



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

DAVI MATOS ARAÚJO

**O TRATAMENTO JURÍDICO DAS “MULAS” DO
TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS NA
PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

FORTALEZA
2011

DAVI MATOS ARAÚJO

**O TRATAMENTO JURÍDICO DAS “MULAS” DO
TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS NA
PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Universidade Federal do Ceará (UFC),
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Bruno Cunha Weyne.

**FORTALEZA
2011**

DAVI MATOS ARAÚJO

**O TRATAMENTO JURÍDICO DAS “MULAS” DO
TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS NA
PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Bruno Cunha Weyne (Orientador).
Universidade Federal do Ceará.

Mestrando Eric de Moraes e Dantas
Universidade Federal do Ceará.

Mestranda Janaína Sena Taleires
Universidade Federal do Ceará.

AGRADECIMENTOS

Ao longo dos cinco anos deste curso de graduação, tive a felicidade de conviver com pessoas que contribuíram com meu crescimento intelectual e humano; pessoas importantes que me permitiram fazer parte das suas vidas e me ajudaram a ser um indivíduo melhor. Portanto, agradeço...

A Deus, pela possibilidade que me foi por Ele concedida em existir.

A toda minha família, em especial aos meus pais e irmãos, que – apesar da distância – sempre estiveram presentes me incentivando e acreditando em mim, quando eu mesmo duvidava de minha capacidade. Obrigado pelo incentivo, atenção e amor.

Ao Professor Bruno Cunha Weyne, pelas orientações e constantes disponibilidade e paciência; aos Mestrandos Eric de Moraes e Dantas e Janaína Sena Taleires, por aceitarem, com prontidão, participar da banca examinadora deste trabalho.

A todos os meus amigos que viveram comigo esta jornada acadêmica e tornaram-na ainda mais prazerosa, contribuindo com experiência, companheirismo e muitos sorrisos, em especial: Camila Leal (Camis), Matheus Melo (Chico), João Netto, Cynthia Couto, Denis Damasceno, Suyanne Pedrosa, Janaína Sena, Lino Queiroz, Luis Felipe e Caio César.

Aos colegas de trabalho e amigos da Assessoria Jurídica Regional do Banco do Brasil no Ceará pelo precioso enriquecimento intelectual adquirido durante o meu período de estágio nesta instituição e pelo engrandecimento como ser humano experimentado no convívio com todos que compõem esta assessoria.

Aos amigos que neste último ano de faculdade felizmente ingressaram na minha vida e já conquistaram um lugar especial nela: Thaís Hyppolito, Clarissa Gondim, Adriana Queiroz, Diva Tavares, Carolina Campos, Karine Ivo, Malba Nogueira, Thaís Chang, Erita Barros, Thiago Veras, Flávio Sampaio e Valmir Ramos.

À Universidade Federal do Ceará (UFC), por todo o aprendizado e formação acadêmica.

Por fim, a todos os colegas de curso, funcionários e demais colaboradores que, direta ou indiretamente, participaram da minha formação acadêmica e humana.

Os que atravessam os mares mudam seu
firmamento, não sua alma. (Horácio)

RESUMO

O presente trabalho possui por escopo fazer uma análise do tratamento jurídico das “mulas” do tráfico internacional de drogas sob uma perspectiva dos princípios constitucionais. Inicialmente, realiza-se um breve estudo da legislação brasileira relacionada ao combate ao tráfico de drogas. Em seguida, apresenta-se o tema crime organizado e as dificuldades inerentes ao seu combate, fazendo uma ligação ao contexto das “mulas” do tráfico internacional de drogas. Na terceira parte do trabalho, examina-se o núcleo dos fundamentos deste estudo, por meio dos princípios da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena e da proporcionalidade. No último capítulo, apresentam-se o procedimento especial previsto na Lei nº 11.343/2006 e entendimento jurisprudencial que corrobora com a argumentação defendida.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Direitos humanos fundamentais. Tráfico de drogas.

ABSTRACT

This work has the purpose to make an analysis of the legal treatment of "mules" of the international drug trade from the perspective of constitutional principles. Initially, there will be a brief study of Brazilian legislation related to combating drug trafficking. Then, it presents the topic organized crime and the difficulties inherent in combat, making a connection to the context of "mules" of international drug trafficking. In the third part, it examines the core fundamentals of this study, using the principles of human dignity, the individualization of punishment and proportionality. In the last chapter, we present the special procedure laid down in Law n°. 11.343/2006 and understanding of jurisprudence which agrees with the reasoning.

Keywords: Constitutional principles. Fundamental human rights. Drug Trafficking.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I – A LEGISLAÇÃO NACIONAL ANTIDROGAS.....	11
1.1 Disposições preliminares: a legislação nacional de combate ao tráfico ilícito de drogas.....	11
1.2 A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.....	13
1.2.1 Dos crimes e das penas.....	16
1.2.2 Das causas de aumento e diminuição das penas.....	19
1.2.3 Cálculo da pena.....	20
CAPÍTULO II – O CRIME ORGANIZADO E AS “MULAS” DO TRÁFICO INTERNACIONAL.....	22
2.1 O crime organizado.....	22
2.2 Contextualização: as “mulas” do tráfico internacional de drogas.....	27
CAPÍTULO III - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS NO CONTEXTO DAS “MULAS” DO TRÁFICO DE DROGAS.....	30
3.1 Questão teórico-terminológica: direitos fundamentais e direitos humanos.....	30
3.2 As dimensões dos direitos fundamentais do homem.....	32
3.3 Os princípios constitucionais como expressões dos direitos fundamentais do homem.....	37
3.4 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	40
3.5 O princípio da individualização da pena.....	44
3.6 O princípio da proporcionalidade.....	47
CAPÍTULO IV - A CONVERSÃO DA PENA NA LEI Nº 11.343/2006 E O ENTENDIMENTO DO STF NO HC 97.256/RS.....	51
4.1 Procedimento especial da Lei nº 11.343/2006 – Lei Antidrogas.....	51
4.2 A conversão da pena na Lei nº 11.343/2006 – Lei Antidrogas.....	54
4.3 O entendimento emblemático do Supremo Tribunal Federal no HC 97.256/RS.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

INTRODUÇÃO

Variadas matérias veiculadas pela mídia brasileira dão notícias de recorrentes apreensões de drogas ilícitas carregadas em bagagens ou atreladas ao próprio corpo de transportadores ao intentarem entrar no território nacional.

Em significativa maioria, a imagem desses “veículos” do tráfico internacional – também denominados de “mulas” – segue o mesmo estereótipo: pessoas do sexo feminino, estrangeiras, afrodescendentes, originárias de países pobres, nos quais vivem em condições miseráveis; pessoas que foram aliciadas por fortes organizações criminosas internacionais sob promessa de dinheiro “fácil” ou ameaças a familiares.

As “mulas” apanhadas – haja vista que muitas conseguem escapar, devido ao precário sistema de fiscalização brasileiro – serão processadas e julgadas em território nacional com base no ordenamento jurídico pátrio e, em específico, nos termos da Lei nº 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad.

Embora nosso país seja um Estado Democrático de Direito com arcabouço jurídico-legal, tendo como um de seus sustentáculos a defesa da dignidade intrínseca ao ser humano, o que se observa no processamento e julgamento dessas “mulas” do tráfico é uma análise dissociada do contexto em que estão inseridas.

Explicando melhor: observa-se que as “mulas” do tráfico internacional são demandadas no Judiciário pátrio – de modo geral – como integrantes imprescindíveis às organizações criminosas, equivalentes a traficantes internacionais, em decorrência de uma perspectiva estritamente legalista, em detrimento dos direitos humanos e fundamentais.

É neste diapasão que o presente trabalho possui por escopo apresentar e analisar – mesmo que não de forma exaustiva – o intrincado contexto do tráfico internacional de entorpecentes, a participação das “mulas” nele e a possibilidade de conversão de penas restritivas de liberdade em penas restritivas de direito quando do processamento e julgamento dessas “vítimas” das organizações criminosas internacionais, como meio efetivo de realização da justiça material e de observância dos direitos fundamentais e humanos nestes casos.

Para tanto, será apresentada no primeiro capítulo deste trabalho um breve histórico da legislação brasileira acerca do combate ao tráfico até culminar com a vigente Lei

nº 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas e inaugurou uma nova fase no aparelhamento estatal com fins de repressão às drogas.

A temática do crime organizado – diretamente relacionada ao tráfico internacional de drogas – será explorada no segundo capítulo, bem como as dificuldades inerentes ao seu combate e os pontos iminentes a sua caracterização, fazendo uma ligação com o plano de fundo de contextualização das “mulas” do tráfico internacional.

Alcançando o cerne da linha de argumentação que irá fundamentar o núcleo da temática abordada, o terceiro capítulo examina os princípios da dignidade da pessoa humana, o da individualização da pena e o da proporcionalidade, como diretrizes básicas para a efetivação dos direitos fundamentais do homem no sentido da possibilidade de conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos e realização da justiça material no contexto de processamento e julgamento das “mulas” do tráfico sob a égide da Lei nº 11.343/2006.

O último capítulo apresentará o procedimento penal especial pertinente aos crimes relacionados às drogas previsto pela Lei nº 11.343/2006, abordará o instituto de conversão da pena no nosso ordenamento jurídico, apresentando entendimento dos órgãos de cúpula do judiciário pátrio que foram favoráveis a sua aplicação e culminará no exame do emblemático HC 97.256/RS do Supremo Tribunal Federal, que apresentou entendimento consoante à linha de argumentação esposada neste trabalho.

CAPÍTULO I – A LEGISLAÇÃO NACIONAL ANTIDROGAS

1.1 Disposições preliminares: a legislação nacional de combate ao tráfico ilícito de drogas

O ordenamento jurídico brasileiro já contou com a previsão legal da proibição do tráfico de drogas no próprio conteúdo do Código Penal – Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 – mais especificamente em seu revogado art. 281, o qual disciplinava a referida matéria de forma bastante abrangente e que, haja vista sua relevância histórica, ora se transcreve na íntegra:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

O supracitado dispositivo legal fora modificado, consecutivamente, pela Lei nº 4.451, de novembro de 1964 e pelo Decreto-lei nº 385, de 26 de novembro de 1968; este último substituído pela Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971.

Após a edição dos elencados textos normativos, surge a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 que revogou em definitivo o art.281 do Código Penal de 1940 e passou a regulamentar as medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes.

A partir de 2002, instalou-se um período de verdadeira confusão legislativa no ordenamento jurídico nacional com a vigência concomitante de dois regimes legais versando acerca da temática do combate ao tráfico de drogas: o da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 e aquele da Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

Tal quadro resultou dos vetos da Presidência da República à parte dos dispositivos do Projeto de Lei nº 1.873, de 1991 – nº 105/96 no Senado Federal – que havia sido elaborado pelo Congresso Nacional no intuito de lançar novas bases ao combate do tráfico ilícito de drogas no sistema jurídico nacional. Entre os itens extirpados, encontrava-se todo o conteúdo do Capítulo III do Projeto, o que representava a integridade das “novas” disposições acerca dos crimes e das penas referentes ao tráfico de drogas. As justificativas do veto da Presidência da República ao Presidente do Senado Federal, neste ponto específico, foram no sentido de que havia inconstitucionalidade no art. 21, que contaminaria a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão¹.

Além disso, os Capítulos I e II (arts. 2º a 13) da Lei nº 10.409/02 e os arts. 46 a 55 do mesmo diploma legal revogaram os dispositivos similares constantes na Lei nº 6.368/76; o mesmo aconteceu com relação ao Capítulo V (arts. 37 a 45), pois este revogou parcialmente a parte processual da lei de 1976.

Entretanto o ponto crítico deste quebra-cabeça legal instalou-se quanto ao procedimento penal a ser adotado contra os delitos atinentes às drogas. Neste aspecto, sobrevieram entendimentos divergentes dos operadores e estudiosos do direito acerca da vigência e eficácia das normas, opiniões abordadas com singular poder de síntese por Damásio de Jesus nos seguintes termos:

1ª) Embora em vigor, os arts. 27 a 34 não possuíam eficácia. O art. 27 determinava: “O procedimento relativo aos processos *por crimes definidos nesta Lei* rege-se pelo disposto neste Capítulo...” (destaque nosso). Ocorre que a Lei n. 10.409/02 não definia crimes [...]. Logo, os dispositivos do mencionado capítulo ficaram sem objeto. Consequência, de acordo com essa orientação: na parte inquisitória do procedimento penal por crimes concernentes a tráfico de tóxicos subsistiam as disposições da Lei n. 6.368/76 (flagrante, investigação, perícia etc).

[...]

2ª) Os arts. 27 a 34 da Lei de 2002 revogaram parcialmente as disposições da Lei n. 6.368/76, que disciplinavam a parte inquisitiva do procedimento referente aos

¹As razões de todos os vetos da Presidência da República foram apresentadas ao Presidente do Senado Federal por meio da Mensagem n.º 25, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.

delitos de tráfico de drogas (*era a nossa posição*). Subsistiam as disposições anteriores que tratavam de institutos não disciplinados na lei nova².

