



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

BRUNO LOPES DE ARAÚJO

A DUALIDADE POLÍTICO-CRIMINAL DA LEI 11.343/2006

**SOUSA - PB
2007**

BRUNO LOPES DE ARAÚJO

A DUALIDADE DE POLÍTICO-CRIMINAL DA LEI 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.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

**SOUSA - PB
2007**



A659d Araújo, Bruno Lopes de.
A dualidade político-criminal da Lei 11.343/2006. / Bruno Lopes de Araújo. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

58 f.

Orientadora: Professora Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Criminologia. 2. Política criminal. 3. Lei 11.343/2006. 4. Legislação antitóxicos. 5. Tráfico de entorpecentes. 6. Drogas – política criminal I. Figueiredo, Carla Pedrosa de. II. Título.

CDU: 343.9(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

Bruno Lopes de Araújo

A DUALIDADE POLÍTICO-CRIMINAL DA LEI 11.343/2006

Aprovada em : de de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Carla Pedrosa de Figueiredo– UFCG
Professora Orientadora

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

À Jesus Cristo, senhor todo poderoso e onipresente, razão do meu viver.

Aos meus imaculados pais, Manuel e Fátima, e ao meu amado irmão Emanuel, que enchem de significado a minha vida.

À minha namorada Luciana, com ternura e afeição.

Dedico.

Agradeço, primeiramente, a Deus, senhor onipotente e ubíquo, fonte de toda a vida, em quem sempre podemos confiar.

À minha graciosa mãe, Fátima Maria Lopes de Araújo, companheira de todos os momentos, a quem tudo devo, por seu amor, renúncia, sacrifício e afeto, os quais jamais conseguirei retribuir na mesma intensidade.

Ao meu virtuoso pai, Manuel Antônio de Araújo Filho, cuja coragem, determinação, dedicação e honestidade construíram o exemplo que procuro seguir em todos os dias de minha vida.

Ao meu distinto e eloqüente irmão, Emanuel Lopes de Araújo, amigo para todas as horas, exemplo de perseverança, bondade e sabedoria, com quem sempre compartilhei momentos alegres, e que sempre acreditou no meu sucesso.

À minha admirável namorada, Luciana Cláudia Medeiros de Souza, possuidora de incontáveis virtudes, fonte de inspiração, que esteve ao meu lado em todos os momentos desta trajetória universitária, dando-me imprescindíveis demonstrações de zelo, carinho, companheirismo e paciência, emprestando-me muitos de seus imensuráveis conhecimentos.

Aos meus grandes amigos e conterrâneos Daniel Trator, Rafael Pimenta, Marcão e Rubão, que estiveram comigo nesta caminhada jurídica, dividindo sonhos e expectativas, me fazendo acreditar que podia conquistar qualquer objetivo.

À minha valorosa orientadora, Carla Pedrosa de Figueiredo, que nos momentos de tensão me orientou de forma precisa, o que foi de grande relevância, pois não mediu esforços para a efetivação deste trabalho, demonstrando o seu compromisso, ética e profissionalismo.

Aos colegas de sala, pela grande amizade conquistada e preservada durante todos esses anos.

Aos professores, que nos ensinaram que nunca devemos deixar a coragem sucumbir, se quisermos alcançar qualquer meta, e que as raízes do saber são amargas, mas seus frutos são adocicados.

Enfim, a todos que contribuíram, direta e indiretamente, para a conclusão deste trabalho.

“O Direito, quando aplicado criteriosamente, em consonância com seus genéricos princípios, tão amplamente difundidos desde os tempos remotos, pode ser entendido como o alicerce hercúleo, na construção de uma sociedade próspera, ordenada e equânime”.

