



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RAIMUNDO SIDNEY BESSA PINHEIRO

O NOVO TRATAMENTO PENAL DA FIGURA DO USÁRIO DE
DROGAS NA LEI N. 11.343/2006

SOUSA - PB
2008

RAIMUNDO SIDNEY BESSA PINHEIRO

O NOVO TRATAMENTO PENAL DA FIGURA DO USÁRIO DE
DROGAS NA LEI N. 11.343/2006

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Thiago Marques Vieira.

SOUSA - PB
2008

RAIMUNDO SIDNEY BESSA PINHEIRO

O NOVO TRATAMENTO PENAL DA FIGURA DO USUÁRIO DE DROGAS NA LEI
N. 11.343/2006

Trabalho de conclusão apresentado ao
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais,
da Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento dos requisitos
necessários para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em: 08 de Julho de 2008

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Thiago Marques Vieira
Orientador

João de Deus Quirino Filho
Examinador

Leonardo Figueiredo
Examinador

Sousa-PB
Julho-2008

A justiça é eterna, que não tem 'o seu tempo', porque ela é virtude preclarríssima, que deve ser cultuada por todos os bacharéis, como advogados, membros do Ministério Público, parlamentares e magistrados

Santo Tomás de Aquino

Dedico cada palavra desse trabalho a minha mãe, que mostrou não existir barreiras que impeça nossos sonhos. A ela devo tudo que sou e que tverei de ser, pessoa que, com muita luta e suor, presença o seu primeiro filho formado, e mostrou a mim que o estudo é o maior tesouro que um homem pode possuir. Ao meu pai, que sempre esteve do meu lado quando precisava. Aos meus irmãos Sâmara, Samira e Saymon.

AGRADECIMENTOS

A Deus por todo o amor que dá sentido a cada ação minha e por me feito entender que estudar é um meio concreto de edificar uma sociedade mais justa e fraterna.

A minha mãe Sandra Bessa, pela formação do meu caráter e pelo amor infinito que sempre me transmitiu em todos os momentos. Sou extremamente grato por tudo que ela fez por mim, nas críticas, como nos momentos mais sublimes. Obrigado por sempre acreditar em mim e está do meu lado em todos os momentos.

Ao meu pai Roberto, que mostra através do seu esforço constante o que realmente o pai pode fazer por um filho.

A meus avós Raimundo Fernandes Bessa, Maria de Lurdes Pinheiro (*in memoriam*) e Ivone Farias Bessa (*in memoriam*) saudades e gratidão por tudo.

As meus irmãos, nunca poderia esquecer vocês nesse momento, pois sempre trouxe muita alegria quando reunidos.

As minhas tias Socorro e Fátima, fontes de saber e luta.

Ao meu tio Bessinha, que mostrou, apesar dos atropelos que a vida nos traz, sempre devemos procurar nossa felicidade

Aos meus primos e primas, que exalam um carinho imenso.

A minha namorada Alyne, trazendo nesses últimos meses a calma com seu carinho e amor nos momentos que mais precisava.

A minha amiga Graça Santos, que sempre manifestou seu carinho de mãe por mim.

Aos meus amigos e companheiros de curso, Amaral, Elói, Guto Belo (*in memoriam*), Ronaldo "Rio Tinto", Alvaro, Robenaldo, Zetônio, Diogo, Bebeto, Moura e outros, motivo de alegria nesses anos de curso.

Aos meus colegas de turma, em especial, Górgia, Círia, Renata, Ialy, Samuel e Ronaldo que me deram um apoio nos momentos que mais precisava.

Aos meus grandes amigos, Vinicius, Erick, Désio, Deginaldo, Domingos, Ulisses, Khalil, Milena, Ricardo, Fernando, Airton, Thiago Faheina, Herbet, Saminha, Silvinha, Waleska, Nathália e outros, que sempre acreditaram que esse dia chegaria.

A minhas amigas Aldenir e Janine, que me acolheram desde o início do curso nos seus escritórios ensinando, de forma brilhante, a sabedoria prática do Direito.

Agradeço, de forma especial, ao meu orientador Thiago, pela paciência e dedicação durante esses meses. Agradeço, também, a todos os professores que auxiliaram na minha formação.

RESUMO

A problemática das drogas é um dos principais temas abordados na Política Criminal dos diversos países do mundo. É nesse diapasão que nações almejam uma forma de combater todos os seguimentos que envolvem o tráfico e o uso dos entorpecentes, notadamente, a disseminação exacerbada do vício. O Brasil acompanha essas diretrizes, e na busca de mecanismo de repressão a esse problema promulgou um novo diploma legal: a Lei n. 11.343/2006. Essa lei surgiu acompanhada de inúmeras celeumas jurídicas, dentre elas, a que abraça a conduta do usuário de drogas. A pesquisa pretende, nesse íterim, analisar a conduta do usuário e/ou dependente dentro do contexto de uma política criminal de combate e repressão às drogas, para ao final indagar sobre a nova roupagem penal que foi destinada àquele que utiliza entorpecentes para uso próprio. Para a consecução desse desinterato, utilizou-se de precípua análise doutrinária, caracterizadoras de uma pesquisa explicativa, angariando-se dos métodos de observação, como do método dedutivo. Averiguou-se, num primeiro momento, as nuances gerais das políticas criminais que discutem a melhor solução para o problema das drogas, adentrando no contexto brasileiro, dando ênfase à evolução legislativa que foi implementada ao longo dos anos, enfocando, principalmente, a ocorrida entre a Lei n. 6.368/76 e a Lei n. 11.343/2006. Observou-se que com a nova legislação a conduta do traficante passou a ser punida de forma mais severa, com um acréscimo do *quantum* da pena *in abstracto*, além da criação de novas figuras típicas que se assemelham à conduta do traficante. No que toca ao usuário, percebeu-se um abrandamento jurídico na punição, que não pode mais ser privativa de liberdade, obedecendo, agora, o preceito secundário do art. 28, que traz as seguintes medidas: advertência; prestação de serviços a comunidade; e medidas educativas de comparecimento a programa e curso educativo. Com essa nova punição emergiu a divergência sobre se a conduta do usuário havia sido descriminalizada ou despenalizada. No seguimento da primeira corrente, a nova figura não mais se enquadraria no conceito de crime exposto na Lei de Introdução ao Código Penal e, por isso, configuraria ilícito *sui generis*. Na idéia da despenalização fundamenta-se que a Constituição Federal permite que se criem novas penas desde que não violem as garantias mínimas dos indivíduos. Da explanação dos motivos que embasam um e outro pensamento a pesquisa concluiu, em consonância com o pensamento majoritário a respeito, que a conduta daquele que utiliza drogas para consumo pessoal passou por uma despenalização, não sendo mais admitida a imposição de pena privativa de liberdade, continuando, porém, a ser encarada como crime

Palavras chaves: Drogas, Usuário e Dependente, Despenalização.

ABSTRACT

The problematic one of the concernentes to the drugs is one of the main boarded subjects in the Criminal Politics of the diverse countries of the world. It is in this diapasão that nations long for a form to fight all the pursuings that involve the traffic and the use of the narcotics, notadamente, the exacerbada dissemination of the vice. Brazil folloies these lines of direction, and in the search of mechanism of repression to this problem it promulgated a new statute: law N. 11.343/2006. This law appeared folloied of innumerable celeumas legal, amongst them, the one that hugs the behavior of the user of drugs. The research intends, in this meantime, to inside analyze the behavior of the user and/or dependent of the context of one criminal politics of combat and repression to the drugs, to the end to inquire on the new criminal roupagem that was destined to that it uses narcotics for proper use. For the achievement of this desinterato, it was used of main doctrinal analysis, caracterizadoras of a explicativa research, angariando itself of the comment methods, as of the deductive method. It was inquired, at a first moment, nuances general of the criminal politics that argue the best solution for the problem of the drugs, adentrando in the Brazilian context, giving emphasis to the legislative evolution that was implemented throughout the years, focusing, mainly, the ocured one between Law N. 6.368/76 and Law N. 11.343/2006. In was observed that with the new legislation the behavior of the dealer passed to be punished of more severe form, with an addition of quantum of the abstract penalty, beyond the creation of new typical figures that if are similar to the behavior of the dealer. In what it touches the user, perceived a legal abrandamento in the punishment, that cannot more privative being of freedom, obeying, now, the secondary rule of art. 28, that it brings the following measures: warning; rendering of services the community; attendance e measured educative the program and educative course. With this new punishment the divergence emerged on if the behavior of the user had been descriminalizada or despenalizada. In the pursuing of the first chain, the new figure more would not be fit in the concept of crime displayed in the Law of Introduction to Criminal Code e, therefore, it would configure illicit sui generis. On the idea of the despenalização it is based that the Federal Constitution allows that new penalties are created since that they do not violate the guarantees minimum of the individuals. Of the communication of the reasons that base one and another thought the research concluded, in accord with the majority thought the respect, that the behavior of that uses drugs for personal consumption passed for a despenalização, not being more admitted the imposition of privative penalty of freedom, continuing, however, to be faced as crime.

Words keys: Drugs, User and Dependent, Despenalização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 A POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE AS DROGAS NO CONTEXTO MUNDIAL	14
1.1 Função do direito penal na tutela de proteção dos bens jurídicos	14
1.2 A política criminal – conceitos e modelos.....	16
1.3 Política criminal de combate as drogas.....	19
1.3.1 Produção.....	23
1.3.2 Repressão ao tráfico	24
1.3.3 Consumo.....	25
CAPÍTULO 2 A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA DE REPRESSÃO AS DROGAS27	
2.1 Antecedentes históricos	27
2.2 A Lei n. 6.368 de 21 de outubro de 1976	29
2.2.1 Medidas protetivas	30
2.2.2 Medidas repressivas	31
2.2.3 A figura e o tratamento do traficante	33
2.2.4 A figura e o tratamento do usuário	35
2.3 A Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006	36
2.3.1 Medidas protetivas	37
2.3.2 Medidas repressivas	38
2.3.3 A figura e o tratamento do traficante	39
2.4.3 A conduta e o tratamento do usuário	41
CAPÍTULO 3 A DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DO USUÁRIO	42
3.1 Da aplicação das penas do art. 28 da Lei nº.11.343/2006	42
3.2 Despenalização.....	44
3.2.1 Conceito de despenalização	44
3.2.2 Principais medidas despenalizadoras	45
3.2.3 A despenalização da conduta do usuário	47

3.3 A descriminalização da conduta do usuário	49
3.4 Crítica legalista à descriminalização	50
3.5 Críticas processuais à descriminalização.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

No contexto social contemporâneo uma das problemáticas mais discutidas no seio jurídico diz respeito à Política Criminal de combate às drogas no mundo. Sabe-se, que o aumento exorbitante do tráfico e do consumo das substâncias entorpecentes ocasiona uma série de discussões acerca do tema, por se tratar de uma questão de natureza urgente para os diversos países que convivem com o dilema: quais os parâmetros para uma política criminal eficaz? No contexto nacional, a celeuma é ainda mais gravosa.

Com efeito, aqueles que militam na área criminal atualmente estão vivenciando tempos difíceis, com o surgimento de leis que pecam pela deficiente técnica legislativa, o que certamente acarretará, lamentavelmente, inúmeras discussões nos tribunais, abarrotando-os ainda mais, contribuindo - negativamente - com a morosidade da justiça.

A entrada em vigor da lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 trouxe uma série de inovações e, conseqüentemente, um vasto entrave doutrinário acerca do artigo 28 que trata da figura do usuário. A necessidade de se buscar a natureza jurídica de tal conduta, agora sob o manto do novel diploma, deu azo ao surgimento de duas correntes: uma pugnando pela descriminalização da conduta do usuário; outra defendendo a despenalização da conduta. A nova tônica da lei de combate as drogas no país, entre as inúmeras polêmicas que derivam de seu arcabouço normativo, deixa patente uma postura diametralmente oposta no combate ao tráfico e ao traficante, de um lado, e de outro na postura adotada para o usuário de drogas. Cumpre diante desse contexto, analisar as idéias gerais da política criminal de combate as drogas, para dela extrair a problemática da nova atitude legal imposta ao usuário.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objeto principal o estudo do processo de descriminalização ou despenalização da conduta do usuário de substâncias entorpecentes, mostrando suas naturezas jurídicas, bem como suas principais peculiaridades.

As principais questões debatidas circundarão em torno da Lei Antitóxicos (6.368/76) e da Nova Lei de Drogas (11.343/2006), estabelecendo

comparativos entre ambas, dando maior ênfase aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e uso de substâncias entorpecentes. Dessa análise geral extrair-se-á a matiz do estudo em tela, delineando, ao final, se houve descriminalização ou despenalização com a tipificação da conduta do usuário nos moldes do art. 28 do novo diploma legislativo.