Neste conturbado contexto legislativo, o Senado Federal elaborou o Projeto de Lei nº 115, de 2002 – nº 7.134/02 na Câmara dos Deputados -, no intuito de afastar do ordenamento jurídico pátrio quaisquer instabilidades concernentes à temática do combate ao tráfico de drogas advindas da existência de dois diplomas legais regulamentando, simultaneamente, a mesma matéria.

O Projeto de Lei nº 115/2002 do Senado Federal foi sancionado pela Presidência da República originando a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a qual – de acordo com seu art. 75 – revogou expressamente as Leis nº 6.368/78 e nº 10.490/02, elidindo o tumulto legal antecedente³.

1.2 A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

Este novo diploma legal expurgou do sistema jurídico pátrio a confusão legislativa apresentada anteriormente e inaugurou um novo período da política nacional antidrogas com a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD.

Em apresentação da Lei nº 11.343/06 na cartilha elaborada pela Câmara dos Deputados, publicada em 2008, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia, pronuncia-se nesse mesmo sentido:

Essa norma é, seguramente, o início efetivo de uma nova agenda para a redução da demanda de drogas no Brasil, pois inclui perspectiva inovadora, ao reconhecer a imprescindibilidade da prevenção do uso de drogas, por meio da educação e do

²JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16-17.

³As razões dos poucos vetos da Presidência da República foram apresentadas ao Presidente do Senado por meio da Mensagem nº 724, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-724-06.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.

tratamento dos usuários e dependentes, além de representar um refinamento no que concerne à repressão, com aumento de penas e tipificação de novos crimes⁴.

A legislação antidrogas vigente trouxe inovações em relação aos normativos antecessores e certa estabilidade à temática; entretanto – e, muitas vezes, exatamente por conta dessas mudanças – este texto legal sofre críticas dos estudiosos do direito quanto a sua parca objetividade e, até mesmo, quanto a algumas orientações paradoxais:

Pode-se dizer que a Lei aumentou penas para os crimes equiparados ao tráfico, mas diminui as consequências penais aos usuários de drogas. Nada disso, por si só, tem o condão de solucionar a violência em torno das drogas. Contudo, existem incoerências graves, como por exemplo quando legislador tentou regulamentar a inimputabilidade no campo das drogas, o que trouxe grande injustiça conforme se verá.

De uma maneira geral a Lei foi mais afinada com uma política contemporânea de trato com as pessoas que lidam com drogas. Mas o quanto a tal política internacional é boa para a nossa realidade latino-americana?⁵

É essa atualizada política de combate às drogas a qual se refere o autor do excerto acima que é apresentada pela nova Lei antidrogas em seus 26 capítulos iniciais, com a instituição do SISNAD, apresentação de suas finalidades, princípios diretivos e objetivos a serem perseguidos.

Nessa legislação houve a adoção da terminologia “*drogas*”, em vez da palavra “*entorpecente*” – utilizada pela Lei nº 6.368/76 – e esse mesmo estabeleceu o que seria neste termo delimitado legalmente por meio de seu parágrafo único contido no primeiro artigo:

“[...] 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.”

A fim de direcionar as políticas governamentais, esta Lei estabeleceu linhas gerais de atuação e finalidades a serem alcançadas pelo SISNAD no combate às drogas, quais sejam

⁴ CÂMARA DO DEPUTADOS, Coordenação de Publicações. Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad: Lei n. 11.243, de 23 de agosto de 2006, e legislação correlata. Documento Digital. Disponível em: < <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/781>>. Acesso em: 10 abr. 2001.

⁵BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas: lei 11.343/2006**. Lumen Juris, 2007, p. 2.

a prevenção ao uso indevido de drogas, a reinserção do usuário de drogas à sociedade e a repressão ao tráfico de drogas.

Dentre essas linhas de atuação, cabe observar que a prevenção estabelecida em Lei é quanto ao uso “indevido” de drogas. Tal ressalva legal foi realizada no sentido de que a Lei nº 11.343/06 concedeu algumas autorizações quanto à utilização de drogas para fins de pesquisa científica e com fim estritamente ritualístico-religioso, do qual a exemplo tem-se a bebida utilizada pelo Santo Daime⁶. Esta ressalva realizada pela legislação brasileira com fulcro em nuances religiosas dá-se em consonância com a Convenção de Viena de 1971, vigente no Brasil.

Todas essas diretrizes devem ser galgadas sobre os trilhos dos princípios inscritos no art. 4º da Lei, que serão efetivados por meio: da observância aos direitos fundamentais da pessoa humana; do respeito às diversidades; da valorização às nuances culturais; da realização de consensos a fim de obter informações para o combate às drogas; da corresponsabilidade entre Estado e administrados; da observância de relação entre os fatores envolvidos na temática; da integração entre as nações sopesando suas realidades e culturas; da articulação entre os diversos setores do Poder Estatal; da multidisciplinariedade das ações; do equilíbrio entre as linhas de atuação; da atenção às orientações do Conselho Nacional Antidrogas – CONAD.

Ao instituir o SISNAD, a Lei lhe incumbiu alguns objetivos na mesma linha das finalidades já enunciadas e que são primordiais para o alcance de uma efetiva luta contra as drogas aduzindo que, em sua atuação, o sistema deve: prezar pela inclusão social do cidadão de modo a torná-lo menos vulnerável; socializar o conhecimento acerca das drogas; promover a integração entre as políticas governamentais no combate às drogas; garantir meios de efetivar as políticas do próprio SISNAD.

O complexo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas é composto pelo Conselho Nacional Antidrogas – CONAD, pela Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD, pelos entes públicos do Poder executivo em todas as esferas da federação que estejam envolvidos nas políticas antidrogas, bem como por todos os entes da sociedade civil envolvidos na causa, de acordo com o conteúdo do art. 2º do Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006, que regulamenta a Lei nº 11.343/06.

⁶ O CONAD, por meio da Resolução nº 4, de 4 de novembro de 2004, permitiu o emprego para fins religiosos do *ayahuasca* – bebida usada no Santo Daime.

Entretanto, para se alcançar com eficiência o combate às drogas, devem-se possuir dados que possibilitem o adequado direcionamento das políticas públicas, o que sempre se mostrou difícil tarefa a ser cumprida por questões inerentes à temática, pois as circunstâncias envolvidas no contexto social das drogas revestem-se em uma “penumbra” quase intransponível por conta da ilicitude inerente a quase totalidade das condutas relacionadas a elas, o que acarreta a intimidação ao fornecimento das informações por parte dos envolvidos, com receio de sofrerem punições.

Objetivando amenizar tais dificuldades, a nova Lei Antidrogas impôs uma obrigação legal às instituições da área de Saúde e Assistência Social de comunicar ao sistema municipal de saúde todos os atendimentos que envolvam usuários ou dependentes de drogas; deste modo, o SISNAD angaria dados reais para o planejamento e efetivação das políticas públicas de combate às drogas, podendo direcioná-las de forma mais efetiva.

Os dados coletados não apenas servirão para o direcionamento das atividades de prevenção ao uso indevido de drogas e reinserção social dos usuários, mas também para planejar os programas de repressão aos delitos ligados às drogas, como o tráfico ilícito.

1.2.1 Dos crimes e das penas

Do art. 27 ao o art. 39, a Lei nº 11.343/2006 capitula-se as condutas delituosas ligadas à temática das drogas, dentre as quais apenas serão abordadas aquelas consideradas importantes para a construção da ideia a ser desenvolvida neste trabalho.

O referido diploma legal inicia a atividade legislativa de modo atípico ao que comumente se espera da leitura dos normativos nacionais, haja vista que antes de tipificar qualquer conduta delituosa, apresenta as sanções penais que lhes serão cabíveis, ou seja, dispõe acerca da aplicabilidade da pena antes de apresentar o crime em si. Apenas a fim de facilitar a exposição do tema, far-se-á o comentário do delito antes da consecutiva pena.

A posse de drogas para consumo pessoal fora a primeira conduta criminalizada pelo novo normativo, entretanto a doutrina se divide em correntes quanto a “real” natureza da infração. Neste atinente, Damásio de Jesus assim apresenta as divergências doutrinárias:

1ª) Trata-se de infração *sui generis* (não pertence ao Direito Penal, mas ao “Direito Judicial Sancionador”). O fato de a Lei não ter punido a conduta com pena privativa de liberdade retirou-lhe por completo o caráter penal. O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (DL n. 3.914/41, art.1º) define crime como a *infração penal* punida com reclusão ou detenção (acompanhada ou não de multa) e contravenção penal, aquela apenada com prisão simples (cumulada ou não com multa) ou, ainda, apenada somente com multa; essas penas não são cominadas no preceito secundário do art. 28 da Lei. O dispositivo, ademais, não se refere às sanções nele contidas como “penas”, com como “medidas” (inciso II, § 1º, §6º e art. 29) das quais algumas não possuem qualquer caráter aflitivo, apenas educativo [...]. 2ª) O art. 28 contém uma infração penal *sui generis*. Houve “descriminalização formal” (o fato deixou de ser rotulado como “crime”) e despenalização (não se admite a aplicação de pena privativa de liberdade). Não pode ser considerado, entretanto, “crime” ou “contravenção penal”, tendo em vista que o art. 1º da LICP (DL n. 3.914/41) estabelece que crime é o fato apenado com reclusão ou detenção e, contravenção, aquele punido com prisão simples ou multa. Não há que se falar, contudo, em *abolitio criminis*, portanto a conduta ainda pertence ao Direito Penal. 3ª) Cuida-se de crime (*nossa posição*), do formal, definição contida no art. 1º da LICP encontra-se defasada. Desse modo, não cabe falar em ilícito *sui generis* invocando o vetusto dispositivo legal. Afirmar que as leis penais do século XXI devem amoldar-se ao conceito da Lei de Introdução ao Código Penal significa conferir a ela caráter normativo superior, algo do qual ela é desprovida. De observar-se que a Constituição Federal declara que “a lei regulará a individualização da pena (criminal) e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” [art. 5º, XLVI – parêntese nosso]⁷.

Dentre as divergências doutrinárias apresentadas, resta cristalina a consideração da Carta Constitucional apenas pela última corrente, a qual é a que melhor se coaduna com a promoção de uma aplicação sistemática do direito no sistema jurídico pátrio, uma vez que – mesmo diante da constância no nosso arcabouço legal de dispositivos legais com conteúdos ultrapassados – pauta-se pelos princípios constitucionais, em detrimento de uma perspectiva restritamente legalista.

Analisando o dispositivo pertinente ao crime de posse de drogas para consumo pessoal, observa-se um caráter teleológico no sentido de atribuir a tal conduta sanções de caráter não punitivo, isto é, educativas e com o intento claro de reinserção social do usuário ou dependente de drogas, como: advertência sobre os efeitos nocivos da droga, a prestação de serviços à comunidade, a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, admoestação verbal e multa.

Assevere-se ainda que essas sanções previstas pelo art. 28 podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa – de acordo com o previsto pelo art.27 – assim como podem ser

⁷ JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53-54.

substituídas, embora não sejam permitidas nestes casos a conversão em sanção restritiva de liberdade, mantendo-se apenas no âmbito das penas restritivas de direito.

Ainda no mesmo dispositivo legal, há a previsão da criminalização de conduta diversa daquela de posse de drogas para consumo pessoal, mas sobre a qual incorrerão as mesmas sanções. É o crime de cultivo para consumo pessoal de plantas destinadas à preparação de droga, previsto pelo parágrafo primeiro do art. 28.

Importante lembrar que o cultivo de plantas destinadas à preparação de droga não será conduta criminalizada quando estiver vinculada intrinsecamente a fins medicinais e científicos, bem como com fins religiosos e ritualísticos, haja vista a já referida Resolução nº 4, de 4 de novembro de 2004, do CONAD.

Outro tipo penal relevante a ser abordado neste trabalho é o tráfico ilícito de drogas, constante no Capítulo II do Título IV da Lei nº 11.343/06. Entretanto, antes de adentrar-se nos comentários a este crime vale registrar as considerações doutrinárias quanto à delimitação do bem jurídico tutelado nos crimes de tráfico de drogas e posse para consumo pessoal:

[...]. Parece que a finalidade da norma é, principalmente, o risco que as drogas acarretam das mais variadas formas: a) aquisição do vício em decorrência do mal uso ou de erro induzido por terceiro que age de má-fé; b) desconhecimento parcial ou total do usuário dos efeitos gerados pelas drogas como consequências que variam do dano à saúde até a morte; c) utilização da droga para a prática de homicídio doloso por envenenamento; d) prática de lesões e homicídios culposos; e) agravamento de quadros psicóticos; e) acesso de crianças ou pessoas portadoras de necessidades especiais às drogas etc. Nesse sentido, o bem jurídico que é o motivo da Lei é a **saúde pública** e esse bem jurídico é a finalidade da norma tanto nos tipos de tráfico de drogas ou similares quanto nos tipos de posse de drogas para consumo pessoal ou similares⁸.

