trabalho de Conclusão de Curso:

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

Freitas Júnior (2006) defende que a possibilidade de redução da pena prevista no § 4º decorre de antigo anseio dos juristas, a fim de corrigir distorções existentes nas leis anteriores revogadas:

Antes da vigência da Lei n. 11.343/06, qualquer pessoa condenada pela prática de tráfico ilícito de drogas, teria que cumprir, no mínimo 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, possibilitando-se, apenas, a concessão de livramento condicional após cumpridos $\frac{2}{3}$ (dois terços) da reprimenda. A redução, assim, caracteriza significativo avanço legislativo, possibilitando ao julgador analisar, com amplitude, as condições subjetivas do agente, a fim de melhor obedecer ao princípio da individualização da pena (FREITAS, 2006, p. 59-60).

Para Thums e Pacheco (2008, p. 93), trata-se de inovação legislativa, verdadeira *novatio legis in mellius*, "visto que permite ao juiz, no caso concreto, minorar a pena daquele traficante que teve seu primeiro envolvimento com drogas

flagrado pelo sistema repressor". A respeito do surgimento da nova causa de diminuição, discorrem Mendonça e Carvalho:

Realmente, como aumentou a pena base do delito, poderia ser fonte de iniquidades aplicar a todo traficante no mínimo a pena de cinco anos de reclusão, principalmente para o traficante eventual. Assim, visando evitar uma padronização severa e com o intuito de diferenciar o grande do pequeno traficante, surgiu a nova causa de diminuição de pena (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 120).

2.3.1 Questões processuais sobre a aplicação do benefício previsto no parágrafo quarto

Aprofundando o estudo da legislação, vejamos: foi criado o delito denominado "tráfico privilegiado", previsto no § 4º do referido artigo, que dispõe sobre a redução das penas de um sexto a dois terços, permitindo, inclusive, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito. Para isso, o réu deverá cumprir com quatro requisitos cumulativos: a) agente primário, b) bons antecedentes, c) não dedicação a atividades criminosas, d) não integração de organização criminosa.

Conforme Rangel e Bacila (2015), trata-se de causa especial de diminuição de pena, para os tipos de tráfico ou equiparados ao tráfico do artigo 33, caput e § 1º. O instituto dedica-se a causa mais favorável, que deverá proporcionar novo cálculo das penas daqueles que praticaram os referidos crimes nessas condições. A diminuição deverá ser feita na última fase do cálculo da pena (terceira fase).

O conceito de primariedade é alcançado por exclusão: é o agente não reincidente. Sobre o termo, o Código Penal dispõe, em seu art. 63: "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior" (BRASIL, 1940). Salienta-se que para efeito de reincidência, conforme o art. 64, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos.

No que se refere ao conceito de bons antecedentes, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 444²⁸: "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Verifica-se que os antecedentes do agente como parâmetro a ser avaliado pelo juiz é alvo de críticas. Conforme Arruda (2007), a utilização dos antecedentes criminais para se identificar, no caso

²⁸ Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2362/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 7 nov. 2019.

concreto, a conduta típica que o agente praticou, enseja o retorno ao direito penal do autor. Tendo em vista que o legislador deixa de analisar o fato criminoso objetivamente para realizar uma apreciação subjetiva do agente, consagra-se uma verdadeira presunção de culpabilidade, contrariamente ao princípio de presunção da não-culpabilidade, previsto constitucionalmente.

Ademais, exige-se que o agente não se dedique a atividades criminosas. Assim, deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltadas para o crime. Por fim, não terá direito a diminuição o agente que integrar organização criminosa. Como a Lei não distinguiu, tanto faz se a organização criminosa é voltada para o tráfico de drogas ou apenas para outros ilícitos (MENDONÇA; CARVALHO, 2012).

Cabe evidenciar, que inicialmente o legislador proibiu que a pena resultante da diminuição, mesmo que inferior a quatro anos, fosse substituída por pena restritiva de direitos, porém o Plenário do STF entendeu inconstitucional esta proibição²⁹. Posteriormente, o Senado Federal, fazendo uso da competência prevista no art. 52, X, da Constituição, suspendeu a execução da expressão que estava presente no § 4º - "vedada a conversão em penas restritivas de direitos"³⁰, baseando-se no julgamento proferido pelo STF no HC 97.256/RS. Assim, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito é plenamente possível.

A simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, Gomes et al (2008, p. 199) leciona que refere-se a direito subjetivo do réu: "parece-nos que, preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração minorante (orientada pela quantidade e/ou espécie da droga apreendida)". Assim, caberá ao juiz examinar os requisitos e decidir se o réu de fato faz jus ao benefício da redução de pena, ficando a cargo do julgador o quantum descontado e a possibilidade da conversão da pena.

Outrossim, para Thums e Pacheco (2008), embora os requisitos para a diminuição da pena estejam apresentados cumulativamente, isso não impede que o juiz, no caso concreto, aplique a minorante sem exigir a presença de todos. No entanto, no caso de o agente integrar organização ou associação criminosa para traficar, haverá a incidência do art. 33, 'caput', ou § 1º, mais o art. 35, em concurso material, não se podendo falar na minorante em concreto. Neste sentido, lecionam Mendonça e Carvalho:

²⁹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3072285&tipoApp=RTF>. Acesso em: 7 nov. 2019.

³⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm. Acesso em: 7 nov. 2019.

A Lei evidentemente impede que o benefício seja aplicado ao agente condenado pelo crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35. Em primeiro lugar, porque o § 4º somente se refere aos crimes definidos no caput e no § 1º do art. 33. Além disso, se o réu também é processado pelo delito de associação, não se pode dizer que não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Ou seja, o reconhecimento da associação para o tráfico afasta terminantemente o privilégio (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p.122).

A grande questão é sobre o *quantum* a diminuir, dentro do parametro fixado pelo legislador (1/6 a 2/3). Mendonça e Carvalho entendem que o magistrado deverá analisar o quanto diminuir à luz dos elementos do art. 42, notadamente a natureza e quantidade de droga. Esta vem sendo a posição dos Tribunais Superiores (STJ – HC 182.142-SP³¹ e STF – HC 104.195³²)

Ademais, a redução da pena aplica-se somente aos crimes tipificados no art. 33, 'caput', § 1º, I, II e III, não sendo aplicável ao § 2º e § 3º, já que são formas privilegiadas de traficância. Além de que, a aplicação dos benefícios previstos neste dispositivo legal aos fatos já julgados pode ser feita pelo Juízo da Execução, nos termos da súmula 611 do STF, tendo em vista que necessariamente não envolve exame de mérito sobre circunstâncias fáticas (THUMS; PACHECO, 2008).

Quanto ao onus da prova, orientam Rangel e Bacila (2015) que cabe ao acusado demonstrar os bons antecedentes, mas as provas de primariedade e de que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa incumbem exclusivamente ao Estado, isto é, se nada foi demonstrado no processo que estabeleça ligação entre o réu e organização criminosa, a minorante beneficia-lhe automaticamente.

Deve o Ministério Público, portanto, livrar-se deste encargo e comprovar que ao menos um dos requisitos não está presente. Neste sentido vem decidindo o

³¹ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21122786/habeas-corpus-hc-182142-sp-2010-0149282-9-stj/inteiro-teor-21122787>. Acesso em: 7 nov. 2019.

³² Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=110802&classe=HC>. Acesso em: 7 nov. 2019.

STF (STF, HC 103.225³³; STF, RHC 107.759³⁴; e STF, HC 99.608³⁵). Sobre o ônus da prova, discorrem Thums e Pacheco (2008):

Quanto às exigências legais para a aplicação da redução da pena, cabe ao Ministério Público provar sua ausência e não ao réu provar sua presença. Se não houver provas de que o agente integra organização criminosa ou que se dedica ao crime, não havendo provas de reincidência nem de maus antecedentes, é porque o agente tem direito à redução (THUMS; PACHECO, 2008, p. 94).

Importante questão, em razão das consequências processuais desfavoráveis, é saber se, uma vez incidente a causa de diminuição do art. 33, § 4º, o delito poderia ser qualificado ou não como hediondo. Pronunciam-se Rangel e Bacila:

A figura do tráfico privilegiado recebeu tratamento diferenciado daquele previsto no artigo 33, caput, da Lei no 11.343/2006, haja vista a menor reprovabilidade da conduta do agente, culminando no abrandamento considerável da sanção imposta e no afastamento da hediondez do delito, sob pena de tratarmos igualmente os desiguais. **A regra do § 4o do art. 33, em comento, nao é crime hediondo.** Logo, nao poderá ter o tratamento da Lei no 8.072/1990, sendo chamada de tráfico privilegiado (RANGEL; BACILA, 2015, p. 111, grifo nosso).

Os autores concluem que afastando a figura do tráfico privilegiado do rol taxativo dos crimes equiparados a hediondo, desaparece a imposição legal quanto ao regime inicial de cum-primento de pena que, aliás, está a merecer uma interpretação que se harmonize com o texto constitucional, sob pena de inconstitucionalidade (RANGEL; BACILA, 2015).

O legislador não pode tratar de maneira idêntica condutas cuja reprovabilidade é diferente, pois o excesso punitivo esbarra no princípio da razoabilidade (proporcionalidade). Essa é a principal razão para não darmos tratamento idêntico ao tráfico

³³ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629779>. Acessado em 7 nov. 2019.

³⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=629907>. Acesso em: 7 nov. 2019.

³⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=629907>. Acesso em: 7 nov. 2019.

de drogas e ao tráfico privilegiado (RANGEL; BACILA, 2015, p.112).

Neste passo, importante analisar se a causa de diminuição de pena em estudo poderá retroagir para beneficiar aqueles que praticaram fatos anteriores à nova Lei de Drogas. Como sabido, a lei anterior estabelecia uma pena para o tráfico que ia de tres a quinze anos, e, neste aspecto era mais benéfica que a Lei atual. Contudo, poderia o juiz aplicar nos casos que ocorreram sob a vigencia da Lei no 6.368 de 1976 a causa de diminuição de pena da Lei atual?

É necessário curvar-se à Súmula 501³⁶ do STJ, *in verbis*: "É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado na incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei no 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis". Acerca desta enunciação, dissertam Rangel e Bacila:

O que a súmula não quer é a combinação de leis: pena de 3 anos de reclusão da Lei no 6.368/76 com diminuição de um a dois tercos da Lei no 11.343/06 levando o réu a ficar, se diminuída de dois tercos, com pena de 1 ano de reclusão bem inferior a 1 ano e 8 meses de reclusão da Lei no 11.343/06. Isto para a Súmula é combinação de leis. Não pode. Ou se aplica a integralidade da Lei no 11.343/06 por ser mais benéfica ou não se pode combinar as duas leis (6.368/76 e 11.343/06) para se achar um benefício ao réu (RANGEL; BACILA, 2015, p. 113-114).

Isto posto, o presente Trabalho de Conclusão de Curso possui o objetivo de estudar a figura penal prevista no art. 33, combinada com o § 4º, que prevê uma causa especial de redução de pena em determinadas hipóteses, quando a conduta é considerada menos grave, sendo assim um tipo privilegiado em relação ao caput. Um dos requisitos, como já explicitado, é a primariedade do réu. O foco da presente pesquisa, portanto, é a compreensão desta figura, ou seja, o instituto da reincidência.

Isto porque, ao olhar através de outra perspectiva o § 4º, nota-se que após ser beneficiado com o tráfico privilegiado e ser preso novamente, mesmo que com quantidades muito pequenas de drogas, o réu será considerado reincidente por cinco anos e estará sujeito a penas sempre superiores a cinco anos. Este conjunto de fatos impulsiona a superlotação dos presídios; estimula o abismo entre a figura do usuário e do traficante e atinge diretamente os pequenos traficantes selecionados pela justiça penal para cumprirem pena, como será a seguir demonstrado.

³⁶ Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-1273.html>. Acesso em: 7 nov. 2019.

3 A REINCIDÊNCIA À LUZ DA LEI 11.343/06

"A reincidência é a prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora."

(Rogério Greco)

3.1 CONCEITO DE REINCIDÊNCIA PENAL E CRITÉRIOS PARA SUA VERIFICAÇÃO

Superada a análise geral da modalidade do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º), passemos a aprofundar o estudo para um dos requisitos deste dispositivo legal: a primariedade do réu. Conforme Capez e Prado (2016), a lei não define o que se deve entender por criminoso primário. Disso resulta que todo aquele que não for reincidente deve ser considerado primário. Como já exposto no tópico anterior, o Código Penal define a reincidência, em seu art. 63:

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (BRASIL, 1940).

Insta, ainda, observar os dizeres de Zaffaroni e Pierangeli sobre as diferentes classificações da reincidência:

Na legislação comparada, encontramos várias maneiras de considerar a reincidência e seus efeitos. Assim, fala-se em reincidência genérica, que se conceitua como o cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito, enquanto se denomina de reincidência específica a que exige a prática de um novo delito igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofreu anterior condenação. Também costuma-se chamar de reincidência ficta, que consiste na prática de um delito depois de ter sido condenado por outro, e de reincidência real, que consiste no cometimento de um delito depois de ter sido condenado e "sofrido pena", por delito anterior (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 744).

Cumpra estabelecer um brevíssimo histórico da reincidência no Brasil:

A reincidência no Brasil esteve presente desde o Código Criminal do Império de 1830 (artigo 16, §3º) e no Código Penal de 1890 (artigo 40); em ambos diplomas era tida como circunstância agravante, em relação ao "novo" delito, desde que da mesma natureza do antecedente (reincidência

específica). Somente no Código de 1940, é que o legislador adotou simultaneamente a reincidência genérica e específica (artigos 46 e 47), porém em caráter perpétuo. No ano de 1977, com advento da Lei 6.416, o legislador brasileiro alterou o critério de aplicação da reincidência, impondo limite ao lapso temporal (5 anos) e abolindo a forma específica do instituto em análise (CARRAZZONI, 2019, p. 1 apud PRADO, 2004, p. 488).

Destarte, a reincidência requer o concurso de dois requisitos: a) trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior; b) cometimento de novo crime. Conforme Delmanto et al. (2016), não é necessário que o agente tenha cumprido, efetivamente, a condenação (reincidência real), bastando a simples existência dela para que haja reincidência (a chamada reincidência ficta).

Percebe-se o maior rigor advindo da reincidência ficta, que é a espécie adotada pelo nosso Código Penal, pois a simples condenação com trânsito em julgado é suficiente para a aplicação do instituto. Já a reincidência específica, conforme Capez e Prado (2016), está prevista: a) na Lei de Crimes Hediondos - art. 5º da Lei n. 8.072/90, com efeito de impedir o livramento condicional; b) no art. 44, § 3º, do CP; c) na Lei n. 9.605/98, art. 15; d) na própria Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único, também com efeito de impedir o livramento condicional.

Queiroz (2018) ressalva que pode ocorrer de o agente praticar diversos crimes sucessivamente e, apesar disso, ser considerado não reincidente em todos os processos contra si instaurados. Isto porque a configuração da reincidência necessita que o novo crime tenha sido cometido após transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Capez e Prado (2016) salientam que não importa qual é a natureza dos crimes praticados. Assim, a reincidência pode dar-se entre crimes dolosos, culposos, tentados e consumados.

Como a lei se refere especificamente ao cometimento de *crime* anterior, compreende-se que *contravenção anterior* não gera reincidência. Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2019), em conformidade com a lei contravencional, uma anterior condenação por crime somada a uma nova condenação por contravenção dá lugar a reincidência contravencional (art. 7º da Lei de Contravenções Penais). Todavia, se o agente praticar contravenção e depois crime, não haverá reincidência.

Queiroz elenca as principais situações que não induzem reincidência:

Não tem caráter condenatório, e, pois, não induzem reincidência: a) a sentença concessiva de perdão judicial (CP, art. 120); b) a sentença que aplica medida de segurança (de acordo com a doutrina majoritária); c) a decisão que aplica

pena restritiva de direito em transação penal (Lei 9.099/95, art. 76, § 4º); d) a decisão concessiva de suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89); e) a decisão que homologa a composição civil (Lei 9.099/95, art. 74) (QUEIROZ, 2018, p. 486).

Por conseguinte, examinemos os arts. 61, I e 67 do CP:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (BRASIL, 1940).

O artigo 61, I, do CP, consagrou a reincidência como uma circunstância agravante, devendo ser apreciada na 2ª fase do sistema da dosimetria da pena. Conforme Capez e Prado (2016), trata-se de circunstância agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal. Sendo circunstância subjetiva, não se comunica ao partícipe ou coautor. Em consonância, o art. 67 estabelece que, em caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, a reincidência deve ser uma das circunstâncias preponderantes a se tomar em consideração.

Ademais, para efeito de reincidência, conforme o art. 64, I, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos. Ou seja, passado os 5 anos, o agente readquire a sua condição de primário.

O Código vigente estabelece que, para que se produza os efeitos, computa-se o tempo do livramento condicional e da suspensão condicional da pena. "Este dispositivo elimina o "estado de reincidência" perpétuo, como estatuiu o Código de 1940, que mantinha um efeito estigmatizador por toda a vida da pessoa condenada. A limitação, em 5 anos, foi introduzida, entre nós, pela Lei 6.416/77 [...]", ensinam Zaffaroni e Pierangeli (2019, p. 749). A dúvida reside na possibilidade da aplicação do art. 64, I, aos antecedentes criminais, e há jurisprudência tanto no sentido de que não se aplica o disposto aos maus antecedentes; quanto em sentido contrário, sustentando a vedação da perpetuidade dos efeitos da condenação.

Mediante o exposto, Zaffaroni discorre sobre os efeitos da reincidência:

Quanto aos efeitos da reincidência, esta não somente se limita a agravar a pena, dentro dos limites da cominação pertinente, mas também impede a concessão do *sursis*, ou suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP), aumenta, de um terço a metade, o prazo de efetiva privação de liberdade para o livramento condicional (art. 83, II, do CP), interrompe a prescrição (art. 117, VI, do CP), impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, II, do CP), pode provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade (art. 44, § 4º, do CP) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 749).

Similarmente, Queiroz (2018) indica, além destes, alguns outros efeitos penais da reincidência, de modo a restringir ou inviabilizar o exercício de certos direitos: a figura da reincidência como circunstância agravante obrigatória; a constituição de circunstância preponderante quando houver concurso de agravantes e atenuantes; e o impedimento do livramento condicional quando houver reincidência específica em crime hediondo ou afim.

No entanto, nenhum dos autores entram no mérito de todos os outros benefícios que o réu deixa de receber ao ser considerado reincidente, resultando em um obstáculo à liberdade condicional e às sanções substitutivas. O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objeto de estudo justamente um desses benefícios que o réu reincidente deixa de receber: a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

3.2 A LEI DE DROGAS E A DUPLA VALORAÇÃO DA REINCIDÊNCIA

Como já explicitado, uma vez comprovada a reincidência, é incabível a aplicação da causa especial de redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Ou seja, se o réu é reincidente, ele não tem direito ao benefício da redução de um sexto a dois terços da pena previsto na norma. Recordar-se que os quatro requisitos presentes na redação do artigo (agente primário, bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa) são cumulativos e não alternativos, ou seja, ausente um deles, o réu não tem direito ao benefício.