Para a consecução do objetivo em pauta utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, enfatizando o embasamento teórico, concomitante com a análise jurisprudencial e pesquisa de documentos e livros acerca do assunto.

Levando-se em conta os objetivos que se pretendem realizar com a pesquisa ela será marcadamente teórica, visto que almeja estudar as teorias e opiniões já levantadas para a problemática esboçada. Utilizar-se-á dos métodos de observação e do método dedutivo. Na observação são aplicados atentamente os sentidos a um objeto, a fim de que possa, a partir dele, adquirir um conhecimento claro e preciso. O objeto em pauta é o termo usuário de drogas. Na dedução, a racionalização ou a combinação de idéias em sentido interpretativo têm mais valor que a experimentação casuística, ou seja, utiliza-se a dedução como o raciocínio que caminha do geral para o particular. A pauta histórico-evolutiva também estará presente, mas não a ponto de transmutar o método principal no histórico-evolutivo, apesar de que nuances por este expostas serão observadas no desenvolver dos dois primeiros capítulos.

Iniciar-se-á a pesquisa tratando da política criminal de combate as drogas no contexto mundial, abordando uma visão geral acerca da função do direito criminal na tutela dos bens jurídicos, além da visão constitucional sobre o tema. Serão abordados, ainda os conceitos e características de política criminal, como, também, os principais movimentos ideológicos existentes no mundo (movimento da lei e da ordem, abolicionismo penal e o movimento minimalista).

Além disso, o capítulo inicial exporá o contexto histórico da política criminal no mundo, diante dos diversos acordos, convenções e conferências existentes entre os países, enfocando, principalmente, a proposta de Política Criminal feita pela Organização das Nações Unidas (ONU) para reprimir a produção, o tráfico e o consumo de drogas, estabelecendo "formas alternativas" de controle desses problemas.

A Política Criminal de Combate as Drogas no Brasil será analisada no segundo capítulo. Inicialmente serão delineadas algumas abordagens acerca dos

antecedentes históricos, situando os principais Decretos e Legislações pertinentes ao assunto. Salientar-se-á nesse capítulo o comparativo da antiga Lei n. 6.368/76 e a novíssima Lei n. 11.343/2006, tratando o direito material e processual das legislações citadas e dando maior importância às medidas preventivas de repressivas das mesmas, bem como a figura e o tratamento dado ao usuário e ao traficante de substâncias entorpecentes.

Por fim, o terceiro capítulo analisará o conceito e as características da descriminalização e da despenalização, enfocando, posteriormente, a conduta do usuário diante destas posturas doutrinárias. Será nesse capítulo que se abordará a discussão advinda com a publicação da Nova Lei de Drogas, donde parte da doutrina afirma ter ocorrido à descriminalização do uso de drogas, tendo como principal adepto o jurista Luiz Flávio Gomes, e outra afirmando o contrário, que na verdade houve uma despenalização da conduta, sendo esta a posição defendida, entre outros, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence.

A presente pesquisa, não tem nenhuma pretensão de esgotar o tema, busca uma análise do entendimento doutrinário junto com o entendimento jurisprudencial com o intuito de demonstrar a eficiência da aplicação desta importante lei na política criminal no Brasil.

Saliente-se, que nesse desiderato, deve o direito penal ser entendido como um *sistema* em absoluta comunhão com a Constituição da República e com todo o resto do ordenamento jurídico, sendo os possíveis conflitos resolvidos pelos princípios que o intérprete pode (e deve) lançar mão (especialidade, consunção etc.) e eliminados pelo legislador. A proposição exploratória desvinculada dessas conotações poderia facilmente conduzir a conclusões apressadas e desprovidas de caráter científico.

CAPÍTULO 1 A POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE AS DROGAS NO CONTEXTO MUNDIAL

Não é de hoje que o problema das drogas no contexto mundial é discutido. Há muitos anos, devido o aumento alarmante do tráfico e do consumo, vários países se reúnem para tratar de uma política criminal eficaz de combate às drogas. Apesar dos esforços despendidos por essas instituições, diversos países adotam formas próprias de política criminal, baseados em determinados modelos específicos de política do crime..

1.1 Função do Direito Penal na tutela de proteção dos bens jurídicos

Entende-se, acertadamente, que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, ou seja, da própria sociedade, de forma a tipificar condutas que possam acarretar qualquer espécie de ameaça ou lesão. O bem jurídico, seria um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido. Para Teles (2004, p.36):

São bens jurídicos a vida, a liberdade à propriedade, o casamento, a família, a honra, a saúde, enfim, todos os valores importantes para a sociedade “e ainda” bens jurídicos são valores éticos sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob a sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.

Portanto, coisas reais ou objetos ideais dotados de “valor” tornam-se um bem. Por isso são procurados, disputados e defendidos e, pela mesma razão, expostos a perigos e sujeitos a certas lesões. Cria-se, então, o interesse para tutelá-lo, de forma a normatizar a tutela daquele determinado bem. Dessa forma, torna-se protegido pelos preceitos legais, transformando-se em um bem jurídico, e conferindo ao legislador penal e a doutrina estabelecer a proteção desse bem penalmente tutelado.

Assim, no âmbito criminal o bem jurídico seria aquele que está a exigir uma proteção especial das normas do direito penal, por se revelarem insuficientes,

em relação às garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais. A proteção penal reside precisamente na seleção das situações de perigo e das formas de agressão que se quer evitar, transformando-as em delitos. Portanto, houve a supervalorização daquele bem jurídico, sendo importante que fosse protegido de uma forma coercitiva, com o intuito de compelir o criminoso à não agredir o bem de outrem.

Entende-se que a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor certa direção ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. Assim, bem jurídico deve ser entendido como valor (finalidade) e não como dever (norma), deixando-o na condição de delimitador da norma, cumprindo a função de proteção da pessoa humana, que seria o objeto final de proteção da ordem jurídica, protegida pelo direito penal e, ao menos indiretamente, com respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. Deve existir, portanto, uma relação entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem legal-jurídico-penal. Alice Bianchini (2002) enfoca acerca dessa relação que:

é inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens jurídicos que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com os valores albergados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores da sociedade que a produz.

Vale ressaltar a distinção entre bem jurídico tutelado com o objeto material do crime. Sabe-se que o objeto de tutela são os valores ético-sociais, não apenas as coisas materiais sobre as quais recai a ação criminosa. A exemplo disso, no crime de homicídio previsto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro, o objeto material do crime é o próprio corpo humano da vítima do delito, enquanto a vida seria o bem jurídico tutelado. Mesmo que o autor do delito não alcance a consumação do crime, não quer dizer que o mesmo não tenha causado uma lesão ao bem penalmente tutelado, pois houve uma tentativa, sendo indispensável a sua punição. Ainda que a pena de um crime tentado seja menor do que a de um crime consumado, justificado por fatores como política criminal, grau e intensidade de ofensa e frustração do ato criminoso. Francisco de Assis Toledo (1994, p. 20) afirma que:

O crime deve ser ofensa real ou potencial a um bem jurídico, tal ofensa não basta para caracterização do ilícito penal. O crime tem uma estrutura jurídica complexa, devendo somar-se à ofensa ao bem jurídico, outras

circunstâncias não menos importantes para o seu aperfeiçoamento. Pode-se, pois, afirmar que o bem jurídico orienta a elaboração do tipo, esclarece seu conteúdo, mas não esgota.

Por ter o Direito Penal um caráter residual, valora apenas os bens mais relevantes, aqueles que a coletividade eleva como de valor concreto para a manutenção da paz social, sendo apenas estes os tutelados pela legislação criminal. Além disso, buscar na Constituição os bens a tutelar e a sujeição da criminalização aos limites impostos por ela têm um sentido bem profundo, até para o próprio legislador. A tutela dos bens jurídicos constitui uma garantia para sociedade de uma política criminal respeitosa a dignidade humana.

1.2 A política criminal – conceitos e modelos.

Atualmente, a sociedade se encontra refém do medo e procura por formas de defesa. Sistemas cada vez mais complexos de segurança, cercas elétricas, cães de guarda, vigilância informal, blindagem de veículos, são recursos de que se valem as classes economicamente favorecidas na busca de proteção dos bens jurídicos fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade em todas suas formas e, claro, o patrimônio.

Mesmo que as formas de proteção contra a criminalidade variem de acordo com as condições sócio-econômicas, existe um ponto em comum: todas as classes sociais reclamam uma pronta intervenção do Estado, com a finalidade de combater à violência, além de que se estabeleça uma condição de segurança social. Surge, nesse exato ponto, a Política Criminal. Segundo Zafarroni (1999, p.132):

A Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Nesse mesmo sentido, João José Leal e Rodrigo José Leal (2007) conceitua que:

Política Criminal, que tem por fim o estudo e a prática das ações mais adequadas ao controle da criminalidade, deve ser entendida como o conjunto de conhecimentos capazes de conduzir o legislador – no momento de gestação da norma penal – e o operador jurídico, no momento de sua aplicação e execução, a construir um sistema penal mais eficiente (útil) e legítimo (justo).

Fica claro que a Política Criminal é uma ação para efetivar a tutela dos bens juridicamente tutelados, pois fornece subsídios aos legisladores no combate à criminalidade numa forma racional, utilizando-se de meios adequados. Saliente-se que a formulação de qualquer norma jurídica surge de uma decisão política. A legislação penal, como parte da legislação em geral, também é fruto de uma decisão de caráter político. Como consequência, o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal tem sua escolha determinada por fatores políticos, tendo como objetivo a análise crítica do direito posto, no sentido de bem ajustá-lo aos ideais jurídico-penais e de justiça.

Além disso, a política criminal possui modelos basilares que é refletida em cada país, levando-se em conta a necessidade e a ideologia que acredita ser mais eficaz. Os principais modelos existentes no contexto mundial são: movimento da lei e da ordem; abolicionismo penal; e o minimalismo penal.

O movimento da Lei e da Ordem prevê a abstinência e tolerância zero. Esse movimento sustenta a idéia de agravar as penas, criar novos crimes, liquidar com os direitos dos réus e tornar a fase de cumprimento de pena uma espécie de “inferno” para os criminosos. Porém, as medidas referidas variam a cada país, devido a sua independência legislativa. Segundo Alberto Silva Franco (2000, p.82):

O Movimento da Lei e da Ordem compreende o crime como o lado patológico do convívio social, a criminalidade como uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho. A sociedade era separada num traço simplificado, entre pessoas sadias incapazes da prática de atos desviados e pessoas doentes prontas para a execução de atos transgressivos. [...] Cada infrator tem uma qualidade negativa que o marca como um estigma: é o outro que merece escarmento e que não pode permanecer entre as pessoas honestas.

Devido à repressão ao crime existente, o movimento da Lei e da Ordem tem sido responsável pela criação de inúmeras leis, cujas características principais seria a idéia de que o Direito penal deve representar um instrumento de combate à criminalidade, sendo que para tal há que se instituir uma ordem penal a máxima

possível repressiva, reduzindo cada vez mais os benefícios aos apenados, tanto de natureza penal como processual.

Saliente-se ainda que em decorrência das diversas mudanças políticas ocorridas nos últimos tempos, o movimento da Lei e da Ordem tem sido facilmente alterado, contudo, suas premissas ideológicas basilares, bem como seus requerimentos foram mantidos e tiveram acolhido por diversos países com, por exemplo, os Estados Unidos.

Em posição antagônica ao movimento da Lei e da Ordem desenvolveu-se O modelo liberal radical ou abolicionista difundido principalmente na Europa, tem como marca distintiva o seu posicionamento extremo. Opõe-se a toda forma de Direito penal, buscando alternativas ao problema da criminalidade longe do sistema punitivo. Ferrajoli (1995, p.247-248) deixa evidente a real intenção do modelo abolicionista quando disserta que:

não reconhecem justificação alguma ao Direito penal e propugnam sua eliminação, ou porque impugnam desde a raiz seu fundamento ético-político, ou porque consideram que as vantagens proporcionadas por ele são inferiores ao custo da tríplice constrição que produz: a limitação da liberdade de ação para os cumpridores da lei, o submetimento a juízo de todos os suspeitos de não a cumprir, e o castigo de quantos se julguem que a descumpriram.

Segundo o Abolicionismo Penal, o direito criminal não castiga igualmente todas as infrações delitivas, independentemente do status sociais de seus autores, e quase sempre desfavorece a parte mais débil e a classes economicamente mais desfavorecidas. Portanto, a melhor política seria acabar este sistema de repressão frente à criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir nenhuma forma de benefício à população.