Os dispositivos concernentes ao crime de tráfico de drogas estão contidos no Capítulo II do Título IV da Lei, mas nem todas as condutas tipificadas neste interm e com esta alcunha deverão ser equiparadas aos delitos hediondos, não se podendo aplicar nestes casos a Lei nº 8.072/1990. Como exemplo, pode-se citar o auxílio ao uso indevido de droga do art. 33, § 2º ou a cessão gratuita de droga do §3º.

⁸BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas: lei 11.343/2006**. Lumen Juris, 2007, p. 84.

As sanções para os crimes tipificados no art. 33, *caput* e §1º são de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

A conduta delituosa de associação para o tráfico – que também será tipificação importante nesta monografia – está inculpada no art. 35 da Lei e prevê pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Neste tipo penal, o bem jurídico a ser tutelado é a paz pública.

1.2.2 Das causas de aumento e diminuição das penas

A Lei nº 11.343/2006 previu aumento das penas – de um sexto a dois terços – para as condutas mais graves, ou seja, aquelas que se sofreriam uma maior reprovação social na temática dos delitos atinentes às drogas tipificados pelos arts. 33 a 37.

O art. 40 do referido diploma dispõe como primeira das majorantes a transnacionalidade do tráfico de drogas – tópico de grande importância neste trabalho -, o que significa que a conduta delituosa do tráfico se desenrolou por mais de um país ou envolve organização criminosa atuante em mais de um país. Para melhor esclarecimento recorre-se ao seguinte exceto:

“Crime transnacional é aquele cometido em mais de um país, ou que é cometido em um só país, mas parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenham lugar em outro país, ou que é cometido em um só país, mas envolva a participação de grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um país, ou ainda, aquele praticado em um só país, mas que produza efeitos substanciais em outro país (definição constante da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, art. 3º, n. 2)”⁹

Ainda quanto à transnacionalidade, a Lei instituiu critérios para se aferir esta majorante: a natureza da droga; a procedência do produto e as circunstâncias da ocorrência.

⁹MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Atlas, 2007, p.133.

Outra majorante está relacionada ao fato de a pessoa que perpetrar a conduta delituosa prevista nesta Lei, fazê-la beneficiando-se de um *status* de confiança depositado pela sociedade. O dispositivo registra claramente os agentes públicos, pessoas ligadas à atividade de educação ou vigilância e indivíduos detentores do poder familiar ou guarda. Como, por exemplo, um agente público ou um professor que, se utilizando de suas funções, comercializam drogas ilícitas.

A majorante seguinte faz referência a uma infinidade de locais onde, caso ocorram os crimes tipificados por este diploma legal, deve ser aplicada a majorante. Genericamente, são locais públicos, de muita visibilidade, por onde circulam muitas pessoas ou de finalidade específica, como hospitais, entidades estudantis, etc.

A violência, física ou psíquica, perpetrada conjuntamente aos crimes tipificados nos artigos acima referidos enseja a aplicabilidade, bem como o tráfico interestadual, o envolvimento de menores ou de pessoas com déficit de compreensão e o financiamento desses crimes.

A Lei nº 11.343/2006, art. 41, também vislumbrou a possibilidade de redução da pena com a figura da delação, mas esta deve alcançar alguns objetivos como a identificação dos agentes e a recuperação do produto do crime pelo menos em parte.

1.2.3 Cálculo da pena

O cálculo da pena no Direito Penal brasileiro segue um sistema com três fases. O Código Penal nacional, em seus art. 59, dispõe acerca da primeira fase a ser efetivada considerando-se as circunstâncias judiciais que envolvem a conduta delituosa, como os antecedentes, a conduta social, a culpabilidade, a personalidade do agente, etc.

A segunda fase está inscrita nos arts. 65 e 66 do Código Penal – atenuantes – e nos arts. 61 e 62 do Código Penal – agravantes. Na terceira fase de capitulação da pena, adentra-se o cerne da Lei nº 11.343/2006 – em específico nos arts. 40 e 41 – para se aferir as causas de aumento e de diminuição da pena, respectivamente.

Entretanto, cabe ressaltar que o diploma legal antidrogas estabeleceu claramente uma preponderância a ser aplicada nos crimes sob sua alçada, quando ainda da realização da primeira fase, senão veja-se:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Ou seja, o dispositivo acima estabeleceu que a personalidade e a conduta social do agente da conduta delituosa devem ter caráter preponderante quando da análise das circunstâncias judiciais para estabelecimento da pena, o que, embora seja tarefa de difícil efetivação para o representante do Poder Jurisdicional, entende-se ser a maneira de se realizar a verdadeira justiça material.

CAPÍTULO II - O CRIME ORGANIZADO E AS “MULAS” DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS

2.1 O crime organizado

Um ponto imprescindível a se abordar na temática das “mulas” do tráfico internacional de drogas é o crime organizado. Entretanto, quaisquer considerações realizadas acerca deste assunto - e das organizações criminosas que o constituem – representam uma intrincada tarefa para os seus estudiosos, uma vez que o seu conhecimento muitas vezes se dá por meio de fontes intrinsecamente envolvidas na “atividade” pesquisada, eivando-as de certa tendenciosidade, pouca confiabilidade e, não raramente, de extrema dificuldade ao acesso às informações.

Inobstante a dificuldade no estudo do crime organizado, este é matéria veiculada pela mídia – jornais, revistas, *internet* etc. – de forma reiterada e embora muitas dessas informações, em verdade, não componham um substrato efetivo para a produção de conhecimento acerca do tema – pois muitos dos dados ofertados por estes meios jornalísticos são elaborados e apresentados procurando impactar o público alvo com a informação, sem a preocupação com a pureza de suas fontes – pode-se extrair, munindo-se de uma perspectiva crítica acerca destas informações, bons dados de estudo. Ainda que a figura do crime organizado seja de ciência geral, este se mostra como problemática complexa a ser estudada e combatida.

Apesar da grande notoriedade dada ao crime organizado e da acentuada extensão dos seus efeitos, o sistema jurídico nacional enfrentou um período de limbo acerca da delimitação semântica dessa prática delituosa, o que representava outro aspecto a obstar as políticas de combate. Entretanto, inexistiam dúvidas quanto à sua efetiva existência e à sua deletéria contribuição para os problemas presentes nas sociedades atingidas pelos seus efeitos.

Neste contexto, os estudiosos da temática debruçavam-se sobre as nuances do crime organizado, as inúmeras condutas delituosas que podem ser elencadas dentro desta alcunha, procurando estabelecer suas características comuns, intersecções que pudessem perfazer um conceito e – daí em diante – facilitar não apenas a proliferação das pesquisas, mas também fomentar um eficiente combate.

A escassa teoria confiável existente acerca do crime organizado foi alcançada a partir da observação – muitas vezes por parte dos integrantes dos aparelhos de repressão governamentais ou de pessoas ligadas a serviços auxiliares nesta atividade – sobre o funcionamento de organizações criminosas ao redor do mundo, como as famosas Máfias de New York, a Siciliana, a Japonesa – a Yakusa –, as várias existentes na Colômbia, as Tríades Chinesas etc.

Dentre as características elencadas pela doutrina como comuns a essas emaranhadas organizações criminosas têm-se: a perpetração de atividades ilícitas e clandestinas; a hierarquia entre seus membros; o provisionamento de lucros; a divisão do trabalho; o uso da violência; a simbiose com a máquina pública; as mercadorias e os serviços ilícitos prestados; o planejamento empresarial; o uso da intimidação; o clientelismo; a lei do silêncio; o monopólio pela violência; o controle territorial; e as formas de origem.

A mesma doutrina que elencou as características acima enunciadas alcançou a seguinte definição, ao concatenar as ideias acerca do crime organizado tradicional:

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território¹⁰.

Luiz Flávio Gomes, ao propor a elaboração de uma lei específica para o combate do crime organizado em obra acerca desta temática, levantou e aclarou as nuances constituintes desta conduta delituosa:

a) Previsão de acumulação de riqueza indevida: não é necessário que a riqueza seja efetivamente reunida, basta a previsão do seu acúmulo, o intuito do lucro ilícito ou indevido;

b) Hierarquia estrutural: a organização consiste sempre em uma ordem hierarquizada, em um poder disposto de modo vertical, dentro do qual ocorre um estreitamento cada vez maior, até se chegar ao comando central (forma piramidal). É comum, nessas organizações, que os agentes das mais baixas posições desconheçam

¹⁰ MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 82.

quem são os superiores de seu chefe imediato, o que torna mais difícil a identificação dos líderes;

c) Planejamento de tipo empresarial: a organização deve ter a forma de recrutamento e pagamento de pessoal, programação de fluxo de caixa e estrutura contábil bem parecida com a de uma empresa legal. Aparentemente, funciona como uma empresa lícita e possui quase todas as características desta, dificultando a investigação;

d) Uso de meios tecnológicos sofisticados: as organizações possuem meios de telecomunicação, comunicação por satélites, gravadores capazes de captar sons a longa distância e uma série de outros recursos avançados que nem mesmo o Estado detém;

e) Divisão funcional de atividades: há uma especialização de atividades, nos moldes de organizações paramilitares. Os integrantes são recrutados, treinados e incumbidos de funções específicas, como se fossem soldados;

f) Conexão estrutural com o Poder Público: agentes do Poder Público passam a fazer parte da organização ou por ela são corrompidos, tornando-se complacentes com suas atividades. É comum tais organizações contribuam maciçamente em campanhas eleitorais, criando fortes vínculos de mútua dependência com líderes governamentais. Cria-se, assim, uma barreira na qual o Estado não consegue penetrar;

g) A ampla oferta de prestações sociais: trata-se do chamado fenômeno do clientelismo. A negligência do Estado e das elites proporciona o surgimento de uma imensa camada de miseráveis, vivendo abaixo da condição de pobreza. Pessoas sem esperança e sem perspectivas que, por assim serem, nada têm a perder e tudo a ganhar. Aproveitando-se dessa situação de miséria humana, as organizações criminosas passam a atuar como prestadores de serviços sociais, em substituição ao Estado ausente. Surge um “Estado” dentro do Estado, o que permite a essas organizações obter legitimação popular e camuflar-se no meio da imensa multidão sem rosto;

h) Divisão territorial das atividades ilícitas: as organizações passam a atuar em territórios delimitados, que são as suas áreas de influência. Essa divisão, às vezes, ocorre pelo confronto; às vezes, pelo acordo;

i) Alto poder de intimidação: as organizações conseguem intimidar até mesmo os poderes constituídos. Infundem medo e silêncio em toda a sociedade e, com isso, garantem a certeza da impunidade;

j) Real capacidade para a fraude difusa: aptidão para lesar o patrimônio público ou coletivo por meios fraudulentos, dificilmente perceptíveis (prática de crime do colarinho branco ou criminalidade dourada);

l) Conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações: em geral, as organizações estão interligadas, constituindo um poder invisível, quase indestrutível.¹¹

Muitas das organizações criminosas, além de apresentarem os supracitados atributos, compartilham entre seus integrantes valores morais como honra e lealdade, o que – pelo menos para o senso comum – seriam conceitos pouco prováveis entre “criminosos” e

¹¹ GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92-98.

ainda conservam protocolos de iniciação que muito se assemelham a rituais com evocações religiosas.

Entretanto, essas últimas nuances apresentadas sobre o crime organizado são características mais ligadas ao modelo apresentado pela doutrina como o tradicional, aquele presente dentro das máfias já citadas. Além dessas, e compartilhando a maior parte das propriedades concernentes às demais organizações criminosas, estão as que se constituíram sob um modelo empresarial, obedecendo quase que fielmente as regras do mercado capitalista.

No crime organizado em modelo empresarial constata-se a transposição para o campo das atividades ilícitas de métodos comerciais das atividades lícitas desenvolvidas comumente pela sociedade. Essas “empresas” são estabelecidas para gerar lucros, desenvolvendo atividades ilícitas sobre as quais se há suficiente *know how* e sem compartilhar entre seus integrantes quaisquer valores éticos e familiares ou realização de juramentos de lealdade, pois a estrutura é bastante semelhante às pequenas empresas com patrões e empregados.

Em entrevista à Folha de São Paulo, o representante regional do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes – UNODC, Giovanni Quaglia, ratificou a ideia acerca da estruturação mercadológica das organizações criminosas, nos seguintes termos:

Funcionam como uma holding. O grupo que trata de drogas frequentemente está vinculado a tráfico de armas, sobretudo porque é um negócio que não envolve dinheiro, só mercadorias. Eu te dou 20 kg de cocaína em troca de uma metralhadora. Isso acontece na fronteira entre a Argentina, Bolívia, Brasil e Paraguai, sobretudo com o produto do roubo de carga, carros e caminhões. Muitas vezes não tem dinheiro no meio. Por isso o crime organizado funciona mais como holding do que como negócio setorializado. No caso da prostituição, frequentemente as pessoas são usadas para distribuir droga a seus clientes. É assim no mundo inteiro. Quem de alguma forma revolucionou tudo isso foi a máfia russa, que começou a traficar de tudo sistematicamente¹².