Por consequência desse requisito, o que acaba ocorrendo nas decisões judiciais é uma dupla valoração da reincidência. Isto porque o julgador agrava a pena do acusado com fundamento no art. 61, I, do CP e, após, deixa de aplicar o redutor do § 4º do art. 33. Desta maneira, Fábio Juliate Lopes (2018) expressa:

Temos que, sendo a reincidência duplo apenamento sobre um único delito, deixar o julgador de aplicar o redutor do § 4º do

art. 33 e, após, agravar a pena do acusado com fundamento no art. 61, I, do Código Penal, a violação se torna ainda mais latente. Ora, ao não aplicar a redução da pena em razão da reincidência, tal circunstância já foi devidamente apreciada e valorada na dosimetria, não havendo que se falar em, ao final, ser novamente considerada para majorar a sanção imposta ao acusado (LOPES, 2018, p. 1).

Semelhante ponto de vista é demonstrado no julgamento do HC nº 108.523/MS, relatado pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, em 2012. A única diferença é que, no caso em questão, o réu preenchia todos os requisitos para ser elegível ao benefício. Foi decidido que a fixação do *quantum* da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 deve ser suficientemente fundamentada e não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*. Assim o Ministro Joaquim Barbosa votou:

Nesse ponto, verifico que o magistrado sentenciante e o TRF da 3ª Região utilizaram a quantidade (2,128 kg) e a natureza da droga traficada (cocaína) como fundamentos tanto para a fixação da pena-base acima do mínimo legal (1ª fase da dosimetria) quanto para deixar de aplicar a causa de diminuição no patamar máximo, motivação esta considerada inidônea pela jurisprudência desta Segunda Turma. (STF, 2012. p. 6)

No entanto, o entendimento de incluir na dosimetria da pena o fato de o julgador "deixar de aplicar" não é a visão jurisprudencial atual. Longe disso, o Superior Tribunal de Justiça entende que o redutor pode ser afastado tendo como fundamento apenas inquéritos policiais ou ações penais em andamento (EREsp nº 1.431.091-SP³⁷), o que contraria não só o princípio do *non bis in idem*, mas, também, o princípio constitucional da presunção de inocência.

Surpreendentemente, o entendimento do STJ é contrário aos enunciados de duas de suas próprias Súmulas, a nº 241 e a nº 444, assim expressas:

Súmula 444 - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (STJ, 2010).

³⁷ Disponível em: <https://stjusbrasil.com.br/jurisprudencia/425874923/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1431091-sp-2014-0015576-0/inteiro-teor-425874925>. Acesso em: 16 mar. 2020.

Súmula 241 - A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial (STJ, 2000).

A Súmula 444 veda a utilização de Inquéritos ou processos em andamento, que ainda não tenham transitado em julgado, para considerar como maus antecedentes na dosimetria da pena-base (primeira fase da dosimetria). Já a Súmula 241 veda a utilização da mesma condenação para reconhecer os maus antecedentes (na primeira fase) e a reincidência (na segunda fase), sob pena de *bis in idem*.

No que diz respeito à vedação da utilização da mesma condenação para reconhecer os maus antecedentes e a reincidência na dosimetria da pena, há duas decisões jurisprudenciais controversas. Em 2007, em julgamento do RE nº 813.019/SP³⁸, foi decidido que a reincidência, com grau de maior intensidade, afasta a função dos antecedentes penais como circunstância judicial, sob pena de violação do princípio *non bis in idem*. Em que pese esta decisão, no HC nº 306.222/RS³⁹, de 2016, foi decidido que a reincidência e os maus antecedentes podem coexistir, desde que fundados em condenações distintas e transitadas em julgado. Desta maneira, assinala-se que quando duas decisões judiciais versarem sobre o mesmo tema, porém com entendimentos divergentes, deve prevalecer a que transitar em julgado por último, ou seja, na matéria em questão, a de 2016 (conforme EAREsp nº 600.811).

Queiroz (2018) contesta este entendimento:

Alguns autores entendem que, se a reincidência decorrer de duas ou mais condenações, o juiz poderá considerar uma delas como maus antecedentes para aplicação da pena-base, e a outra como agravante, para fixação da pena provisória. Mas um tal aproveitamento do instituto ofende o princípio da legalidade e implica *bis in idem*, uma vez que, embora com nome diverso, estar-se-á ainda a elevar a pena com base na mesma circunstância: a reincidência. Além disso, não se pode ignorar que a reincidência é espécie do gênero maus antecedentes, sua máxima expressão, motivo pelo qual não pode ensejar múltiplos aumentos, ora com o nome de maus antecedentes, ora com o nome de reincidência (QUEIROZ, 2018, p. 487).

³⁸ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19210125/recurso-especial-resp-813019-sp-2006-0014816-7/inteiro-teor-19210126>. Acesso em: 23 mar. 2020.

³⁹ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1516863&num_registro=201402591726&data=20160608&formato=HTML. Acesso em: 23 mar. 2020.

Ao analisar a Lei de Drogas e a dosimetria da pena, o art. 68 do CP prevê as três fases para aplicação da pena, da seguinte forma: a pena-base será fixada atendendo ao critérios do art. 59 do Código (1ª fase); em seguida, na pena provisória, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes (2ª fase); e, por último, na pena final, as causas de diminuição e de aumento (3ª fase).

No crime de tráfico, a pena é igualmente aplicada de acordo com o sistema trifásico. Imaginemos agora o caso de um réu condenado no art. 33 da Lei de Drogas, que foi condenado por outros dois crimes nos últimos cinco anos. Ele poderá ter a pena base (1ª fase) aumentada em até 1/8, devido aos maus antecedentes (art. 59, CP), em razão, por exemplo, do primeiro crime; a seguir, poderá ter a pena provisória (2ª fase) aumentada em até 1/6, devido à reincidência como circunstância agravante genérica (art. 61, I, CP), em razão do segundo crime em questão. Por fim, a reincidência também será uma barreira para adquirir a causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, sendo afastada a concessão dessa hipótese. O mesmo instituto jurídico (reincidência) confere três prejuízos ao réu. Por ser reincidente, o réu passa de uma pena mínima de 1 ano e 8 meses (máximo de redução previsto pelo § 4º) para 5 anos e 10 meses de reclusão (pena mínima do tráfico de drogas somada ao agravante da reincidência no patamar de 1/6),

Neste sentido, necessário se atentar para o fato de que o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (AC nº 1.1184600-3⁴⁰) já decidiu que a causa de diminuição deveria ser aplicada para reincidentes, quando se tem notícias de que a parte não se envolve com organização criminosa.

EMENTA: APELAÇÃO CRIME - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/2006) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA. PEDIDOS DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DA PENA DE MULTA INDEFERIDOS PRELIMINARMENTE - INCOMPETÊNCIA - MATÉRIAS AFEITAS AO JUÍZO DE EXECUÇÃO - PRECEDENTES DESTA CORTE. A DEFESA REQUER, NO MÉRITO, A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE COM BASE NO PRINCÍPIO "IN DUBIO PRO REO" E, ALTERNATIVAMENTE, APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVISTO NO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 - ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - AUSÊNCIA DE DÚVIDAS - CONJUNTO PROBATÓRIO ACUSATÓRIO SUFICIENTE E APTO A EMBASAR A CONVICÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR -

⁴⁰ Disponível em: http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11688247/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1184600-3#integra_11688247. Acesso em: 19 mar. 2020.

DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE IDÔNEOS E COERENTES COM AS PROVAS PRODUZIDAS - APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS NO GRAU DE 1/6 (UM SEXTO) - PENA REDUZIDA PARA 4 (QUATRO) ANOS E 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS MULTA - APLICAÇÃO DE OFÍCIO DA DETRAÇÃO PENAL - PENA RESTANTE INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO EM SEMIABERTO – RÉU REINCIDENTE - ARTIGO 33, PARÁGRAFO 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] Conforme de extrai de certidão de fls. 161/163 verso, RODRIGO **não é réu primário e possui maus antecedentes. Entretanto, inexistem nos autos elementos que indiquem que o apelante participava de organização criminosa. Assim sendo, aplico o benefício do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos em 1/6 (um sexto).** (TJPR, 2014, p. 8).

No entanto, o STJ se orienta em outro sentido. Para o tribunal, nestes casos, a circunstância da reincidência traz duas consequências jurídicas, mas distintas, podendo ser utilizada em ambos os momentos. Conforme ementas dos HC nº 468578/MG41 e HC nº 391985/SP42:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. CONSIDERAÇÃO COMO AGRAVANTE E COMO IMPEDITIVO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência da Suprema Corte, seguida por este Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição da República, afastando-se a alegada violação aos princípios da isonomia, da culpabilidade e do *non bis in idem*. 2. A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. **Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem,**

⁴¹ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/625679570/habeas-corporus-hc-468578-mg-2018-0234615-2/decisao-monocratica-625679580?ref=serp>. Acesso em: 19 mar. 2020.

⁴² Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485215766/habeas-corporus-hc-391985-sp-2017-0055044-0/relatorio-e-voto-485215796?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 mar. 2020.

mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (STJ, 2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. NÃO APLICAÇÃO. ENVOLVIMENTO DE MENOR NA PRÁTICA DELITIVA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PARA CONFIGURAR O DELITO DO ART. 35 E MAJORAR A PENA PELO ART. 40, VI, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. **A utilização da reincidência como agravante genérica e com o objetivo de afastar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não configura bis in idem, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, pois, desde que haja previsão legal específica, é possível a apreciação de um mesmo instituto jurídico em fases distintas da dosimetria da pena, conferindo-lhe efeitos diversos.** Precedentes. 3. A reincidência, específica ou não, impede a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Precedentes. 4. Não há bis in idem no fato de o envolvimento do menor ter sido utilizado tanto para configurar o delito de associação para o tráfico de drogas como para majorar a pena nos termos do art. 40, VI, da Lei de Drogas. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ, 2017)."

Vale ratificar que o objetivo do tráfico privilegiado é dar um tratamento diferente aos traficantes profissionais dos ocasionais. É o que ensinam Masson e Marçal: "Com o escopo de diferenciar o grande do pequeno (e acidental) traficante, o legislador criou por esse dispositivo a figura do tráfico de drogas privilegiado" (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 84). O próprio Promotor de Justiça César Dario Mariano da Silva, em livro publicado pela Associação Paulista do Ministério Público, aponta que a causa de diminuição de pena "cuida-se de dispositivo que visa beneficiar o pequeno e eventual traficante" (SILVA, 2016, p. 102). A jurisprudência também costuma seguir esse raciocínio. "Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes." (STJ, 2016).

Ora, se o objetivo do art. 33, § 4º é diminuir a pena para o traficante ocasional, é de rigor ponderar que o réu reincidente não remete necessariamente ao "traficante profissional". Visto que, primeiramente, no caso de reincidência genérica, uma condenação anterior por um crime de roubo ou furto nada diz sobre o envolvimento de um cidadão com tráfico de drogas. Segundamente, no caso de reincidência específica, a quantidade deveria ser o termômetro para a avaliação da diferenciação entre um traficante profissional ou um traficante ocasional, e não o fato de já ter o réu cometido crime de tráfico. Neste sentido:

O legislador no caso do agravante da reincidência agrava a mesma conduta, do mesmo sujeito, contra o mesmo bem jurídico anterior, nos casos de reincidência específica, e nos casos de reincidência genérica o caso é ainda mais grave, pois o legislador não tem interesse em saber se o sujeito voltou a cometer a mesma espécie de crime, a dupla punição será aplicada de qualquer forma, isso faz com que a partir de segundo crime o sujeito venha a ser julgado não mais pelo fato delituoso e sim pelo que o mesmo é, ou seja, um criminoso já condenado e que não "ressocializou-se" e voltou a delinquir (PIACESKI, 2012, p. 1).

Não obstante, não convence o argumento de que os réus com condenações anteriores têm um específico dever de não delinquir novamente. Esse argumento, assegura Hornle, "é estabelecido como premissa prévia num autoritário ponto de vista que deveria ser rechaçado. Desde uma perspectiva liberal, não é possível justificar um específico dever adicional ao dever geral de respeitar os direitos dos demais" (HÖRNLE, 2003, p. 111).

Outrossim, com efeito, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad, busca tratar com menor rigor aquele que se envolve circunstancialmente com o tráfico. Dessa maneira, destacam-se o art. 3º e o art. 4º, X, da Lei 11.343/06:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:
I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

Art. 4º São princípios do Sisnad:
X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

Assim sendo, considerando uma interpretação teleológica e sistemática à luz do Sisnad (arts. 3º e 4º da Lei 11.343/06), conclui-se que seria justo possibilitar a aplicação da causa de diminuição mesmo aos réus reincidentes. Uma vez que o réu não tenha maior envolvimento com organizações criminosas ou habitualidade na prática delitiva, este deveria ser considerado ocasional e careceria do benefício.

Feito esse breve diagnóstico a respeito da problemática da dupla valoração da reincidência na Lei de Drogas, dos respectivos entendimentos jurisprudenciais, do próprio objetivo do art. 33, § 4º da Lei, bem como do objetivo do Sisnad, conclui-se que não parece justo que um único instituto possua o condão de elevar a pena do patamar mínimo de 1 ano e 8 meses (máximo de redução previsto pelo § 4º) para 5 anos e 10 meses de reclusão (pena mínima do tráfico de drogas somada ao agravante da reincidência no patamar de 1/6), e, assim, influenciar negativamente a fixação da pena. Em vista disso, nas próximas seções deste Trabalho de Conclusão de Curso, iremos além, e avaliaremos se o instituto da reincidência deveria sequer existir no ordenamento jurídico.

3.3 A SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA RECEPCIONALIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz-se necessário analisar a compatibilização das normas infraconstitucionais com as regras e os princípios hierarquicamente superiores, ou seja, as normas constitucionais. Não sendo possível essa adequação, tem-se aquelas que não foram recepcionadas pela Constituição. Desta forma, como bem ressalta Freitas, “o processo de interpretação da Lei Maior, almejando conferir-lhe vida e realidade marcadamente axiológica, apresenta-se, com certeza, como o núcleo e a parte mais fascinantes do direito constitucional” (FREITAS, 2001, p. 226).

A atividade interpretativa da Constituição demonstra-se, algumas vezes, como tarefa não tão simples, de modo que, em diversos ramos do Direito, já se identificaram acirradas discussões sobre a constitucionalidade de certos institutos jurídicos e dispositivos legais. Sob tal óbice, diversos críticos e estudiosos consideram que a reincidência, assim como todas as previsões legais paralelas acerca de “antecedentes”, “conduta social” ou “personalidade”, seria incompatível com os princípios de um direito penal de garantias, sendo a sua constitucionalidade sumamente discutível. Ora vejamos:

O que é possível inferir-se é que a manutenção da reincidência no sistema, mais uma vez, realça o caráter estigmatizante que sempre maculou o direito penal. Essa distinção convencionalizada acerca dos graus de agravação em razão dos delitos anteriores, aponta, na verdade, a função simbólica da pena, com o

objetivo de reafirmar a autoridade do Estado frente ao indisciplinado (COPETTI, 2000, p. 194).

3.3.1 Análise da reincidência sob o enfoque dos princípios constitucionais do direito penal moderno

Conforme Alberto Silva Franco (2010), há uma colisão do instituto da reincidência com os princípios constitucionais garantistas, sejam eles implícitos ou explícitos, tais como: culpabilidade, *non bis in idem*, legalidade, proporcionalidade, direito penal do fato, igualdade, presunção de inocência, e a dignidade da pessoa humana. Discorreremos brevemente sobre cada um destes.

- **Princípio da culpabilidade**

Conforme Aníbal Bruno, a teoria da culpabilidade do fato tenta justificar a reincidência pela maior reprovabilidade que recai sobre o agente, em "razão de sua vontade rebelde particularmente intensa e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal" (ANÍBAL BRUNO, 1984, p. 114).

Ocorre que, consoante Franco (2010), o princípio da culpabilidade decorre, em escala constitucional, do caráter personalíssimo da responsabilidade penal, que somente há como ser reconhecida quando decorrente do dolo ou da culpa do agente, pelo que não se sustenta qualquer agravamento de pena por fator estranho à subjetividade do autor de um fato típico. Senão vejamos:

Como conciliar esse entendimento com o *plus* de agravação punitiva que é imposto fora do querer do agente - e não há cogitar, no caso, de culpa - ou, dito de outra forma, como fundamentar juridicamente a agravante da reincidência com base no querer derivado, não do fato objeto de julgamento, mas de um outro fato, já julgado, distinto e anterior? Como pode o agente ser penalmente responsabilizado com carga punitiva maior em face da conduta em julgamento, se o dolo e a reprovabilidade de seu comportamento estão incrustados no fato criminoso antecedente, objeto de uma condenação transitada em julgado? E, sem culpabilidade, qual o fundamento possível do acréscimo punitivo? (FRANCO, 2010, p.10).

Já no escólio de Rocha (2007), a reincidência viola este princípio porque sanciona mais gravemente a quem é menos culpável. O fracasso da pena anterior atribuída ao agente significa menos a sua culpabilidade, uma vez que o agente, por ter estado mais tempo no cárcere, está também mais deteriorado pela segregação marginalizante a que foi submetido. Considerá-lo reincidente "afrontaria o princípio

da culpabilidade, por estabelecer-se sobre uma pessoa cuja imputabilidade está diminuída por obra do próprio Estado" (GARCIA, 1985, p. 117/118).

Em relação ao tema, afirma Boschi:

O aumento de pena pela reincidência vem sendo intensamente contestado. Argumenta-se, primeiro, que a prática de nova infração pelo mesmo réu decorre menos de sua predisposição de não atender às recomendações da pena e mais da falta de assistência ao deixar a penitenciária. Os presos, em razão do estigma, dificilmente conseguem restabelecer seus vínculos sociais e recolocarem-se no mercado de trabalho. É nessa direção a proposta de consideração da co-culpabilidade como fator de influência na dosimetria da pena, examinada no capítulo anterior [sic] (BOSCHI, 2002, p. 244).

Um setor da doutrina vai além e defende que o sujeito reincidente atua exatamente com menor culpabilidade devido a sua menor capacidade para resistir ao delito. De acordo com Bacigalupo, "a investigação profunda e sutil da personalidade do autor conduzirá, segundo todos os conhecimentos disponíveis sobre o autor reincidente, previsivelmente a afirmar que sua culpabilidade pelo fato deve ser, por regra, atenuada" (BACIGALUPO ZAPATER, 1998, p. 118).

- **Princípio do *non bis in idem***

A reincidência também violaria o princípio do *non bis in idem*, princípio de direito segundo o qual uma pessoa não pode ser punida duas vezes pelo mesmo fato. O princípio não está positivado na Constituição, porém é conceito subjetivo e o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão do HC nº 80263 SP⁴³, afirmou que "a incorporação do princípio do *non bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previsto pela Constituição" (STF, 2003).