Outro movimento, o Minimalismo Penal ou Movimento Minimalista tem como foco exclusivo a proteção dos direitos individuais contra as invasões punitivas do Estado, contra as exacerbações do controle estatal, contra os avanços do direito penal sobre a liberdade individual. Baseado no princípio da intervenção mínima do Estado, significa a necessidade na abstenção do Direito penal de intervir em certas situações (seja em função do bem jurídico atingido, seja pela maneira com que veio a ser atacado), como também a sua utilização em último caso. Assim, o sistema punitivo é chamado a interceder de forma subsidiária, exigindo sua utilização quando não houver outros instrumentos de controle social eficazes.

Alguns princípios do Minimalismo Penal é tratada na Política Criminal de Reparação de Danos ocorrida na Europa, onde o sistema penal é tratada em segundo plano para solucionar os problemas de ordem criminal existente no continente, ou seja, a forma de combate a criminalidade seria principalmente formada de políticas sociais, deixando qualquer forma repressiva em ultimo caso.

1.3 Política criminal de combate às drogas

Segundo estimativas da Organização das Nações Unidas (ONU), o comércio mundial de drogas ilícitas movimentada, anualmente, a espantosa cifra de quatrocentos bilhões de dólares. Porém, sabe-se que o narcotráfico é um crime que dificilmente anda sozinho, pois sempre gera outras atividades ilícitas, como, por exemplo, a lavagem de dinheiro, contrabando de armas, corrupção, evasão fiscal etc. São os chamados delitos conexos que, junto ao narcotráfico, movimentada cerca de um trilhão e meio de dólares no mundo.

Diante das dimensões assustadoras, a inclusão do problema das drogas entre as preocupações prioritárias dos países é sinal enfático da dimensão que o assunto adquiriu, em nossos dias. Portanto, cada nação procurou elaborar políticas criminais ao uso de substâncias entorpecentes conforme as suas legislações.

A comunidade internacional a muito tempo que se debruça sobre o problema. Apesar de o uso de substâncias entorpecentes ser tão antigo quanto a humanidade, apenas no início deste século tiveram início as primeiras formas de repressão e controle no âmbito mundial. A primeira delas foi a conferência ocorrida em Shangai, em 1909, onde estiveram reunidos cerca de 13 países para combater o ópio da Índia infiltrado na China, no entanto, não houve qualquer resultado expressivo. Em 1911, ocorreu a primeira Conferência Internacional do Ópio, na cidade de Haia, resultando, posteriormente, a Convenção Internacional, sendo sua execução prejudicada pela I Grande Guerra Mundial. Nesse ínterim, a Convenção só entrou em vigor apenas em 1921

Com a criação da Sociedade das Nações, sua convenção constitutiva reconheceu a necessidade de elaborar acordos acerca do tráfico do ópio e outras

drogas nocivas, criando em fevereiro de 1921 a "Comissão Consultiva do Ópio e outras drogas nocivas".

Vinculada a Sociedade das Nações, ocorreram mais cinco conferências: em 1924, as quais surgiu o acordo de Genebra, trazendo os dispositivos da Conferência de Haia. Ainda em 1924, em conferência realizada novamente em Genebra, à qual compareceram, além dos membros da Sociedade das Nações, Estados Unidos e Alemanha ampliaram o conceito de substância entorpecente e instituído o sistema de controle do tráfico internacional por meio de certificado de importação e autorização de exportação.

No mesmo contexto, em 1931 e 1936, na cidade de Genebra, os Estados-membros providenciaram, através de Conferência, proibições, no âmbito nacional, acerca da disseminação do vício no uso de substâncias entorpecentes. Portanto, diante do crescimento exarcebado no início da década de 40, a questão do combate ao tráfico e ao consumo de substâncias entorpecentes passou a ocupar um lugar, cada vez mais, destacado no cenário global. Vicente Greco Filho (1993, p.36) apresenta o contexto mundial na década de 40:

A II Guerra Mundial, como toda a convulsão de âmbito internacional, pela desorganização ou perturbação social que causou, trouxe o aumento do índice do consumo de drogas, preocupando desde logo a ONU, assim que criada. Sob sua convocação, em 1946, foi assinado protocolo, atualizando acordos anteriores; em 1948, em Paris e, em 1953, em Nova York, firmaram-se outros protocolos, sendo que este último restringiu a produção de opiáceos na fonte, permitindo sua destinação apenas para uso médico.

Devido ao crescimento incontrolável, em 1961 foi ratificada pelo Brasil, por instrumento depositado em 19 de junho de 1964, promulgado pelo Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964 a Convenção única sobre Entorpecentes, na qual estabelecia classificação dessas substâncias, além de medidas de controle e fiscalização, prevendo restrições especiais aos particularmente perigosos.

Porém, durante todo esse tempo, o controle internacional limitou-se, primeiramente, aos entorpecentes ou narcóticos propriamente ditos, não incluindo os psicotrópicos de repressão mais recente, como as anfetaminas, o LSD etc. Visando atualizar a fiscalização e abranger essas substâncias, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas pediu ao Secretário Geral para convocar uma conferência de plenipotenciários para 1971, com escopo de adotar tratado a respeito.

A convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e substâncias Psicotrópicas, celebrado em 1988 na cidade de Viena, foi uma grande resposta da comunidade internacional ao crescimento da produção e do tráfico de drogas ilícitas. Em 1998, a Assembléia das Nações Unidas buscou a cooperação dos Estados-Membros, realizando sessão especial sobre as drogas. Vicente Greco Filho (1993, p. 40) relata precisamente o conteúdo da convenção:

Em 20 de dezembro de 1988 foi concluída em Viena nova convenção, que entrou em vigor internacional em 11 de novembro de 1990, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991, publicada no DOU de 27 de junho. Essa convenção, visando fortalecer os meios jurídicos efetivos de combate ao tráfico ilícito, complementou as Convenções de 1961 e 1972, acrescentando, entre outras coisas, o éter e a acetona no rol de substâncias controladas.

Diante da preocupação existente sobre o presente tema, em agosto de 2000, o Brasil teve a iniciativa de reunir, em Brasília, os Chefes de Estado dos países da América do Sul para debater sobre as Drogas e os crimes conexos, pois, segundo pesquisas da Organização das Nações Unidas (ONU), bilhões de dólares é movimentado, anualmente, no comércio de substâncias entorpecentes.

Portanto, trata-se de um problema complexo e de alcance amplo, não comportando soluções rápidas. A guerra contra as drogas envolve uma política criminal baseada em modelos, no qual cada região do mundo estabelece sua própria forma de repressão.

Até o início da década de 90, era comum, no diálogo internacional sobre o tema, a referência a países exclusivamente produtores, “de trânsito” e “consumidores”. Os primeiros eram vistos como os bandidos, os grandes culpados pelo problema, enquanto os países consumidores consideravam-se como “vítimas”. Atualmente, as políticas governamentais de combate as drogas das regidas pelo princípio da responsabilidade compartilhada, ou seja, todos os países são consumidores e produtores e de trânsito. Assim, torna-se necessário uma responsabilidade compartilhada na busca de soluções. Outro princípio que rege as políticas internacionais de combate às drogas é o da abordagem equilibrada: igual ênfase deve ser dada à repressão da oferta, à redução da demanda e ao tratamento de narcodependentes.

Um exemplo disso, o continente americano, que abriga importantes regiões produtoras e mercados consumidores, desempenhou papel pioneiro ao

lançar, em 1996, no âmbito da OEA, a Estratégia Hemisférica Antidrogas. Ali foram consagrados certos princípios básicos para o tratamento da questão. Ainda no âmbito da OEA, desenvolve-se atualmente o Mecanismo de Avaliação Multilateral. É um processo em que cada um dos trinta e quatro Estados-Membros avalia consensualmente e conjuntamente todos os demais, utilizando para tal uma série de indicadores consensualmente elaborado de comum acordo.

Nos países do oriente, como China e Japão, os narcóticos são absolutamente proibidos. De acordo com a lei atual chinesa, tanto a posse e o consumo quanto a produção e a venda de drogas ilícitas são considerados delitos criminais. A prática comum é que o consumo de droga seja punido com 15 dias de custódia. O Estado obriga os dependentes químicos a se submeterem a tratamentos de desintoxicação. Traficantes de drogas são punidos com penas de prisão, que podem durar anos, ou com penas de morte. Contudo, de acordo com as estatísticas mais recentes, somente na China existe cerca 1,05 milhão de dependentes químicos, sendo que essa porcentagem é aumentada constantemente.

A União Européia adota a estratégia de reduzir os danos causados aos usuários e a terceiros, através de uma assistência médica, social e territorial (demarcação de lugar para o uso de drogas). Essa política prega o controle do uso de drogas, utilizando-se de um modo "saudável" sem prejudicar a integridade física do agente e muito menos de outrem, por tratar-se de um problema que envolve a saúde pública, descriminalizando, gradualmente, as drogas. Os próprios europeus acreditam que as drogas sempre estarão presentes em qualquer lugar do mundo. Porém, segundo as últimas pesquisas feitas na Europa, a apreensão policial de cocaína e heroína no continente dobrou nos últimos cinco anos. Ninguém pode dizer precisamente quantos europeus usam drogas ilícitas, mas o número é enorme e está crescendo. Em alguns países, a droga chega a atingir proporções epidêmicas, devido ao consumo exarcebado de substâncias de forte dependência (crack, cocaína, heroína etc).

Os Estados Unidos adota a política tolerância zero. Baseia-se no movimento da Lei e da Ordem, onde existe um controle repressivo e, de certa forma, desumano aos criminosos envolvidos com drogas. Porém, as medidas referidas variam a cada Estado, devido a sua independência legislativa. Alguns Estados tratam à posse de maconha como uma pequena contravenção, equiparada à ultrapassagem dos limites de velocidade. No entanto, grande parte do território norte-americano

trata as drogas como um problema policial e particularmente militar, adotando a prisão massiva dos narcodependentes. No entanto, devido a interminável guerra entre o Governo da Colômbia e as forças revolucionárias existentes nesse país, a política adotada pelo Estados Unidos torna-se praticamente ineficaz, tornando-o maior consumidor de drogas ilícitas do mundo.

Diante dos falhos exemplos de políticas dados anteriormente, a Organização das Nações Unidas, tratou de estabelecer, através das suas Comissões e da Organização Internacional de Política Criminal (INTERPOL), uma política eficaz de combate às drogas baseadas em formas alternativas e menos onerosas aos países que precisamente adotem. Segundo a ONU, o combate as drogas do mundo envolve três frentes de batalha: o controle da produção, tráfico e do consumo.

1.3.1 Produção

Atualmente, a Indonésia (ecstasy), Afeganistão (ópio e heroína), Colômbia (cocaína), Holanda (Anfetaminas) e Marrocos (maconha) são os maiores produtores de drogas ilícitas do mundo, segundo a Organização das Nações Unidas. Por se tratarem, na sua maioria, países de terceiro mundo, a ONU procurou estabelecer formas de controle da produção conforme o poder econômico dessas nações

A repressão no cultivo de matéria prima, como a folha da coca e a papoula seria a maneira mais rápida de resolver o problema. Porém, o fim do plantio dessas plantas tem conseqüências danosas nesses países onde parcelas significativas da população rural, que são maioria, dependem do cultivo dessas ervas. Para contornar esse problema, as nações procurarão desenvolver programas de culturas alternativas, visando dar aos agricultores a possibilidade de dedicar-se a outros cultivos. Como exemplo significativo, os Estados Unidos, desde a década de 80, passaram a aplicar tarifas preferenciais na importação de certos produtos agrícolas de países andinos, como forma de incentivar programas de substituição de cultivos nessas regiões. Trata-se, ainda, de reprimir a fabricação das drogas a partir de laboratórios clandestinos. Nesse campo, é fundamental o controle do desvio de precursores químicos.

Segundo estimativas da ONU, a luta contra a produção de drogas está contabilizando algumas importantes vitórias. A Agência das Nações Unidas para o Controle e Prevenção de Crimes (ODCCP), mostra uma redução na produção de heroína e cocaína. A ODCCP diz que entre 1992 e 1999 houve uma queda de 20% na produção de folha de coca e de cocaína, enquanto que a fabricação de ópio caiu 17%, só no ano passado.

Portanto, o cultivo alternativo, trouxe aos agricultores desses países uma forma lícita e lucrativa, pois além da comercialização dessas novas matérias primas, suavizaram o contexto da produção de drogas no mundo.

1.3.2 Repressão ao tráfico

A repressão ao tráfico é tarefa árdua para todas as nações do mundo, reputa-se como trabalho policial que leva aos países um controle físico das fronteiras e do espaço aéreo. O Brasil, a exemplo disso, tem extensas fronteiras com dez países. Sabe-se que alguns desses vizinhos são produtores, abrigando poderosas organizações dedicadas ao negócio das drogas. Isto faz com que o Brasil tenha seu território utilizado como canal de escoamento da produção, tornando-o altamente permeável ao tráfico, o que torna o controle ainda mais difícil. O continente Americano, que abriga importantes regiões produtoras e exportadoras, desempenhou papel pioneiro ao lançar, em 1996, no âmbito da OEA, a Estratégia Hemisférica Antidrogas, consagrando certos princípios básicos para o tratamento da questão. Atualmente, as políticas governamentais e a cooperação internacional no combate ao tráfico se regem pelo princípio da responsabilidade compartilhada: todos os países são consumidores, produtores e de trânsito, portanto, todos possuem uma responsabilidade compartilhada na busca de soluções.