Ou seja, os mecanismos comerciais utilizados por grupos empresariais multinacionais e transnacionais na realização de seus negócios são aplicados – de forma muito aproximada – ao manejo do tráfico ilícito de drogas entre outras mercadorias num mercado já globalizado.

¹²Crime organizado funciona como holding, diz estudioso. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u74202.shtml>>. Acesso em: 01 maio 2011.

Nestes casos, mais comumente, há uma diversidade nos campos de atuação, ou seja, as atividades ilícitas perpetradas por este tipo de organizações criminosas empresariais não se concentram em apenas um segmento, haja vista possuírem a intenção de diversificar e galgar cada vez mais lucros e não estarem ligadas à honra e ao ego dos seus dirigentes maiores, valores mais significativos para as organizações criminosas tradicionais, como as máfias.

Estes grupos criminosos atuam no tráfico de armas e de drogas (nacional e internacional), no esquema de jogos ilícitos, na lavagem de dinheiro, na receptação, na exploração da prostituição entre outras atividades que estejam no entremeio destas como a corrupção e até mesmo atividades lícitas. Ou seja, este modelo de crime organizado mostra-se bem mais heterogêneo que o modelo tradicional, embora essas tentativas de constituição de modelos sejam perspectivas mais teóricas que práticas.

Para o *Federal Bureau of Investigation* – FBI, o crime organizado consiste em:

“qualquer grupo que tenha de alguma forma uma estrutura formalizada e cujo objetivo primário seja obter lucros através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso da violência, ou ameaça de violência, corrupção de funcionários públicos, suborno ou extorsão e geralmente tem um impacto significativo na população local, da região ou país como um todo.”¹³

Uma delimitação conceitual, portanto, torna-se árdua tarefa a ser alcançada, ainda mais com a diversidade e, muitas vezes, com o emaranhamento numa única organização criminosa de diversos dos predicados então apresentados, ainda que de “modelos” diferentes ou, ainda assim, dentro de um só modelo.

Este imbróglio de certa forma foi elidido com a recepção no ordenamento jurídico pátrio da Convenção de Palermo – Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional –, por meio do Dec. nº 5015/2004.

Tal documento internacional traz previsões de mecanismos de combate ao crime organizado e uma definição de grupo criminoso organizado, a saber: “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a

¹³ MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. IBCCrim, 1998, p. 43.

intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

2.2 Contextualização: as “mulas” do tráfico internacional de drogas¹⁴

O Brasil já foi apontado pela Organização das Nações Unidas (ONU) como um dos principais corredores do tráfico internacional de drogas, em especial de cocaína. A rota apontada como a de maior fluxo deste comércio ilegal é a que se inicia na Colômbia, atravessando o Brasil pelo Estado de São Paulo e pela região Nordeste – por meio dos aeroportos de Fortaleza e Recife, principalmente – a partir do qual se afasta do território nacional, seguindo até a África Ocidental, a caminho de seu destino final, o mercado consumidor da Europa.

Para a efetivação deste comércio transnacional, as grandes redes de tráfico internacional de drogas contam com uma mão de obra barata, numerosa, de fácil recrutamento e completamente descartável, as denominadas “mulas” do tráfico.

A alusão ao animal mula é feita exatamente em decorrência dessas pessoas – na maioria das ocasiões – funcionarem apenas como um meio de transporte da mercadoria, recorrentemente se utilizando do próprio corpo para dissimular a posse das drogas, por meio da ingestão de cápsulas contendo o entorpecente, da inserção das mesmas nas partes íntimas ou ainda escondendo o produto no meio de suas bagagens pessoais.

É por meio do trabalho dessas mulas do tráfico internacional que grandes organizações criminosas – com atividades ramificadas nos mais diversos segmentos do crime organizado, como o tráfico de pessoas, exploração da prostituição, a lavagem de dinheiro, tráfico de animais, entre outros – abastecem os grandes mercados consumidores de drogas, como o europeu.

¹⁴ A temática tratada por este tópico fora desenvolvida a partir de uma síntese de várias matérias jornalísticas, em especial as que estão disponíveis nos seguintes endereços eletrônicos acessados em 25.05.2011: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1630183-15605,00.html>>. <<http://www.sbt.com.br/conexaoreporter/videos/default.asp?id=6f8ec0a8b19d439e333cde8578916472>>. <<http://www.sbt.com.br/conexaoreporter/videos/Default.asp?id=ec6660f8add0d982a7eedc0cd05095f7>>.

De acordo com as estimativas das autoridades internacionais, as organizações criminosas distribuem aproximadamente entre 200 e 300 toneladas de cocaína por ano na Europa.

A maior parte dos indivíduos recrutados pelas organizações criminosas de comércio internacional de drogas para trabalhar como mula é proveniente de países que apresentam uma realidade social depauperada, países extremamente pobres, que não possuem condições estruturais mínimas para atendimento de sua população, nem fiscalização para coibir as atividades criminosas muitas vezes arraigadas à sua composição governamental, o que abre ainda mais caminhos para uma maior atuação dessas “empresas” dentro da sociedade.

Nesses contextos sociais, os indivíduos almejados pelo tráfico internacional de drogas tornam-se presas fáceis dessas organizações, diante de promessas de pagamento de altas somas em dinheiro por pouco trabalho prestado ou ainda sendo vítimas de coação perpetradas por aquelas. Em regra, são indivíduos que vivem sob precárias condições em seus países, sem o mínimo necessário para sua sobrevivência e desempregados.

Tal contexto social justifica porque muitas das mulas do tráfico presas são de países como Cabo Verde e Guiné Bissau, locais onde a corrupção está arraigada nos mais altos escalões governamentais e em que sua população enfrenta uma realidade miserável de existência.

Faz-se imprescindível asseverar que a realidade social das mulas do tráfico, não as elide da conduta delituosa perpetrada e de suas consecutivas penas; entretanto, é desarrazoado e desproporcional sustentar e admitir a ideia de que essas pessoas sejam penalmente processadas e julgadas sob os mesmos parâmetros normativos de um traficante internacional, quando na verdade apenas servem de instrumento, são objetos deste comércio ilegal.

Em nossa perspectiva – que será desenvolvida ao longo deste trabalho – diante das circunstâncias subjetivas que envolvem essas “mulas” do tráfico e do fato de elas serem “peças” de fácil reposição pelas organizações criminosas – sendo assim, sua prisão terá pouca ou nenhuma significância para o desenvolvimento normal das atividades da organização –, esses carregadores de drogas não devem ser encarados pelo ordenamento jurídico pátrio sob a mesma perspectiva – com a mesma severidade – dos integrantes das organizações criminosas,

que são os reais traficantes e sobre os quais deve recair mais incisivamente a força repressora do Estado.

CAPÍTULO III - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS NO CONTEXTO DAS “MULAS” DO TRÁFICO DE DROGAS

3.1 Questão teórico-terminológica: direitos fundamentais e direitos humanos

As expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” são utilizadas frequentemente de forma indistinta para designar um mesmo arcabouço de faculdades e de prerrogativas composto por direitos essenciais à pessoa humana; embora essa não seja – de acordo com a doutrina – a orientação tecnicamente mais acertada a ser feita.

Nesse horizonte crítico, José Afonso da Silva elenca ainda uma série de termos para denominar esta mesma realidade, quais sejam: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem¹⁵.

Intentando dirimir os conflitos terminológicos, a doutrina constitucional recorre a conceitos e vinculações destas expressões a áreas do direito, a fim de promover uma melhor compreensão desta matéria:

A expressão direitos fundamentais deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, enquanto o termo direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir àquelas posições jurídicas que se reconhecem aos ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional.¹⁶

Extrai-se do breve excerto acima, o entendimento do doutrinador no sentido de que os direitos fundamentais seriam aqueles positivados por um ordenamento jurídico, enquanto os direitos humanos constituiriam um legado de prerrogativas inerentes ao ser humano e que transcenderiam qualquer ordem constitucional, sendo – portanto – universais por natureza.

O que se observa na doutrina em geral é que as denominações utilizadas pelos autores guardam estreita relação com a corrente teórica à qual o estudioso se filia no que

¹⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 28. ed., 2008, p. 175.

¹⁶ SCHÄFER, Jairo Gilberto, 2001, apud TAIAR, Rogerio. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2008, p. 08.

tange a esta matéria dos direitos essenciais à pessoa humana: jusnaturalismo, positivismo jurídico e realismo jurídico.

A teoria jusnaturalista considera a existência de postulados que seriam antecessores e pilares do direito positivo. Os direitos humanos seriam direitos naturais do indivíduo em uma ordem imutável, suprema, universal e que não resultaria da criação do homem, mas são apenas declarados por meio da positivação.

Nos termos do doutrinador André Ramos Tavares:

Essas ideias compreendem o processo de positivação dos direitos humanos como a consagração normativa de exigências que são prévias à própria positivação, ou seja, o reconhecimento, no plano das normas jurídicas, de faculdades que correspondem ao Homem pelo simples fato de sê-lo, vale dizer, em virtude de sua própria natureza.¹⁷

Para os positivistas inexistente a ideia de direitos naturais, pois a constituição de um determinado direito apenas ocorre a partir de sua positivação. Deste modo, há a criação normativa de direitos essenciais à pessoa humana, e não sua existência espontânea.

A teoria realista, por sua vez, valora o processo de positivação dos direitos essenciais à pessoa humana diferentemente das duas teorias anteriores, ou seja, a positivação não é declaratória, nem constitutiva do direito; a positivação seria uma condição – não fim – imprescindível para a proteção processual desses direitos essenciais à pessoa humana. A teoria realista atribui a valoração desses direitos a partir da efetivação de seus conteúdos dentro das condições sociais que envolvem um ordenamento jurídico.

Além das vinculações teóricas, há a predileção de alguns ramos do direito por determinada expressão, mesmo que diante de um mesmo conteúdo semântico. A expressão direitos fundamentais é mais utilizada pela doutrina quando do tratamento de ordenamentos jurídicos específicos do Estados, enquanto a expressão direitos humanos é recorrente quando a doutrina trata de direitos em um nível supranacional, isto é, a um nível de ordem internacional de direitos.

De acordo com José Afonso da Silva, a expressão mais adequada no estudo desta matéria seria *direitos fundamentais do homem*, sob a seguinte justificativa:

¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.416.

(...) além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*.¹⁸

Ainda expurgando a teoria jusnaturalista de sua doutrina, esse doutrinador elenca algumas características que reforçam a opção pela expressão direitos fundamentais do homem:

Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;

Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todo, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;

Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.¹⁹

3.2 As dimensões dos direitos fundamentais do homem

Com fins didáticos, os doutrinadores subdividem os direitos fundamentais do homem em gerações ou dimensões, no intuito de facilitar o entendimento da imanente evolução histórica do arcabouço de faculdades protetivas do ser humano.

¹⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 28ª Edição, p. 178.

¹⁹ SILVA, José Afonso. *op. cit.*, p. 181.

Ainda neste ponto introdutório, é pertinente registrar que a doutrina ora se utiliza do termo geração, ora dimensão, dentre as quais se opta neste trabalho pela segunda expressão, pelas mesmas razões enunciadas por André Ramos Tavares acerca da temática:

É preciso anotar que os autores tem preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de “gerações”, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão pela preferência pelo termo “dimensão”.²⁰

Entende-se que a expressão dimensões seja mais adequada neste contexto no sentido de transmitir ao leitor o entendimento de que os direitos alcançados não foram galgados em detrimento ou perda daqueles que o precederam, como pode levar a crer o uso da palavra geração.

Refletindo esse aspecto histórico dos direitos fundamentais do homem – já mencionado anteriormente – a doutrina atribui a qualidade de direitos de primeira dimensão àqueles surgidos no contexto das revoluções liberais do século XVIII. Esses direitos possuem um caráter negativo, no sentido de se apresentarem como limitantes do Poder do Estado diante do indivíduo, sendo respeitada a autonomia deste e impondo-se obrigações de não fazer àquele.

Em busca de um marco inicial instituidor da primeira dimensão dos direitos fundamentais do homem, parte da doutrina aponta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) – da Revolução Francesa –, outros apontam o *Bill of Rights* (1689) – da Revolução Inglesa, entretanto o imprescindível a se saber é que esta primeira dimensão está intrinsecamente ligada à luta contra o Absolutismo, sendo de menor significância para matéria estabelecer um marco inicial.

Os direitos elencados nesta primeira geração englobam os direitos individuais e direitos políticos e geralmente são enunciados pela doutrina como ligados ao valor da liberdade.

²⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.426.

A doutrina de André Ramos Tavares assim os elenca:

Neste primeiro conjunto de direitos encontram-se, v. g., a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e segredo de correspondência.

Também pertencem à primeira dimensão liberdades de ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica, a liberdade de eleição da profissão, a livre disposição sobre a propriedade etc.