Com efeito, Queiroz (2018) enuncia que a reincidência importa em *bis in idem* porque, ao se punir mais gradativamente um crime, tomando-se por fundamento um delito anterior, está-se, em verdade, a valorar e castigar, por mais uma vez, a infração anteriormente praticada, em relação à qual o autor já foi sentenciado. O jurista FALCONI também é da opinião que a reincidência, como fator de agravamento da pena, implica a escancarada prática do "*bis in idem*": "Afinal, ir buscar subsídio numa outra conduta já consumada e julgada, com sentença

⁴³ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771653/habeas-corpus-hc-80263-sp>. Acesso em: 21 mar. 2020.

condenatória para o fim de exacerbar a pena, é mesmo uma heresia” (FALCONI, 2002, p. 287).

Do mesmo modo, Silva Franco assevera:

Não se compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração. O fato criminoso que deu origem à primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória de pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica (SILVA FRANCO, 2001, p. 1.179/1.180)

Importante, nessa direção, a constatação fundamental de Ferrajoli, *in verbis*:

A condição de reincidente (o pré-julgado) [...], foi severamente criticado por muitos escritores renomados que com razão rechaçaram, por respeito ao princípio da retribuição, em considerá-la como um motivo de agravamento da pena. A pena, escreve Pagano, cancela e extingue integralmente o delito, e o condenado que já a sofreu se transforma em inocente [...]. Portanto, não se pode incomodar o cidadão por aquele delito cuja pena já foi cumprida. E Morelly chega inclusive a pedir que se castigue a quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém por causa delitos precedentes (FERRAJOLI, 2001, p. 507).

Ao menos, conforme Queiroz (2018), temos que o acréscimo da pena que resulta da reincidência não poderá acarretar aumento igual ou superior, mas sempre inferior (proporcionalmente) à pena aplicada na sentença anterior que a gerou, uma vez que o acréscimo pode exceder à própria pena antes imposta.

- **Princípio da legalidade**

Alberto Silva Franco ensina que "o princípio da legalidade não admite, em caso algum, a imposição de pena superior ou distinta da prevista e assinalada para o crime e que a agravação da punição, pela reincidência, faz, no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes" (FRANCO, 2001, p. 781). Consoante Ferrajoli (2001), o garantismo penal busca, em uma simples síntese, a estrita legalidade em se tratando de direito penal e, plano político, a máxima legalidade dos direitos inerentes ao cidadão e minimização da violência.

Franco discorre sobre *este "transbordamento judicante"*, como diz, e na consequente gravosa ofensa ao princípio da legalidade, já consagrado constitucionalmente:

Com efeito, na medida em que a reincidência acarreta uma espécie de ultratividade das consequências de um delito anterior já julgado, estendendo seus efeitos a um delito posterior totalmente independente, e provoca necessariamente o aumento do quantum punitivo por extensão do fato criminoso anterior, põe em xeque o princípio da legalidade que obriga o juiz a permanecer estritamente atado aos dados componentes da figura típica em julgamento e à quantidade sancionatória nela cominada (FRANCO, 2010, p. 07/08).

- **Princípio da proporcionalidade**

Freitas traz uma definição deste tópico, nos ensinando que "o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos" (FREITAS, 1997, p. 56). Sobre o tema, Canotilho diz que o princípio da proporcionalidade "proíbe nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais". E "os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (CANOTILHO, 2002, p. 134).

Ou seja, aplicando ao condenado um agravamento de pena por conta de fato anterior, a nova pena no processo subsequente não guarda proporção com os fatos nele apurados e, portanto, com a infração concretamente praticada. Neste sentido, Franco:

A reincidência, ao materializar uma sanção penal não cominada legalmente, provoca uma reação punitiva desproporcionada na medida em que inflige ao condenado uma sanção que não guarda a necessária proporção com a infração cometida. Com inteira propriedade, considera-se que 'a pena provocada pela reincidência, ao exceder a gravidade do injusto cometido, para a ele somar-se um *plus* que obedece a outro injusto, é desproporcionada e, em consequência, injusta' (FRANCO, 2010, p. 08).

- **Princípio da igualdade**

Seguindo a linha de Franco (2010), o princípio da igualdade contrapõe-se, em verdade, ao arbítrio, ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo os critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Também proíbe a discriminação, ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas.

Roborando o assunto, Piaciski (2012) defende que o instituto da reincidência viola o princípio da igualdade, uma vez que o sujeito apenado estará estigmatizado em razão da sua pena durante o período de latência, ou seja, por cinco anos ele será quase um pária social, pois estará apartado daqueles que vivem em conformidade.

Sob outra ótica, Franco demonstra que coautores de um mesmo fato devem ser punidos de uma mesma forma, eis que desigualar os iguais, neste contexto, é flagrantemente injustificável e essencialmente injusto. O autor assevera:

Trata-se, no caso, de um tratamento punitivo que deixa uma discriminação perversa. 'e o relevante para os efeitos da determinação da pena é a gravidade do fato punível censurável, não pode levar-se em conta um fato punido anteriormente porque ai reside a discriminação e conseqüentemente a violação ao princípio da igualdade: outro acusado que haja cometido um fato igualmente grave e reprovável, se não registra uma pena anterior, vai receber uma pena mais baixa, legítima e que é ajustada à gravidade do fato considerado individualmente como deve ser o direito penal do fato e não do autor'. (FRANCO, 2010, p.10/11).

- **Princípio da presunção de inocência**

Conforme o Art. 5º, LVII, da CF, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Contudo, conforme Franco, a reincidência cria uma inadmissível presunção absoluta de periculosidade do agente: "Além disso, fere ainda o princípio da presunção de inocência o fato da perigosidade do agente ser presumida *ius et de iure*. Ocorrida a reincidência, não cabe discutir se é ela reveladora ou não de uma pessoa perigosa" (FRANCO, 2010, p.10/11).

- **Princípio da dignidade da pessoa humana:**

O Art. 1º, III, da CF enuncia a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Neste sentido as palavras de Bitencourt (2018) trazem luz a questão quando o mesmo explana que o princípio da humanidade recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com

“reeducação e reinserção social”, uma vez que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social.

Salo de Carvalho visiona que “qualquer ser humano inadequado à moral punitiva ou à estética criminológica passa a ser percebido como objeto a ser eliminado, como inimigo. E para estes seres objetificados pelo estigma periculosista, os direitos humanos não podem e não devem ser garantidos” (CARVALHO, 2008, p. 123).

Assim, cabe observar as lições de Azevedo:

O sistema prisional é um espetáculo de horrores, que não choca a opinião pública e não comove os governantes, porque exatamente isso o que se espera dele: a expiação da culpa, o sofrimento, a punição do corpo e da alma dos depositários das nossas mazelas sociais (AZEVEDO, 2006, p. 12).

Similar é o entendimento de Lopes:

Se o direito a igualdade já foi reduzido para um direito de igualdade formal, pela simples isonomia diante da lei, é imperioso impedir que o mesmo venha a ocorrer com a dignidade da pessoa humana. Evitar que venha a tornar-se o miserável formalmente digno diante do abastado, conferindo-lhe apenas a titularidade de um direito subjetivo a dignidade (LOPES, 2000. p. 398).

- **Princípio da isonomia**

Por fim, a reincidência viola o princípio da isonomia, pois, conforme Rocha (2007), ao se proibir a concessão de liberdade condicional aos reincidentes, há a consagração de uma desigualdade de tratamento entre aqueles que a lei classifica como reincidentes e os que carecem dessa condição. Segundo o autor:

Trata-se, na realidade, de emprestar ao indivíduo, por determinado período de tempo, um estigma, que o acompanhará e sobre ele incidirá, no caso da prática de outro fato delituoso. É a forma objetiva de desintegração social, que descumpre a finalidade oficial da pena, qual seja, a ressocialização, eis que o reincidente é indivíduo rotulado, pertencente a um grupo especial de pessoas, diferente dos demais (ROCHA, 2007, p. 1).

3.3.2 O estigma imposto ao infrator reincidente e o mito da periculosidade

Ao se falar em reincidência, comumente se ouve o argumento de que o sujeito que volta a delinquir deve ter sua pena agravada em função de sua maior periculosidade. No entanto, conforme Silva, o conceito de periculosidade apresenta elementos subjetivos, pois funda-se em um perigo abstrato, e que "por periculosidade, relativamente às pessoas, entende-se a propensão delas para o mal, a tendência para o mal, revelada por seus atos anteriores ou pelas circunstâncias em que praticam o delito", concluindo que "a periculosidade criminal é a que se evidencia ou resulta da prática do crime, e se funda no perigo de reincidência" (SILVA, 2007 p. 1030).

Como descrito por Rosa (2004), a reincidência serve para, junto com a análise da personalidade do agente, fixar a pena necessária para sua recuperação, com franca influência da 'Escola Positiva', e fundamentada na periculosidade do agente. Importante, nessa direção, a constatação fundamental de Carvalho: "Entendemos que, muito embora o discurso oficial tente ocultar tal justificativa, a teoria que melhor explicita nosso modelo justificador da reincidência é o da teoria criminológica derivada do positivismo, visto a adoção do critério 'periculosidade'" (CARVALHO, 2001, p. 55).

Indubitável é que nem sempre o réu reincidente é mais perigoso que o não reincidente. Queiroz (2018) exemplifica que o agente pode ser primário, não obstante pode ter praticado diversos delitos, assim como pode ser reincidente, mas em crimes de menor potencial ofensivo. "É de reconhecer, portanto, que a reincidência já não constitui uma prova segura de maior perigosidade, não se justificando, também por essa razão, sua existência. Por isso não é exato dizer que a reincidência é um sinal de periculosidade" (QUEIROZ, 2018, p. 488).

Para Zaffaroni e Pierangeli "a periculosidade, no caso de se poder valorá-la, constitui um juízo fático, e, por conseguinte, jamais poderia ser presumido *juris et de jure*, porque se assim, fosse, estabeleceria a presença de um fato quando o fato não existe" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 745). Carvalho (1999) defende que a pena agravada em virtude da reincidência não se justifica, pois a aplicação do instituto acaba por prejudicar o agente na sua ressocialização, em razão da estigmatização que se verifica. Consoante o autor, a reincidência, induz uma segregação, isto porque, os que contraíram a mácula da reincidência acabam por constituir um restrito agrupamento de pessoas que diferem dos demais membros da sociedade, refutados pela sua "marca".

Pertinente é a colocação de Delmanto a respeito da readaptação da vida em sociedade após o cumprimento de sentença:

Não podemos lidar com a sanção penal como uma espécie de “neutralização” da pessoa condenada por determinado período de tempo, como vem ocorrendo em nosso país há décadas, descuidando-se, por completo, do egresso, isto é, daquele que sai da cadeia e, de modo completamente desamparado, é jogado de volta em uma sociedade com toda a sorte de preconceito, inclusive de familiares. Uma sociedade que não é mais a sua, onde não é mais reconhecido e não tem espaço (DELMANTO et al, 2016, p. 274)

Logo, “admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos não identificáveis, nem fisicamente reconhecíveis, significa exercer um controle social autoritário sobre toda a população” (ZAFFARONI, 2007, p. 118). Devemos observar as lições de Copetti sobre a estigmatização dos condenados:

A agravação da pena do delito posterior é dificilmente explicitável em termos racionais, e a estigmatização que sofre a pessoa prejudica a sua reincorporação social. Em termos de direitos humanos, a igualdade perante a lei, o fim da readaptação da pena privativa de liberdade, a racionalidade das penas e a presunção da inocência, entre outros, resultam afetados. O registro da condenação uma vez cumprida e a sua relevância potencial futura colocam o condenado que cumpriu sua condenação em inferioridade de condições frente ao resto da população, tanto jurídica como faticamente (COPETTI, 2000, p. 194).

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, em julgamento proferido no caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, entendeu a total incompatibilidade de dispositivos legais que se baseiam direta ou indiretamente no conceito de periculosidade face aos superiores princípios que regem o direito internacional dos direitos humanos.

Fundamental, portanto, invocar Peixoto, ao lembrar que o Brasil, assim como a Guatemala – também é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22/11/1969, e ratificada pelo Brasil em 25/09/1992). Sobre o caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Peixoto corrobora: “Logo, os fundamentos da sentença acima citada igualmente se aplicam, em nosso país, como sólido e importante critério interpretativo de todos os ditames legais direta ou indiretamente relacionados à periculosidade do agente – ainda que os efeitos desta sentença não se estendam automaticamente ao Brasil por não ter sido parte no processo (2010, p. 1).

Ao analisar as prisões, Tourinho Filho atesta que:

A pena não reeduca, não regenera, não tem o poder de reinserir o cidadão no meio social. Pelo contrário, perverte, embrutece, animaliza o homem. Como pode adaptar-se ao meio social aquele que está vindo de irritante promiscuidade com a marginalidade? (TOURINHO FILHO, 2010, v1, p. 774).

Cumpra observar, nesse sentido, palavras de Michel Foucault:

Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quando a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa (FOUCAULT, 1984, p. 75).

3.3.3 Considerações sobre a abolição do instituto da reincidência no âmbito jurídico

Queiroz (2018) aponta que Cobo del Rosal e Vives Antón propõem a abolição pura e simples do instituto, porque, além de incompatível com um direito penal da culpabilidade pelo fato, está evidenciada sua total ineficácia. Indica que há autores, como Juarez Cirino dos Santos, que propõem que a reincidência, em vez de ensejar o agravamento da pena, deve, ao contrário, justificar sua atenuação. Isto porque, cumprida a pena criminal, há um processo de deformação e embrutecimento pessoal promovido pelo próprio sistema penitenciário, produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado.

A análise de Cirino dos Santos é precisa:

É necessário reconhecer: a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como

produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a reincidência ficta não indica qualquer presunção de periculosidade capaz de fundamentar circunstância agravante. Em conclusão, nenhuma das hipóteses de reincidência real ou de reincidência-fleita indica situação de rebeldia contra a ordem social garantida pelo Direito Penal: a reincidência real deveria ser circunstância atenuante e a reincidência fleita é, de fato, um indiferente penal (CIRINO, 2014, p. 541).

Como disse o Desembargador Aramis Nassif, “a pena é um mal necessário. A reincidência, não. Sem função teleológica, sem aplicação a agravante. Nada a justifica” (NASSIF, 2002). Maia Neto compartilha desse posicionamento, aduzindo:

O instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do Direito Penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um *plus* para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o Juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o quantum da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime (MAIA NETO, 1998, p. 147).

É o que também ensina Zaffaroni:

Um instituto que leva a exaltar como valores a ordem e a obediência em si mesmas; que leva o Estado a se atribuir a função de julgar o que cada ser humano escolhe ser e o que cada ser humano é; que implica num *bis in idem*; que contribui para afastar o discurso jurídico da realidade, ignorando dados que se manifestam há séculos e que as ciências sociais demonstram de maneira incontestável; que, com tudo isto, contraria a letra e o espírito da consciência jurídica da comunidade internacional, moldada nos instrumentos jus-humanistas; um instituto como este **deveria desaparecer do campo jurídico, da mesma forma que desapareceram, a seu tempo, a tortura no âmbito processual ou a analogia no campo penal** (ZAFFARONI, 1993, p. 58, grifo nosso).

3.3.4 Entendimentos Jurisprudenciais sobre aplicabilidade da reincidência

No Brasil, já houve entendimento jurisprudencial afastando a agravante da reincidência, no sentido de que esta não fora recepcionada pela Constituição. As posições são antigas, uma vez que a Câmara ficou impedida de afastar a agravante da reincidência após a edição da Súmula vinculante nº 10 do STF. No entanto, as posições dos relatores das Apelações Criminais nº 699291050 e nº 70014843163, ambas do TJRS, eram precisas:

FURTO. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE POR REPRESENTAR 'BIS IN IDEM'. VOTO VENCIDO. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA ACUSAÇÃO POR MAIORIA (TJRS, 1999).

Roubo triplamente majorado. Emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade da vítima. Concurso formal. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. **Agravante da reincidência desconsiderada por inconstitucional.** [...] (TJRS, 2006, grifo nosso).

Sob o mesmo ponto de vista são as considerações do eminente juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rubens Roberto Rebello Casara, lançadas nos autos do Processo nº 0000623-76.2011.8.19.0001:

Aduzo que não pretendo abdicar dos fatos descritos na denúncia para julgar o autor. Impossível substituir a moderna noção de culpabilidade pela ultrapassada ideia de periculosidade do réu ou por outros meios de valoração moral da pessoa do acusado (lições de Salo de Carvalho). Nesse sentido, deve-se preservar a diretriz da presunção de inocência (artigo. 5º, LXII, da Constituição da República). [...] Procura-se, nesta sentença, fugir dessas (habituais) práticas antigarantistas.

[...] Reconheço, ainda, a ilegitimidade/inconstitucionalidade da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal (lições de ZAFFARONI). Os princípios da secularização e da dignidade da pessoa humana impedem que um cidadão seja punido duas vezes pelo mesmo fato (*non bis in idem*). **Ninguém pode ser punido pelo que é (ser traficante, ser criminoso), mas tão somente pelo que faz (ato de traficância, ato criminoso). O conceito de reincidência é autoritário (uma espécie de estigma inquisitorial) e mostra-se em oposição às diretrizes**

constitucionais (liberdade, dignidade humana, presunção de inocência,...). Agravar a pena por um fato pretérito, pelo qual o agente já foi punido, é ressuscitar a culpabilidade do mesmo, instrumental teórico de sistemas totalitários (TJRJ, 2011, grifo nosso).

Este também é o julgamento do Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, que reconhece em apelação criminal nº 70004496725:

A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Penal Democrático fundado no Princípio da Secularização: 'o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade - cada um a tem como entende'. (...) Mais, a alegação de 'voltada para a prática delitativa' é retórica, **juízes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispendo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir 'diagnósticos' desta natureza** (TJRS, 1993, grifo nosso).

Ainda no Tribunal de Justiça do RS, o desembargador Sylvio Baptista em um posicionamento em acórdão criminal (AC nº 7000097659 TJRS) também se manifesta contrário à aplicação da majoração da pena em função do agravante da reincidência, e no caso em questão, contrário aos demais agravantes (TJRS, 2000).

Ainda assim, em 2013, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE nº 453.000/RS⁴⁴, aplicando o regime de repercussão geral, declarou de forma unânime a constitucionalidade da reincidência, ignorando as críticas previamente feitas e, também, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala).

3.4 DIREITO PENAL DO FATO VS. DIREITO PENAL DO AUTOR

O direito penal do autor, proposto pelos penalistas nazistas, fundamenta a aplicação da pena em razão do "ser" daquele que o pratica e não em razão do ato praticado. No direito penal do autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. Em oposição ao direito penal do autor, o direito penal do fato não permite sancionar o caráter ou modo de ser do indivíduo, devendo julgar exclusivamente seus atos. Ninguém é culpado de forma geral, mas somente em relação a um determinado fato ilícito (MUZZI, 2015).