Emanuel Lopes de Araújo

RESUMO

Esta investigação científica tem como escopo principal apresentar um exame crítico da lei 11.343/2006. Para isto, será analisado o dualismo político apresentado pela referida norma bem como a natureza jurídica de seu artigo 28, levando em consideração todos os grandes questionamentos do tema proposto. Todos os tópicos do trabalho foram tratados de maneira atualizada, completa, e com a maior objetividade possível, conferindo uma abordagem, precipuamente voltada para o Direito Penal. O método utilizado é o de cunho exegético-jurídico e histórico-comparativo concernentes ao tema, para que se possa angariar o embasamento necessário para a elucidação da problemática que ora se afigura no âmbito da Ciência Jurídica. Busca, através do exame teórico e prático, diferentes interpretações jurídicas e legais para compreender o alcance da nova legislação. Ademais, trata sobre o conceito e os postulados norteadores da política criminal, passando pelos principais movimentos da atualidade, tendo por finalidade o estudo e a prática das ações mais adequadas ao controle da criminalidade, com o fim específico de conduzir o legislador e o operador do direito no momento da criação, aplicação e execução das normas. Examina a lei 6.368/76 e sua evolução, traçando um panorama sobre todas as leis que trataram sobre drogas no país, para que se faça um comparativo entre as legislações antigas e a nova. Para o esclarecimento do debate jurídico, vislumbra também, este trabalho, a dualidade de tratamento no tocante as figuras do usuário e do traficante de drogas, uma vez que para o primeiro, adotou-se uma política minimalista, sendo certo que, nesse ponto, a lei brasileira está em consonância com as legislações européias, que seguem, claramente, a política de redução de danos. A lei, além disso, está atenta às políticas de prevenção, atenção e reinserção social do usuário e dependente. Aqui, discute-se, ainda, se a conduta imposta ao usuário foi descriminalizada, despenalizada ou se ocorreu *abolitio criminis*, havendo, para tanto, uma enorme celeuma na doutrina. Já, com relação ao tráfico, a lei 11.343/2006 preferiu a linha punitivista internacional, repreendendo severamente o comércio ilícito de drogas visando, com isso, garantir a estabilidade e o bem-estar social.

Palavras-chave: Drogas; Política Criminal; Lei 11.343/2006.

ABSTRACT

This research has the main scope to present a critical examination of the law 11.343/2006. For this, it will be analyzed the political dualism presented by that law and the legal nature of article 28, taking into consideration all the major questions of the theme. All topics of the work were treated in a complete and updated manner, with the greatest possible objectivity, with an approach focusing on criminal law. The method used is the legal exegetic and historical comparative, to obtain necessary basis for developing this research and explain the problems that now appears under the legal science. It aims, through the theoretic and practical examination, different legal interpretations to understand the scope of the new legislation. Moreover, it deals with the concepts and guidelines of criminal policy, including the current movements with the purpose to the study and practice of appropriate actions to the control of crime, whit the specific purpose of conducting the legislatures and operators of the law at the time of its implementation and develop ment. It examines the law 6.368/76 and its evolution, in an overview of the laws that treated on drugs in the country, for a comparison with the new legislation. To clarity the debate, there is also the duality of treat ment of user and drug dealer since for the first is adopted a minimum policy, at this point, Brazilian legislation follows European laws on the policy of harm reduction. This law is attentive to policies of prevention, care and rehabilitation of the dependent. It is also discussed it user's conduct was descriminalized or was a case of abolitio criminis, whit doctrinaire divergences. On the illegal trade ship, the law 11.343/2006 adapted the ban international guideline, to ensure stability and welfare to society.

Keywords: Drugs; Criminal Policy; Law 11.343/2006.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 CONCEITO E PRINCÍPIOS NORTEADORES DA POLÍTICA CRIMINAL	11
1.1 Conceito de Política Criminal	11
1.1.1 Nova Defesa Social ou Sistema Europeu	12
1.1.2 Movimento da Lei e da Ordem ou Modelo Punitivista Norte-Americano	13
1.1.3 Nova Criminologia	14
1.2 Princípios norteadores da Política Criminal	16
1.2.1 Princípio da Legalidade	16
1.2.2 Princípio da Especialidade	17
1.2.3 Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade	18
1.2.4 Princípio da Irretroatividade	19
1.2.5 Princípio da Insignificância	20
1.2.6 Princípio da Lesividade	22
1.2.7 Princípio da Subsidiariedade	22
1.2.8 Princípio da Fragmentariedade	23
1.2.9 Princípio da Intervenção Mínima	24
1.2.10 Princípio da Adequação Social	24
CAPÍTULO 2 ABORDAGEM DA LEI 6.368/76: A PRETÉRITA LEGISLAÇÃO ANTITÓXICOS DO PAÍS	26
2.1 Considerações	28
2.2 Dos Crimes de Uso e de Tráfico de substâncias entorpecentes sob a égide da lei 6.368/76	29
2.3 Adoção do modelo Punitivista Norte-Americano pela lei 6.368/76	35
CAPÍTULO 3 A POLÍTICA CRIMINAL UTILIZADA NA LEI 11.343/2006: UM TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA AS FIGURAS DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE DE DROGAS	38
3.1 A Política Criminal utilizada para o usuário ou dependente de drogas	39
3.2 Natureza da decisão político-criminal prevista no artigo 28 da lei 11.343/06	40
3.3 A Política Criminal utilizada para o traficante de drogas	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55
ANEXO	57