Já as liberdades políticas referem-se à participação do indivíduo no processo do poder político. As mais importantes são as liberdades de associação, de reunião, de formação de partidos, de opinar, o direito de votar, o direito de controlar os atos estatais e, por fim, o direito de acesso aos cargos públicos em igualdade de condições.²¹

A segunda dimensão de direitos fundamentais do homem geralmente é relacionada pela doutrina ao valor da igualdade. Neste arcabouço legal, ao contrário do que se vislumbra no anterior, observa-se um caráter positivo, no sentido que a partir deles se aguarda do Estado a disponibilização de serviços promotores de uma maior igualdade entre seus administrados.

De acordo com Marcelo Antonio Theodoro:

Os direitos de segunda geração são reflexo inicialmente da crise do liberalismo, acompanhada das doutrinas socialistas emergentes que, ante os graves problemas sociais e econômicos do século XIX, requisitaram a intervenção estatal para garantir as liberdades, agora através do Estado. São aqueles decorrentes das necessidades de prestações positivas do Estado em relação ao cidadão. Elencam-se aí o direito à saúde, educação, trabalho, assistência social, etc.²²

Esta dimensão dos direitos fundamentais do homem engloba os denominados direitos sociais, econômicos e culturais, que constam no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição de 1937, visando prestações positivas do Estado que promovam o bem estar dos administrados. São elencados neste bojo, por exemplo: o direito ao trabalho, ao salário mínimo, ao repouso remunerado, ao acesso à educação, ao acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita.

Observa-se nesta segunda dimensão de direitos a posição do Estado como potencial provedor de condições materiais para a realização e proteção dos direitos individuais por meio dos direitos sociais.

²¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.428.

²² THEODORO, Marcelo Antonio, 2002, apud TAIAR, Rogerio. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2008, p. 15.

Neste contexto aduz José Luiz Quadros de Magalhães:

Os direitos sociais são essenciais para os direitos políticos, pois será através da educação que se chegará à participação consciente da população, o que implica também necessariamente no direito individual à livre formação da consciência e à liberdade de expressão e informação. Os direitos econômicos, da mesma forma colaboram para o desenvolvimento e efetivação de participação popular através de um democracia econômica.²³

Na terceira dimensão dos direitos fundamentais do homem, encontram-se aquelas prerrogativas ligadas não a um indivíduo diretamente, tampouco se apresenta como uma expectativa de conduta ativa do Estado perante os seus administrados. Aqui, estão os direitos sob titularidade coletiva ou difusa, que costumam ser chamados de direitos da solidariedade ou fraternidade e destinam-se à proteção do gênero humano.

A doutrina em geral não aponta um marco inicial cronológico preciso para esta terceira dimensão, mas atribui ao contexto histórico da Segunda Guerra Mundial e da fundação da ONU (Organização das Nações Unidas) como ensejadores das condições para o surgimento desta classe de direitos.

Na lição de Paulo Bonavides assim se apresentam os direitos fundamentais de terceira dimensão:

Um novo pólo jurídico de alforria se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (...). Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.²⁴

O surgimento desta classe de prerrogativas reflete a globalização, os avanços tecnológicos e científicos e as mudanças provenientes destes na existência de uma comunidade internacional viável. Os direitos desta dimensão são enunciados pela doutrina como ligados ao valor da fraternidade, dentre eles: o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, do consumidor e ao patrimônio histórico e cultural.

²³ DE MAGALHÃES, José Luiz Quadros, apud TAVARES, André Ramos, **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 429.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 569.

Os avanços observados no que diz respeito a esta terceira dimensão dos direitos fundamentais do homem apresentam-se exatamente no aspecto de uma institucionalização destas prerrogativas por meio de acordos e tratados realizados entre as nações, no intuito de promover uma efetivação de seus conteúdos.

A doutrina moderna tem demonstrado o surgimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais do homem, a qual seria a quarta. Esta nova classe de direitos seria o reflexo de um contexto histórico de enfraquecimento dos Estados nacionais, consequência de um processo de globalização das economias e da intensificação das relações supranacionais.

Existem críticas acerca da existência *per si* desta nova classe de direitos: as doutrinas divergem bastante quanto se esta seria um novo arcabouço legal ou se apenas seria uma nova perspectiva dos direitos já existentes, como uma expansão destes diante do contexto histórico contemporâneo.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet:

Contudo, também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que, aliás, se depreende das palavras do próprio autor citado, para quem, os direitos de quarta dimensão ‘compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos’. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.²⁵

André Ramos Tavares, já fazendo revisão de seu próprio entendimento em obra anterior, reflete acerca da matéria nos seguintes termos:

No particular, parece mais acertado, para manter a estrita coerência com o critério de identificação das demais dimensões (e a própria idéia de dimensão), falar, na quarta dimensão, de uma diferenciação de tutela quanto a certos grupos sociais, como, por exemplo, as crianças e os adolescentes, a família, os idosos, os afrodescendentes etc. Enquanto os direitos de participação democrática poder-se-iam reconduzir aos clássicos direitos políticos, presentes desde os direitos de primeira dimensão, estes direitos não deixam de ser direitos já existentes, mas que sofrem não um alargamento (extensão) de conteúdo, senão uma diferenciação qualitativa quando aplicados a certos grupos.²⁶

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

²⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 431.

Embora existam tais divergências, as doutrinas aceitantes desta classificação elencam nesta quarta dimensão dos direitos fundamentais do homem prerrogativas pertinentes aos direitos dos povos, como direito à democracia, ao pluralismo, direitos ligados ao patrimônio genético humano, entre outros.

3.3 Os princípios constitucionais como expressões dos direitos fundamentais do homem

O ordenamento jurídico brasileiro é constituído por normas, um gênero que se subdivide em princípios e regras. Este conjunto de normas apresenta-se como um arcabouço legal coerente, harmônico e coeso, consectário lógico de sua organização sobre as bases da Constituição Federal de 1988, a qual se reveste de supremacia interna e que tolhe o produtor e aplicador da norma de ilações contrárias aos valores defendidos por seus termos.

Os princípios constitucionais possuem caráter abrangente, pois se revestem de alto grau de abstratividade, assim possibilitando sua inserção nos mais diversos contextos legais como verdadeiras diretrizes valorativas na aplicação das normas em geral.

No entendimento de Walter Rothenburg, as normas principiológicas são:

(...) verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Muitas vezes, também se denominam princípios certas proposições que, embora não sejam evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes de validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.²⁷

Em outras palavras, os princípios constitucionais funcionam como vetores que apontam para a legítima e mais reta interpretação das normas em geral insertas no sistema jurídico pátrio, de forma que elas não destoem do todo e, assim, confronte-o, comprometendo sua harmonia e maculando a supremacia da norma fundante constitucional.

Já as regras inserem-se no sistema jurídico de forma mais incisiva quanto a sua aplicação, haja vista seu menor grau de abstração e sua elaboração ter se dado de forma específica a um contexto fático.

²⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius, 1999, apud TAIAR, Rogerio. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2008, p. 42.

Outro aspecto de diferenciação entre princípios e regras elencado é a possibilidade de coexistência harmoniosa de princípios dentro de um ordenamento jurídico sem a ocorrência de incompatibilidades, enquanto isso não acontece no caso de regras confrontantes. Em outros termos, princípios incompatíveis podem ter seus conteúdos aplicados de forma ponderada, enquanto regras apenas são aplicadas em sua integridade, ou seja, uma em detrimento da outra.

Importante neste ponto registrar o processo de ponderação dos princípios constitucionais que são expressões dos direitos fundamentais do homem insculpidos no nosso sistema jurídico pátrio. Algumas vezes, mesmo em um ordenamento jurídico harmônico sob a égide de supremacia de uma constituição, ocorrem conflitos de direitos.

Esse processo de ponderação é orientado por Luís Roberto Barroso a partir da enunciação dos seguintes princípios:

- a) Princípio da supremacia da Constituição: a interpretação constitucional se assenta na superioridade jurídica da Carta Maior sobre as demais normas do ordenamento, sejam elas princípios ou regras;
- b) Princípios da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público: em virtude da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, presume-se como constitucionais os atos provenientes dos três poderes, bem como as leis aprovadas pelo Legislativo. Por isso, “nenhum Poder, nem mesmo o Judiciário, pode intervir em esfera reservada ao outro para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade”;
- c) Princípio da interpretação conforme a Constituição: a leitura de uma norma constitucional não pode fugir à análise de um todo. Barroso decompõe este princípio em quatro constatações: 1) trata-se de uma escolha interpretativa diante de outras possibilidades de interpretação admitidas pela norma; 2) tal interpretação busca encontrar um sentido normativo distinto daquele expressado pelo enunciado da norma; 3) a escolha de uma interpretação significa a rejeição de outras linhas interpretativas que gerariam um resultado conflitante com a Constituição; 4) este princípio não é tão somente regra de hermenêutica, mas, sobretudo, mecanismo de controle de constitucionalidade. Depura-se como propriedade maior do princípio o encontro de um significado que dê legitimação à norma tida como suspeita. Mas importa salientar que tal interpretação deve circunscrever-se no limite de uma ponderação razoável, pois não se pode dar à lei sentido adverso àquele para qual à mesma foi instruída;
- d) Princípio da unidade da Constituição: embora a Carta Magna seja um conjunto indiviso, a qual expressa a vontade única do legislador, cumpre recordar que esta vontade única é sobretudo uma síntese possível de diversos interesses conflitantes. Assim, a interpretação das normas constitucionais deve ser sempre sistemática, jamais individualizada, e sempre focada no núcleo principal da Constituição formado pelos direitos fundamentais. Mais ainda, não deve ser orientada apenas dentro da Carta, mas também fora dela, o que significa estimar mais as implicações sociais concretas da linha de interpretação escolhida;

- e) Princípio da razoabilidade-proporcionalidade: trata-se de “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”. Para que não haja margem para subjetivismo na aplicação desse princípio, cumpre elucidar que a razoabilidade de uma norma está ligada aos motivos de sua criação, às suas finalidades, aos instrumentos mediante os quais se fará executar, bem como aos valores consagrados na organização do Estado. O princípio da razoabilidade consiste na verificação de uma adequação da norma, tanto da perspectiva interna de usa *ratio legis*, instrumentos e finalidades, quanto do ponto de vista externo, de coerência com o conjunto da Constituição.²⁸

Em apertada síntese, apreende-se das explicações do referido doutrinador que, sob a égide da prerrogativa de supremacia da constituição, deve ser realizada a interpretação das normas que compõem o nosso ordenamento jurídico de forma a evitar o comprometimento da harmonia deste sistema, sempre se pautando neste processo pela preservação dos conteúdos dos direitos fundamentais do homem expressos nos princípios que constituem o cerne da constituição, vislumbrando seus efeitos no mundo dos fatos e almejando a perfectibilização de uma justiça material, e não apenas formal, legalista.

É neste toante que a doutrina em geral observa criticamente os caminhos jurídicos de efetivação dos direitos fundamentais do homem, de acordo com a qual o ato de insculpi-los em texto constitucional apresenta-se incipiente, haja vista que representa apenas a teoria, diante de contextos reais que cobram pela sua aplicação eficaz.

Mostra-se imprescindível, neste diapasão, que as condutas do legislador ao elaborar as normas e, principalmente, do intérprete dessas normas ao aplicá-las devem orientar-se à luz dos princípios constitucionais que refletem os direitos fundamentais do homem resguardados pelo nosso arcabouço legal e que devem transparecer como verdadeiras diretrizes principiológicas, uma vez que, em diversas ocasiões, a norma produzida representa um momento histórico perdurando no tempo em que a mesma não é mais condizente, apenas alcançando uma aplicabilidade adequada por meio de uma interpretação principiológica.

Além disso, deve-se sempre ter em mente que a atividade legiferante não possui sob seu domínio a plenitude dos meios para estabelecer todas as situações fáticas de aplicabilidade daquela norma, devido às peculiaridades do mundo real, o que acarreta na produção de uma norma – muitas vezes – inadequada aos casos concretos nos quais será aplicada, devendo socorrer-se das diretrizes do ordenamento jurídico pátrio para uma efetivação da justiça material.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto, 2003, apud TAIAR, Rogerio. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2008, p. 25-27.

É neste sentido de sempre pautar os princípios constitucionais como diretrizes da escorreita aplicação do bom direito que a doutrina em geral se posiciona:

Assim, os princípios constitucionais são, tal como dogmas, o critério com o qual se afere a admissibilidade da legislação ordinária frente ao ordenamento jurídico pátrio, ao qual é vedado acolher leis incompatíveis com os primeiros. Disso se segue que não são os princípios constitucionais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos princípios. Em outras palavras, o princípio é a melodia que inspira a dança do intérprete, que deve estar sempre “afinado” com a música. A letra pode mudar. O compositor, também. E até o ritmo pode sofrer alterações. Mas a melodia sempre será a mesma, e o intérprete, em sua dança hermenêutica, deverá acompanhá-la custe o que custar.

(...)