⁴⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Apesar de não haver um consenso sobre o conceito de direito penal do autor, para buscarmos entender a ideia, podemos usar a sabedoria de Zaffaroni:

[O direito penal do autor] é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma *forma de ser* do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o *ser ladrão* (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 66 apud CASTANHEIRA, p. 120).

A partir da concepção do direito penal do autor, o direito não deve castigar o ato, que em si mesmo não expressa muito valor, mas sim a atitude interna jurídica corrompida do agente. O delito em si tem um significado sintomático. "O ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor" (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 131). Ou seja, "a pena se associa de modo imediato à periculosidade do autor, pelo que para a justificação da sanção aquela deve ser atribuível a ele" (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 58).

Por ser um ser inferiorizado e perigoso, como nas hipóteses do sujeito nocivo para o povo e do delinquente habitual, o autor deve ser punido ou neutralizado, porque representa um perigo à sociedade (BRUNONI, 2007, p. 1). Para o autor:

Com o Direito Penal de autor surge o denominado *tipo de autor*, pelo qual o *criminalizado* é a personalidade, e não a conduta. A *tipologia etiológica* tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas **ser** ladrão; não se proíbe matar, mas **ser** homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal. Nela também se possibilita a criminalização da *má vida* ou *estado perigoso*, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, jogadores, ébrios, etc. Ou, também, a aplicação de penas *pós-delituais*, em função de determinadas características do autor, por meio de tipos normativos de autor: reincidentes, habituais, profissionais, etc (BRUNONI, 2007, p. 1, grifo nosso).

De acordo com Franco (2010), o que passa a ser levado em conta no direito penal do autor é quem praticou o fato, sua personalidade e suas características pessoais. Para o autor:

É óbvio que o princípio do autor é um caminho aberto a todo tipo de totalitarismo, e o Direito Penal acolhedor da tipologia de autores não encontra forma de acomodação à ideia de um Estado de Direito. Ora, adicionar uma agravação de pena por ser o réu reincidente constitui consagrar um tipo de autor, o que é de todo insuportável num direito penal de conteúdo garantístico. E mais do que isso, é uma perigosa oportunidade de alastramento de perniciososa infecção no organismo penal por meio de vírus do direito penal do inimigo (FRANCO, 2010, p. 08/09).

Ademais, conforme Muzzi (2015), existem dois tipos de autor, o tipo normativo e o tipo criminológico. De acordo com a concepção do tipo normativo de autor, o fato somente se aplica ao tipo no caso de se moldar à imagem ou modelo do autor: o que se faz é comparar o fato concreto com o modelo de conduta representado da ação que se espera de um típico autor do delito. Diferentemente, na concepção do tipo criminológico de autor, o que conta não é um juízo de valor, mas sim a constatação empírica de que a personalidade do autor concorda com as características do criminoso habitual.

Muito similar ao direito penal do autor, em 1999 surgiu na Alemanha a teoria do direito penal do inimigo, publicada pelo penalista Günter Jakobs. Para Jakobs: "Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos" (JAKOBS, 2003, p. 29).

No que diz respeito à reincidência, para Lopes (2018), "trata-se de evidente aplicação do chamado direito penal do autor, em que se afasta a punição pelo ato cometido, e passa-se a punir o agente por aquilo que ele representa". Neste sentido, pertinente é a colocação de Zaffaroni:

É inquestionável que quando se quebra esta regra e se entra, ainda que com pretensões limitadas, num direito penal de autor, abre-se caminho para o exercício de um poder meramente disciplinar, que exalta a ordem como um valor autônomo, onde vêm se juntar ambos os discursos de justificação da reincidência (o que pretende o injusto maior e o que pretende a maior culpabilidade). A quebra desta regra implica na quebra do princípio fundamental que, desde 1948, preside a elaboração da teoria dos Direitos Humanos: todo ser humano é pessoa. Pode-se mesmo dizer que todo o resto da

teoria dos Direitos Humanos é exegese e desenvolvimento desta afirmação fundamental, ameaçada a partir do momento em que o Estado se atribui o direito de julgar o ‘ser’ dos homens” (ZAFFARONI, 1993, p. 57/58).

De fato, na prática existem várias disposições legisladas que se moldam a uma concepção ligada ao direito penal de autor, como a reincidência e os maus antecedentes. No entanto, conforme Pierangeli (1999), não é possível a combinação do direito penal do fato com o direito penal de autor: ou se reprova pelo ato concreto praticado, ou como fato que resulta de uma conduta de vida. Impossível conciliar o livre-arbítrio aristotélico com uma gama de determinismo para a formulação do juízo de censura.

O mestre Paulo Queiroz (2014) explica que o Estado é ilegítimo quando concretiza sua ação ao direito penal do autor, pois o direito penal respalda todas as garantias constitucionais e os fundamentos do Estado Democrático Social de Direito, sendo vedado ao julgador invadir discricionariamente a esfera pessoal do agente, isto é, a interioridade da pessoa. De fato, as tentativas de explicar a reincidência dentro dos limites de um direito penal são todas insatisfatórias.

Conforme Jakobs (1997), por mais que se afirme que a reincidência só afeta a pena por ser algo externo ao delito como formulação jurídica, o certo é que o agente terá a pena agravada por fatores alheios ao fato concretamente realizado, ou seja, em razão de sua tendência criminoso. Ademais, o conhecimento acentuado da proibição não justifica um aumento de pena porque do que se trata, em todo caso, é da vivência do sofrimento de pena, cujo processamento positivo, desde o ponto de vista jurídico, é assunto do autor.

3.5 ASPECTOS DA REINCIDÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DO GARANTISMO

Conforme visto, diversas críticas pairam sobre o instituto da reincidência. Contudo, as que tratam do garantismo merecem destaque, uma vez que modernamente se entende ser este a base de um Estado Democrático de Direito. Para entender o que vem a ser o garantismo, deve ser invocada a definição de Luigi Ferrajoli, responsável pelo estudo mais completo e rigoroso sobre o modelo garantista, originado na Itália com a obra “Direito e Razão”. O autor traz três significados distintos. O primeiro significado designa um modelo normativo de direito, principalmente, no que se refere ao direito penal, modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema

cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2010, p. 785-786).

Ao analisarmos o segundo significado, este traz uma visão crítica do ordenamento que, na teoria poderá ter conotação garantista, mas na prática poderia adotar força diversa:

"Garantismo" designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

O terceiro significado apresenta-se como uma crítica filosófica, laica, pautada na finalidade da teoria garantista:

"Garantismo" designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o "ser" e o "dever ser" do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo (FERRAJOLI, 2010, p. 787).

Novelli (2014) aponta que a teoria do garantismo penal serve como um freio ideológico para a atuação indiscriminada do estado na liberdade do cidadão,

devendo utilizar o seu poder punitivo como *ultima ratio*. O autor sustenta um quarto e último conceito da teoria do garantismo:

O garantismo penal seria uma política criminal onde prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo, pautado na validade da norma e na sua efetividade – de forma distinta e também, entre si – atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma penal (NOVELLI, 2014, p. 122).

Nessa esteira, conforme Carrazzoni (2005), o garantismo assume papel fundamental à sustentação do direito penal constitucional, uma vez que incide em alcançar aos indivíduos as garantias positivadas pela Constituição. Na visão de Rosa (2004), a Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação das instituições estatais.

Daí surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam.
In verbis:

O garantismo jurídico baseia-se, desta feita, nos direitos individuais – vinculados à tradição iluminista – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante neoliberal que, na esfera Penal e do Processo Penal, apresenta perspectiva de exclusão social e mitigação das garantias individuais, tendo como reação a crítica contundente de movimentos sociais, dentre eles o do Movimento Antiterror (ROSA, 2004, p.94).

Para a juíza Maria Lúcia Karam, a prevalência dos princípios garantidores são indispensáveis como forma de contenção do poder punitivo indiscriminado do estado. Senão vejamos:

Para esta inversão, para a urgente tarefa de contenção do poder punitivo, é preciso afirmar a universalidade dos

princípios garantidores expressos nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas – inadmissíveis, portanto, quaisquer exceções – e permanentemente efetivar seu primado (KARAM, 2005, p. 110).

Conforme Carvalho (1999), uma tendência vigente do direito penal moderno encontra sua essência no princípio da legalidade, traduzindo (através de uma ruptura entre direito e moral) a positivação de direitos fundamentais, chamada de princípio da secularização, que se baseia na "legitimidade externa do direito penal", e busca amparo no âmbito constitucional. Carvalho aponta que um dos efeitos do princípio da secularização é impedir condutas prejudiciais à vida em sociedade e que o juízo não valore critérios intrínsecos do réu, "mas somente acerca dos fatos penalmente proibidos que lhes são imputados e que podem, por outra parte, ser empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa" (CARVALHO, 1999, p. 752). Essa é a razão pela qual o autor conclui que a estrutura normativa do instituto da reincidência fere princípios constitucionais:

As disposições que preceituam análises de caráter subjetivo do agente, tal como a reincidência, são normas penais constitutivas, normas que não vetam condutas lesivas, mas que castigam imediatamente; normas que não proíbem atuar, mas ser [...] A estrutura normativa do instituto da reincidência não fere apenas a inviolabilidade da coisa julgada pela afronta ao princípio do *non bis in idem*, senão, que transgredir a dogmática constitucional baseada no princípio da secularização" (CARVALHO, 1999, p. 753).

Nessa esteira, Carrazzoni (2005), ao falar sobre reincidência e garantismo, conclui que, sem embargo, o instituto da reincidência opera ao desabrigo da Constituição Federal, e, por conseguinte fere o garantismo, pilastra do Estado Democrático de Direito. Também é de opinião unívoca para Streck que a reincidência:

É antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu componente estigmatizante, que divide os indivíduos em aqueles que aprenderam a conviver em sociedade e aqueles que não aprenderam e insistem em continuar delinquindo [sic] (STRECK, 2001, p. 71).

No dizer sempre expressivo de Zaffaroni e Pierangeli:

Estabelece-se o corolário lógico de que a agravação pela reincidência não é compatível com os princípios de um direito

penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível. Estas considerações são as que levaram o legislador colombiano, por exemplo, a eliminar a reincidência, e, muito embora no nosso País não se a tenha excluído, parece terem pesado considerações deste tipo para a limitação do seu alcance, numa comparação com o Código de 1940 [...] na realidade, a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em "disciplinadas" e "indisciplinadas", e é óbvio não ser esta função do direito penal garantidor (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 747).

Ferrajoli lamenta que as codificações penais ainda prevejam a reincidência, eis que tal instituto "é uma forma de ser mais do que uma forma de agir, que atua, indevidamente, como um substitutivo da culpabilidade no qual se expressa a atual subjetivação do direito penal" (FERRAJOLI, 2010, p. 467). Conforme Almeida, (2009), ao considerar a existência de condenação anterior para agravar a pena do novo crime praticado, conferindo relevância penal autônoma à personalidade do réu, o instituto da reincidência mostra-se congruente com o modelo inquisitorial, e contrário ao sistema acusatório.

Salo de Carvalho, citando Cândido Furtado Maia Neto, a respeito do embate da reincidência e do garantismo, assim nos brinda: "o instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um *plus* para a condenação anterior já transitada em julgado" (CARVALHO, 1999, p. 750). Assinala Ferrajoli que o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individuar os seus comportamentos vedados pela lei. "Um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é" (FERRAJOLI, 2010, p. 208).

Conforme Pascoal (2012), se, por um lado, a observância ao sistema garantista restringe o poder punitivo estatal, que fica rigidamente limitado e vinculado aos pressupostos da Constituição, por outro, confere eficácia aos direitos e garantias do cidadão. A autora reitera que a ideia de garantia está embutida na concepção do Estado Democrático de Direito e visa, com base no princípio da estrita legalidade, propugnar a obediência aos princípios garantistas estabelecidos em lei que resguarda o cidadão das arbitrariedades do poder punitivo estatal.

Importante destacar que diante da crise no sistema penal, a tendência do legislador é criar novas medidas, com o discurso de que estas contribuirão na redução da criminalidade e na reinserção do condenado na sociedade. No entanto, muito já se provou que a prisão não cumpre sua finalidade ressocializadora, e que corrompe, estigmatiza, submete o condenado a condições sub-humanas e, muitas vezes, profissionaliza o recluso na criminalidade. Feito esse diagnóstico sobre a

teoria do garantismo, a conclusão, portanto, é que resta evidenciado que o agravamento da pena por conta da reincidência se revela incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, com a teoria garantista.

4 A ATUAL CONDIÇÃO DO RÉU REINCIDENTE CONDENADO NO ART. 33 DA LEI DE DROGAS

“A partir do momento que alguém entrava na prisão se acionava um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinquente.”

(Michel Foucault)

4.1 RECENTE POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA DE RÉUS REINCIDENTES CONDENADOS NO ART. 33 DA LEI 11.343/06

Nesse item, a monografia se propõe a apresentar jurisprudências sobre o fenômeno da dupla valoração da reincidência, ou seja, quando este instituto constitui circunstância agravante (art. 61, I, CP) a ser obrigatoriamente considerada na segunda fase da dosimetria da pena; e ao mesmo tempo afasta a concessão de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, na terceira fase da dosimetria da pena. Para mais, além desses dois prejuízos, o réu também poderá ter a pena base aumentada em até 1/8, devido aos maus antecedentes, se tiver sido condenado por crime diverso ao já utilizado na dosimetria.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso propôs-se a encontrar situações em que ocorrem esses três fenômenos combinados, confirmando essa realidade na prática judicial, e, desta forma, aproximando a reflexão teórica desta monografia à realidade do Poder Judiciário. Assim, abordaremos cinco acórdãos de cinco câmaras diferentes do TJSC sobre réus reincidentes condenados no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

- **Caso 1 - Apelação Criminal nº 0001250-49.2011.8.24.0031 (TJSC) - Primeira Câmara Criminal**

Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). RECURSO DEFENSIVO

[...]

INEXISTÊNCIA DE MÚLTIPLA VALORAÇÃO PELO MESMO FATO. MIGRAÇÃO, TODAVIA, DA CONDENAÇÃO UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE PARA VALORAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL PARA O VETOR DOS MAUS ANTECEDENTES. **TERCEIRA ETAPA. PLEITEADA APLICAÇÃO DA BENESSE DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC, 2019, grifo nosso).**

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela defesa do réu. A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou o acusado à pena de 08 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 749 dias-multa, pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

No tocante à dosimetria, conforme o voto do relator (TJSC, 2019): Na primeira fase, reconhecida as circunstâncias do crime - haja vista a gravidade concreta da substância pelo acusado comercializada (crack) -, empregou-se o fracionário de 1/6 (um sexto). Ademais, a pena-base foi exasperada em 1/5 (02 condenações), em decorrência dos maus antecedentes do agente, resultando assim em 6 anos e 10 meses de reclusão.

Seguindo, em relação à segunda fase da dosimetria, militou-se em desfavor do requerente a agravante da reincidência, assim, adotando a fração de 1/6 (um sexto). Já na terceira etapa da dosimetria do delito de tráfico de drogas, não mereceu acolhimento o reconhecimento da causa de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que o réu não preenchia os requisitos necessários à concessão de tal benesse.

Com relação à decisão de primeiro grau, afastou-se a circunstância judicial relativa à conduta social e efetuou-se a migração da condenação pretérita, utilizada para a valoração desta circunstância judicial, para o vetor dos maus antecedentes.

A reprimenda definitiva foi redimensionada para 07 anos, 11 meses e 20 dias de reclusão, além de 683 dias-multa. Importante ressaltar que por meio da perícia técnica atestou-se que a substância encontrada pelos policiais correspondia a 01 porção apresentando massa bruta de 1,9 g de crack.

- **Caso 2 - Apelação Criminal nº 2014.042604-9 (TJSC) - Segunda Câmara Criminal**

Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO. [...] **CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 - INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE - RÉU REINCIDENTE.** [...]. (TJSC, 2014, grifo nosso).

Trata-se de recurso de apelação criminal deflagrado pelos dois réus. A sentença de primeiro grau condenou o primeiro réu pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena privativa de liberdade de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 666 dias-multa; bem como o segundo réu, pelo mesmo crime, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 500 dias-multa.

No tocante à dosimetria, e somente em relação ao primeiro réu, conforme o voto do relator (TJSC, 2014): na primeira fase, em análise das circunstâncias judiciais e sendo duas delas desfavoráveis (maus antecedentes e personalidade), elevou-se a pena base em 1/3, totalizando 6 anos e 8 meses de reclusão. Na segunda fase da dosimetria, presente a agravante da reincidência, a reprimenda foi majorada em 1/6, restando quantificada em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão. Na terceira fase, não mereceu acolhimento o reconhecimento da causa de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Votou-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso tão somente para absolver o primeiro réu, mantendo-se as demais cominações impostas na sentença. Assim, em relação ao segundo réu, fixou-se a pena definitiva em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 666 dias-multa, conforme definido em primeiro grau, com regime de cumprimento fechado. Em relação à quantidade de drogas apreendidas, o réu trazia consigo e guardava 7 pedras de crack, pesando 1,4 gramas, e 1 pedra de crack, pesando 2,4 gramas.

- **Caso 3 - Apelação Criminal nº 0011406-76.2018.8.24.0023 (TJSC) - Terceira Câmara Criminal**

Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT). [...] DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES. **AVENTADO BIS IN IDEM ANTE O RECONHECIMENTO CONCOMITANTE, NA SEGUNDA FASE, DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE.**

PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO POR FATOS ANTERIORES, UMA DELAS ACERTADAMENTE UTILIZADA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE ANTE OS MAUS ANTECEDENTES E OUTRA A JUSTIFICAR O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (CP, ART. 61, I). [...] **PEDIDO DE APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (CP, ART. 61, I). POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE "BIS IN IDEM" ANTE O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO (LEI 11.343/2006, ART. 33, § 4º).** [...] (TJSC, 2019, grifo nosso).

Trata-se de recurso de apelação criminal deflagrado tanto pelo Ministério Público Estadual quanto pelo réu em questão. A sentença de primeiro grau condenou o acusado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

No tocante à dosimetria, conforme o voto do relator (TJSC, 2019): na primeira fase, diante das circunstâncias judiciais apreciadas (maus antecedentes), valeu-se do parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada circunstância. **Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (CP, art. 61, I) aumentou-se a pena em 1/3** (grifo nosso). Na terceira fase, é mantida a impossibilidade da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Diante do novo cálculo, adequou-se o regime inicial de cumprimento da pena para o fechado.

Assim, opinou-se pelo conhecimento dos recursos, desprovimento do defensivo e provimento do interposto pelo Ministério Público que havia pugnado pelo reconhecimento da agravante da reincidência (CP, art. 61, I), uma vez que não fora reconhecida em primeira instância sob o argumento de que foi utilizada para afastar a concessão da causa de diminuição da pena referente ao tráfico privilegiado. Assim relata o Desembargador Ernani Guetten de Almeida:

Como visto, o Magistrado, embora tenha reconhecido a agravante da reincidência, deixou de aplicá-la, ao argumento de que foi utilizada para afastar a concessão da causa de diminuição da pena referente ao tráfico privilegiado (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º). **No entanto, o entendimento sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte é no sentido de que a reincidência pode ser reconhecida concomitantemente como agravante (CP, art. 61, I) e para afastamento da causa de diminuição da pena**

prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (TJSC, 2019, p.1, grifo nosso).