INTRODUÇÃO

O trabalho científico intitulado “A dualidade político-criminal da lei 11.343/2006”, abordará, dentre outros, os seguintes pontos: pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; eliminação da pena de prisão para quem tem posse de droga para consumo pessoal; e, rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico. Aqui, se concretiza a bilateralidade da política penal da nova lei.

A presente pesquisa irá mostrar, através de argumentos legais, jurisprudenciais e doutrinários, justamente esse dualismo político-criminal adotado pela lei 11.343/2006. Para tanto, utilizar-se-á do estudo minucioso das tendências sobre a matéria, dos crescentes movimentos políticos, e do hodierno ponto de vista sobre o assunto. Objetiva-se, pois, dirimir a crescente discussão acerca do tema proposto.

O intuito do presente trabalho é, ainda, tratar todos os tópicos de maneira atualizada, completa, e com a maior objetividade possível, conferindo uma abordagem precipuamente voltada para o Direito Penal.

A metodologia empregada desenvolver-se-á por meio do estudo de doutrinas, livros, revistas, artigos científicos e textos da internet. O método utilizado será o de cunho exegético-jurídico e histórico-comparativo concernentes ao tema, a fim de que se possa angariar o embasamento necessário para a elucidação da problemática que ora se afigura. Buscar-se-á, através do exame teórico e prático, diferentes interpretações jurídicas e legais para compreender o alcance da nova legislação.

Atendendo aos reclames da sociedade, o legislador pátrio, sentindo a necessidade de combater esse mal, e considerando que a anterior lei 6.368/76 restava obsoleta, criou a lei 11.343/2006 para tratar sobre tóxicos no país. Para isso, como se verá, baseou-se em políticas criminais distintas. Em relação ao usuário adotou-se uma política preventiva. Já, para o traficante de drogas a política utilizada foi a repressiva, que prega a abstinência e a tolerância zero. Diante de tal mudança, a resposta que prontamente se espera é se realmente andou bem a nova lei.

Cabe esclarecer que, as opiniões se dividem, havendo bastante controvérsia acerca do tema proposto, e, é neste sentido que alcança relevo o presente estudo. A problemática situa-se em torno principalmente da natureza jurídica adotada pelo artigo 28 da nova lei, além das diferentes políticas utilizadas num mesmo diploma legal.

A pesquisa monográfica esboça, inicialmente, os aspectos gerais e os princípios norteadores da política criminal, por ser imprescindível este estudo para a compreensão do que ocorreu com a lei 11.343/06. Depois, será feita no segundo capítulo, uma abordagem da lei 6.368/76. Nesta parte, tratar-se-á do exame dos tipos penais do uso e do tráfico sob a égide da aludida norma, além do modelo de política criminal que era adotado na época, com o escopo de se fazer um comparativo entre a mesma e a atual legislação. Finalmente, no último capítulo será tratado o foco principal do trabalho, o da adoção pela lei 11.343/06 de uma dúbia tendência para a punição do tráfico e do uso. Destaque para a utilização de um Direito Penal minimalista no tocante aos usuários e de uma punição rigorosa para os traficantes. Aqui, irá ser discutido inclusive se a conduta imposta ao usuário foi descriminalizada, despenalizada ou se ocorreu *abolitio criminis*, havendo, para tanto, uma enorme celeuma na doutrina.

Diante disso, cabe dizer que o presente trabalho não tem a intenção de esgotar o tema, mas, sim, ao contrário, pretende-se contribuir para o estudo crítico da lei 11.343/2006, adotando os posicionamentos doutrinários mais recentes. É uma pesquisa, portanto, dirigida para estudantes do curso de Direito e profissionais que militam no campo penal. É seguindo esse contexto que, se pretende enriquecer o raciocínio jurídico e acadêmico sobre a matéria.