Em última análise, nenhuma disposição legal, de qualquer hierarquia, pode ignorar as orientações guardadas no bojo da Constituição Federal, sob pena de gerar violações das piores ordens para o organismo estatal e a sociedade. As leis, em sua totalidade, são desdobramentos dos princípios constitucionais, os quais perpassam o arcabouço jurídico desde a Carta Magna às disposições mais corriqueiras, dando coerência ao sistema.²⁹

Consoante a esta linha de pensamento, serão analisados neste breve trabalho os princípios da dignidade da pessoa humana, o da individualização da pena e o da proporcionalidade como diretrizes constitucionais imprescindíveis para a efetivação dos direitos fundamentais do homem – em específico no quadro das “mulas” do tráfico internacional de drogas – e realização de verdadeira justiça material.

3.4 O princípio da dignidade da pessoa humana

Os primórdios da idealização e valoração da dignidade da pessoa humana remontam à antiga da filosofia clássica grega. Entretanto, foi Immanuel Kant – filósofo da era moderna – quem ofertou as mais valorosas contribuições para elucidação e conhecimento deste conceito que atualmente perpassa todo ordenamento jurídico nacional.

A impressão apreendida a partir da majoritária doutrina acerca da dignidade da pessoa humana é a ideia de uma qualidade inafastável e inquestionável componente da condição humana, que se manifesta em vários matizes, porque reflexos dos valores que são

²⁹ TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal**: a tutela dos direitos fundamentais. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 55.

constituintes da natureza humana em sua plenitude; uma qualidade imanente ao ser humano e que neste sentido o põe numa classe diversa das demais criaturas.

Embora, a delimitação de um conceito seja laboriosa tarefa, não há dúvida quanto a sua importância, tampouco quanto a sua existência, o que se afere de imediato diante de atrocidades cometidas contra o homem, nas quais esse valor é rechaçado.

Ao realizar sua argumentação, Immanuel Kant assim assevera:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.³⁰

Assimila-se do excerto acima, que a dignidade transforma a pessoa humana num fim em si mesmo; em outras palavras, o homem não pode ser substituído ou servir de instrumento para a realização da vontade de outrem, haja vista que lhe é intrínseca a dignidade, devendo ser respeitado em sua plenitude de existência como ser dotado de racionalidade.

Entretanto, como já antecipado acima quanto às nuances da natureza humana, a dignidade do ser humano não resulta apenas da existência deste ente como um fim em si mesmo, mas também da ocorrência de sua autodeterminação, ou seja, de que o homem possua condições de orientar seus atos volitivos de forma legítima consigo mesmo.

Consoante a esse entendimento, leciona André Ramos Tavares:

Dessa forma, a dignidade do Homem não abarcaria tão-somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios.³¹

O complexo valor da dignidade do ser humano foi sendo desenvolvido juntamente com a história dos seus detentores, embora tenha sido desrespeitado incontáveis vezes, a exemplo das ocasiões das Grandes Guerras Mundiais.

³⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 77.

³¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 515.

Ainda assim, constatam-se tentativas de institucionalização deste valor desde o século XII na Espanha, por exemplo, por meio de um documento concedido pelo Rei Afonso IX às cortes parlamentares de representação daquele país, onde constavam o direito à integridade da vida e o direito a um ordenamento regular do processo. A Alemanha, que foi a primeira nação a incorporar este valor como um princípio, prescreve no art. 1º de sua constituição que “a dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é a obrigação de todo Poder Público”.³²

Em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamou em seu preâmbulo referência à dignidade da pessoa humana:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
(...)
Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, (...)”³³

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 insculpiu o valor da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio em caráter de princípio fundamental no inciso III do seu art. 1º:

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- (...)

O legislador constituinte, ao realizar a inserção do valor da dignidade da pessoa humana no capítulo dos princípios fundamentais da Carta Magna, alçou-o à importância de

³² VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2009, p.59.

³³ Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acessado em: 31 maio 2011.

“pedra” basilar do ordenamento jurídico nacional. Este conceito confere verdadeira unidade ao sistema jurídico pátrio, possuindo estreita relação com os direitos fundamentais do homem.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera de forma cristalina e sintética as afirmações acima esposadas:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.³⁴

Em outras palavras, o que se apreende do ensinamento referido é a realização da dignidade da pessoa humana contida na Carta Magna como pressuposto para a efetivação dos direitos fundamentais do homem, uma vez que a negativa desse valor fundante da ordem jurídica pátria acarretaria em exata repulsa dos direitos fundamentais do homem.

O princípio da dignidade da pessoa humana adentrou o sistema constitucional brasileiro sob um patamar de mais elevada patente, como uma estruturante do Estado nacional; um “superprincípio” com função de orientar a aplicação dos demais princípios, a produção legislativa e a aplicação e interpretação de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais.

Imprescindível registrar que, embora não se esteja sustentando um caráter absoluto deste princípio, ele deve ser considerado de maneira especial quando da busca de soluções jurídicas, procurando sempre uma ponderação de modo a infringir o mínimo possível este valor, haja vista que tal conduta estaria comprometendo, em certa medida, os direitos fundamentais do homem, no mesmo sentido do entendimento de Sarlet exposto acima.

Mais uma vez, recorre-se à doutrina de Sarlet quando demonstra a importância do princípio da dignidade humana dentro do ordenamento jurídico nacional:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 87.

(embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídica-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, nesse contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infra-constitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.³⁵

Consoante a isso, quando se possui em mente a elaboração e a aplicação da legislação penal deve-se pautar pela observância deste valor fundante de nosso ordenamento, devendo-se sentir seu reflexo inclusive sobre a execução das sanções penais previstas nas normas infraconstitucionais, como na Lei nº 11.343/2006, em específico no tocante às vedações de conversão em pena restritiva de direitos previstas nos termos do art. 33, §4º e nos termos finais do art. 44 desta lei, que se mostram em completa dissonância ao teor axiológico da Constituição brasileira.

O conteúdo de tal dispositivo legal restringe, entre outros, um dos mais valiosos direitos fundamentais do homem: o da liberdade. Além disso, compromete a eficiente individualização da pena, que objetiva alcançar uma sanção efetivamente condizente com o delito cometido. Logo, observa-se que o dispositivo realiza uma generalização formalista caminhando em sentido contrário às diretrizes constitucionais.

3.5 O princípio da individualização da pena

A Constituição de 1988 insculpiu em seu art. 5º - que está circunscrito em momento deste texto legal no qual se versa acerca dos direitos e garantias fundamentais – o princípio da individualização da pena:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 72.

- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

O legislador constituinte – concretizando um claro reflexo dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia – almejou proteger o direito de que cada indivíduo deve sofrer sanção na exata medida de punição imprescindível à repressão de seus atos ilícitos e demonstrar que, diante disso, inexistente fundamentação lógico-jurídica para a feitura de penas em “escala de produção”, isto é, o estabelecimento de padrões a serem aplicados indistintamente aos infratores e, para tanto, insculpiu na Carta Magna o princípio da individualização da pena expressando tal prerrogativa, inserindo-o em momento do texto constitucional com mais alto significado.

Ademais, o ordenamento penal deve buscar, com a efetivação das sanções penais estabelecidas, o cumprimento das funções retributiva, preventiva e ressocializadora da condenação, por meio da qual o sistema criminal intenta alcançar a reeducação, ressocialização e reinserção dos apenados.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, ao tratar do tema, estabelece quatro modos básicos de efetivação do princípio da individualização da pena:

Há basicamente quatro modos de se individualizar a pena: a) pena determinada em lei, que não dá margem de escolha ao juiz (pena de morte ou perpétua); b) pena totalmente indeterminada, permitindo ao juiz fixar o *quantum* que lhe aprouver (ex. penas alternativas à prisão); c) pena relativamente indeterminada, por vezes fixando somente o máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem como quando se prevê mínimos e máximos flexíveis, que se adaptam ao condenado conforme sua própria atuação durante a execução penal (sistema adotado em Portugal para criminosos de alta periculosidade); d) pena estabelecida em lei dentro de margens mínimas e máxima, cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum*. Este último é, sem dúvida, o mais adotado e o que melhor se afeiçoa ao Estado Democrático de Direito.

³⁶

Faz-se mister registrar, como se percebe do excerto acima, que a aplicação do processo de individualização da pena, no intuito de evitar a padronização de sanções, não se dá apenas diante do legislador, estando a ela sujeitos da mesma maneira o magistrado

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, 2007, apud VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2009, p. 78.

responsável pela condenação no caso concreto, bem como o magistrado incumbido de realizar a execução da pena.

Os trabalhos dos magistrados da condenação e da execução da pena complementam a produção do legislador, que atua diante de um plano de hipóteses e ideias, as quais muitas vezes não condizem com a realidade do caso concreto e não refletem a diversidade de situações envolvidas, o que pode culminar na elaboração de um dispositivo legal inadequado para aquilo que *a priori* se planejava.

O processo de individualização da reprimenda penal é atividade que intenta a personalização de tal resposta punitiva do Estado. Tal personalização punitiva foi estruturada conforme o art. 59 do Código Penal pátrio:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como se percebe, o magistrado responsável pela condenação irá examinar as circunstâncias judiciais, isto é, os fatos objetivos e subjetivos envolvidos da conduta delituosa. Não é um simples processo de encaixe da lei ao caso concreto, mas sim uma complexa análise de adequação da tipificação prevista no dispositivo legal que deve ser orientada pelos valores do ordenamento jurídico nacional. Além disso, o magistrado deve se voltar para a pessoa do apenado, analisando as suas condições singulares, o grau de culpabilidade, os seus antecedentes, a sua conduta social e sua personalidade.

É neste diapasão que se percebe – mais uma vez – a discrepância da vedação de conversão de penas constante na Lei de Drogas: a impossibilidade de conversão de uma pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos não efetivará os anseios de um Estado Democrático de Direito que, pautando-se sob o manto dignidade da pessoa humana, busca a

repressão de uma conduta delituosa – neste caso o tráfico ilícito de drogas – e a ressocialização dos infratores desta ordem legal.

Do mesmo modo, a vedação presente nos art. 33, §4º e 44 da Lei nº 11.343/2006 confronta o princípio constitucional da individualização da pena – que reflete este direito fundamental do homem –, uma vez que prevê de modo genérico a aplicação da mais severa resposta punitiva deste Estado – restrição da liberdade –, sem deixar margens legais ao magistrado para a realização da personificação da sanção penal ou ainda opções para conversão em uma pena restritiva de direitos.

3.6 O princípio da proporcionalidade

A Carta Magna de 1988 não previu explicitamente o princípio da proporcionalidade, entretanto tal diretriz perpassa – de maneira relevante – todo o ordenamento jurídico pátrio. Os reflexos legais em nosso ordenamento jurídico do conteúdo axiológico deste princípio pode ser observado no disposto pelo §2º do art. 5º da Constituição de 1988, onde se registra: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Ou ainda, no mesmo art. 5º, em seu inciso V, ao assegurar “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

O princípio da proporcionalidade, da mesma maneira como visto acerca do princípio da individualização da pena, deve refletir na atividade do legislador e do intérprete da norma. Na atuação do legislador, percebe-se sua significância quanto à valoração dos bens jurídicos a serem tutelados pela norma, promovendo-se um escalonamento segundo o conteúdo intrínseco a cada ente. Na atuação do intérprete da lei, o princípio da proporcionalidade ganha ares de uma “balança” a ponderar os valores envolvidos nos casos concretos, preservando – ao máximo – os seus cernes.

Tamanha a complexidade inerente ao princípio da proporcionalidade que ele é usualmente dividido em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação é a parte do princípio da proporcionalidade intrinsecamente ligada aos efeitos práticos das atividades do legislador e do intérprete da

norma. Em outras palavras, esta acepção do todo se “preocupa” com os resultados perseguidos pela norma e almejados no ato do magistrado, ou seja, se a sanção – no contexto então trabalhado – alcançará a repressão social da conduta delituosa, a reinserção social do condenado e a compensação à sociedade do dano sofrido.

Esta temática foi abordada por Canotilho nos seguintes termos:

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou dos fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adoção. Trata-se, pois de controlar a relação de adequação medida-fim. Este controle, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando de trata de um controle do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador.³⁷

O subprincípio da necessidade relaciona-se com os meios imprescindíveis ao alcance dos resultados almejados pela norma, no caso, com a condenação do réu a uma resposta punitiva do Estado.

Esta acepção da proporcionalidade liga-se mais estreitamente à atuação do intérprete magistrado, a qual deve pautar-se no tocante à opção por instrumentos de coerção da conduta delituosa, que precisam ser os necessários e suficientes ao objetivo.

A medida coercitiva adotada pelo magistrado deve ser – dentre as possíveis – a que menos agrava o arcabouço de direitos do condenado, pois, do contrário, sua dignidade humana estaria sendo violada.

Acerca desta abordagem, segue Canotilho:

O princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a tônica da idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão. Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: (a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; (b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; (c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; (d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. O princípio da exigibilidade não põe em crise, na maior parte dos casos, a adoção da medida (necessidade absoluta), mas sim

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Almedina. 7. ed., 2010, p. 269.

a necessidade relativa, ou seja, se o legislador ou magistrado poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos.³⁸

O derradeiro aspecto do princípio da proporcionalidade é sua abordagem em sentido estrito, a qual está ligada à busca de um equilíbrio ideal entre a finalidade do dispositivo legal e os meios de cumprimento.