Assim, a pena ficou em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e o pagamento de 777 dias-multa, com a adequação do regime inicial de cumprimento da pena para o fechado. O réu trazia consigo, com intuito de comercializar e fornecer a terceiros, 9,9g de maconha, 2,8g de cocaína e 1,1g de crack, consoante Termo de Apreensão.

- **Caso 4 - Apelação Criminal nº 0013721-67.2013.8.24.0083 (TJSC) - Quarta Câmara Criminal**

Ementa:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). [...] **PLEITO PELA INCIDÊNCIA DA REINCIDÊNCIA NA APLICAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. NÃO CONFIGURA BIS IN IDEM APLICAR A REINCIDÊNCIA NA SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA E UTILIZÁ-LA TAMBÉM PARA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06.** RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O DO RÉU E PROVIDO O DO MINISTÉRIO PÚBLICO (TJSC, 2019, grifo nosso).

Trata-se de recurso de apelação criminal deflagrado tanto pelo Ministério Público Estadual quanto pelo réu. A sentença de primeiro grau condenou o acusado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

No tocante à dosimetria, conforme o voto do relator (TJSC, 2020): na primeira fase, o magistrado considerou como negativo os antecedentes, mantendo a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão. Na segunda fase dosimétrica, diante da reincidência, e tendo em vista que o apenado possui duas condenações com trânsito em julgado, a pena foi exasperada em 7 anos de reclusão e 699 dias-multa. Na fase derradeira, é mantida a impossibilidade da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Assim, opinou-se pelo conhecimento dos recursos, desprovimento do defensivo e provimento do interposto pelo Ministério Público, que havia pugnado pelo reconhecimento da agravante da reincidência, ao argumento de que não ocorre *bis in idem* considerá-la na segunda fase dosimétrica e também como óbice para aplicar na causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

O juiz de primeiro grau havia deixado de considerar a agravante da reincidência, uma vez que ela já havia sido utilizada para negar a benesse do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/96, configurando *bis in idem* sopesá-la novamente. No entanto, o relator assim decidiu:

No caso em comento, a reincidência pode ser perfeitamente utilizada como agravante, conforme disciplina o art. 61, inc. I, do CP e também para afastar a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, que prevê como um dos requisitos para a concessão da benesse que o agente seja primário e de bons antecedentes. Isto é, apesar de se tratar do mesmo instituto, são desdobramento legais, que diante da sua configuração, geram consequências jurídicas independentes, não resultando no *bis in idem* (TJSC, 2019).

Foi fixada a reprimenda em 7 anos de reclusão e 699 dias-multa, com a adequação do regime inicial de cumprimento da pena para o fechado. O réu possuía, trazia consigo e guardava 5,7g da droga cocaína, para fins de comércio e entrega a terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

- **Caso 05 - Apelação Criminal nº 0005981-57.2017.8.24.0038 (TJSC) - Quinta Câmara Criminal**

Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS [ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06]. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] **TERCEIRA FASE: TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06 NÃO APLICÁVEL. REQUISITOS LEGAIS CUMULATIVOS E NÃO PREENCHIDOS. RÉU REINCIDENTE.** [...]. (TJSC, 2018, grifo nosso).

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela defesa do réu. A sentença de primeiro grau condenou o acusado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

No tocante à dosimetria, conforme o voto do relator (TJSC, 2018): a pena base mantém-se acima do mínimo legal na fração de 1/6 (um sexto) em razão de pretérita condenação do réu, sendo fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão. Na segunda fase dosimétrica, diante da reincidência do réu, aplicou-se a agravante, aumentando-se a pena corporal em 6 meses. Lado outro, foi feita a compensação

em face da confissão espontânea, minorando-se a pena também em 6 meses, mantendo-a, pois, no patamar fixado na primeira fase dosimétrica. Na fase derradeira, é mantida a impossibilidade da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Conforme a relatora Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer: "Importante mencionar que não há *bis in idem* ao se utilizar a reincidência como circunstância agravante na segunda fase da dosimetria e também como critério para o afastamento da referida causa de diminuição" (TJSC, 2018).

Assim, votou-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, apenas para restituir ao réu certa quantidade em dinheiro que fora apreendida. A pena continuou em 5 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado. O réu mantinha 34,6g de cocaína em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

• **Considerações**

As jurisprudências citadas pelos desembargadores para fundamentar a utilização da reincidência como circunstância agravante na segunda fase da dosimetria e também como critério para o afastamento da referida causa de diminuição foram: STF - RHC n. 121598/SP; STJ - HC: 232.136/SP; HC 233.211/SP; HC 427.620/SP; Apelação Criminal 0011048-14.2018.8.24.0023 TJ/SC; Apelação criminal n. 0005817-69.2019.8.24.0023 TJ/SC.

Ademais, percebe-se que todos os casos estudados têm em comum:

- a) A dupla valoração da reincidência, sendo esta considerada como circunstância agravante (art. 61, inciso I, CP), na segunda fase da dosimetria; e ao mesmo tempo sendo o motivo do impedimento à aplicação do benefício do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, na terceira fase da dosimetria;
- b) A utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base do réu;
- c) Quantidades de drogas apreendidas abaixo de 35 gramas;
- d) Todos são do TJ/SC, foram julgados nos últimos 06 anos e os réus haviam sido condenados pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06;

Cabe salientar que nos casos da Terceira e da Quarta Câmara Criminal, o juiz de primeiro grau havia deixado de aplicar a agravante da reincidência, uma vez que o instituto já havia sido empregado para negar a benesse § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 na terceira fase da dosimetria, o que, segundo os juízes de direito,

configuraria *bis in idem* se o utilizasse novamente nesta etapa. No entanto, em sede de apelação, a decisão foi reformada.

Em todos os casos foi determinado que o regime inicial do cumprimento de pena seria o fechado, diante da valoração negativa das circunstâncias judiciais e da reincidência do acusado. Mesmo nos casos em que o juiz de primeiro grau indicou regime inicial semiaberto (casos da Terceira e da Quarta Câmara Criminal), a decisão fora reformada posteriormente. Afinal, a regra estabelecida pelo CP é de que o condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado (art. 33, § 2º, alínea b e § 3º, do CP). Em consonância, o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072 (Lei sobre crimes hediondos) também indica que a pena por crime de tráfico de drogas deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Assim, têm-se que:

- O réu reincidente sofrerá uma dupla valoração da reincidência na dosimetria da pena;
- Sendo reincidente, o condenado deverá iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado (art. 33, § 2º, alínea b e § 3º, do CP);
- Com o aumento da pena, o réu não será elegível para a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, I, do CP e art. 44 da Lei 11.343/06). Ainda, conforme o art. 44, o réu não terá direito à fiança, sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória.
- O tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada não é crime equiparado a hediondo. Com a não concessão do tráfico privilegiado, o crime de tráfico de drogas resta configurado como crime hediondo. Com isso, o juiz apenas poderá conceder livramento condicional cumpridos mais de dois terços da pena. Já no caso de reincidência específica, há o total impedimento do livramento condicional (art. 83, V, CP).

Ou seja, a reincidência possui o condão de elevar a pena do patamar mínimo de 1 ano e 8 meses (máximo de redução previsto pelo § 4º), com a possibilidade de tê-la convertida em uma pena restritiva de direito; para o patamar mínimo de 5 anos e 10 meses de reclusão (pena mínima do tráfico de drogas somada ao agravante da reincidência no patamar de 1/6), sem a possibilidade de tê-la convertida em uma pena restritiva de direito e sempre tendo que cumpri-la em regime inicial fechado, com o livramento condicional restando prejudicado.

Feito esse breve diagnóstico sobre a pesquisa jurisprudencial, a conclusão, portanto, é de que o fenômeno da dupla valoração da reincidência se confirma na prática judicial, e que o instituto da reincidência é capaz de causar

inúmeras outras consequências processuais ao réu. Assim, veremos a seguir os danos causados por essa prática processual.

4.2 OS DANOS CAUSADOS APÓS O ADVENTO DA LEI 11.343/06

4.2.1 Guerra às Drogas e o impacto na população carcerária nacional

Após termos examinado a realidade do Poder Judiciário em relação aos réus reincidentes condenados por tráfico de drogas, é essencial verificar como essas decisões impactam o sistema penitenciário brasileiro. A seguir analisaremos o fracasso da luta pela proibição penal das drogas, tendo como seu efeito principal a superlotação carcerária e as violações aos direitos humanos.

Para tanto, deve ser verificado, em primeiro lugar, a repercussão das condenações por tráfico na realidade das instituições carcerárias brasileiras. Conforme o levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em relatório de dezembro de 2019⁴⁵, o Brasil apresenta 755.274 presos em unidades prisionais e outras carceragens, ficando atrás apenas da China e dos Estados Unidos em relação aos países com a maior população carcerária. Especificamente no Estado de Santa Catarina, há 23.470 presos. O número oficial de vagas disponíveis nos estabelecimentos prisionais do Brasil é de somente 442.349, o que deixa o país com um déficit total de 312.925 vagas (INFOPEN, 2019).

Importante constatar que em 2006, ano em que a Lei 11.343/06 fora implementada, a população privada de liberdade era de 401.236 presos. Considerando que em 2019 o número saltou para 755.274 presos, houve um crescimento de 88,2% no decorrer de 13 anos. Tal dado é demonstrado no gráfico abaixo.

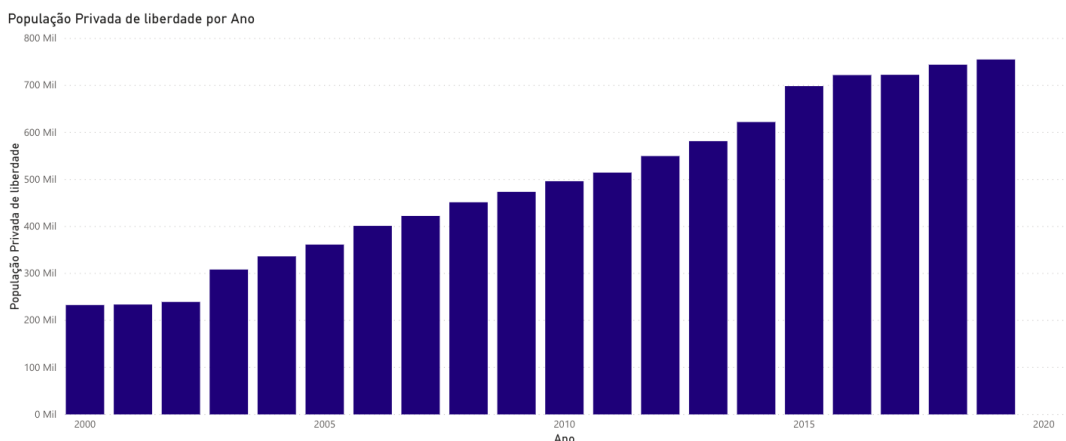
Gráfico 1 - População prisional por ano

⁴⁵ Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaZTIkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 22 abr. 2020.

População prisional por ano

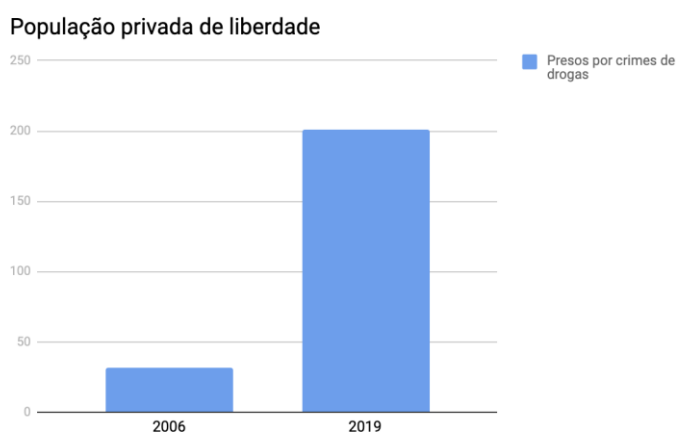
Período de julho a dezembro de 2019



Fonte: Infopen (2019)

Ademais, em se tratando da quantidade de incidências por tipo penal, a pesquisa mostra que os crimes relacionados à lei de drogas encontram-se em segundo lugar entre os mais cometidos, com 200.583 presos em 2019, 20,28% do total da população carcerária. Em 2006, quando a Lei 11.343/06 começou a valer, eram 31.520 presos por tráfico nos presídios brasileiros. Ou seja, houve um crescimento de 536,36% de presos por crimes relacionados à lei de drogas no decorrer de 13 anos. Segue demonstrado no gráfico abaixo (INFOPEN, 2019).

Gráfico 2 - População privativa de liberdade por crime de drogas



Fonte: Autor (2020)

Já em relação aos dados sobre presos reincidentes, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) celebrou um acordo de cooperação técnica com o Instituto de

Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) para que fosse realizada uma pesquisa⁴⁶ sobre reincidência criminal. O resultado da pesquisa foi que um em cada quatro condenados reincide no crime no Brasil: uma taxa de 24,4% (IPEA, 2015). Analisando apenas o Estado de Santa Catarina, conforme a Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania (SJC)⁴⁷, a taxa de reincidência sobe para 29,67% (TCE/SC, 2017). A taxa é alta, e, por sua vez (e conforme analisado), os réus reincidentes têm penas maiores, gerando um obstáculo à liberdade condicional e às sanções substitutivas, e, conseqüentemente, inflando as prisões.

Saindo da esfera dos dados e adentrando nos motivos de tamanho aumento na população carcerária por crimes relacionados às drogas, o principal deles seria o aumento da pena mínima com o surgimento da Lei 11.343/06. Conforme Oliveira e Ribeiro (2016), ainda em 2006 acreditava-se que a descaracterização do delito de posse para o consumo poderia contribuir para a diminuição da população carcerária que responde por crimes relacionados à proibição das drogas. No entanto, apesar do aparente tratamento penal mais benéfico, a atual Lei de Drogas trazia em seu bojo um grande potencial de encarceramento, uma vez que houve um aumento significativo na pena mínima para o crime de tráfico, antes de três anos, agora de cinco anos. "Estas mudanças já indicavam um possível aumento da população carcerária por crimes relacionados ao tráfico. Entretanto a realidade surpreenderia até aos mais pessimistas" (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2016, p. 10).

Como salienta Salo de Carvalho (2014), há vazios ou dobras de legalidade na atual Lei de Drogas, que acaba gerando o efeito de encarceramento massivo. "Estruturas normativas abertas, contraditórias ou complexas, que criam zonas dúbias, que são instantaneamente ocupadas pela lógica punitivista e encarceradora" (CARVALHO, 2014 p.114-115). Conforme o autor, o primeiro vazio seria a proliferação de condutas idênticas nos dois tipos penais que estruturam e edificam a política criminal de drogas.

O primeiro vazio de legalidade que procurei demonstrar foi o estabelecido pelo dispositivo que pretende criar parâmetros para identificar quais as condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo) que se destinam ao consumo pessoal (CARVALHO, p.117 2014).

Assim, como o art. 33 repete cinco verbos já tipificados no art. 28, o juiz fará uma análise de natureza essencialmente subjetiva para determinar se

⁴⁶ Disponível em:

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁴⁷ Disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/1%C2%BA_PMO_Sistema_Prisional.pdf. Acesso em: 23 abr. 2020.

determinada droga apreendida era destinada ao consumo ou ao tráfico. Referido tema e suas consequências foi analisado especificamente no capítulo I, subseção 2.2.3 desta monografia.

O segundo vazio seria que a configuração do crime de tráfico de drogas se dá até na hipótese de tais condutas serem realizadas ainda que gratuitamente, conforme o caput do artigo 33. Desta forma, o texto legal é indiferente ao fato de haver ou não lucro e comercialização. Assim, o oferecimento, mesmo que gratuito, a pessoa diversa do seu relacionamento, ou sendo do seu relacionamento não tenha o objetivo de juntos consumirem, acaba fazendo incidir, necessariamente o caput do artigo 33 (tráfico de drogas) com penas de 5 a 15 anos.

O segundo vazio de legalidade que identifiquei naquele momento foi o relativo à conduta de “entregar a consumo ou fornecer drogas ainda que gratuitamente”, prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Apesar de o § 3º do art. 33 prever pena de 6 meses a 1 ano às situações de “consumo compartilhado” – “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa do seu relacionamento, para juntos a consumirem” –, a hipótese narrada no caput introduz, como figura paritária ao tráfico (internacional e doméstico), uma conduta sem qualquer intuito de comércio. Assim, se a entrega a consumo ou se o fornecimento da droga for destinado a uma pessoa que não seja do relacionamento do autor do fato ou, mesmo sendo do seu círculo, não tiver como objetivo o consumo conjunto, haverá incidência do crime equiparado aos hediondos (CARVALHO, 2014 p118).

Tais vazios ou dobras de legalidade na atual Lei de Drogas apontados por Carvalho demonstram o alto poder criminalizador que a atual lei de drogas produziu, seu efeito imediato de grande encarceramento e sua necessidade de revisão à luz crítica do sistema de repressão às drogas. Outro vazio não mencionado pelo autor, mas que certamente infla o sistema carcerário, é a aplicação da primariedade como requisito para o réu receber o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois isso acaba resultando em um aumento da pena e conseqüente obstáculo à liberdade condicional e às sanções substitutivas, conforme vimos na primeira seção deste capítulo.

O fato é que após todos os dados demonstrados, torna-se evidente que depois de 14 anos da implementação da lei 11.343/06, observamos diversos efeitos colaterais. Luciana Boiteux, em artigo escrito ainda em 2006 sobre a então nova lei de drogas, previu o agravamento da população carcerária devido ao desproporcional aumento da pena do delito de tráfico de drogas:

Para que se avalie a desproporcionalidade da situação, basta imaginar a hipótese de dois garotos de dezoito anos negociando a compra de droga considerada ilícita: se a polícia os flagrasse no momento em que o vendedor (pobre, que precisa vender droga para sobreviver) entregasse a mercadoria para o usuário (rico, que tem dinheiro de sobra para poder comprar droga sem traficar), este iria ser encaminhado ao Juizado Especial e não poderia ser preso de jeito nenhum, enquanto que o outro estaria sujeito a uma pena mínima de cinco anos. [...] **Tal situação só irá reforçar a grave situação atual das prisões brasileiras, que certamente sofrerão o impacto desta nova legislação.** Como reflexo direto desta lei, o contingente penitenciário será diretamente afetado pelo grande número de presos que cumprem pena por este delito (BOITEUX, 2006, p. 3, grifo nosso).