Em face do exposto, o estudo será inteiramente estruturado, com uma coordenada sistematização e pragmatismo na exposição das idéias e contribuirá de forma concreta para a área de conhecimento em que se situa.

CAPÍTULO I CONCEITO E PRINCÍPIOS NORTEADORES DA POLÍTICA CRIMINAL

A categoria denominada política criminal deve ser vista como um ramo da política jurídica. Esta desempenha um importante papel corretivo epistemológico, ideológico e operacional em sua inter-relação com o sistema jurídico vigente. Sua função essencial é a de "buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes e a história cultural do respectivo povo". Para o autor, política e direito são conceitos intimamente relacionados, devendo ser entendidos sempre "num sentido ético-social, identificados, tanto quanto possível, com a idéia do justo, do correto, do legitimamente necessário e útil".

Verifica-se que a sociedade, objetivando o combate à violência e o estabelecimento da segurança social, reclama uma pronta intervenção estatal. Até porque, sempre que a criminalidade se eleva ou quando ocorrem fatos alarmantes ou mobilizadores da atenção popular, as autoridades são chamadas para prestar esclarecimentos sobre as atitudes tomadas pelos órgãos públicos com o objetivo de conter os alarmantes índices, dando-se lugar a política criminal.

Em síntese, a política criminal busca formas de atingir uma real segurança pública. Esta, por sua vez, tem sua idéia associada à repressão policial. A tendência moderna é a ampliação do conceito de segurança pública para abranger políticas sociais mais eficazes. Constata-se que, não há como dissociar as duas políticas: a social e a criminal, pois o sucesso desta apenas pode ser alcançado ao se trilharem satisfatoriamente os caminhos daquela. Por fim, somente através de uma política social eficiente é que se atinge o desiderato da política criminal, qual seja a segurança pública.

1.1 Conceito de Política Criminal

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 indubitavelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos, conforme entendimento sustentado por Eugênio Raúl Zaffaroni (apud JAIME, 2006). Fica claro o duplice caráter da Política Criminal: ação, para efetivar a proteção dos bens jurídicos, e crítica, como forma de

aprimoramento de tal tutela, buscando fornecer orientação para que o combate à criminalidade se faça racionalmente, com o emprego de meios adequados. É através da crítica feita ao ordenamento em vigor, que se pretende promover a sua alteração, bem como a adequação às políticas recomendadas.

Assim sendo, a 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 e justo, amoldando às normas e princípios do Estado Democrático de Direito.

Não se deve perder de vista que a formulação de qualquer norma jurídica surge de uma decisão política, aplicando-se tal observação à legislação penal. Como consequência, o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal tem sua escolha determinada por fatores políticos, sendo parte da política geral, devendo ser entendida dentro desses limites, em que o tratamento dispensado ao delinqüente, e a própria legislação penal, se tornam objeto de transação política e de legitimação do poder.

Para esta análise, torna-se impreterível um breve comentário sobre os principais movimentos da Política Criminal da atualidade enumerados por João Marcello de Araújo Júnior (*apud* JAIME, 2006), destacando-se três correntes: a Nova Defesa Social ou Sistema Europeu, o Movimento da Lei e da Ordem ou Modelo Punitivista Norte-Americano, e a Nova Criminologia ou Política Criminal Alternativa, as quais serão a seguir examinadas.

1.1.1 Nova Defesa Social ou Sistema Europeu

Iniciado em 1945, por Filippo Gramatica, foi inicialmente denominada de Defesa Social. Em 1954, com a publicação do livro *La Défense Sociale Nouvelle*, de Marc Ancel, foi rebatizada de Nova Defesa Social. Tem como características fundamentais a multidisciplinidade, a mutabilidade e a universalidade. Não é um corpo doutrinário estável, tendente à fixação de regras; antes, é um movimento multidisciplinar, que abriga as mais diversas posições. Suas concepções se alteram conforme isso seja necessário para acompanhar as aspirações sociais, estando acima das legislações nacionais.