Além disso, é sabido que a movimentação financeira do tráfico ocorre nos chamados "paraísos fiscais" ou bancos Suíços. Países como Bahamas, Panamá, Ilhas Virgens, Ilhas Caimã, dentre outros, não estão preocupados, verdadeiramente, com a natureza e a origem dos fundos que ali são investidos. As autoridades desses pequenos Estados têm mesmo permitido aos bancos dispor de postos especiais de

desembarque em aeroportos sem qualquer controle policial ou alfandegário apertado. A Suíça oferece, desde muito tempo, uma entrada livre e ilimitada ao ouro e às divisas, qualquer que seja a proveniência. Em cada ano realizam-se na Suíça transações diversas na ordem de 65 bilhões de dólares em notas, ou seja, 8% das transações do mundo inteiro. Além de todas essas facilidades, é muito apreciada pela qualidade do seu serviço: as transferências podem ser efetuadas em poucas horas.

Como solução para as movimentações financeiras existentes no tráfico, países como a França e Estados Unidos, com apoio da ONU, buscaram soluções através de um sistema de controle de câmbios que os protege seguramente contra o tráfico, além de uma legislação severa acerca das movimentações bancárias. Apesar dos esforços despendidos, e a diminuição considerável da produção, a questão do tráfico está longe de ser resolvida. O aumento na comercialização de drogas ilícitas continua aumentando de maneira espantosa em todas as regiões do mundo.

1.3.3 Consumo

Segundo pesquisas feitas pela Organização das Nações Unidas, cerca de duzentos milhões de pessoas consomem drogas consideradas ilícitas em todo o mundo. Os Estados Unidos teriam aproximadamente 25 milhões de pessoas usuárias de drogas.

Diante desses números alarmantes a ONU tratou de estabelecer três providências para serem tomadas: a prevenção através de agentes multiplicadores, o desestímulo, por meios de campanhas educativas, e o tratamento dos toxicodependentes.

Acerca da prevenção, a ONU elaborou um método constituído de agentes multiplicadores. Os agentes multiplicadores seriam professores, educadores em geral e pessoas relacionadas à saúde que fariam cursos de capacitação para prevenir o uso indevido de drogas. Os profissionais abordariam o problema do consumo de forma pedagógica nas escolas primárias, chegando até as

Universidades. As campanhas educativas trariam a questão do consumo de entorpecentes de modo mais massivo à sociedade de forma a desestimular grande parte da população que pensam, ou já usou, qualquer espécie de substâncias consideradas ilícitas. Porém, o tratamento aos toxicodependentes se tornaria um pouco mais oneroso para a política descriminalizada criada pela Organização das Nações Unidas. Segundo ela, a criação de hospitais especializados para a desintoxicação desses dependentes mostraria a população a realidade do vício e suas conseqüências biológicas, sociais e econômicas.

Além das discussões em torno da descriminalização da droga, a ONU acredita na idéia de que os delitos mais leves, relacionados com o consumo devem merecer tratamento jurídico especial: as penas devem ter não apenas o objetivo de punir o delinqüente, mas, sobretudo, o de tratá-lo e recuperá-lo. Seria uma estratégia de reduzir os danos causados aos usuários e a terceiros, pregando o controle ao uso de drogas de uma forma saudável, preservando a integridade do consumidor de entorpecente.

Segundo estimativas da ONU, países que adotam políticas proibicionistas de combate a consumo de drogas apresentam maiores números de usuários como, por exemplo, Estados Unidos, Espanha e Reino Unido. A Holanda, que desenvolve uma política descriminalizada, tem reduzido consideravelmente os números de toxicodependentes.

A partir da Lei n. 11.343/2006 o Brasil adotou com relação ao usuário a política criminal esboçada pela ONU. Cumprirá investigar nesse trabalho aos princípios jurídicos que aderiram com essa nova postura legislativa.

CAPÍTULO 2 A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA DE REPRESSÃO AS DROGAS

Há muito tempo à política de combate as drogas é discutida no Brasil. Porém foi insuficiente o aparato de leis que efetivasse o combate aos entorpecentes. Com a necessidade de uma lei específica para o problema, entrou em vigor a lei 6.368 de 1976 que trouxe medidas repressivas severas, além de medidas de caráter preventivo, de forma a inovar a Política criminal naquela época.

Passado trinta anos de sua promulgação, a questão dos entorpecentes no país não foi devidamente solucionada, chegando a aumentar significativamente. Dessa forma, o legislador brasileiro viu a necessidade de um melhoramento na legislação de drogas, criando, então, a Lei n. 11.343/2006 que inovou, em vários aspectos, a matéria relacionada as drogas no Brasil.

2.1 Antecedentes históricos

A legislação brasileira de combate as drogas tem sua origem nas Ordenações Filipinas, que em seu título 89 dispunham que: "ninguém tenha em casa rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso". O código de 1890, apesar de vago e insuficiente, considerou crime expor a venda ou ministrar substâncias venenosas sem nenhuma autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários.

Com a toxicomania que invadiu o mundo após a Primeira Guerra Mundial, tornou-se necessário coibi-la, através do Decreto n. 4.294 de 6 de julho de 1921, inspirado na Convenção de Haia de 1921, tendo sido modificado pelo Decreto n. 14.969, de 3 de setembro de 1921. Por falta de condições de efetivar a legislação vigente, os resultados da repressão nessa época foram coberto de falhas, sendo que o grande impulso de melhoria desse problema que assolava a população brasileira foi do Decreto n. 780 de 28 de abril de 1936, modificado pelo Decreto n° 2.953 de agosto de 1938.

Posteriormente foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, pelo Decreto-lei n. 3.114 de 13 de março de 1941, alterado pelo Decreto-lei n. 8.647 de 1946, com a intenção de fixar normas sobre a fiscalização em matéria de entorpecentes, bem como deixarem consolidadas as normas dispersas a respeito.

Vicente Greco Filho (1994, p.42) aponta que:

Diploma legal de importância na repressão ao uso de substâncias que causam dependência física ou psíquica, foi editado, a 10 de fevereiro de 1967, o Decreto-lei n.º. 159, que equiparou as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica aos entorpecentes para fins penais e de fiscalização e controle.

No contexto das medidas repressivas e preventivas ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes a Lei n. 5.726, de 29, de outubro de 1971 deu uma nova redação ao art. 281 do Código Penal, além de alterar o procedimento para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo. Essa mudança representou a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no mundo.

Com o final da ditadura militar e da legislação de exceção, remanesceu uma estrutura legislativa excepcional dedicada ao fenômeno das drogas, com a enganadora sensação de que somente a legislação criminal poderia proteger a sociedade de todas as formas de males. O exemplo disso seria a extração do pátrio poder dos pais usuários, internações hospitalares sem autorização dos pacientes em questão, e estabelecimento de penas iguais ou superiores aos de homicídio nos crimes relacionados às drogas ilícitas. Devido a tais problemas, houve a necessidade de rediscussão da legislação do país concernente ao tema, com a finalidade precípua de reorganizar a política de combate às drogas.

Com isso, a Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, substituiu a Lei n. 5.726, exceto seu art. 22, que trará o procedimento sumário de expulsão do estrangeiro que comete crime de tráfico de drogas. A Lei n. 7560/86 revogou o § 2º do art. 34 e criou o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às drogas de Abuso – FUNCAB.

Saliente-se ainda a Constituição Federal de 1988 que colocou no rol de crimes inafiançáveis o tráfico ilícito de entorpecentes, além da Lei n. 8.072/90 que estabeleceu este no rol dos crimes hediondos.

Posteriormente, sendo pressionada pela comunidade internacional, principalmente pela OEA - Organização dos Estados Americanos, o governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1998, criou a Secretária Nacional Anti Drogas (SENAD), logo após a Assembléia Especial das Nações Unidas sobre Drogas. A SENAD além dos aspectos de repressão, ficou com atribuições relativas à prevenção, tratamento e reinserção social dos usuários de drogas, atribuíveis aos Ministérios da Saúde, Educação e Assistência Social.

A partir do governo do atual presidente Luis Inácio Lula da Silva, e a promulgação da lei n. 10.409/2002, a contenção da oferta de drogas e a ampliação das ações de combate ao tráfico foram pontos essenciais desta nova visão sobre o tema, ao lado de um debate franco e aberto com a sociedade sobre a descriminalização do uso e porte de drogas para consumo próprio, a exemplo do que ocorre em muitos outros países.

2.2 A Lei n. 6.368 de 21 de outubro de 1976

A Lei Antitóxicos como é conhecida pelos doutrinadores, ofereceu em seu bojo temas inovadores e preocupantes para década de setenta, exigindo seriedade no seu tratamento por parte das autoridades pátrias na época da sua vigência. Este diploma legal, de maior interesse no cenário jurídico e político contemporâneo foi discutido à luz das crescentes tratativas dispensadas pelos tribunais e a necessidade de uma maior atenção e dedicação do Poder Público no controle do tráfico e uso de substâncias entorpecentes.

O objetivo principal do legislador ao formular referida lei foi a proteção da saúde pública, uma vez que a deterioração causada pela droga põe em risco a integridade social. Deste modo, tem como bem jurídico tutelado a incolumidade pública e, em particular, a saúde pública. Segundo Vicente Greco Filho (1994, p. 49):

Em suas linhas gerais, seguindo a orientação aberta pela anteriores lei 5.726/71, o diploma procura ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, único instrumento realmente válido para se obter resultado no combate ao vício..."

Portanto, a legislação antidrogas não pune o agente pelo simples fato de haver feito uso de entorpecente em momento anterior à sua prisão. O que a lei condena é a posse de droga, seja ela para consumo ou mercancia no ato da prisão. Assim, vê-se que a toxicomania não é considerada crime na esfera penal.

O projeto teve como sustentáculo os trabalhos realizados do Ministério da Justiça, além de diversos médicos psiquiatras, advogados, juizes, professores de Direito Penal e do departamento de Repressão de Entorpecentes da Polícia Federal.

Assim a Lei n. 6.368/76, composta por 44 artigos, dispunha sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

2.2.1 Medidas protetivas

Acerca da proteção, a lei procurava dar maior importância a participação geral no combate as substâncias entorpecentes, incluindo tanto pessoas físicas como jurídicas. Segundo o art. 1º da referida lei, aquela pessoa jurídica que não colaborar nos planos governamentais de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de entorpecente, perderia auxílios e subvenções da União, Estados e Municípios, além dos órgãos da administração descentralizada.

Acerca das pessoas físicas, o dever de colaborar nessa campanha era de forma imperiosa, pois a lei não estipulava formas de colaboração, muito menos sanção pelo descumprimento. Para Vicente Greco Filho (1994, p. 51) “a melhor forma de vincular e sancionar a pessoa física seria através de lei específica, não sendo válida a ampliação regulamentar de norma genérica”.

Acerca da produção de drogas, a lei optou pelo sistema de monopólio de entidades públicas de plantas que possam ser extraídas substâncias entorpecentes. Porém, tal restrição aplica-se apenas ao plantio e cultivo dos vegetais, cujo cultivo exacerbado tornasse perigosos.

O Art. 3º da Lei n. 6.368/76 previa a instituição do Sistema Nacional de Prevenção Fiscalização e Repressão de substância entorpecente, sendo este órgão acompanhado da participação de forma voluntária dos Estados e Municípios. Tal

instituição foi fundamental para o combate as drogas no Brasil, trazendo os Governadores e Prefeitos na função de colaboradores.

Além disso, buscou-se como medida protetiva a obrigação de diretores de estabelecimento de ensino, hospitalares, entidades sociais, culturais, recreativas, dentre outros, adotarem medidas eficazes à prevenção do tráfico e uso indevido de substâncias entorpecentes, com a devida orientação de instituições especializadas. Buscaram-se, através de cursos de formação, uma capacitação necessária dos funcionários, ensinando medidas pedagógicas de combate as drogas ilícitas.

Ressalta-se ainda, que centralizou-se no Ministério da Saúde a atribuição de baixar instruções de caráter geral ou especial sobre proibição, limitação, fiscalização e controle da produção, comércio e uso de substâncias entorpecentes. Salienta-se a iniciativa e orientação dos programas de prevenção e repressão aos tóxicos. Partindo da União, poderiam estender-se aos Estados e Municípios mediante convênios ou delegação.