Vera Malaguti Batista critica o superencarceramento nacional, relacionando-o à política criminal de drogas:

Como diz Zaffaroni, nascemos como um continente que é instituição de sequestro e na atualidade essa vocação se aprimorou. Milhões de latino-americanos apodrecem em prisões abaixo de todos os padrões de dignidade. **A intensidade dos conflitos sociais e sua leitura penal positivista produziu o maior encarceramento da nossa história, e a política criminal de drogas prestou grande contribuição neste processo.** Quanto mais prendemos e matamos pior ficamos e os meios de comunicação vão produzindo um discurso tautológico que gera adesão subjetiva à barbárie: demanda por mais pena e mais severidade penal (BATISTA, 2016, p. 11, grifo nosso).

Segundo a autora, todos os objetivos explícitos da Guerra às Drogas configuram um retumbante fracasso. "A produção, a comercialização e o consumo daquelas substâncias alcançadas pelo proibicionismo só aumentaram junto com as maiores taxas de encarceramento da história da humanidade e a violência disseminada pelas cidades e campos" (BATISTA, 2016, p. 7). Salo de Carvalho corrobora essa ideia e critica "aquelas ideologias ocultadas pelos Aparelhos de Estado que inviabilizam a otimização dos Direitos Humanos, demonstrando a diafonia existente entre o discurso oficial e a funcionabilidade do sistema de drogas fundados em legislações penais do terror" (CARVALHO, 1996, p. 13).

Conforme Boiteux e Pádua (2013), no Brasil, o grande aumento da população carcerária registrado nos últimos anos vem trazendo graves

consequências, tanto econômicas, em relação ao aumento de gastos penitenciários, como humanas, já que um maior número de pessoas é submetida a péssimas condições de vida carcerária. Os autores discorrem sobre os custos econômicos que estão sendo desperdiçados, sem razão, na aplicação da Lei de Drogas no Brasil:

Diante das condições insalubres da maioria das prisões, e o fato de que a grande maioria dos detentos são pessoas pertencentes aos extratos mais desfavorecidos da sociedade, e também a estimativa que a maioria dos presos por tráfico sejam de pequenos traficantes, sem nenhuma importância na cadeia comercial de venda das substâncias ilícitas, **tem-se que uma grande quantidade de dinheiro, que poderia estar sendo utilizada como investimentos em saúde, educação e infraestrutura, esteja sendo desperdiçada para conter pessoas que vão sair dali em piores condições do que chegaram**, conforme apontam diversos estudos sobre o sistema prisional, no Brasil e internacionalmente (BOITEUX; PÁDUA, 2013, p. 30-31, grifo nosso).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴⁸, a média nacional de custo por preso é de R\$ 2.400 **por mês**. Os custos refletem gastos com sistema de segurança, contratação de agentes penitenciários e outros funcionários, serviços como alimentação e compra de vestuário, assistência médica e jurídica, entre outros (CNJ, 2017). Enquanto isso, no mesmo ano da pesquisa sobre custos prisionais, o valor mínimo nacional por aluno dos anos iniciais do ensino fundamental urbano foi estimado em R\$ 2.875,03 **por ano**, conforme estimativa da Fundeb⁴⁹ (CNM, 2017). Cruzando esses dois dados, isso significa que o Brasil gasta aproximadamente 10x a mais com o sistema prisional do que com o sistema educacional.

4.2.2 Legitimação da violência pelo Estado

Conforme Batista, as cruzadas contra as drogas, produziram, em muitos países da América Latina, "um direito penal sem fronteiras, forjando em certas prisões federais algo que aspira a ser muito parecido com as imagens sinistras dos prisioneiros de Guantánamo" (2016, p. 7). A autora ressalta:

A guerra contra as drogas pôde assim garantir a permanência do aparato repressivo, aprofundando seu caráter autoritário e assegurando investimentos crescentes para o controle social e a segurança pública. Não foi só a infraestrutura que se manteve

⁴⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/brasil-tem-menor-gasto-de-custeio-com-presidios-da-america-latina-2/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

⁴⁹ Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/estimativa-do-fundeb-para-2017-e-publicada-no-diario-oficial>. Acesso em: 27 abr. 2020.

após o período militar: **o novo inimigo propiciou também a renovação dos argumentos exterminadores, o aumento explosivo das execuções policiais e a naturalização da tortura. Tudo é normal se o alvo é o traficante nas favelas.** Tivemos no Rio de Janeiro um projeto de ocupação militar nas áreas de pobreza em nome dessa guerra (BATISTA, 2016, p. 7, grifo nosso).

O Estado Brasileiro, tradicionalmente, não consegue melhorar as condições de suas prisões, o que já levou, inclusive, a uma denúncia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, "com relação às terríveis condições da Penitenciária conhecida como "Urso Branco", no Acre, região norte do Brasil, onde mais de 100 presos foram assassinados no interior do presídio, sob a tutela do Estado, entre os anos de 2000 e 2008" (BOITEUX; PÁDUA, 2013, p. 30). Conforme Relatório da CPI do Sistema Penitenciário, a descrição oficial das condições gerais do sistema penitenciário nacional é a seguinte:

A quase totalidade dos presos é pobre, originários da periferia, com baixa escolaridade e sem ou com pouca renda. No ato da prisão, o aparelho policial age sempre com prepotência, abuso de poder, sonegação de direitos e, não raro, com violência. A CPI ouviu muitas denúncias de flagrantes forjados – em especial no que se refere às drogas – bem como de maus-tratos praticados pelos agentes policiais (CONGRESSO NACIONAL, 2008. p. 214).

Já em relação à violência gerada nas ruas, Batista critica o agenciamento do extermínio pelo Estado, relatando as execuções relatadas pela polícia em razão da Guerra às drogas:

A sociologia entrou forte na gestão policial da vida, nas racionalizações do poder da dor e da morte. Atrás do discurso politicamente correto e do bom-mocismo acadêmico, o que vemos é a cooptação da academia para a **legitimação do aumento exponencial dos autos-de-resistência (só no Rio de Janeiro, cerca de 1.300 execuções anuais realizadas pela polícia, legitimadas pela guerra contra as drogas). Nas classificações, estatísticas e geo-referenciamento haverá sempre espaço para o extermínio dos inclassificáveis.** O Estado agencia o extermínio cotidiano e a *intelligentzia* trata de mascarar-lo. As operações letais de alta intensidade (como os dezenove mortos num só dia no morro do Alemão) não precisam mais ter sentido técnico, de resultados: o sucesso é o enfrentamento em si. (BATISTA, 2012, p. 3, grifo nosso).

Nesse sentido, Alessandro Baratta trata da violência como imanente ao Estado e ao direito moderno:

Uma contradição, um defeito congênito da modernidade. Eles indicaram o tipo e grau de relação entre violência e lei. Essa contradição consiste essencialmente no encobrimento da violência pela lei e, ao mesmo tempo, na reação mimética reprodutiva que a lei tem em relação à violência. Pense na lei criminal. No pensamento da modernidade, o direito e o Estado estavam destinados a controlar e superar a violência. **No entanto, na lei do Estado a violência permanece imanente e se reproduz** (BARATTA, 2007, pp. 9-10, grifo nosso).

Sobre a violência desse sistema, Maria Lucia Karam ressalta:

Policiais brasileiros são autorizados formal ou informalmente e mesmo estimulados a praticar a violência contra os "inimigos" personificados nos vendedores de drogas das favelas. Certamente, quem atua em uma guerra, quem deve "combater" o "inimigo", deve eliminá-lo. Como se espantar com a violência policial? Do outro lado, os ditos "inimigos" desempenham esse único papel que lhes foi reservado. Matam e morrem, envolvidos pela violência causada pela ilegalidade imposta ao mercado onde trabalham (KARAM, 2013, p. 11-12).

Vera Regina Pereira de Andrade (2005), a respeito da funcionalidade do sistema penal, afirma que este se caracteriza por uma eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação. Quer dizer: enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica, porque não são e não podem ser cumpridas, "o sistema penal cumpre, de modo latente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade" (ANDRADE, 2005, p. 6). Assim, conforme a autora:

A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça) (ANDRADE, 2005, p. 6).

Na mesma linha, Karam trata sobre a funcionalidade encobridora da real função da criação das categorias narcotraficantes:

Uma enganosa publicidade apresenta o sistema penal como um instrumento voltado para a proteção dos indivíduos, para a evitação de condutas negativas e ameaçadoras, para o fornecimento de segurança. Esse discurso encobre a realidade de que a intervenção do sistema penal é mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de que se valem os mais diversos tipos de Estado para obter disciplina ou um controle social que resultem funcionais para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global das formações sociais historicamente determinadas nas quais surgem (KARAM, 2007, p. 185).

Jackson Leal se manifesta similarmente:

Verifica-se que as drogas, como apontado desde o princípio desta seção, não são o problema, mas o álibi legitimador para uma estratégia político-jurídica de controle de um grupo específico que se faz ruidoso, perturbador da ordem burguesa vigente. **Assim, a guerra contra as drogas serve mais ao sistema do que aos próprios indivíduos.** Drogas alteradoras do estado de consciência se tornam ilegais, enquanto drogas anestesiadoras do estado de consciência são mantidas como receitas sistêmicas de controle ministradas no mundo intra e extramuros, por conta da sua função de adaptação ao paradigma moderno de sociabilidade (LEAL, 2018, p. 207, grifo nosso).

É de opinião unívoca que a "Guerra ao tráfico" autorizou os policiais brasileiros a agir de forma violenta, principalmente em relação aos vendedores de drogas das favelas. Conforme levantamento feito pelo portal G1⁵⁰, o Brasil teve 6.160 pessoas mortas por policiais no ano de 2018 – um aumento de 18% em relação ao ano anterior (G1, 2019). Diante dessa realidade, essa breve seção teve como objetivo mostrar essa triste consequência da política de drogas no Brasil - os autos de resistência, as arbitrariedades e violências cometidas pelas forças policiais, o assassinato de jovens negros, pobres e moradores de favelas.

⁵⁰ Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/19/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-cresce-em-2018-assassinatos-de-policiais-caem.ghtml>. Acesso em: 13 mai. 2020.

4.2.3 O reforço da exclusão social e a seletividade da justiça penal

A respeito da realidade social do tráfico de drogas no Brasil, Boiteux (2009) afirma que nos grandes centros urbanos, o negócio mais lucrativo é a distribuição das drogas aos consumidores, atividade que absorve grande parte dos excluídos do sistema econômico, ou seja, de trabalhadores informais à margem da atividade lícita:

Desta forma, a atividade econômica ligada ao tráfico de drogas no Brasil é fortalecida pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão, o que leva jovens e agricultores ao negócio da droga, que mesmo ilícito, ou talvez por isso, permite o aumento do lucro e dá oportunidades de vida a pessoas sem acesso ao mercado de trabalho formal, e ainda paga salários superiores ao mercado formal (BOITEUX, 2009, p. 39).

Conforme a autora, na análise da situação brasileira, a face mais perversa do desemprego se caracteriza pelo fato de que "o contingente anual de criminosos é engrossado pela massa de jovens que jamais ocuparam um vaga no mercado formal de trabalho"⁵¹, que constituem o grupo social mais vulnerável a ser utilizado pelo tráfico. A pesquisa de Boiteux (2009) identificou que o comércio de drogas ilícitas tem um papel importante como alternativa econômica para os habitantes das favelas, embora não se possa generalizar, pois a grande maioria de seus moradores não se envolve com tal atividade. Conforme Boiteux, "empresários do crime comandam o investimento, a produção, a comercialização e a lavagem de dinheiro, mas estes não estão no morro" (BOITEUX, 2009, p. 43)

Assim escreve Loic Wacquant sobre o conteúdo econômico do desvio da juventude:

Para indivíduos que são repetidamente rejeitados no mercado de trabalho ou que se negam a sujeitar-se a trabalhos de escravo sem possibilidade de ascensão social, que os privam de dignidade porque envolvem tarefas servis e pagam salários de fome, sem incluir benefícios, as atividades subterrâneas podem transformar-se facilmente num emprego de tempo integral. Para eles, o crime predatório constitui uma espécie de pequeno empresariado no qual podem empregar seus únicos ativos valiosos – a força física e um conhecimento funcional do mundo das ruas (WACQUANT, 2005, p. 67).

⁵¹ KAHN, Túlio. Cidades Blindadas: ensaios de criminologia. São Paulo: Sicurezza, 2002, p. 14.

A respeito do tráfico surgir como oportunidade de renda, se manifesta Maria Gorete Marques de Jesus:

Está cada vez mais claro que, se o tráfico surge como oportunidade de renda, que, de outra maneira, dificilmente seria conseguida, seu combate passa pela garantia dos direitos econômicos do indivíduo e pela distribuição da riqueza (JESUS, 2011, p.69).

Tal realidade foi perfeitamente transformada em números, em relatório de junho de 2017⁵² do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, onde pode-se obter acesso a informações que buscam traçar o perfil socioeconômico das pessoas privadas de liberdade no Brasil. Em relação à faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil, é possível inferir que a maior parte é composta por jovens. Entre estes, 29,9% possuem entre 18 a 24 anos, seguido de 24,1% entre 25 a 29 anos e 19,4% entre 35 a 45 anos. Somados o total de presos até 29 anos de idade totalizam 54% da população carcerária (INFOPEN, 2017)

Em relação ao dado sobre a cor ou etnia da população prisional brasileira, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional. No que concerne ao grau de escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil, é possível afirmar que 51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 14,9% com Ensino Médio Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo. O percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo é de 0,5% (INFOPEN, 2017).

A conclusão que podemos obter através dos dados revelados pela pesquisa não poderia ser mais esperada diante da realidade do sistema criminal brasileiro. O alvo é previsível: jovens, pretos ou pardos, com baixa escolaridade. Já dizia Maria Lucia Karam: "os mortos e presos nessa guerra – os "inimigos" – são os "traficantes" das favelas e aqueles que, pobres, não-brancos, marginalizados, desprovidos de poder, a eles se assemelham" (KARAM, 2013, p. 4). Conforme a autora, as consequências desse sistema são:

Violência, mortes, doenças, encarceramento massivo são o resultado dessa danosa e sanguinária política, institucionalizada nas convenções internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU) que impõem as diretrizes criminalizadoras adotadas pelas legislações internas dos mais diversos Estados nacionais em matéria de drogas. Característica marcante de tais diplomas internacionais e nacionais é a sistemática violação a princípios garantidores

⁵² Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

positivados em normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e constituições democráticas (KARAM, 2013, p. 4).

A respeito da seletividade da justiça penal, Boiteux faz uma relação entre a atuação da polícia e este fenômeno, apontando dois impasses. O primeiro seria em relação à corrupção dos policiais:

Frente à grande rentabilidade do mercado ilícito, e das dificuldades de repressão, uma parte considerável dos policiais mal pagos e menos armados do que os traficantes vai acabar se associando ao tráfico e passar a usufruir de parte dos altos lucros gerados pelo mercado ilícito. Não se trata de mera imoralidade, pois muitas vezes isso se dá por questões mesmo de sobrevivência, diante do poderio bélico, econômico e político dos traficantes. (BOITEUX, 2006, p. 43).

Já o segundo, seria em relação à atuação seletiva da polícia:

Além disso, mesmo sem se considerar a corrupção direta, **a polícia é quem filtra os casos que chegam ao conhecimento dos juízes e, conseqüentemente, aqueles que vão ser enviados às prisões.** Nem sempre fica claro para os operadores da justiça criminal, ou estes preferem ignorar, que os juízes só julgam os raros casos que chegam até a justiça, após a amostragem prévia feita pela polícia, razão pela qual o sistema penal, seletivo em todas as esferas, se torna ainda mais seletivo no caso do tráfico (BOITEUX, 2006, p. 44, grifo nosso).

Nesse sentido, conforme estudos trazidos por Poret, "geralmente, é mais fácil para os agentes da Lei capturarem os revendedores das ruas (*street dealers*), que são os varejistas, mais numerosos e fáceis de serem alcançados, do que os traficantes (atacadistas)" (PORET, 2003, p. 465–493). Boiteux afirma que ainda que a agência policial fosse eficaz e incorruptível, "não seria capaz de impedir que a indústria da droga ilícita mantivesse suas atividades em funcionamento, nem muito menos o sistema penitenciário teria condições de absorver todos os comerciantes de drogas" (BOITEUX, 2006, p. 43).

Assim, a autora conclui:

O resultado dessa equação é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma Lei extremamente punitiva e desproporcional, tem a sua atuação limitada pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao seu conhecimento, sendo este um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a superlotação das prisões com

pequenos traficantes pobres, **e para a absoluta impunidade dos grandes** (BOITEUX, 2006, p. 45, grifo nosso).

4.2.4 A não diferenciação da posição ocupada pelo agente na rede de tráfico

É nítido que a Lei de drogas e a justiça penal seleciona diretamente os pequenos e microtraficantes para cumprirem pena, bem como para sofrerem toda a intensidade da repressão do Estado. Nesta seção será demonstrado como este sistema não possui nenhuma lógica e não parece funcionar, visto que estes traficantes são perfeitamente substituíveis na rede do tráfico.

Boiteux (2009), em Relatório de Pesquisa "Tráfico de Drogas e Constituição" apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, disserta sobre a hierarquização do tráfico de drogas. Conforme a autora, o fenômeno do comércio de drogas ilícitas envolve diferentes graus de participação e importância. Assim, a estrutura do comércio de drogas ilícitas não estaria organizada de forma vertical, na qual o importador vende diretamente ao usuário, constatando-se a existência de uma "estrutura piramidal" na qual o importador vende a droga para o atacadista, que a passa para os revendedores.

Nesse sentido, na investigação teórica da pesquisa, uma das primeiras constatações a que se chegou, é que os envolvidos nos níveis hierárquicos inferiores são absolutamente descartáveis, "ou seja, os pequenos e microtraficantes, que são facilmente substituíveis em caso de morte ou prisão e em nada interferem na estrutura final da organização" (2009, p. 42). Conforme a autora:

Assim, esses seres absolutamente descartáveis, que são os pequenos e microtraficantes representam os elos mais fracos da estrutura do comércio de drogas ilícitas, e sofrem toda a intensidade da repressão, como se pode observar na análise das sentenças judiciais coletadas no Rio e em Brasília. (BOITEUX, 2009, p. 43)

A autora conclui:

No entanto, no campo jurídico, a estratégia tem sido a seguinte: os tipos penais são genéricos **e não diferenciam a posição ocupada pelo agente na rede do tráfico, sendo a escala penal altíssima e amplíssima, ausência de proporcionalidade das penas, e banalização da pena de prisão. [...] Com isso se conclui estar o campo jurídico alienado da realidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas.** Por serem as penas desproporcionais, as penitenciárias estão cheias, ao mesmo tempo em que o comércio, a produção

e a demanda por drogas aumentam seus lucros, servindo a política de drogas apenas como um meio puramente simbólico de proteção à saúde pública, mantendo, na prática, a tradição brasileira de repressão e controle social punitivo dos mais pobres e excluídos. (BOITEUX, 2009, p. 45-46, grifo nosso).