São seus postulados:

- a) Constante exame crítico das instituições vigentes, com vistas a sua atualização e melhoria e, em sendo necessárias, sua reforma ou abolição;
- b) Visão multidisciplinar, vinculando-se a todos os ramos do saber humano, que possam contribuir para uma completa visualização do fenômeno criminal;
- c) Instituição de um sistema de política criminal garantidor dos direitos humanos e promovedor dos valores essenciais da humanidade; e,
- d) Adoção de uma política prevencionista, educativa e de redução de danos.

Em oposição à política norte-americana, na Europa adota-se uma outra estratégia, que não se coaduna com a tolerância zero. Além desses requisitos básicos, a Nova Defesa Social prega a proteção à vítima e aos grupos marginalizados. Repudia a pena de morte e o uso indiscriminado da pena privativa de liberdade. Prega a descriminalização dos delitos leves e a criminalização dos crimes contra a economia, contra os interesses difusos e da chamada criminalidade estatal (abuso de poder, corrupção etc.). Reconhece a falência da pena enquanto meio ressocializador. Segundo Araújo Júnior (*apud* JAIME, 2006) "a atividade socializadora consiste na colocação, à disposição do condenado, do maior número possível de condições que permitam a este, voluntariamente, não voltar a delinquir".

Esse segmento possui pensamentos positivos, como, por exemplo, o repúdio a pena de morte e a descriminalização dos delitos leves, sendo, entretanto, necessária certa atenção, para que não haja um abandono completo da repressão efetuada pelo Estado.

Aqui, conforme se discorrerá posteriormente, no que diz respeito aos tóxicos, já que foi esse o sistema utilizado pela Lei de Drogas para o usuário, o mais sensato e responsável, de tudo quanto se pode extrair das experiências e vivências estrangeiras, consiste na adoção de uma política claramente preventiva em relação às drogas. Educação antes de tudo.

1.1.2 Movimento da Lei e da Ordem ou Modelo Punitivista Norte-Americano

Esse movimento credita o aumento da criminalidade ao tratamento excessivamente benigno que a lei dedica ao criminoso. Com isso, a violência somente pode ser reprimida pelo recrudescimento do sistema penal, com a edição de leis mais severas e imposição de penas privativas de liberdade mais longas e, até mesmo se for necessário, a instituição da pena de morte.

Essa corrente prevê as seguintes condições:

- a) A pena retoma o caráter de castigo e retribuição que apresentava no seu início histórico;
- b) Crimes graves requerem punições severas (longa privação de liberdade ou morte), a serem cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, em regime especial de severidade;
- c) Resposta imediata ao crime, com ampliação da prisão provisória; e,
- d) A execução da pena deve ficar a cargo, quase que exclusivamente, da autoridade penitenciária, restringindo-se o controle judicial.

Essa política criminal encontra sua melhor expressão no movimento "Tolerância Zero" adotado pelo prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, e que de acordo com Loic Wacquant (*apud* JAIME, 2006) "defende a luta contra a grande violência criminal através de uma repressão severa e da perseguição à pequena delinquência e aos comportamentos incivis que seriam seus sinais anunciadores".

Aqui, é notória a total inclemência para com a prática de crimes, inclusive com a instituição da pena de morte. No entanto, o papel do Estado nesse campo deve ser repensado, pois de um lado, é certo que não se pode abandonar de vez o repúdio aos delitos, porém, a cada dia se nota que políticas criminais demasiadamente severas não possuem um alcance satisfatório.

Esse modelo punitivista, segundo verificar-se-á em capítulo próprio, foi o utilizado pela lei 11.343/2006 para castigar merecidamente o traficante de drogas. Para resolver o assunto adota-se o encarceramento massivo dos comerciantes de drogas. "Diga não às drogas" é um programa populista bastante revelador da política norte-americana.

1.1.3 Nova Criminologia

Trata-se de um movimento que abriga as mais diversas tendências: Criminologia Crítica, Criminologia Radical, Criminologia da Reação Social, Economia Política do Delito, são algumas das linhas que têm em comum o repúdio à Criminologia Tradicional e a busca da construção de uma teoria materialista da criminalidade, ou seja, de uma criminologia de inspiração marxista. Sua difusão, assim como seu nome, deve-se à obra coletiva de Taylor,

Walton e Young, *The New Criminology* (1973). No Brasil, coube a Roberto Lyra Filho, com sua obra *Criminologia Dialética* (1972) o posto de precursor da Nova Criminologia.