Acerca do tratamento e da recuperação de dependentes, a Lei n. 6.368/76, no seu artigo 10 abordara a obrigatoriedade das autoridades administrativas de criar estabelecimentos apropriados para internação. Porém, o procedimento internatório somente será efetivado se o quadro clínico ou suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.

2.2.2 Medidas repressivas

A Lei n. 6.368/76 visou atingir os dois pólos, quais sejam, a oferta e a procura, o traficante e o que possa tornar-se viciado, a facilidade de obtenção da droga e o narcômo em potencial. Segundo Vicente Greco Filho (1994, p.32) afirma que:

A gravidade e extensão do mal social que a toxicomania exigem a reação estatal contra os que, de qualquer modo, forem responsáveis pelo tráfico ou colocarem em perigo a saúde pública, disseminando ou facilitando a disseminação do vício. As medidas repressivas são penais quando, visando a reprimir abuso ou desvio de autorização na produção, manuseio ou distribuição de substâncias controladas, determinam a cassação da referida autorização.

Portanto, o legislador intencionou, na verdade, reprimir o tráfico de drogas de maneira exasperada, pelo perigo que representa à saúde e paz pública. Por isso, procurou punir com mais rigor o traficante do que o simples usuário, pois aquele é o tipo mais perigoso dos indivíduos ligados aos tóxicos.

O artigo 12 da referida lei trata a figura do traficante, descrevendo condutas que podem ser praticadas de forma isolada ou seqüencial. Sabe-se que a deteriorização causada pela droga não é limitada apenas aqueles que fazem uso dela, mas põe em risco a própria sociedade. A Lei n. 6.368/76, contudo, visa evitar o dano causado a saúde pelo o uso de drogas.

Art.12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo de substâncias entorpecentes ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar
Pena – reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Acerca da produção, a lei antitóxicos procurou incriminar autonomamente as condutas relativas aos maquinismos, aparelhos, instrumentos ou objetos destinados à fabricação, preparação ou transformação de substâncias entorpecentes. Porém, para caracterização da produção de drogas era necessário que demonstrassem que esses aparelhos usados estiveram efetivamente destinados a esse fim, pois não existe maquinas exclusivas para produção de entorpecentes. A pena varia de três a dez anos e pagamento de 50 a 360 dias-multa.

A lei não aplicou a pena somente no caso de traficante e produtores de drogas, como, também, quem tem associação a eles, chegando a cumprir uma pena de até 10 anos mais multa. Portanto, para configuração do crime de associação a produção e ao tráfico, seria necessário um *animus* associativo, ou seja, um ajuste na intenção de formar um vínculo associativo, buscando a prática do crime visado. Jamais a simples co-autoria, ocasional, transitória configuraria o crime de associação.

Quanto a questão do usuário, a lei antitóxicos foi mais branda trazendo penas leves para aquele que adquiri, guarda ou traz consigo, para uso próprio, substâncias entorpecentes. A pena é limitada, chegando, no máximo, a 2 anos de

reclusão mais dias-multas. Para a incidência do Art. 16, portanto, as condutas “adquirir”, “guardar” e “trazer consigo” só podem ser praticadas quando a finalidade exclusiva seja o uso próprio e não seja ela desviada pelo fornecimento de terceiro.

Art 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Como se não bastasse, o Art. 18 da referida lei previu casos de aumento de pena para tráfico com o exterior, seja quando o tóxico venha para o Brasil, seja quando o tóxico esteja em vias de exportação. Outros casos de aumento de pena seriam quando o criminoso estivesse relacionado a função pública de combate a criminalidade, associação com menores de vinte e um anos, ou quando os atos de preparação execução e consumação estivessem nas mediações de hospitais, entidades estudantis, sociais, culturais etc.

Portanto, as medidas repressivas de combate as drogas na Lei n. 6.368/76 procuraram focar, principalmente, a figura do traficante e do disseminador, tratando os mesmos como principais culpados pelo o aumento do consumo de entorpecentes no Brasil. Assim, deixou o usuário como uma das principais vítimas do crescimento exarcebado da droga no país, pois o aumento do tráfico só prejudicaria as formas de prevenção ao uso de drogas.

2.2.3 A figura e o tratamento do traficante

A Lei n. 6.368/76, no seu Art. 12, especifica diversas condutas que define o Tráfico de Entorpecentes. A legislação referida desincorporou o delito do Código Penal, tornando-o crime de lei especial.

Nessa transição de uma lei para outra, o tratamento dado ao traficante tornou-se mais severo, cuja objetividade jurídica foi proteger a saúde pública, pois a deteriorização causada pela droga não se limita apenas quem faz uso dela, mas põe a própria integridade social em risco. A lei visa evitar, principalmente, o dano excessivo causado pelas drogas

Alguns doutrinadores, como Vicente Greco Filho, alegam que a pena de reclusão de três a quinze anos e pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa foi exagerada, comparando com as diversas legislações e decretos publicados anterior a época de sua vigência. Vicente Greco Filho (1994, p. 98) trata da exacerbação da pena dizendo:

Justifica a exacerbação em virtude da distinção feita em relação àquele que traz consigo, adquire ou guarda para uso próprio, agora punido com detenção. Foi deixada grande margem de discricionariedade ao Juiz para a fixação da pena, a fim de que possa o magistrado apenar diferentemente o pequeno e o grande traficante. Sabe-se, porém, que as grandes penas raramente são impostas, o que, todavia, agora pode ser superado em virtude da separação para o que traz consigo para o uso.

Diferentemente do Decreto-lei n. 385 e da Lei n. 5.726 de 1940, a pena de multa foi reduzida, adequando-se mais a realidade da época da sua publicação. As penas de multa nas legislações citadas eram realmente excessivas, tornando-a praticamente inexecutável.

Acerca do cumprimento da pena, a antiga Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) impõe ao Tráfico de Substâncias Entorpecentes o cumprimento da pena em regime fechado de forma integral. Porém, somente poderia aplicar regras desta aos fatos após sua vigência. Portanto, com a Lei de Crimes Hediondos, o Tráfico de Drogas tornou-se um delito com pena bastante severa, estabelecendo diversas reprimendas de natureza material e processual.

Além disso, a prisão temporária previsto para o crime de Tráfico Ilícitos de Entorpecentes é de trinta dias, prorrogável por igual prazo, caso haja extrema necessidade (Art. 2º, § 3º da Lei nº 8072/90). Está previsto ainda o cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima. Segundo os ditames legais e doutrinários, o crime de Tráfico de Drogas é de alta complexidade, onde a permanência nos presídios estaduais pode causar risco a ordem ou incolumidade pública.

Quanto ao estrangeiro que pratica no país o crime de tráfico de drogas no Brasil, a Lei Antitóxicos disciplina a expulsão do mesmo, através de procedimento administrativo, conforme a Art. 70 e 71 da Lei n. 6.815/90. Desde modo, a conduta enquadrada no crime em questão deixa bem evidente repulsa da sociedade brasileira aos que, não sendo nacionais, vem ao país para a prática dessa infração.

2.2.4 A figura e o tratamento do usuário

Os usuários de drogas tem um tratamento mais benigno com relação aos demais crimes previstos na lei antitóxicos. A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo, para uso próprio, é o perigo social que sua conduta representa. O usuário, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, pois é fator decisivo na difusão dos tóxicos.

A Lei n. 6.368/76, no seu artigo 16, levou em consideração a condição pessoal do viciado que, apesar de imputável e responsável, sofre com a compulsão para a prática de tal conduta. Por isso, a pena de detenção de seis meses a dois anos e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa é branda, de forma a aparecer os primeiros passos para a despenalização desse tipo penal.

Assim, o viciado-dependente não é tratado como infrator, pois as drogas causam efeitos capazes de suprimir a sua capacidade mental e o leva para a dependência, já que é incapaz de trabalhar com a finalidade de manter no vício. Por isso, o art. 9º e 10º faz uma pressão no sentido de que sejam construídos estabelecimentos apropriados para o tratamento do usuário, além de um regime de internação hospitalar, nos casos mais graves.

Diferentemente do tráfico de entorpecentes, que trata o criminoso como perigoso, necessitando de presídio de segurança máxima, o usuário seria mais uma vítima do aumento incontrolável da comercialização das drogas ilícitas, precisando de tratamento clínico, social e medidas preventivas para redução do problema.

Salienta-se ainda, conforme o Art. 61 da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), o crime de uso de drogas é de menor potencial ofensivo, cabendo o benefício do sursis processual, ou seja, permite o condenado não se sujeite à execução de pena privativa de liberdade.

Portanto, o tratamento legal dado ao usuário seria a adoção das medidas preventivas, visando evitar a implantação do vício. As medidas repressivas são impostas com maior rigor aos traficantes e associados, buscando a redução eficiente da comercialização e redução das drogas consideradas ilícitas.

2.3 A Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006

Com a inadequação histórica da Lei n. 6.368/76 após 30 anos de sua vigência, aliada ao amplo processo de descodificação do Direito Penal ocorrido durante os meados da década de 90, tornou-se extremamente defasada o direito brasileiro de combate às drogas ilícitas. Dessa forma, com o constante crescimento do comércio e do consumo de entorpecentes no país, o legislador pátrio viu-se a necessidade de uma legislação que ocasionasse maiores efeitos na política criminal implantada no país.

Com o advento da Lei n. 11.343 de 2006 se criou dois estatutos autônomos com as respostas punitivas de natureza distinta: aumento repressivo ao tráfico de drogas, com a imposição de um severo regime de punibilidade; e o tratamento do usuário e do dependente como uma patologia, aplicando penas e medidas mais brandas.

Portanto, a nova lei de drogas tem os seguintes eixos centrais: a pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; eliminação da pena de prisão ao usuário; rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; clara distinção entre o traficante “profissional” e o ocasional; inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidas com os delitos de drogas.

Alem disso, com o advento da presente lei foi criado o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem como tarefa articular e coordenar toda política brasileira de prevenção às drogas, tanto a que se refere ao usuário como voltada ao traficante.

Semelhante a Lei antitóxicos, a nova legislação de drogas abarca duas tendências. A Proibicionista, dirigida contra a produção não autorizada e o tráfico ilícito de entorpecentes, além da prevencionista, que é aplicada basicamente ao usuário e dependente. No entanto, deve-se atender às políticas de atenção e de reinserção social dos mesmos.

2.3.1 Medidas protetivas

As atividades protetivas ao uso indevido de drogas, conforme o art. 18 da Lei de drogas são aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade, risco, promoção e o fortalecimento dos fatores de prevenção.

Quanto à vulnerabilidade, é conceituada como a reduzida ou inexistente capacidade do indivíduo ou do grupo social de decidir sobre sua situação de risco. Quando da análise do indivíduo para fins de tratamento, todas as questões referentes à sua vulnerabilidade são analisadas, destacando-se as relativas ao comprometimento social familiar e legal, dentre eles, a avaliação da estrutura familiar, atividade de trabalho estável, relacionamento social, envolvimento com o narcotráfico, antecedentes jurídicos etc.

Quanto à redução dos fatores de risco, percebe-se a estreita ligação entre a situação econômico-social do Brasil e a criação de condições favoráveis à manutenção dos mercados ilícitos. Sabe-se que em uma análise da situação social brasileira, a face mais perversa do desemprego se caracteriza pelo fato de que o contingente atual de criminosos é engrossado pela massa de jovens que jamais ocuparam uma vaga no mercado formal de trabalho, que constituem o grupo social mais vulnerável a ser utilizado pelo tráfico.

Portanto, a questão do tráfico está ligada ao desemprego estrutural, ou seja, grande maioria dos jovens, que jamais entrou no mercado de trabalho, tem uma maior tendência em acentuar a relação entre desemprego e criminalidade. Daí a necessidade de empregos para esses jovens, de forma a reduzir o tráfico e uso de drogas.

Outra forma de prevenção seria o fortalecimento dos fatores de proteção, reconhecendo o uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e da própria comunidade. Além disso, busca-se ainda o compartilhamento de responsabilidade e colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos seguimentos sociais; o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população para o tráfico e uso de drogas, investimento cultural e esportivo etc.

Salienta-se as atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas, que trata a partir do Art. 20 da Lei n. 11.343/2006, que traz qualidade de vida, redução dos riscos e dos danos aos associados ao uso de drogas.

Segundo a doutrina, é unânime o posicionamento de que investimento em prevenção é o que pode alcançar resultados mais positivos, pois trataria da raiz o problema da droga no Brasil, enfocando principalmente as políticas públicas de combate a disseminação do vício.

2.3.2 Medidas repressivas

Como medidas repressivas, o art. 2º desta lei desde já proíbe, em todo território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exportação de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvando a hipótese de prévia autorização legal ou regulamentar.

Inexistindo autorização legal e, posteriormente, ocorrendo o plantio indevido, dispõe o art. 32 que tais plantações serão imediatamente destruídas e o produtos incinerados pelas autoridades de polícia judiciária.