Isso faz com que mesmo que tenhamos um alto encarceramento, o consumo, a circulação e a venda de drogas não são reduzidas nem contidas. Conforme Boiteux e Pádua, apenas se “enxuga gelo”: “prendem-se muitas pessoas ao mesmo tempo em que há muitas outras disponíveis para ocupar esse espaço” (BOITEUX; PÁDUA, 2013, p.31).

Zaccone também ressalta que a “guerra às drogas” tem como alvo o setor mais inofensivo no tráfico ilícito:

Hoje, a grande maioria dos presos no tráfico de drogas é formada pelos chamados ‘aviões’, ‘esticas’, ‘mulas’, verdadeiros ‘sacoleiros’ das drogas, detidos com uma ‘carga’ de substância proibida, através da qual visam obter lucros insignificantes em relação à totalidade do negócio. Estes ‘acionistas do nada’, na expressão de Nils Christie, são presos, na sua imensa maioria, sem portar sequer um revólver (ZACCONE, 2007, p. 116-117).

Segundo Mariana Raupp, a justiça criminal teria um papel relevante nas formas alternativas de produção de riquezas:

Ao selecionar o tráfico de drogas de pequeno porte como arauto desta modalidade de crime, excluindo o tráfico de grande porte [...], a justiça penal está consagrando determinada representação social dominante a respeito deste tipo de crime. Insiste em estabelecer a relação entre pobreza e criminalidade, o que é bastante funcional como forma de legitimar a dinâmica da acumulação capitalista na periferia (RAUPP, 2009, p. 364).

4.3 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS AO ATUAL MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

Ainda em 2006, Luciana Boiteux previu as possíveis consequências sociais que se desencadeariam com a lei 11.343/06. Com a condenação de pequenos traficantes reincidentes a penas de, no mínimo, cinco anos, eles são retirados de seu convívio familiar, integrados nas facções criminosas, e submetidos à estigmatização, humilhação e violência dentro das prisões. “Ao deixarem a penitenciária, com atitudes violentas e sem opções de trabalho, tornar-se-ão ainda mais vulneráveis à

reincidência, seja no tráfico, seja nos crimes patrimoniais, como resultado do aprendizado da delinquência na cadeia" [sic] (BOITEUX, 2006, p.4).

Arguello traz alguns efeitos da chamada "Guerra às drogas":

Nesse cenário de "guerra às drogas", não há "mocinhos" e "bandidos", tampouco a sociedade sai vitoriosa quando um suposto traficante é morto ou aprisionado, ainda que os meios de comunicação de massa apresentem a questão dessa maneira maniqueísta. **A sociedade é que sai perdendo na "guerra às drogas", cujos efeitos perversos se verificam no recrudesimento da violência, da corrupção, da intolerância, do desrespeito aos direitos fundamentais, colocando em risco a democracia**, na razão diretamente proporcional à expansão do poder punitivo que se afigura no horizonte como um iceberg, do qual só enxergamos a parte não submersa (ARGUELLO, 2012, p. 186, grifo nosso).

Em conclusão, Boiteux e Pádua (2013) são firmes em relação aos custos humanos da Lei de Drogas no Brasil:

A concepção jurídica da lei representa um **desastre normativo e a sua aplicação um ainda maior desastre social. Mais do que qualquer outra lei penal, a Lei de Drogas é seletiva, estigmatizante, ambígua e autoritária**. Ela atinge especialmente pessoas já pobres e vulneráveis e aplica a estas pessoas penas mais graves do que aquelas aplicadas a estupradores, corruptos e, em alguns casos, até homicidas. Enquanto faz isso, ela destrói famílias, casas, vidas e ainda gera uma sangria injustificável nos cofres públicos, destinada a sustentar um aparato prisional que nada traz de bom para a vida dos condenados (BOITEUX; PÁDUA, 2013, p. 40, grifo nosso).

Conforme Maria Lucia Karam, o fracasso da proibição, além de ser evidente, seria facilmente previsível:

Drogas são usadas desde as origens da história da humanidade. Milhões de pessoas em todo o mundo fizeram e fazem uso delas. **A realidade tem mostrado que, por maior que seja a repressão, esse quadro não muda: sempre há e haverá quem queira usar essas substâncias**. E havendo quem queira comprar, sempre haverá pessoas querendo correr o risco de produzir e vender. Os empresários e empregados das

empresas produtoras e distribuidoras das substâncias proibidas, quando são mortos ou presos, logo são substituídos por outros igualmente desejosos de acumular capital ou necessitados de trabalho. Essa é uma lei da economia: onde houver demanda, sempre haverá oferta. As artificiais leis penais não conseguem revogar as naturais leis da economia (KARAM, 2013, p. 10, grifo nosso)

Partiremos para uma análise sobre possíveis soluções para a crise normativa das drogas. Conforme Antunes (2015), nos últimos anos é perceptível o esforço de agências, seja mediante organismos internacionais, como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) da Organização das Nações Unidas (ONU), seja por iniciativas e ações governamentais, para estimular medidas preventivas à violência e a criminalidade, reforçando intervenções e projetos sociais, em detrimento de ações meramente repressivas. "Tal iniciativa é baseada em estudos e exame de experiências bem-sucedidas de técnicas de prevenção social e situacional de crimes, utilizadas por órgãos de segurança nacionais e internacionais" (ANTUNES, 2015, p. 4).

Conforme o autor, o diagnóstico atual é que a intervenção preventiva é mais eficiente do que endurecimento legislativo, orientado pelo populismo punitivo. Como pondera Rolim (2007) em análise do caso brasileiro, confrontado com estratégias internacionais:

Considerando a experiência internacional com políticas de segurança pública e as evidências encontradas pelas ciências sociais, pode-se afirmar que as inovações mais significativas introduzidas nessa área, nas últimas três décadas, foram aquelas que tornaram possível a redução do crime e da violência a partir de abordagens preventivas. [...] Com efeito, o Brasil não pode mais sustentar a irresponsabilidade do rumo da política criminal, escolhido por suas elites, que se estrutura a partir da promessa dissuasória a ser oferecida pela pena privativa da liberdade. **O modelo de encarceramento em massa praticado contra os excluídos e marginalizados socialmente no Brasil nunca produziu os resultados prometidos por seus defensores** (ROLIM, 2007. p. 40, grifo nosso).

Segundo Juarez Cirino dos Santos, a política criminal no Brasil e em demais países periféricos se resume a uma política penal negativa, instituída pelo código e legislações especiais que se limitam a definir crimes, aplicar penas e executá-las. Quando o ideal seria que o Estado interviesse por meio de políticas públicas de "emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras

medidas” realmente capazes de mudar ou ao menos minimizar “as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade” (2014, p. 423).

Além do estímulo de medidas preventivas à violência e a criminalidade, reforçando intervenções e projetos sociais, podemos citar como solução para os problemas apresentados a adoção dos critérios quantidades-limite (QLs), para a caracterização do porte de drogas para usuários. Alguns países adotam esse sistema:

QLs podem ser utilizadas para diversos fins: para determinar se a droga em posse do suspeito se destina a uso pessoal ou tráfico; para definir se a infração deve ser retirada do sistema de justiça criminal; e para determinar as penas aplicáveis nos casos de tráfico de drogas. Evidentemente, em alguns casos os limites quantitativos podem não ser suficientes para avaliar a destinação das drogas em posse do suspeito. Por essa razão, a maioria dos países que utilizam QLs também usam outros critérios para tal definição, como provas adicionais recolhidas no momento da prisão (como o modelo da lei brasileira), mas também elementos atenuantes (por exemplo, histórico de abuso de drogas) (CARLOS, 2015 p.7).

Conforme Oliveira e Ribeiro (2016), a partir da comparação dos presos e dos critérios de quantidades limites, é possível concluir que se o Brasil adotasse o critério de QLs da Espanha 69% das pessoas presas por posse de maconha e 19% dos presos por posse de cocaína da população carcerária pesquisada no Estado de São Paulo teriam sido consideradas usuárias (e não traficantes de drogas) e não teriam sido presas.

No que diz respeito propriamente ao instituto da reincidência como óbice para aplicar a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma possível solução seria a reforma do texto legal, com a remoção dos requisitos de primariedade e bons antecedentes para a aplicação do benefício. Ou, mais preferível, a reforma do art. 33, caput, com a diminuição da pena mínima para o delito de tráfico de drogas.

Já para Luciana Boiteux, o modelo proibicionista de drogas viola princípios garantistas e se baseia na imposição de um ideal de abstinência em relação ao consumo de um produto cuja demanda é alta, e que possui um exército de pessoas prontas para distribuir, "sendo certo que a lei penal não conseguirá alterar essa realidade, como não conseguiu até hoje" (BOITEUX, 2006, p. 5). Conforme a autora, a legalização das drogas é medida que se impõe:

Por isso, se defende um modelo alternativo mais humano e racional que é o da legalização controlada, que inclui **a legalização de todo o processo, do comércio à posse de drogas, que ficaria sujeito à fiscalização pelo Estado**, da mesma maneira que hoje se adota para as drogas lícitas (álcool e tabaco) (BOITEUX, 2006, p. 6, grifo nosso).

Queiroz e Lopes seguem a mesma linha de raciocínio:

E, apesar da proibição, drogas são facilmente encontradas em todo território nacional. Parece, inclusive, que, quão mais repressora é a política antidroga, mais forte e violento se torna o tráfico, mesmo porque, enquanto houver procura (de droga lícita ou ilícita), haverá oferta, inevitavelmente. **No fundo, o problema fundamental não reside, propriamente, na produção e no consumo de drogas legais ou ilegais**, presentes na história da humanidade desde sempre, mas na irracionalidade do discurso de guerra às drogas e na violência arbitrária que resulta da atual política proibicionista, um autêntico genocídio em marcha. Proibir de modo absoluto o comércio de drogas é, por conseguinte, o modo mais trágico e desastroso de administrar o problema (QUEIROZ; LOPES, 2016, p. 13, grifo nosso).

Como assinala Maria Lúcia Karam, não são as drogas que geram criminalidade e violência, nem são os consumidores os responsáveis pela violência dos 'traficantes': "Consumidores são responsáveis apenas pela existência do mercado, como o são os consumidores de quaisquer produtos. Responsável pela violência é, sim, o Estado, que cria ilegalidade e, conseqüentemente, gera criminalidade e violência" (KARAM, 2009, p. 41). No mesmo sentido, dissertam Queiroz e Lopes:

Naturalmente que proibir, sobretudo proibir incondicionalmente, não é controlar; proibir significa apenas remeter as atividades proibidas para a clandestinidade, onde não existe controle (oficial) algum, de modo que, a pretexto de reprimir a produção e o comércio de droga, a lei penal acaba por fomentar o próprio tráfico e novas formas de violência e criminalidade, transferindo o monopólio da droga para o chamado mercado negro (QUEIROZ; LOPES, 2016, p. 12).

Karam defende que a proibição de drogas ilícitas viola o princípio da isonomia e o princípio da exigência de ofensividade da conduta proibida. O princípio da isonomia estaria violado uma vez que há um tratamento diferenciado a condutas

essencialmente iguais, quando se tornam ilícitas algumas drogas e mantêm-se outras na legalidade:

Certamente, não há qualquer peculiaridade ou qualquer diferença relevante entre as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas e as demais drogas que permanecem lícitas. Todas são substâncias que provocam alterações no psiquismo, podendo gerar dependência e causar doenças físicas e mentais. Todas são potencialmente perigosas e viciantes. Todas são drogas (KARAM, 2013, p. 05).

Já sobre o princípio da exigência de ofensividade da conduta proibida, Karam defende que a proibição de drogas é um crime sem vítimas; e, nesse sentido, em uma democracia, o Estado não pode tolher a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los. "Enquanto não atinja concreta, direta e imediatamente um direito alheio, o indivíduo é e deve ser livre para pensar, dizer e fazer o que bem quiser" (KARAM, 2013, p. 7). Nesse sentido:

Em uma democracia, o Estado não está autorizado a intervir em condutas que não envolvem um risco concreto, direto e imediato para terceiros, não estando assim autorizado a criminalizar a posse para uso pessoal de drogas ilícitas, que, equivalente a um mero perigo de autolesão, não afeta qualquer bem jurídico individualizável. Também não está o Estado autorizado a intervir quando o responsável pela conduta age de acordo com a vontade do titular do bem jurídico, não estando assim autorizado a criminalizar a venda ou qualquer outra forma de fornecimento de drogas ilícitas para um adulto que quer adquiri-las, conduta que, tendo o consentimento do suposto ofendido, tampouco tem potencialidade para afetar concretamente qualquer bem jurídico individualizável (KARAM, 2013, p. 7).

De acordo com a doutrina, o bem jurídico protegido nos crimes de tráfico de droga e afins é a saúde pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas prejudicaria a saúde dos usuários. Conforme Queiroz e Lopes essa tese é infundada, uma vez que se a preocupação com a saúde pública fosse a questão política fundamental no particular, "o mais adequado não seria a criminalização da produção, do comércio e do consumo de droga, mas a sua legalização pura e simples". Assim seria o caso, portanto, "de tratar a droga não como problema de polícia, mas como um problema – gravíssimo, sem dúvida – de saúde pública" (QUEIROZ; LOPES, 2016, p. 16). Assim, a criminalização do tráfico de droga não protege a saúde pública adequadamente, sendo um pretexto para legitimar uma

política criminal fortemente paternalista, irracional e absolutamente desastrosa. O autor discorre:

A tese é infundada, porém. Primeiro, porque a proibição indiscriminada acaba por inviabilizar a realização de um controle oficial mínimo sobre a qualidade da droga inevitavelmente produzida e consumida, inclusive porque os órgãos públicos pouco ou nada podem fazer a esse respeito, em razão da clandestinidade; segundo, porque os consumidores não têm, em geral, um mínimo de informação sobre os efeitos nocivos das substâncias psicoativas; terceiro, porque o sistema de saúde (hospitais, médicos, etc.) não está minimamente aparelhado para atender aos usuários e dependentes; quarto, porque o próprio usuário é ainda tratado como delinquente, e, pois, como alguém que, mais do que tratamento, precisa de castigo (QUEIROZ; LOPES, 2016, p. 15).

No mesmo sentido, Karam afirma que o raciocínio da proibição acaba não protegendo justamente a saúde, uma vez que, conforme Karam: "No mercado ilegal não há controle de qualidade dos produtos comercializados, o que aumenta as possibilidades de adulteração, de impureza e desconhecimento do potencial tóxico das drogas proibidas" (KARAM, 2013, p. 13). Assim:

Com a irracional decisão de enfrentar um problema de saúde com o sistema penal, o Estado agrava esse próprio problema de saúde. Com a proibição, o Estado acaba por entregar o próspero mercado das drogas tornadas ilícitas a agentes econômicos que, atuando na clandestinidade, não estão sujeitos a qualquer limitação reguladora de suas atividades. A ilegalidade significa exatamente a falta de qualquer controle sobre o supostamente indesejado mercado. São esses criminalizados agentes – os ditos “traficantes”, ou os “inimigos” da “guerra às drogas” – que decidem quais as drogas que serão fornecidas, qual seu potencial tóxico, com que substâncias serão misturadas, qual será seu preço, a quem serão vendidas e onde serão vendidas (KARAM, 2013, p. 12).

De acordo com Karam (2013), o fim da insana e sanguinária “guerra às drogas” e a substituição da proibição por um sistema de legalização e consequente regulação da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas são passos primordiais para conter a expansão do poder punitivo; para afastar leis violadoras de direitos fundamentais; para eliminar a violência e a corrupção provocadas pela proibição; e para efetivamente proteger a saúde.

Assim, se fizéssemos um retrospectivo da política de drogas, os resultados seriam mortes, prisões superlotadas, vidas destruídas e nenhuma redução na disponibilidade das substâncias proibidas. Deste modo, nesta seção foram estudadas possíveis alternativas a esse atual modelo de política criminal de drogas, sendo elas:

- a) Estímulo de medidas preventivas à violência e a criminalidade, reforçando intervenções e projetos sociais;
- b) Maior adesão a políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde, entre outros, para minimizar a desigualdade social;
- c) Adoção dos critérios quantidades-limite (QLs), para a caracterização do porte de drogas para usuários;
- d) Reforma do texto legal do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com a remoção dos requisitos de primariedade e bons antecedentes para a aplicação do benefício;
- e) Reforma do art. 33, caput, com a diminuição da pena mínima para o delito de tráfico de drogas.
- f) Legalização da produção, comércio e consumo de todas as drogas.

5 CONCLUSÃO

A partir das perguntas formuladas na introdução desta monografia, e após o estudo minucioso do tema proposto, as principais conclusões alcançadas foram:

- A lei de drogas tentou fazer a distinção do que seja usuário e do que seja traficante, mas por não oferecer parâmetros objetivos para isso, fica a cargo da autoridade policial, promotor, ou magistrado esta caracterização, que muitas vezes é embasada de forma seletiva e em dogmas sociais, tais como o poder aquisitivo, etnia, raça, entre outros. Assim, ampla discricionariedade se abre as autoridades responsáveis pela aferição da conduta sob análise. Diante disto, é inevitável que as classes menos favorecidas da sociedade sejam alvos principais do sistema punitivo estatal. A falta de parâmetros quantitativos concretos, além de gerar danos ao agente do delito injustamente acusado, acarreta em consequências para a sociedade, como a constituição de insegurança jurídica e a banalização do exercício policial.
- A miserabilidade econômica e social de um indivíduo não pode se tornar causa para imputação de penalidade, bem como não pode servir de argumento para concebê-lo como criminoso, sob pena de estar-se a violar a própria política de prevenção trazida pela vigente Lei de Drogas que traz uma

proteção acrescida aos vulneráveis, em seu art. 18, ao estabelecer como atividade de prevenção do uso indevido de drogas aquelas que estejam direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco, com a finalidade da promoção e fortalecimento dos fatores de proteção.

- O presente Trabalho de Conclusão de Curso teve como objeto de estudo um dos benefícios que o réu reincidente deixa de receber: a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Por consequência do requisito da primariedade, o que acaba ocorrendo nas decisões judiciais é uma dupla valoração da reincidência. Dessa maneira, foi verificado que o mesmo instituto jurídico (reincidência) pode conferir até três prejuízos ao réu na dosimetria da pena: 1. a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base do réu, na primeira fase da dosimetria; 2. a utilização da reincidência como circunstância agravante (art. 61, inciso I, CP), na segunda fase da dosimetria; 3. o impedimento à aplicação do benefício do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, na terceira fase da dosimetria.
- Conforme visto, o entendimento de incluir na dosimetria da pena o fato de o julgador "deixar de aplicar" não é a visão jurisprudencial atual do TJSC. No entanto, considerando uma interpretação teleológica e sistemática à luz do Sisnad (arts. 3º e 4º da Lei 11.343/06) e do próprio objetivo do art. 33, § 4º (diminuir a pena para o traficante ocasional), conclui-se que seria justo possibilitar a aplicação da causa de diminuição mesmo aos réus reincidentes. Uma vez que o réu não tenha maior envolvimento com organizações criminosas, este deveria ser considerado ocasional e adquirir o benefício.
- Não parece justo que um único instituto (reincidência) possua o condão de elevar a pena do patamar mínimo de 1 ano e 8 meses (máximo de redução previsto pelo § 4º), com a possibilidade de tê-la convertida em uma pena restritiva de direito; para o patamar mínimo de 5 anos e 10 meses de reclusão (pena mínima do tráfico de drogas somada ao agravante da reincidência no patamar de um sexto), sem a possibilidade de tê-la convertida em uma pena restritiva de direito e sempre tendo que cumpri-la em regime inicial fechado, com o livramento condicional restando prejudicado.
- Uma possível solução seria a reforma do texto legal, com a remoção dos requisitos de primariedade e bons antecedentes para a aplicação do benefício. Ou, mais preferível, a reforma do art. 33, caput, com a diminuição da pena mínima para o delito de tráfico de drogas.
- O Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE nº 453.000/RS, declarou de forma unânime a constitucionalidade da reincidência. No entanto, a simples aplicação do instituto se revela incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, com a teoria garantista. Além

do que, foi demonstrado sua total ineficácia, visto que um em cada quatro condenados comete novo crime no Brasil.