Tal balanceamento deve estar presente sempre que haja imprescindibilidade de restrição de bens jurídicos em favor de outros, os quais devem ser minimamente preteridos, sob o risco de ser maculado o núcleo essencial de todos os direitos e maior bem jurídico a ser resguardado: a dignidade da pessoa humana.

Deste modo, a ponderação deve alcançar um *status* em que o ônus da resposta punitiva do Estado – no contexto então trabalhado – não supere os benefícios decorrentes dela, ou seja, a sociedade deve ganhar tanto quanto o apenado irá perder; num contexto de compensação entre vantagens e desvantagens o saldo deve aproximar ao máximo do nulo.

Mais uma vez, recorre-se ao magistério de Canotilho nesta temática:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coativa do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve pergunta-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Esta aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como princípio de justa medida. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.³⁹

Como se percebe, o princípio da proporcionalidade no nosso ordenamento jurídico funciona como um limitador do *ius puniendi* do Estado; em assim sendo, quando da aplicação dos seus mecanismos de controle social, deve atentar para a consecução de um equilíbrio entre a proporção da intensidade das penas aplicadas, a gravidade do delito cometido e os possíveis efeitos colaterais à sociedade.

Reitere-se que o princípio da proporcionalidade deve ser observado pelo legislador quando da feitura das normas, pautando-se na valoração *in abstracto* do bem jurídico a ser tutelado.

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Almedina. 7. ed., 2010, p. 270.

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Almedina. 7. ed., 2010, p. 270.

Entretanto, quando diante de um deslize do legislador com relação à observância da proporcionalidade – por omissão ou afronta -, deve o Estado Juiz atuar no intuito de resgatá-lo e afastar a consecutiva e provável ofensa aos direitos fundamentais tutelados.

CAPÍTULO IV - A CONVERSÃO DA PENA NA LEI Nº 11.343/2006 E O ENTENDIMENTO DO STF NO HC 97.256/RS

4.1 Procedimento especial da Lei nº 11.343/2006 – Lei de Antidrogas

Como já registrado no primeiro capítulo deste trabalho, a Lei nº 11.343, de 22 de agosto de 2006, estabeleceu os tipos penais e regulamentou novo procedimento para a apuração dos crimes relacionados às drogas ao revogar as Leis nº 6.368/76 e 10.490/02.

A doutrina explicita a existência de dois ritos processuais distintos presentes na Lei de Drogas: um para as condutas previstas no seu art. 28 (caput e § 1º), destinadas a reprimir o tradicional usuário de entorpecentes, e aquele que planta pequena quantidade para uso próprio, e outro procedimento para as demais ações criminosas, independentemente de se apenadas com detenção e reclusão.⁴⁰

O primeiro rito elencado pelo autor referido pode ser vislumbrado na redação do § 1º do art. 48 da Lei de Drogas quando se aduz que “o agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais”.

O legislador, ao tipificar tal procedimento para aqueles agentes enquadrados no art. 28 da Lei de drogas, ou seja, os que possuem drogas para consumo próprio, intentou submetê-los à aplicação do procedimento sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/95, o que demonstra a perspectiva da norma sobre tal conduta delituosa de uma infração de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, o consumidor de drogas não estará sujeito à prisão, devendo ser encaminhado – mesmo que em flagrante – pela autoridade policial ao juízo competente, ou ainda apenas assumir o compromisso de comparecer a este juízo quando convocado, neste caso sendo lavrado o termo circunstanciado e sendo requeridos exames e perícias necessários.

O outro rito previsto incide sobre as demais condutas tipificadas pela Lei de Drogas e subdivide-se em: denúncia, notificação do acusado para defesa preliminar,

⁴⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 535.

apresentação de resposta pelo acusado, recebimento ou rejeição da denúncia pelo juiz, citação do acusado e audiência para interrogatório, instrução, debates e julgamento. Entretanto, antes de se registrar a fase processual penal propriamente dita, cabem algumas considerações acerca dos tramites seguidos antes da realização da denúncia.

No momento em que a autoridade policial aborda uma pessoa portando substâncias das quais se suspeite sejam drogas – este caso não se enquadrando no já referido modelo de usuário de drogas – dar-se-á a lavratura do auto de prisão em flagrante e aferição da materialidade do delito mediante a feitura de auto de constatação da natureza e quantidade de droga, firmado por perito oficial ou, em sua ausência, por um perito leigo – pessoa de reputação idônea – que possui caráter provisório, sendo imprescindível para a condenação do acusado a elaboração de um laudo toxicológico definitivo.

Este segundo laudo deve ser elaborado por dois peritos, se forem leigos, e pode ser elaborado por apenas um perito, em se tratando de um profissional de órgão oficial, sob orientação do art. 159 do nosso Código de Processo Penal. Portanto, neste laudo definitivo, *a priori*, não estará impedido de participar de sua elaboração o perito do primeiro laudo, a não ser que o mesmo seja elaborado por apenas um perito.

Após a conclusão do inquérito policial – o que se dará no prazo de 30 dias, se acusado preso, e de 90 dias, se acusado em liberdade, podendo ainda tais limites serem postergados em dobro pelo magistrado por meio de oitiva do Ministério Público após pedido policial – seus autos serão encaminhados ao juízo competente contendo o relato de todas as circunstâncias envolvidas no caso e mesmo que ainda pendentes investigações complementares, como aduz o parágrafo único do art. 52 da Lei de drogas.

Após os referidos autos do inquérito policial serem encaminhados ao Ministério Público, este órgão poderá pedir o seu arquivamento, requestar mais diligências ou ainda oferecer denúncia, de acordo com o art. 54 da Lei de drogas.

A denúncia será ofertada pelo Ministério Público no prazo de 10 dias a contar do recebimento do inquérito policial, contendo relação de – no máximo – 5 testemunhas e sendo indiferente que o acusado esteja solto ou preso para a contagem deste prazo, a contra exemplo do que se aferiu acerca da conclusão do inquérito.

O magistrado – caso não rejeite liminarmente a denúncia do Ministério Público – procederá à notificação do acusado, que deverá apresentar defesa prévia ou preliminar no

prazo de 10 dias, podendo acostar documentos, arrolar testemunhas, apresentar o arrazoado de sua defesa e elencar provas de sua inocência.

Alternativamente à apresentação da defesa prévia, pode ainda o acusado contrapor exceções, como a existência de coisa julgada, a suspeição do juiz, a ilegitimidade *ad causam*, a incompetência do juízo ou ainda existência de litispendência. O processamento destas exceções não acarretará a suspensão da demanda e serão processadas em apartado, a não ser que se trate de uma exceção de suspeição e que a parte suspeita reconheça os relevantes argumentos apresentados.

Registre-se que no caso de o acusado, devidamente notificado, não apresentar a defesa prévia no prazo estipulado pelo dispositivo legal, deve o juiz competente nomear um defensor para tal atividade de oferta da defesa, sendo-lhe concedidos os 10 dias de prazo para tanto.

Após a apresentação da defesa, o magistrado possui o prazo de 5 dias para prolatar decisão acerca do recebimento da denúncia ou sua recusa, no caso de constatar quaisquer das justificativas elencadas pelo art. 395 do Código de Processo Penal, quais sejam: denúncia manifestamente inepta, falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal e, ainda, ausência de justa causa para o exercício da ação penal. Assevere-se que antes de prolatar tal decisão, pode o magistrado determinar a apresentação do acusado, assim como realização de exames, perícias e diligências para melhor fundamentar seu decisório.

Em recebendo a denúncia, o juiz determinará a citação do réu e a notificação do Ministério Público. Neste momento processual, é assegurada ao réu a realização de uma segunda defesa, uma resposta à acusação. Nesta ocasião pode o causídico da parte ratificar a linha de argumentação já apresentada por ocasião da defesa prévia ou ainda se valer de novas teses. Convencendo-se pela presença de algum dos fatores elencados no art. 397 do Código de Processo Penal, deve o magistrado absolver o réu; em contrário senso indicará data para a audiência de interrogatório, instrução, debates e julgamento.

A referida audiência realizar-se-á em até 30 dias após o recebimento da denúncia, podendo tal prazo ser elástico para 90 dias por conta da existência de perícia a ser realizada para constatação de dependência de drogas do réu. Nesta audiência, o magistrado realizará o interrogatório do réu, a oitiva de testemunhas. Em seguida, serão realizados os debates orais,

primeiro se pronunciando o representante do Ministério Público e depois o representante da defesa, com tempo de 20 minutos, postergáveis por mais 10 minutos.

Terminados os debates orais, o juiz deverá proferir de imediato a sentença. Entretanto, o magistrado pode determinar a conclusão dos autos processuais da demanda, a fim de prolatar sua sentença *a posteriori*, no prazo de 10 dias.

4.2 A conversão da pena na Lei nº 11.343/2006 – Lei Antidrogas.

O Código Penal pátrio prescreveu em seu art. 44, no sistema criminal brasileiro, a possibilidade de conversão de penas restritivas de liberdades em penas restritivas de direitos quando preenchidos os seguintes requisitos: a pena privativa de liberdade não for superior a 4 anos; o delito não fora perpetrado com violência ou grave ameaça à pessoa; o crime não foi na modalidade culposo; o acusado não for reincidente em crime doloso; a culpabilidade, as circunstâncias, a conduta social e a personalidade indicarem que esta substituição será suficiente.

Do mesmo modo, o código repressivo do Estado brasileiro – no seu art. 43 – elencou como penas restritivas de direitos a serem aplicadas: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana.

Entretanto, a Lei nº 11.343/2006 vedou expressa e genericamente a possibilidade de conversão das condenações em penas restritivas de liberdade para as penas restritivas de direitos nos delitos relacionados às drogas, em que pese o nosso ordenamento jurídico possuir insculpido na sua Carta Magna – e, portanto, orientar-se sob essa diretriz - a garantia à individualização da pena no inciso XLVI do seu art. 5º, como já asseverado alhures.

No entanto, os entendimentos jurisprudenciais tem-se orientado pela prevalência da possibilidade da conversão de penas no contexto dos crimes tipificados pela Lei nº 11.343/2006, quando o acusado preencher os requisitos subjetivos estabelecidos pela norma penal para ser agraciado com tal benefício.

Consoante a este entendimento, segue ementa do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: Política criminal. Pena privativa de liberdade (cumprimento). Regimes (fechado/aberto). Pena de prisão (limitação aos casos de reconhecida necessidade). **Tráfico de entorpecentes (substituição da pena). Art. 44 do Cód. Penal (aplicação).** 1. Na fixação da pena, o juiz estabelecerá o regime inicial de cumprimento da pena, levando em conta, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do Cód. Penal, as circunstâncias previstas no art. 59. 2. Sendo as circunstâncias favoráveis ao réu, não é lícito seja estabelecido regime pior. 3. **A norma penal prevê a possibilidade de se aplicarem sanções outras que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena do cárcere.** 4. A disciplina da Lei nº 8.072/90 e o disposto no Cód. Penal (art. 44) não são incompatíveis. 5. Em se tratando de delinquentes sem periculosidade, não há falar em óbice à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. 6. Recurso especial provido. (REsp 1083211 PR 2008/0184630-9, Rel. Ministro Nilson Naves, 6ª Turma, DJ 19.10.2009) Grifos não constam no original.

E do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. **SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS: POSSIBILIDADE.** 1. O Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais os arts. 33, § 4º, e 44, caput, da Lei n. 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes (HC 97.256, Informativo/STF 598). 2. Ordem concedida. (HC 104590 MG. Min. Carmen Lúcia. 1ª Turma. DJ 17.02.2011) Grifos não constam no original.

Tal impasse normativo rememora a discussão atinente ao cumprimento das penas pelos condenados por crimes hediondos e equiparados em regime integralmente fechado – ou seja, sem a possibilidade de progressão de regime – haja vista que o mesmo bem jurídico está sendo ululantemente ofendido, qual seja, a liberdade.

Deste modo, aplicam-se raciocínios semelhantes nesses contextos e um entendimento consoante ao que se observa em nosso ordenamento jurídico como norma geral que é a possibilidade de usufruir o bem jurídico da liberdade física, uma vez que neste arcabouço legal não foram previstas – a não ser em caráter de exceção – a pena de morte e a prisão perpétua.

Nesse sentido, embora o crime de tráfico de drogas seja assemelhado a crimes hediondos e a sua legislação especial tenha instituído normas que podam a atuação do Estado – Juiz, a jurisprudência – a exemplo da elencada acima – demonstra o entendimento de que o magistrado deve pautar sua atuação sob o manto dos direitos fundamentais do homem, o que

não se coaduna com a terminante vedação da conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direitos.

4.3 O entendimento emblemático do Supremo Tribunal Federal no HC 97.256 - RS

O tema da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos no contexto do tráfico de drogas fora abordado pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, no qual o Defensor Público do réu calçou sua causa de pedir na inconstitucionalidade da vedação presente no conteúdo normativo do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 quanto à possibilidade da efetivação de tal conversão.