No que concerne às penas, a Lei n. 11.343/2006 abordou medidas repressivas absolutamente diferenciadas no ponto de vista penal, processual penal e penitenciário aos crimes de tráfico e porte de drogas para consumo. Salo de Carvalho (2007, p.189) explica:

Os problemas de interpretação derivam das formas de construção da tipicidade penal nos delitos de tráfico e de porte para consumo, da disparidade entre as quantidades de penas previstas e da inexistência de tipos penais intermediários com graduações proporcionais entre os dois modelos ideais de condutas (comércio e uso pessoal) que representa o sustentáculo do sistema proibicionista.

Portanto, para o crime de tráfico de drogas a nova lei segue uma linha punitivista internacional: a pena mínima de três anos da antiga lei antitóxicos foi aumentada para cinco anos. Segundo boa parte da doutrina, apesar do caráter

sensível diminuição de pena para o traficante ocasional (primário e de bons antecedentes, que não se dedica a atividade criminosa), além de uma nova figura típica implícita no art. 33 da Nova Lei de Drogas:

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

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

Diferentemente do traficante, o usuário não se comina com nenhuma pena. Pretende-se que ele nem sequer passe pela polícia. O infrator da Lei será enviado diretamente aos Juizados Criminais. Salienta-se ainda os diversos benefícios como, por exemplo, a inexistência da prisão em flagrante, o direito a transação penal etc. Não haverá pena de prisão, mas somente medidas alternativas.

Outra preocupação diz respeito à apreensão e arrecadação dos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos na nova legislação. A Lei n. 11.343/2006 trata, portanto, dos seguintes aspectos: das medidas assecuratórias sobre bens relacionados ao narcotráfico; a alienação cautelar dos bens do acusado; a possibilidade de utilização desses bens por parte do Estado; a destinação dos bens que forem declarados perdidos em favor da União por ocasião da decisão final do processo criminal.

Dessa forma deixa claro que as medidas repressivas de combate as drogas na Lei n. 11.343/2006 possui certo radicalismo, pois houve um abrandamento jurídico para um crime, enquanto os demais foram aplicados uma forma mais proibicionista, proporcionando penas mais severas em relação o diploma anterior.

2.3.3 A figura e o tratamento do traficante

A Lei n. 11.343/2006 trouxe inovações acerca do tratamento do traficante, ampliando a severidade nas penas impostas a essa conduta tipificada no art. 33 da

referida Legislação. Assim, o art. 12 da antiga lei antitóxica tratou a questão do tráfico ilícito de entorpecente de forma mais branda, em comparativos com a nova lei de drogas.

Portanto, o artigo 33 abriga condutas tanto relacionadas ao tráfico (que traduz a idéia de comércio, mercancia), como àquelas que visam unicamente à difusão da droga, sem objetivo de lucros ou vantagens. Assim, utiliza-se a expressão tráfico ilícito de drogas por uma questão semântica.

Além disso, a nova lei ainda protege a saúde pública e a saúde individual das pessoas que integram a sociedade como principais bens jurídicos a tutelar e, devido a sua importância, o legislador tratou a repressão ao tráfico como uma das principais formas de reduzir o consumo de drogas no Brasil, tipificando uma pena que varia de 5 a 15 anos de reclusão e pagamento de multa de 500 a 1500 dias-multa.

Salienta-se ainda que na fixação da multa o juiz determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo vigente no país. Sendo que as multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, o juiz considerá-las ineficazes, ainda que aplicadas no máximo (Art. 43 da Lei n. 11.343/2006).

A lei também foi mais severa quando: o tráfico envolver dois ou mais países; entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal; quando envolver ou visar a atingir criança ou adolescente; quando o traficante prevalecer-se para tal, da função pública; quando no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; quando a infração for praticada nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sede de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, beneficentes, de locais de trabalho coletivo e outros. Nessas hipóteses, a pena será aumentada de um sexto a dois terços.

Assim, a severidade da lei destina-se aos verdadeiros traficantes, eis que o traficante eventual, primário, de bons antecedentes e que não for integrante de organização criminosa poderá se beneficiar com a pena reduzida de um sexto a dois terços, porém, mesmo assim, não será beneficiado pela substituição da sua reprimenda.

2.4.3 A figura e o tratamento do usuário

Com o advento da nova lei de drogas, verificou-se uma postura mais branda em relação aos usuários-dependentes de substâncias entorpecentes. A posse de drogas para consumo pessoal transformou-se, com a nova lei n. 11.343/2006, numa infração penal não cominada com pena de prisão.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar serúntes penas:
I - advertência sobre os efeitos da drogas;
II - prestação de serviços a comunidade
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Portanto, a sanção aplicada ao usuário serão somente penas alternativas, que serão imposta pelos Juizados Especiais Criminais. Não há mais que se falar em reclusão ou detenção para a posse de drogas para consumo pessoal, mas uma infração com penas alternativas aplicada por um Juiz Criminal.

Luiz Flávio Gomes (2007, p. 155) explica que:

A ela se aplica, isolada ou cumulativamente, uma série de medidas alternativas (advertência, prestação de serviços a comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo). Quando, entretanto, se trata de posse ínfima de droga, o correto não é fazer incidir qualquer uma dessas sanções alternativas, sim, o princípio da insignificância, que é causa de exclusão de tipicidade material do fato.

Deixa claro que o tratamento dado a usuário foi abrandado de forma significativa com relação a antiga lei de antitóxico, sendo que, de modo algum, será imposta pena de prisão, muito menos passe pela investigação policial. Haverá um curto processo onde, no final, aplica-se alguma pena alternativa prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

CAPÍTULO 3 A DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DO USUÁRIO

No contexto jurídico nacional se tem discutido a celeuma envolvendo o processo de despenalização ou descriminalização da conduta do usuário de substâncias entorpecentes. A Lei n. 11.343/2006 abre essa margem de discursão, trazendo consigo um choque de caráter doutrinário.

Alguns doutrinadores, dentre eles, Luiz Flávio Gomes e João José Leal defendem nos seus artigos e livros que houve uma espécie de descriminalização no tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Contrapondo essa idéia, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, dentre outros, adota a despenalização do usuário de substâncias entorpecentes nos julgamentos da referida instituição.

Portanto, diante desse entrave jurídico, aborda-se-á, inicialmente, nas linhas seguintes as penas aplicadas no artigo 28 e, posteriormente, a idéia de descriminalização e despenalização da conduta do usuário, levando-se em conta suas principais peculiaridades.

3.1 Da aplicação das penas do art. 28 da Lei nº.11.343/2006

O art. 28, caput, tipifica o crime de uso ou consumo de drogas, trazendo um tratamento diferenciado daquele que a Lei n. 6.368/76 previa. Esta ultima punia a conduta com detenção de seis meses a dois anos, e com o pagamento de 20 a 50 dias-multa. Com o advento da nova lei de drogas não é mais possível a pena privativa de liberdade.

O legislador optou por não prevê a pena de privação de liberdade, seguindo as necessidades do meio jurídico e seguindo a mesma linha do direito comparado, onde algumas legislações despenalizam o consumo das drogas mais leves. Como por exemplo, aqui no Brasil pugnou-se por um abrandamento das penas, trazendo penas restritivas de direito e medidas alternativas penais.

A primeira pena prevista pelo legislador é a de advertência sobre os efeitos das drogas. Dessa forma, o juiz irá advertir o usuário sobre todas as

conseqüências que a droga acarreta para ele e sua família, conseqüências estas de ordem social, moral, econômica, física e psicológica. Essa advertência, o juiz poderá ser aplicada de variadas formas, dentre elas, abordando o assunto dando enfoque àquilo que a droga mais o prejudicou, mostrando ao delinqüente que outras infrações poderá proporcionar diferentes sanções etc. salienta-se que o legislador não prevê a forma de execução da pena de advertência, necessitando de estruturas administrativas dos juízos de execução para aplicação dessa espécie de pena.

A segunda pena prevista é a de prestação de serviço à comunidade. No art. 28 ora analisado, a prestação de serviço à comunidade seria uma forma de pena restritiva de direitos, prevista, também, no art. 5º, XLVI da Constituição Federal. Ela poderá ser aplicada isoladamente ou cumulativamente com outras sanções, como a própria multa. Essa prestação de serviço deve ser aplicada de acordo com as aptidões do acusado, existindo razoabilidade na medida, além de inexistir qualquer vínculo empregatício. Urge-se noticiar que o tempo dessa sanção não poderá exceder uma hora de tarefa por dia de condenação, sendo o cumprimento arbitrado pelo Juiz. Porém, conforme o § 5º do art. 28 essa medida deve ser efetivada em programas comunitários, entidades assistenciais, hospitais, estabelecimento congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, de preferência, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

Outra forma de medida alternativa é a de comparecimento às programas e cursos educativos. Tal sanção é análoga com os parâmetros fornecidos pela Constituição, eis que pode ser considerada com uma espécie de prestação social alternativa.

Deve-se observar que as penas de prestação de serviço a comunidade e o comparecimento a programas e curso educativo são impostas de maneira obrigatória, devendo ser cumprida pelo prazo de cinco meses, porém, em caso de reincidência, serão aplicadas pelo prazo máximo de dez meses.

Porém, em caso de descumprimento das sanções impostas, a autoridade judiciária poderá submeter o delinqüente, sucessivamente, a admoestação verbal e multa. Ambas são formas de obrigar o agente a cumprir a pena aplicada em decorrência de transação penal que foi aceita ou foi imposta por sentença. Aplica-se, primeiramente, a admoestação verbal e, caso não existir o efeito desejado, aplicar-se-á a multa.

Salienta-se que as penas acima abordadas têm o prazo prescricional de dois anos, não podendo ser aplicadas, sobre nenhuma forma, após esse lapso temporal.

3.2 Despenalização

A grande maioria da doutrina que estuda os aspectos legais e processuais da Nova Lei de Drogas afirma que a conduta do usuário-dependente foi demasiadamente despenalizada. Além dos aspectos doutrinários, a jurisprudência de diversos tribunais, dentre eles o Supremo Tribunal Federal, trata a figura estabelecida no art. 28 da lei em comento como um tipo que sofreu, também, um abrandamento significativo da pena. Dessa forma, torna-se necessário traçar parâmetros acerca da despenalização, enfocando a conduta do usuário.

3.2.1 Conceito de despenalização

Segundo Luiz Flávio Gomes (2007, P.121) despenalizar significa:

Suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração de outra natureza). O caminho natural da corrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para infração.

Portanto, a despenalização não visa abolir o caráter criminoso do tipo penal, mas prevalece um abrandamento através de penas de caráter alternativo. Um exemplo dessas condutas despenalizadoras seria a Lei de Juizados Especiais Criminais que introduziu no Brasil medidas que evitam estabelecer pena de prisão para os crimes de menor potencial ofensivo.

Dessa forma, o ato de degradar a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços a comunidade,

multa reparatória, semi-detenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações etc.), ou seja quando existe uma suavização da pena anteriormente aplicada, esta é tratada como uma despenalização de um determinado crime, levando-se em conta os aspectos materiais e processuais desse abrandamento.

3.2.2 Principais medidas despenalizadoras

As medidas despenalizadoras tiveram maior amplitude no contexto legislativo brasileiro com a entrada em vigor da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Cíveis e Criminais), que positivou diversas formas de abrandamento processual para os crimes de menor potencial ofensivo.

A adoção das novas medidas despenalizadoras e descarcerizadoras implica a adoção do princípio da discricionariedade regrada, que se liga ao princípio da intervenção mínima. Esse princípio concede um grau de disponibilidade ao Ministério Público para aplicação de tais medidas.

Com isso, a possibilidade de transação nas infrações de menor potencial ofensivo, a suspensão do processo nos crimes médios, as penas alternativas, dentre outras, representam importantes vias despenalizadoras, reclamadas há tempos pela moderna Criminologia: evitar pena de prisão, e proporcionar benefícios em favor das vítimas de delitos (pois permite reparação dos danos imediatamente em muitos casos ou a satisfação moral). Tornou-se possível a ressocialização do infrator, visto que este sente com rapidez as conseqüências do seu ato.

Uma dessas medidas de cunho despenalizador seria a Transação Penal. Tal medida tem previsão no art. 76 da Lei n. 9.099/95, estabelecendo medidas para esse benefício. Rômulo de Andrade Moreira (2004) explica que :

A transação penal possui uma face dúplice, ou seja, há uma aparência de direito material (penal) e um caráter também adjetivo (processual): é de direito processual porque diz respeito indiscutivelmente a uma fase preliminar do procedimento, mas também o é de direito material, considerando-se que a aceitação da proposta penal por parte do autor do fato, acarreta o afastamento irrestrito da pretensão punitiva estatal original.