- Em relação aos danos causados após o advento da lei 11.343/06, o primeiro seria o impacto na população carcerária nacional. Foi demonstrado que houve um crescimento de 536,36% de presos por crimes relacionados à lei de drogas no decorrer de 13 anos (desde que a Lei 11.343/06 começou a vigorar), ficando evidenciado que a taxa de criminalidade somente subiu com a incorporação da Lei. Ademais, foi revelado que 29,67% dos presos reincidem no crime em Santa Catarina. Considerando que muitos desses foram condenados pelo crime de tráfico, conclui-se que a reincidência contribui para a superlotação dos presídios. Isto porque, se os réus não fossem considerados reincidentes, teriam o benefício do § 4º e poderiam ter suas penas convertidas em restritivas de direitos. Ainda em relação às prisões, outro dado chocante apresentado durante a pesquisa foi que o Brasil gasta aproximadamente 10x a mais com o sistema prisional do que com o sistema educacional.
- Os outros danos causados após o advento da lei 11.343/06 seriam: 1. a legitimação da violência pelo Estado, ou seja, o fato de que os policiais brasileiros são estimulados a praticar a violência contra os “inimigos” personificados nos vendedores de drogas das favelas; 2. o reforço da exclusão social, isto é, o alvo da guerra às drogas é previsível: jovens, pretos ou pardos, com baixa escolaridade; 3. a seletividade da justiça penal, uma vez que a polícia é quem filtra os casos que chegam ao conhecimento dos juízes e, conseqüentemente, aqueles que vão ser enviados às prisões; 4. a não diferenciação da posição ocupada pelo agente na rede de tráfico, ou seja, o fato de que traficantes são substituíveis na rede do tráfico. Prendem-se muitas pessoas ao mesmo tempo em que há muitas outras disponíveis para ocupar esse espaço. Assim, mesmo que tenhamos um alto encarceramento, o consumo, a circulação e a venda de drogas não são reduzidas nem contidas. Este sistema não possui nenhuma lógica e não parece funcionar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. **O instituto da reincidência numa análise pelo garantismo**. IBCCrim, 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, jan. 2005. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 13 abr. 2020.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ANTUNES, Fernando Luís Coelho. **Criminologia crítica e direitos humanos: a sociedade civil e a construção de uma Política Criminal Minimalista**. Artigo apresentado no I Congresso de Criminologia(s): crítica(s), minimalismo(s) e abolicionismo(s). João Pessoa, outubro de 2015. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/congresso-de-criminologia/assets/2015/49.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

ARGUELLO, Katie. **O fenômeno das drogas como um problema de política criminal**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 56, dec. 2012. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/33496>. Acesso em: 19 abr. 2020.

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo, 2007: Ed. Método.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de. **Visões da Sociedade Punitiva: elementos para uma sociologia do controle penal**. In: Gauer, Ruth Maria Chittó. Sistema Penal e Violência. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Principios de derecho penal: parte general**. 5. ed. Madrid: Akal, 1998.

BARATTA, Alessandro. **La niñez cómo arqueología del futuro**. Em: UNICEF. Justicia y derechos del niño no 9. Santiago, Unicef, 2007.

BARROS, André. **Delegacia racista**. [S.l.]. 2017. Disponível em: <https://www.smokebuddies.com.br/delegacia-racista/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BARROS, André; PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas**. Revista Periferia, v. 3, n. 2, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/viewFile/3953/2742>. Acesso em: 09. nov. 2019.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 20. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 1997. p. 85

BATISTA, Vera Malaguti. **Adesão Subjetiva à Barbárie**. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Disponível em: http://www.cress-es.org.br/site/images/artigo_vera_malaguti_descentralizado_2012.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. **A questão criminal no Brasil contemporâneo.** 2016. Disponível em: https://issuu.com/amilcarpacker/docs/caderno_oip_vera_malaguti. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. **Difíceis Ganhos Fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITTENCOURT, 1986. **Do discurso jurídico à ordem médica:** os descaminhos do uso de drogas no 1986 Brasil. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

BOITEUX, Luciana. **A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes.** In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 14. n. 167, outubro 2006.

BOITEUX, Luciana et al. **Tráfico de drogas e Constituição.** Relatório de pesquisa. Brasília, Ministério da Justiça - série "Pensando o Direito", 2009. Disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf. Acesso em: 21 maio. 2020.

BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João. **A desproporcionalidade da lei de drogas:** os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil. Academia.edu, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em https://www.academia.edu/5205333/A_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e_econ%C3%B4micos_da_atual_pol%C3%ADtica_do_Brasil_2013_. Acesso em: 23 maio. 2019.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação.** 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 maio. 2020.

_____. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 23 maio. 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Tomos 2º e 3º. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Revista Doutrina, 2007. [S.I.]. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm. Acesso em 25 mar. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991 apud ESPÍNDOLA, Ruy

Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2.ed. São Paulo: Editora RT, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, v. 4: Legislação Penal Especial**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Estela. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. Conteúdo Digital. (1 recurso online). ISBN 9788547209285. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547209285>. Acesso em: 23 mar. 2020.

CARLOS, Juliana de Oliveira. **Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil**. Reino Unido: Consórcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC), 2015. Disponível em: https://dl.dropboxusercontent.com/u/64663568/library/IDPC-briefing-paper_Drug-policy-in-Brazil-2015_PORTUGUESE.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

CARNEIRO, Henrique. **Transformações do significado da palavra “droga”**. In: VENÂNCIO, Renato Pinto.

CARRAZZONI JR. José. **Aspectos da Reincidência sob a perspectiva do garantismo**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 114, 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/518/aspectos-reincidencia-sob-perspectiva-garantismo>. Acesso em: 18 mar. 2020

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial as razões da descriminalização)**. Florianópolis, 1996, 365 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430>. Acesso em: 20 maio. 2020.

_____. **Anti Manual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. **Nas Trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de**

Sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas. In: *Atendendo na Guerra (Criminologia De Cordel 3) - Dilemas médicos e jurídicos sobre o "crack"*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____. **Reincidência e Antecedentes Criminais:** Abordagem Crítica desde o marco garantista. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999, volume 76.

CARVALHO, Jonatas. **Uma história política da criminalização das drogas no Brasil.** Neip Info, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em disponível em: https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho_histria_poltica_criminalizao_drogas_brasil.pdf. Acesso em: 23 maio. 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral.** 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

CNJ. **BID diz que Brasil tem menor gasto com presídios da América Latina.** 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/brasil-tem-menor-gasto-de-custeio-com-presidios-da-america-latina-2/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CNM. **Estimativa do Fundeb para 2017 é publicada no Diário Oficial.** 2017. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/estimativa-do-fundeb-para-2017-e-publicada-no-diario-oficial>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CONGRESSO NACIONAL. **Relatório da CPI do Sistema Penitenciário.** Brasília, 2008.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Raphael Prado Meira; MARCELINO Heitor Felipe Ramineli. **Estudo sobre as obscuridades presentes nos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas a luz da Lei 11.343/06.** 2017. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6297/5998>. Acesso em: 06. nov. 2019.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Código penal comentado.** São Paulo: Saraiva, 2016. Conteúdo Digital. (1 recurso online). ISBN 9788502634633. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502634633>. Acesso em: 23 mar. 2020.

FALCONI, Romeu. **Lineamento de direito penal**. 3 ed. rev. ampl. E atual. São Paulo: Ícone, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. **Teoría del garantismo penal**. 4.ed. Trotta: Madrid, 2001.

_____. Direito e Razão: **teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. **Sobre a não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988. Breves anotações**. In Direito Penal na Atualidade: Escritos em Homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **O intérprete e o poder de dar vida à constituição**: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 2001.

FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes. **Drogas**: comentários à Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. 143 p. ISBN 8574536105.

GARCIA, Luiz M. **Reincidencia y punibilidad**: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena. Buenos Aires: Astrea, 1985.

GOMES, Luiz, et al. **LEI de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3 ed. rev. ampli e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 383 p. ISBN 9788520333518

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2010, p.545.

G1. **Número de pessoas mortas pela polícia no Brasil cresce 18% em 2018; assassinatos de policiais caem**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/19/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-cresce-em-2018-assassinatos-de-policiais-caem.ghtml>. Acesso em: 13 maio 2020.

HC 357934/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 21.06.2016

HÖRNLE, Tatjana. **Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en alemania.** Buenos Aires: Di Placido, 2003.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão.** Niterói: Sindicato Nacional dos Editores de Livros, 1993.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** Painel Interativo dezembro/2019. Disponível em:
<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTIkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MmWiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 27 abr. 2020.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

IPEA. **Relatório de Pesquisa: Reincidência Criminal no Brasil.** Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:
http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590. Acesso em: 27 abr. 2020.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal.** Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal, v. I. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

_____. **Estudios de derecho penal.** Traducción para el castellano: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzales y Manoel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general.** Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Maria Gorete Marques de (org.). **Prisão Provisória e Lei de Drogas:** Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudo da Violência da USP, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** Niterói, RJ. Editora: Luam, 1993.

_____. **Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais.** Verve, no 12, 2007.

_____. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo.** Veredas do Direito. Belo Horizonte, v. 3. n. 5, jan/jun 2005.

_____. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais.** 2013. Disponível em:

https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

_____. **Proibições, riscos, danos e enganados:** as drogas tornadas ilícitas. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

LEAL, F. X., & GARCIA, M. L. T. (2008). **Drogas e legislação:** reflexões sobre a política de enfrentamento ao uso indevido de drogas no Brasil. In Prevenção ao uso indevido de drogas (pp. 73-80). Curitiba, PR: Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Diretoria de Políticas e Programas Educacionais. Coordenação de Desafios Educacionais Contemporâneos.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas:** aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

LEAL, Jackson S. **Guerra às drogas e criminalização da juventude:** da ilegalidade do entorpecimento, à funcionalidade do anestesiamiento. Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social, v. 11.

LIMA, B. R. **Encarceramento e tráfico de drogas:** Uma análise da política criminal nos tribunais. 2012. Disponível em:
https://www.academia.edu/4273921/ENCARCERAMENTO_E_TRAFICO_DE_DROGAS_UMA_ANALISE_DA_POLITICA_CRIMINAL_NOS_TRIBUNAIS. Acesso em: 06. nov 2019.

LINS, Emmanuela Vilar. A **nova Lei de Drogas e o usuário:** a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. 2009. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>. Acesso em: 06. nov 2019.

LOPES, Fábio J. **A Lei de Drogas e a dupla valoração da reincidência.** Canal Ciências Criminais. [S.I.]. 2018. Disponível em:
<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/615481395/a-lei-de-drogas-e-a-dupla-valoracao-da-reincidencia>. Acesso em: 17 mar. 2020.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal.** São Paulo: RT, 2000.

LUIZI, Luiz. **A legislação penal brasileira sobre entorpecentes:** nota histórica. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v.3, n.2. 1990.

Luiz Flávio Gomes. **Reincidência como agravante da pena: STF ignora jurisprudência da corte interamericana.** JusBrasil. [S.I.]. 2013. Disponível em:

<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931572/reincidencia-como-agravante-da-pena-stf-ignora-jurisprudencia-da-corte-interamericana>. Acesso em: 17 mar. 2020.

MACHADO, Ana; MIRANDA; Paulo. **Fragmentos da história da atenção à saúde para usuários de álcool e outras drogas no Brasil: da Justiça à Saúde Pública**. Scielo, Belo Horizonte, 2007, v.14, n.3. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v14n3/06.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2019.

MACHADO, Letícia; BOARINI, Maria. **Políticas Sobre Drogas no Brasil: a Estratégia de Redução de Danos**. Scielo, Maringá, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v33n3/v33n3a06.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2019.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos dos presos: lei de execução penal, Lei no 7.210/84**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARCÃO, Renato. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012. Conteúdo Digital. (1 recurso online). ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4559-6>. Acesso em: 7 nov. 2019.

MUZZI, Veridiane Santos. **Teorias Antigarantistas - Aspectos do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo**. Revista Jurídica LEX. São Paulo: LEX, v.76, jul./ago. 2015. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_TEORIAS_ANTIGARANTISTAS_ASPECTO_S_DO_DIREITO_PENAL_DO_AUTOR_E_DO_DIREITO_PENAL_DO_INIMIGO.aspx. Acesso em: 25 mar. 2019.

NASSIF, Aramis. **Reincidência: necessidade de um novo paradigma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. **A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS, v. 16, n. 31, Jan./Jun. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Lucas Lopes.; RIBEIRO, Luziana Ramalho. **A criminalização das drogas como motor do (super) encarceramento nacional: Um olhar a partir dos direitos humanos**. IX Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB. Brasil, out.

2016. Disponível em:

<http://www.ufpb.br/evento/index.php/ixsidh/ixsidh/rt/metadata/4261/0>. Acesso em: 14 abr. 2020.

PASCOAL, Jessica. **O sistema garantista de Luigi Ferrajoli e o instituto da reincidência**. 2012. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/258629170_O_sistema_garantista_de_Luigi_Ferrajoli_e_o_instituto_da_reincidencia. Acesso em: 24 mar. 2020.

PEIXOTO, Marcos A. R. **Há motivos para reincidir na reincidência?** Empório do Direito. [S.I.]. 2015. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/há-motivos-para-reincidir-na-reincidencia>. Acesso em: 18 mar. 2010.

PIACESKI, Mario. **A reincidência e sua afronta ao sistema garantista e aos princípios constitucionais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33148/a-reincidencia-e-sua-afronta-ao-sistema-garantista-e-aos-principios-constitucionais>. Acesso em: 21 mar 2020.

PIERANGELI, José Henrique. **Desafios dogmáticos da culpabilidade**. Revista dos Tribunais, n. 761, mar. 1999.

PORET, Sylvaine. **Paradoxical effects of law enforcement policies: the case of the illicit drug market**. International Review of Law and Economics. n. 22, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal da Casa Civil. **Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**. Disponível em: http://wpro.rio.rj.gov.br/arquivovirtual/web/fontes/exibirObjDigital.php?id_objetoDigital=22169. Acesso em: 23 maio. 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de drogas: comentários penais e processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Conteúdo Digital. (1 recurso online). ISBN 9788597000801. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597000801>. Acesso em: 7 nov. 2019.

RAUPP, Mariana. **O (in)visível tráfico de drogas. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: RT, n. 80, 2009.

REGHELIN, Elisângela Melo. **Redução de danos:** prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

ROCHA, Carlos Odon Lopes da. **A não recepção do instituto da reincidência pela Constituição Federal de 1988.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1490, 31 jul. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10212>. Acesso em: 17 mar. 2020.

ROLIM, Marcos. **Caminhos para a inovação em segurança pública no Brasil.** Revista do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Ano 1, edição 1. 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes.** Curitiba, 2004, 443 p. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais). Universidade Federal do Paraná.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Drogas:** histórico no Brasil e nas convenções internacionais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1955>. Acesso em: 23 maio 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada.** 2. ed. -- São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA FRANCO, Alberto, e outros. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.** v. 1 - parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

STF. **HC: 108523 MS**, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 14/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-053 DIVULG 13-03-2012 PUBLIC 14-03-2012.

_____. **HC: 80263 SP**, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 20/02/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00030 EMENT VOL-02116-03 PP-00515.

STJ. AgRg no **HC: 468578 MG** 2018/0234615-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 19/02/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2019.

_____. **HC: 391985 SP** 2017/0055044-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 27/06/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017.

STJ. **Súmula nº 444**. In: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Brasília, 13/05/2010.

STJ. **Súmula nº 241**. In: A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Brasília, 15.09.2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri - Símbolos & Rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

TCE/SC. **1º Monitoramento da Auditoria Operacional que avaliou o sistema prisional do Estado de Santa Catarina**. DAE - 11/2017. Disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/1%C2%BA_PMO_Sistema_Prisional.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. 398 p. ISBN 9788576990956.

TJPR. **AC n. 1184600-3** - 3a C.Criminal - Curitiba - Rel.: Marques Cury - Unânime - J. 05.06.2014.

TJRJ. **Ação Penal n. 0000623-76.2011.8.19.0001** - Procedimento Ordinário - Roubo (Art. 157 - Cp) C/C Circunstâncias Agravantes (Arts. 61 a 64 - Cp): Distribuído em 04/01/2011.

TJRS. **Apelação Crime n. 699291050**, 5a Câmara Criminal, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 11.09.99

_____. **Apelação Crime, n. 70014843163**, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em: 14-06-2006

_____. **Acórdão em apelação criminal n. 7000097659**. Relator Desembargador Sylvio Baptista, Porto Alegre, 15 de Junho de 2000.

_____. **Acórdão em apelação criminal n. 70004496725**. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, DJ, 29 de março de 1993.

TJSC. **Apelação Criminal n. 0001250-49.2011.8.24.0031**, de Indaial, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 12-12-2019.

_____. **Apelação Criminal n. 2014.042604-9**, de Camboriú, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 05-08-2014.

_____. **Apelação Criminal n. 2014.042604-9**. Relator: Getúlio Corrêa.

_____. **Apelação Criminal n. 0011406-76.2018.8.24.0023**, da Capital, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 17-12-2019.

_____. **Apelação Criminal n. 0010970-20.2018.8.24.0023**, da Capital, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 17-10-2019.

_____. **Apelação Criminal n. 0005981-57.2017.8.24.0038**, de Joinville, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 01-02-2018.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**. Rio de Janeiro, Revan, 2005.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Universidades de Buenos Aires (Argentina) e Autónoma do Estado de Hidalgo (México).

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **La legislación "antidroga" latino-americana: sus componentes de derecho penal autoritário**. In: Fascículos de Ciências Penais. Edição especial. Drogas: abordagem interdisciplinar. v. 3, n.2, abr./mai./jun. 1990.

_____. **Reincidência: um Conceito do Direito Penal Autoritário**, in Livro de Estudos Jurídicos n.º 6, Rio de Janeiro: IEJ, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio, et al. **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.