A sustentação da alegada inconstitucionalidade foi pautada pela Defensoria Pública sobre a linha de argumentação de que não deve existir na legislação antidrogas uma presunção de que os crimes de tráfico de drogas sejam todos considerados de tamanha gravidade a ensejar a terminante e genérica vedação à conversão de penas, uma vez que circunstâncias fáticas e as singularidades caso a caso devem ser analisadas.

Ademais, o impedimento legal confrontaria as garantias constitucionais da individualização da reprimenda (inciso XLIV do art. 5º, da CF/88), da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário (inciso XXXV do art. 5º, da CF/88) e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito (inciso LIV do art. 5º, da CF/88).

Ao expor seu entendimento ainda em sede de debate, o Ministro Ayres Brito – presidente e relator – ressaltou a importância da demanda posta sob análise e julgamento do Supremo ao aduzir que *“o Supremo, todavia, o Plenário não tem jurisprudência sobre a liberdade provisória, a possibilidade de liberdade provisória, por consequência, o regime, e, também, por desdobramento, o regime de cumprimento da pena, como não tem o Supremo decisão sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito. Segundo nosso rastreamento, aqui, jurisprudencial, nada foi encontrado. Então, nesse caso, eu também concordo com a proposta do Ministro Marco Aurélio e se a Ministra Cármen também concordar, nós o afetaremos ao Pleno”*.

Confira-se a ementa do HC 97.256/RS para melhor compreensão do tema deste tópico e de modo a orientar os comentários que virão em seguida:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113)

Já com a demanda em Pleno, o Ministro Ayres Brito apresentou voto relembrando de início seu entendimento no HC 85.894/RJ, ao tratar – e neste sentido entender - acerca da possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direito na prática de crime de tráfico de entorpecentes, já que inexistia proibição expressa na Lei nº 8.072/90.

Em apertada síntese, o Ministro Ayres Brito exara entendimento pelo afastamento do óbice de vedação à conversão das penas restritivas de liberdades em penas restritivas de direitos, existente na parte final do art. 44 e no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

O supracitado entendimento prolatado pelo Ministro Ayres Brito fora alcançado neste voto, após o desenvolvimento de uma linha de argumentação – com referências a vasta doutrina e jurisprudências – que se balizou nas seguintes diretrizes básicas: a) em sendo um crime hediondo, o tráfico ilícito de drogas sofreu um rol de restrições, quanto aos pertinentes benefícios, pela própria Constituição Federal de 1988, no qual não consta a vedação à conversão da pena, não sendo permitido ao legislador comum restringir direitos ou garantias fundamentais do homem e alijar a intrínseca dignidade do ser humano; b) a garantia da individualização da pena foi prevista pela Carta Magna Federal, que, embora deixe abertura para normatização do legislador comum, não permite que o núcleo semântico desta garantia seja nulificado pela atividade infraconstitucional; c) a garantia da individualização da pena deve almejar uma personalização da resposta punitiva do Estado e espraiar sobre o legislativo, o judiciário e na execução da pena, requestando do magistrado uma atividade de ponderação das circunstâncias envolvidas para que a realização da sanção penal culmine em segurança jurídica e justiça material; d) a reprimenda estatal deve ser proporcional ao bem jurídico violado pela conduta delituosa, não sendo a pena privativa de liberdade a única medida capaz de cumprir com este papel, uma vez que há outras medidas punitivas passíveis de aplicação – penas restritivas de direitos –, bem como o fato da privação da liberdade figura em nosso ordenamento como tipo de repressão de mais alta gravidade.

Em sentido oposto ao esposado acima, e após relatar com brevidade o voto do Ministro Ayres Brito, o Ministro Joaquim Barbosa prolatou seu voto entendendo pela constitucionalidade da vedação constante no dispositivo legal da Lei nº 11.343/2006, sob o manto de uma linha de argumentação estritamente legalista infraconstitucional e aduzindo pela consideração dos interesses da sociedade, distanciando-se da perspectiva dos comandos constitucionais dos direitos fundamentais do homem. Neste entendimento, foi acompanhado pelas Ministras Carmén Lúcia, Ellen Gracie e Ministro Marco Aurélio.

Entretanto, os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso acompanharam a linha de argumentação do Ministro Relator Ayres Brito.

Aguardou-se o pronunciamento do Ministro Celso de Melo – que prolatou entendimento consoante à linha de argumentação do Relator Ayres Brito e ainda elencou

outras decisões do Supremo demonstrando a possibilidade jurídica da conversão de penas – afastando o indevido óbice do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 constante da expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*” e reproduzido ainda no art. 33, §4º da mesma lei.

Respaldou-se ainda o Ministro Celso de Mello na doutrina penalista que vislumbra a possibilidade de conversão de penas restritivas de liberdade em penas restritivas de direitos desde que satisfeitas as condições previstas no art. 44 do Código Penal, haja vista que a uniformização generalista insculpida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 colide com a garantia de individualização da pena, pois não considera o grau de culpabilidade do agente da conduta delituosa de tráfico drogas, violando a dignidade intrínseca à pessoa humana e apenando indistintamente “simples instrumentos” deste mercado ilícito – as “mulas” – e os grandes traficantes.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente inconstitucional os dispositivos da Lei nº 11.343/2006 que proibiam a conversão da pena restritiva de liberdade em penas restritivas de direito para os condenados por tráfico ilícito de drogas.

Desta forma, a Corte afastou o óbice legal conflitante com os comandos constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro, que preza pela observância dos direitos fundamentais do homem – como a garantia da individualização da pena – o respeito à dignidade da pessoa humana e a efetivação da proporcionalidade, para que o magistrado responsável pela realização de tal processo de personificação da pena tenha a possibilidade de examinar os requisitos a serem preenchidos para conversão da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho foi iniciado por meio de uma abordagem da legislação nacional de combate às drogas, apresentando-se um processo de especialização pelo qual passou o tratamento legalista do combate aos crimes relacionados às drogas, pois – a princípio – as previsões normativas acerca dessas condutas delituosas estavam no código repressor do Estado, que, refletindo a necessidade de um tratamento de maior envergadura da matéria, elaborou legislação específica atualmente vigente, a Lei nº 11.343/2006, após algumas outras normas. Essas disposições e comentários acerca desta legislação antidrogas inserem-se no trabalho, no intuito de dar substrato para o entendimento da temática que foi desenvolvida.

Superadas essas disposições introdutórias, o trabalho remeteu-se – brevemente – à análise das características das organizações criminosas, uma vez que tal temática está intrinsecamente ligada ao tráfico internacional de drogas. Consoante a esta abordagem, fora realizada ainda apresentação do plano de fundo fático que ensejou o estudo apresentado, qual seja o das “mulas” do tráfico internacional, procurando-se demonstrar que as mesmas não fazem parte dessas organizações criminosas, mas apenas funcionam de mero instrumento no comércio ilegal de drogas.

Adentrando o cerne do trabalho, foram abordadas as questões principiológicas do tema, sobre as quais se procurou fundamentar a possibilidade de conversão das penas restritivas de liberdade em penas restritivas de direito, afastando-se a perspectiva estritamente legalista e colidente com as diretrizes do pátrio Estado Democrático de Direito insculpido na Lei nº 11.343/2006. Neste diapasão, limitou-se o estudo à abordagem de três princípios: o da dignidade da pessoa humana, o da individualização da pena e o da proporcionalidade, haja vista a gama de princípios orientadores do nosso Estado.

A linha de abordagem adotada – após a apresentação de aspectos propedêuticos ao tema, como questões terminológicas e dimensões dos direitos fundamentais do homem – fora no sentido de demonstrar que tal arcabouço jurídico intrínseco ao ser humano é reflexo da dignidade da pessoa humana, que fora insculpida pelo ordenamento jurídico pátrio como um supraprincípio e fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Consoante a esta linha de raciocínio, os princípios constitucionais devem culminar com a efetivação dos

direitos fundamentais do homem – dos quais são representações –, principalmente diante do poder punitivo do Estado.

Ao exercer o *ius puniendi*, o nosso Estado Democrático de Direito deve pautar a aplicação das normas infraconstitucionais, sem olvidar a tutela dos direitos fundamentais do homem. Deste modo, a aplicação de “limpa e seca” de um dispositivo legal, praticamente realizando uma atividade de simples “encaixe”, sem um contextualizado exame das circunstâncias atinentes à conduta delituosa e sem a consideração dos princípios constitucionais pode culminar em ululante afronta ao cerne do próprio ordenamento jurídico pátrio e verdadeiro teor axiológico da Constituição brasileira: o valor da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, entende-se que o óbice presente no dispositivo legal da Lei nº 11.343/2006, quando se aduz acerca da impossibilidade *in abstracto* da conversão das penas restritivas de liberdade em penas restritivas de direitos incumbidas aos apenados por condutas delituosas relacionadas às drogas - nos art. 44 e §4º do art. 33 - colide frontalmente com os direitos fundamentais do homem.

A interpretação e aplicação da Lei nº 11.343/2006 devem apontar no sentido de realização do *ius puniendi* do Estado e coadunar tal conduta com a efetivação dos princípios constitucionais como diretrizes da esmerada aplicação do bom direito.

Tal desiderato deve ser alcançado por meio da aplicação do princípio da individualização da pena, não apenas durante a atividade legiferante incumbida aos nossos representantes políticos, mas também – e de suma importância – durante as atividades dos intérpretes das normas infraconstitucionais, como é a lei antidrogas, buscando o máximo possível a personalização da pena, compatibilizando a hipótese legal ao caso concreto, sendo levadas em consideração todas as circunstâncias envolvidas.

Agregando respaldo a esta linha de argumentação, recorre-se neste contexto ainda à aplicação do princípio da proporcionalidade, que também deve espraiar-se sobre as atividades legislativas e judiciárias, por meio da adequação dos instrumentos estipulados pela norma com o seu legítimo propósito, sendo estas medidas necessárias e suficientes para o alcance do objeto legal – acepção da necessidade –, bem como estejam em patamar de equilíbrio com relação a este intento – acepção da proporcionalidade em sentido estrito.

Contribuindo com a linha de raciocínio defendida e a corroborar as ideias então esposadas, foi apresentado entendimento emblemático do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de conversão de penas restritivas de liberdade em penas restritivas de direito durante o julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, o qual apresentava caso concreto assemelhado ao contexto fático do plano de fundo ilustrativo então abordado neste trabalho, qual seja o das “mulas” do tráfico.

Neste decisório do Supremo, houve entendimento por maioria, no sentido de remover o óbice legal existente na parte final do art. 44 da Lei nº 11.343/06 e sua expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” constante no §4º do art. 33 da mesma norma infraconstitucional; ou seja, foi realizada a declaração incidental da inconstitucionalidade deste dispositivo legal, orientando que o magistrado da execução penal faça a avaliação das circunstâncias objetivas e subjetivas da conversão da pena em cada caso concreto.

Portanto, apreende-se de todo o estudo que o tratamento jurídico dispensado às “mulas” do tráfico internacional de drogas deve pautar-se em estrita observância dos princípios constitucionais respaldados pelo nosso ordenamento e, em especial, os três esposados neste trabalho – a dignidade da pessoa humana, a individualização da pena e da proporcionalidade –, no sentido de afastar o óbice presente na Lei nº 11.343/2006 quanto à conversão das penas e isso representar a perfectibilização da justiça material, vez que resguarda os direitos fundamentais do homem insculpidos no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas: lei 11.343/2006**. Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999

JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA DO DEPUTADOS, **Coordenação de Publicações. Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad: Lei n. 11.243, de 23 de agosto de 2006, e legislação correlata**. Documento Digital. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/781>>. Acesso em: 10 abr. 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Edições Almedina. 7. ed., 2010.

Crime organizado funciona como holding, diz estudioso. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u74202.shtml>>. Acesso em: 01 maio 2011.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____.; CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico e político-criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LAVORENTI, Wilson. **Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro**. Campinas: Millennium, 2009.

LIMA, Francisco Ferreira. **Execução penal: penas privativas de liberdade e sua execução com igualdade de tratamento perante a lei**. Fortaleza, 2005.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

Matérias jornalísticas acerca da temática das mulas do tráfico. Disponíveis em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1630183-15605,00.html>>. <<http://www.sbt.com.br/conexaoreporter/videos/default.asp?id=6f8ec0a8b19d439e333cde8578916472>>.

<<http://www.sbt.com.br/conexaoreporter/videos/Default.asp?id=ec6660f8add0d982a7eedc0cd05095f7>>. Acessadas em: 25 maio 2011.

Mensagem da Presidência da República ao Presidente do Senado Federal nº 25, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.

MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado.** São Paulo: IBCCrim, 1998

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial.** São Paulo: Atlas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros. 28. ed., 2008.

STECANELA, Nilda. **Mulheres e direitos humanos: desfazendo imagens, (re) construindo identidades.** Caxias do Sul: São Miguel, 2009.

TAIAR, Rogerio. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais.** São Paulo: SRS, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Método, 2009.