Dessa forma, a Transação Penal permite que o Ministério Público, antes de oferecer denúncia, proponha a aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multa, cujo cumprimento implicará na extinção da punibilidade. Como se percebe, O Ministério Público dispõe sobre a sanção da penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos.

Diferentemente da Transação Penal, a Suspensão Condicional do Processo permite, que após o oferecimento da denúncia, o Ministério Público proponha ao Juiz a suspensão condicional do processo por um lapso temporal de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Porém, conforme o Art. 89 da Lei nº 9.099/95, para requerer o *Sursis* Processual deve-se preencher alguns requisitos: a) Que tenha sido recebida à denúncia e não seja caso de perdão judicial; b) Que se trate de crime cuja pena máxima abstratamente cominada seja igual ou inferior a um ano, levando-se em conta as causas de aumento e diminuição de pena; c) Que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, afastando-se os casos de pena de multa; d) Não reincidência em crime doloso; e) Que os antecedentes; a conduta social e personalidade do agente bem como os motivos e circunstâncias autorizem o benefício.

Outra medida despenalizadora correspondente ao Direito Material são as penas alternativas. Segundo Fernando Capez (2005, p. 371), tais medidas:

Constituem toda e qualquer opção sancionatória oferecida pela legislação penal para evitar a imposição de pena privativa de liberdade. (...) constituem verdadeiras penas, as quais impedem a privação da liberdade. Compreendem a pena de multa e as penas restritivas de direito.

As penas alternativas são as sanções de natureza criminal diferente da prisão, imposta, em regra, por sentença condenatória, que ocasiona ao condenado certas restrições ao seu direito, como, por exemplo, a multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana etc. Sua finalidade primordial é evitar o encarceramento do delinqüente, quando existir um crime de menor gravidade para a sociedade.

Deixa claro que a visão das medidas despenalizadoras é evitar o encarceramento daquele que comete crime menos prejudicial ao contexto social, trazendo um bojo de opções de cumprimento do dever aplicado ao delinqüente. É

notória que essas formas alternativas de cumprimento da pena têm um caráter ressocializador, dando maior eficácia a prevenção de novos delitos.

3.2.3 A despenalização da conduta do usuário

O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 inovou significativamente ao atribuir aos usuários de drogas penas mais brandas do que as atribuídas nas legislações anteriores. Segundo o artigo quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo droga para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal será submetido às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. O objetivo dessa lei é, principalmente, reprimir com mais rigor a produção não-autorizada e os tráficos ilícitos de drogas, considerando os delitos que não estiverem ligados ao tráfico, portanto, de menor potencial ofensivo.

Neste sentido, no que concerne aos usuários de entorpecentes, o legislador acentuou um tratamento diferenciado, buscando, com o novo dispositivo, prescrever medidas para prevenção do uso indevido e objetivando ainda a reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Assim, segundo os adeptos dessa idéia, como Sérgio Oliveira Neto,, houve uma despenalização da conduta do usuário de drogas, pois existe um processo de abrandamento jurídico, no qual a sanção foi reduzida, mas nunca o tipo penal previsto no artigo acima citado.

Percebe-se que a despenalização do usuário-dependente apenas acarreta mudanças no modo de punir o agente em função de interesses ocasionais, não abolindo o crime, apenas a culpabilidade foi amenizada pelo reconhecimento legal de que o usuário necessita de medidas educativas para induzir a sua reinserção social.

O que a maior parte da doutrina e também da jurisprudência entende é que houve a despenalização da conduta descrita no artigo 28, da Lei n. 11.343/2006, sendo que a modalidade de pena privativa de liberdade foi abolida

para dar lugar a penas que visam atingir exatamente as condutas do usuário de drogas, visando a sua recuperação e reinserção social. Sérgio Oliveira Netto (2006) sustenta que:

Persiste, destarte, a índole criminosa da conduta de possuir drogas ilícitas para o consumo pessoal, cuja repressão se dará, pelo menos num primeiro momento, por sanções penais de cunho pedagógico, que não acarretem a privação da liberdade do agente usuário de entorpecentes.

O autor fundamenta o seu entendimento principalmente na Constituição Federal de 1988, no Art. 5º, XLVI, que prevê, sem prejuízo de outras, as seguintes sanções: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa ou interdição de direitos. Logo, o fato de não haver pena privativa de liberdade não elimina sua natureza criminal. Trata-se de sanções mínimas, cuja principal finalidade é a reeducação social do usuário, bem como retirar o mesmo da situação precária que a droga acarreta. As penas impostas no Art. 28 da nova lei de drogas é uma possibilidade do infrator permanecer na sociedade e, com a ajuda dela, eliminar o vício que consome parte da sua vida.

Salienta-se ainda que, conforme linhas anteriores, a principal finalidade da lei em tela nunca foi tratar a questão do vício dos entorpecentes nos estabelecimentos prisionais, pelo contrário, foi trabalhar este em locais onde realmente se obtenha êxito na sua recuperação.

Clovis Alberto Volpe (2006) esclarece, ainda, acerca das sanções afirmando:

a infração penal não se resume a cominação de pena de reclusão, detenção, prisão simples e multa. Desde que respeitadas as premissas basilares referentes à pena, essa pode assumir outras feições, como a prestação de serviço à comunidade.

A afirmativa acima se baseia na previsão das penas contidas nos art. 32 e 43, IV do Código Penal, pois ambas as regras são posteriores ao Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Lei de Introdução ao Código Penal), que estabelece, no seu Art. 1º, a fundamentação dos adeptos da corrente descriminalizadora do crime capitulado no Art. 28 da Nova Lei de Drogas. Segundo os art. 32 e 43, IV do Código Penal brasileiro, uma das penas restritivas de direito poderá ser a prestação de serviço à

comunidade ou a entidades públicas, no qual seria e mesma sanção que consta o inciso II do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Vale salientar, ainda, que a Lei de Introdução ao Código Penal começou a vigorar em 9 de dezembro de 1940, enquanto o Art. 43 do Código Penal teve sua redação determinada pela Lei n. 9.714 de 25 de novembro de 1998. Dessa, forma a lei nova prevalece sobre a mais antiga e, assim, dando sustentáculo para idéia despenalizadora.

Portanto, diante de toda a evolução histórica no contexto do usuário de drogas no Brasil, até os dias atuais, deixou claro, segundo quem compartilha essa idéia em comento, sempre houve um processo de despenalização desse tipo penal, chegando até as penas que hoje são aplicadas.

3.3 A descriminalização da conduta do usuário

Ao contrário dos que pugnam pela despenalização, surge uma corrente de pensamento que acredita ter ocorrido, com a nova lei de drogas, a descriminalização da conduta do usuário.

A descriminalização tem como finalidade retirar de algumas condutas o caráter criminoso. Com isso, o fato que era considerado crime na Lei Penal é retirado, transformando em outras formas de condutas.

Luiz Flávio Gomes (2007, P. 120) afirma existir três formas de descriminalização:

- (a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do campo do direito penal (transforma o "crime" numa infração penal *sui generis*; é a descriminalização Formal);
- (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc (descriminalização penal)
- e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisto consiste a chamada de descriminalização substancial).

Nesse sentido, a descriminalização formal ocorre quando o fato continua com sua ilicitude, mas deixa de ser considerado crime. Diferentemente dessa, a descriminalização substancial legaliza a conduta antes criminosa. No caso da

descriminalização penal, o crime deixa de ser previsto na legislação penal, transformando em um ilícito civil ou administrativo.

Levando-se em conta o artigo 28 da nova lei de drogas, quando trata do usuário de drogas, os adeptos dessa corrente afirmam que o citado artigo passou a ser um ilícito *sui generis*, ou seja, foi retirado a etiqueta de crime, porém, continuando sua ilicitude. Luiz Flávio Gomes (2007, p. 121) esclarece que:

A lei 11.343/2006 (Art. 28), de acordo com a nossa opinião, aboliu o caráter "criminoso" da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado "crime" (embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização "formal", mas não legalização da droga (descriminalização substancial).

No mesmo sentido, João José Leal (2006) afirma que:

Na verdade, a lei 11.343/2006 criou uma figura típica inusitada em nosso Direito Penal. A rigor, a conduta do porte para consumo pessoal não pode ser considerada crime ou contravenção, que são as duas espécies de infração em nosso Direito Penal.

Dessa forma, a lei nova modificou o regime jurídico-penal, tipificando a conduta do usuário como contravenção, representativa de *novatio legis in melius*. Deixa claro que, para os defensores dessa idéia, tal conduta não perde a natureza infracional, torna-se um ilícito de caráter penal inexistindo qualquer natureza de crime.

3.4 Crítica legalista à descriminalização

Existem inúmeras críticas acerca da corrente que segue a idéia que a conduta do usuário foi descriminalizada. Para seus precursores como Luiz Flávio Gomes (2007, P.121) o *abolitio criminis* tem como fundamento:

Por força da lei de introdução ao Código Penal (Art. 1º), "considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente ou

cumulativamente" (cf. Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro – Dec. – Lei 3.914/41, art. 1º).

Ora, se legalmente – no Brasil – "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada, cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de drogas para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser "crime" do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – Art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa).

Com a adoção dessa posição exegética, a celeuma existente pode ocasionar sérias repercussões. Se não houver crime do tipo capitulado no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não se pode falar, também, na reincidência existente no § 4º do respectivo artigo, que só poderá existir se houver realmente crime. Clovis Alberto Volpe Filho (2006) esclarece a idéia de que:

A Lei Antidrogas não descriminalizou a conduta de porte de entorpecente para uso próprio, como querem alguns doutrinadores. Apenas, diminuiu a carga punitiva. A sanção penal, como é sabido, possui como uma das espécies a pena. As penas podem ser as seguintes, sem prejuízo de outras, de acordo com o inc. XLVI, art. 5º, da Constituição Federal: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

O autor argumenta que a Constituição Federal de 1988 é bastante clara ao prever outras penas, diferentes dessas estampadas na Lei de Introdução do Código Penal, que por sinal é de 1941, ou seja, bastante ultrapassada. Como se não bastasse, o referido doutrinador ainda argumenta (Ibidem):

Um raciocínio contrário culminar-se-ia no absurdo de não se considerar ilícito penal as condutas que estipulam penas alternativas de modo direto, indo contra a tendência moderna de não encarceramento. Ora, além da Constituição, o Código Penal prevê outras espécies de pena (art. 32, CP).

Dessa forma, deixa claro que o legislador penalista buscou outras formas de penas, que estabeleceu no art. 32 do Código Penal brasileiro as penas privativas de liberdade (inc. I), restritivas de direito (inc. II) e de multa como outras formas de sancionar o delinqüente. Salienta-se que o artigo citado foi implantado na Lei em 11 de julho de 1984, ou seja, após a entrada em vigor da Lei de Introdução ao Código Penal.

Atendendo a mesma idéia da ausência de descriminalização da conduta do usuário, Guilherme de Souza Nucci (2006, P. 755), ao analisar o tipo do art. 28

da nova Lei de Drogas, denomina a figura como sendo uma infração penal de "ínfimo potencial ofensivo", diferindo, portanto, da infração penal de menor potencial ofensivo, pois não é possível a aplicação de pena de prisão.

O entendimento de continuar a considerar a conduta como sendo de natureza criminosa deverá prevalecer na jurisprudência, mormente porque recentemente foi abraçada pela primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como se nota pelo julgamento que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence:

O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). RE-QO 430105 / RJ - RIO DE JANEIRO Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 13/02/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma

Na decisão acima, o Ministro esclarece que a Lei de Introdução ao Código Penal restringe sua afirmação para distinguir o que seria crime ou contravenção, inexistindo quaisquer outras formas de distinção, como está capitulado no art. 5º, XLVI e XLVII da Constituição Federal. Saliente-se, ainda, no acórdão citado, que o título do Capítulo III do Título III da Lei Antidrogas está nomeado como "dos crimes e das penas", o que deixa claro que as infrações penais ali previstas continuam tendo um caráter criminoso. Fala-se na questão da reincidência para o tipo penal do art. 28, que não poderia existir se não houvesse realmente um crime capitulado no artigo.

Como forma exemplificativa, os Tribunais de Justiça de nove Estados proibiram a realização da Marcha da Maconha no mês de maio do corrente ano,

ressaltando que é um crime fazer apologia em público do uso de psicotrópicos, de acordo com o Código Penal Brasileiro. Os desembargadores disseram não haver como deixar de reconhecer que a mobilização de pessoas em prol da manifestação estimula e instiga o uso de substância entorpecente ilícita.

Sabe-se que não poderia existir qualquer impedimento legal, caso a conduta do usuário não fosse crime, ocasionando redundância para o determinado fato. Caso não houvesse crime no uso de entorpecentes, impossibilitaria o tipo do art. 287 do Código Penal brasileiro que alega:

Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

Desse modo, conforme os argumentos legais acima, os seguidores da corrente despenalizadora enfatizam que não existe na legislação nenhum critério descriminalizador. Segundo eles, a posse de drogas para consumo pessoal, uma vez que pode a lei cominar pena de prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, não retira a natureza penal da infração, mas somente o abrandamento da pena.

3.5 Críticas processuais à descriminalização

Além dos aspectos legais acima citados, a doutrina que apóia a despenalização do usuário de drogas faz diversas críticas de cunho processual aos defensores da descriminalização como, por exemplo, a natureza do flagrante, competência etc.

No que cabe o flagrante, o art. 48 da Lei n. 11.343/2006 estabelece medidas e expressões que condena a descriminalização, e conferem um tratamento penal para a conduta do usuário. Afirma a nova lei que o agente não poderá ser preso em “flagrante delito”, porém, poderá ser encaminhado de forma coercitiva aos “Juizados Especiais Criminais” (§ 2º, art. 48).

Portanto, o agente surpreendido pela polícia na posse de drogas para consumo próprio, será abordado, visando à cessação do ilícito penal. Após isso,

deverá ser encaminhado, mesmo que de forma coercitiva, ao juízo competente, na falta deste, assumirá o compromisso de a ele comparecer, lavrando referido termo, perante a autoridade policial

Também poderá o delinqüente ser submetido ao “exame de corpo de delito”, caso a polícia entenda necessário para a conveniência para a ação penal. Explica ainda, conforme o § 5º do Art. 48 da Nova Lei de Drogas que “o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata da pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta”. Davi André Costa Silva (2006) alega que:

As evidências de que o legislador continuou tratando da posse de drogas para consumo próprio como crime passam, também, pelo procedimento e processualística a serem adotados à espécie. O usuário não poderá ser preso em hipótese alguma e deverá, preferencialmente, ser encaminhado imediatamente ao Juizado Especial Criminal para, lá, ser submetido às medidas educativas, que poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente.

Na falta de um juiz de plantão, o usuário será levado à presença de um Delegado de Polícia que lavrará termo circunstanciado e requisitará as perícias que se fizerem necessárias. Não fosse considerado crime, o usuário seria encaminhado à presença de uma autoridade sanitária, pois que a polícia não se ocupa de outro “produto” que não de infrações penais.

O Parecer 846 da Comissão de Assuntos Sociais do Senado, referente ao Projeto de Lei n. 115/2002 segue o mesmo raciocínio:

Ponto importantíssimo do Projeto é o fim da prisão em flagrante do usuário de drogas, previsto no § 2º, do artigo 47. Caso seja detido, não é o usuário encaminhado à Delegacia de Policial, mas sim diretamente ao Juizado Especial Criminal competente. Com isso, se afasta o usuário da Delegacia, para onde devem ser encaminhados os suspeitos do cometimento de crimes. Caso a autoridade judicial não esteja presente para receber o usuário detido, a autoridade policial simplesmente lavra um termo circunstanciado no local onde se encontre sem encaminhá-lo a Delegacia.

Desta forma, vê-se que o usuário não deve ser encaminhado a Delegacia, mas na ocorrência de dúvida quanto aos atos do suspeito usuário, a autoridade policial quando não tiver certeza sobre a tipificação do fato, pode encaminhá-lo a Delegacia de Polícia.

Quando ele se refere acaso a Polícia Judiciária entenda ser conveniente, é suficiente para provar que o fato continua sendo uma infração penal, pois segundo o Art. 144, § 1º, I e §4º, da Constituição Federal, à Polícia Judiciária incumbe a apuração das infrações penais, do que conclui que, constitucionalmente, tais órgãos

não possuem atribuição para apuração de outras espécies de infrações, senão as penais.

Vê-se, pois, que o legislador não quis descriminalizar o consumo de uso de drogas. Se o legislador assim quisesse não teria previsto a possibilidade de lavratura de “termo circunstanciado”, perícia médica, encaminhamento ao Juizado Especial e o uso da Polícia Judiciária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso buscou uma abordagem sucinta do problema das drogas no Brasil, enfocando a celeuma jurídica existente sobre a conduta do usuário de drogas, com a nova roupagem que lhe foi conferida pela Lei n. 11343/2006.

Iniciou-se a pesquisa historicizando as origens, os conceitos básicos, regulamentação do uso de drogas no mundo, bem como as noções gerais de política criminal, além da proposta alternativa feita pela ONU para reprimir o problema do tráfico, produção e consumo de entorpecentes existente no planeta.

Foi explanado o contexto histórico das políticas criminais existentes no Brasil, através de decretos, regulamentos e legislações, enfocando, principalmente, a antiga Lei Antitóxicos (Lei n. 6.368/76) e, a Nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006). Nessas duas últimas leis repousou uma análise mais detalhada das formas preventivas e repressivas nelas estipuladas, além do tratamento dado ao usuário e traficante de drogas. Restou evidenciado que no comparativo dos preceitos secundários do delito de tráfico e do de usuário de um diploma legal para outro houve uma ruptura axiológica caracterizada pela pelo aumento da pena (no que tange ao traficante) e no desaparecimento de penas privativas de liberdade (naquilo que toca ao usuário). Nesse ínterim, percebe-se que quanto ao traficante de drogas adotou-se uma postura nitidamente repressiva, caracterizadora do movimento de política criminal denominado "Lei e Ordem". Esse exacerbamento da pena imposta no agora art. 33 da Lei n. 11.343/2006 bem exterioriza o pensamento que encara o tráfico de drogas como um dos principais males que assolam o país e geradores de violência.

A conduta do usuário de drogas também foi profundamente modificada, e aqui, as mudanças foram mais profundas. A anterior tipificação do art. 16 da Lei n. 6368/76 que previa pena privativa de liberdade foi substituída no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 que em seu preceito secundário enumera uma série de medidas a serem aplicadas ao usuário, sem a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, nem da conversão daquelas medidas neste tipo de pena. Tal modificação parece se coadunar com a política criminal que entende ser o usuário mais uma vítima do que propriamente um agente proliferador do tráfico, adotando uma postura

nitidamente minimalista. Ocorre que, essa nova postura ao ser recepcionada no ordenamento pátrio causou uma série de discussões, se destacando a que tenta, ora observar na novel descrição legal uma descriminalização da conduta do usuário, ora uma postura despenalizadora, e nessa dualidade residiu a matiz central da pesquisa.

Abordou-se, através de uma visão técnica, que o art. 28 da nova Lei de Drogas despenalizou a conduta do porte de drogas para consumo pessoal, apresentando as penas aplicadas aos usuários e dependentes de drogas.

Com relação às penas impostas, foi visto que o legislador abrandou significativamente todas as penalidades aplicadas ao usuário e dependentes de drogas, pois, como foi exposto, serão aplicadas as seguintes sanções: advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e participação em programas e cursos educativos, podendo ser aplicadas isoladas e cumulativamente.

Embora parcela significativa e respeitável da doutrina, capitaneada por Luiz Flávio Gomes, tenha entendido ter havido a descriminalização da posse de drogas para consumo próprio (e figuras equiparadas do § 1º), acredita-se que o legislador manteve a estrutura de crime na conduta do usuário de drogas.

O argumento pela descriminalização é frágil, pois se funda no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal que apresenta a diferença entre crimes e contravenções, tendo, como único critério diferenciador, as penas.

A LICP não é a única norma legal a prever as penas a serem adotadas no Brasil. O próprio Código Penal, que teve sua parte geral reformada em 1984, apresenta outras penas, além da reclusão, detenção, prisão simples e multa. Além das penas privativas de liberdade, existem as restritivas de direito, dentre as quais a prestação de serviços à comunidade, exatamente a mesma cominada para os usuários

Ainda que tal argumento não se mostre suficiente, o operador do direito deve se ancorar na Constituição da República (art. 5º, inc. XLVI), que também prevê a prestação social alternativa, ao lado das penas de privação ou restrição da liberdade, da perda de bens, da multa e da suspensão ou interdição de direitos. Esse comando constitucional permite concluir pela possibilidade de cominação legal de outros tipos de penas, visto que utilizada a locução “entre outras” no caput do inciso, fato ocorrido com a descrição das penas aplicadas ao usuário de drogas.

Portanto, a conduta de "posse" de drogas para consumo próprio continua sendo um fato típico, antijurídico, culpável e punível. O que realmente ocorreu foi um abrandamento da pena, com a previsão de "medidas alternativas" para o tipo discutido, diferentemente da pena de detenção de seis meses a dois anos e multa prevista na Lei n. 6.368/76.

Como se evidenciou neste trabalho, a Nova Lei de Drogas inovou com relação às penas a serem dispensadas aos usuários e dependentes de drogas, fazendo menção ao tratamento adequado de prevenção e reinserção social deste indivíduo, definindo procedimentos adequados para que este possa ser tratado e curado, pois se trata de verdadeira vítima do círculo das drogas. Nunca o legislador buscou uma descriminalização do tipo, mas tratou de reduzir a pena com o propósito de buscar uma melhor forma de solucionar o problema dos entorpecentes no Brasil, ou seja, reprimindo consideravelmente o tráfico e tentando a recuperação do usuário.

Não pode deixar de lembrar que a conduta do usuário está prevista no capítulo III – Dos Crimes e das Penas – da Lei 11.343/2006, não tendo sido retirada da alçada criminal. Tem previsão de penas restritivas de direitos, ainda que específicas, apesar de não mais sujeitar o usuário, em nenhuma hipótese, aos rigores do cárcere.

Além disso, se for aplicar pena de prisão na atual situação carcerária do país, a mesma não terá efeito significativo, pois se sabe que as cadeias públicas não se adequam a essa espécie de delinqüente, que necessita de um tratamento exclusivo e especial. É notório que atualmente as penitenciárias brasileiras são escolas do crime, portanto, a inclusão dessa espécie de criminoso nas mesmas, só pioraria a situação criminal no Brasil, transformando os pequenos usuários em grandes traficantes.

Restou esclarecido que ocorreu uma adoção de nova valoração das condutas, fundamentada em uma nova política criminal que visa prevenir o consumo de drogas através da educação. A conduta continua sendo crime, porque é prevista como tal no artigo 28 da Lei 11.343/06. Porém, crime sem aplicação de pena privativa de liberdade, pois sua pena não deve ser encarada eminentemente como castigo, mas sim, como uma espécie de tratamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paula da Rosa. *A política criminal antidrogas no Brasil: tendência deslegitimadora do Direito Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 131, 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4486>>. Acesso em: 21 jan. 2003.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. *Os riscos da lei antidrogas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1647, 4 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10820>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Brasil. Lei 11 nº 11.343. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências*. D.O.U de 24.8.2006(vigência em 08.10.2006) Decreto nº 5912, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 430105 QO/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007.

_____. Parecer 846, da comissão de assuntos sociais do Senado, autoria: Senador Sérgio Cabral, publicado no Diário do Senado Federal em 06 de julho de 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol. I - parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

CAROLLO, João Carlos. *Sucintos comentários à Lei nº 11.343/2006*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1242, 25 nov. 2006. Disponível em: . Acesso em: 05 maio 2008.

DIEDRICH, Luis Fernando. *Um estudo sobre o art. 16 da Lei de Tóxicos* . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1020>>. Acesso em: 24 abr. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1995.

FILHO, Vicente Greco. *Tóxico: prevenção – repressão*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Para o STF, o usuário de droga é um tóxico-delinquente* . Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9821>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

JESUS, Valdeir Ribeiro de. *Medidas despenalizadoras. Intervenção estatal compatível com a reprovabilidade das infrações penais de menor potencial ofensivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1599, 17 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10672>>. Acesso em: 29 maio 2008.

LEAL, João José. *Política criminal e a Lei nº 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9091>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

_____; LEAL, Rodrigo José. *Nova política criminal e controle do crime de tráfico ilícito de drogas* . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1435, 6 jun. 2007.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9948>>. Acesso em: 20 mar. 2008..

MARCÃO, Renato Flávio. *Tóxicos – Leis n. 6.368/1976 e 10.409/2002 anotadas e interpretadas*, São Paulo: Saraiva, 2004.

MESQUITA, Hebert Reis. *O crime compensa? Com a nova lei de drogas compensará*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8759>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

MOREIRA, Rômulo Andrade. *Sucessão das leis penais. A questão do art. 90 da Lei n. 9.099/95*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/1913>. Acesso em: 5 de junho de 2008.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. *Não houve descriminalização do porte de entorpecentes para uso próprio*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8864>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Davi André Costa. *Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8949>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. *Política criminal no fim da história*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 876, 26 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7606>>. Acesso em: 21 jan. 2003.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. V. 4. São Paulo: Atual, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. Saraiva: São Paulo, 1994.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. *Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006) Parte I*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1154, 29 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8852>>. Acesso em: 09 jun. 2008

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.