Tem como requisitos:

a) Abolição da pena privativa de liberdade, inútil como meio de repressão do delito e como forma de ressocialização do delinqüente. A prisão funciona apenas enquanto seu caráter condenatório;

b) A criminalidade deve ser considerada segundo a classe social de que provenha – proletária ou dominante -, e a política criminal deve ser orientada nesse duplo sentido;

c) A adoção de um processo de socialização alternativo, um projeto gradual e intenso de descriminalização, despenalização e desjudicialização, transferindo do Estado para a comunidade o controle das condutas criminosas de natureza leve;

d) Criminalização dos comportamentos que causem dano ou ameacem os interesses essenciais da comunidade: criminalidade ecológica, econômica, ofensas à qualidade de vida, à saúde pública, à segurança e higiene no trabalho e outras condutas assemelhadas; e,

e) Intensa propaganda, visando a denúncia das desigualdades do sistema vigente, e a obtenção do apoio popular aos métodos e à ideologia da Nova Criminologia.

A referida corrente parte da idéia de sociedade de classes, entendendo que o sistema punitivo está organizado ideologicamente, ou seja, com o objetivo de proteger os conceitos e interesses que são próprios da classe dominante. Os instrumentos de controle social, por isso, estão dispostos opressivamente, de modo a manter dóceis os trabalhadores, em benefício daqueles que detêm os meios de produção.

Para esse movimento, o Direito Penal é elitista e seletivo, fazendo, assim, cair fragorosamente seu peso sobre as classes sociais mais débeis, evitando atuar sobre aquelas que detêm o poder de fazer as leis. Para Araújo Júnior (*apud* JAIME, 2006), “o sistema destina-se a conservar a estrutura vertical de dominação e poder, que existe na sociedade, a um tempo desigual e provocadora de desigualdade.” Porém, a explicação da prática do delito apenas pelo fato de se ter um alto ou baixo poder aquisitivo é pífia, uma vez que não faltam no Brasil exemplos de crimes cometidos pela elite, sendo também verdadeiro que, não são todas as pessoas das classes menos favorecidas que atentam contra o Direito Penal.

Destarte, ao se analisar os movimentos norteadores da Política Criminal, observa-se que, todos possuem questões positivas e negativas e que o ideal seria realizar uma miscigenação dos pontos importantes (tais como: contrariedade à pena de morte, descriminalização dos delitos considerados leves, punições severas para crimes graves, e,

adoção de um processo de socialização para o delinqüente) para se chegar ao que se denomina de justo e humanitário.

1.2 Princípios norteadores da Política Criminal

O Direito Penal ao ser aplicado deve sempre ser balizado nos princípios que legitimam o sistema, de modo a harmonizar as aspirações sociais, somente intervindo nas relações sociais quando último meio de composição dos conflitos.

De acordo com o juriconsulto Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 76):

Princípio quer dizer um postulado que se erradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir. Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei ou serem implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O Direito Penal e o Processual Penal não fogem à regra, erguendo-se em torno de princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei. Na Constituição Federal, encontramos a maioria dos princípios que governam o direito brasileiro, alguns explícitos, outros implícitos.

O jusfilósofo Miguel Reale (2002, p. 303) admitia que princípio fosse o mandamento nuclear de um sistema, a base de sustentação do conhecimento, as vigas mestras do ordenamento jurídico, por isso a violação a um princípio é a forma mais grave de ilegalidade, pois agride todo o sistema, subvertendo seus valores fundamentais.

Assim, princípios são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. São, nesse sentido, os alicerces de uma ciência.

Deve ser acostumado o estudo dos princípios com as várias matizes que apresentam, pois desta forma percebe-se um sistema lógico e harmônico, favorecendo a interpretação e a integração das normas penais.

1.2.1 Princípio da Legalidade

Esse princípio, consagrado no artigo 1º do Código Penal encontra-se descrito também no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal. Segundo ele, “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

O aludido princípio, desde o Iluminismo do século XVIII, exerce suma importância para o Direito Penal, e se insere numa lógica em que o poder estatal é restringido, tendo como principal papel garantir direitos mínimos para os indivíduos, aos quais somente pode ser imputada a prática de crime se lei prévia estabeleceu determinada conduta como tal, nem lhes pode ser imposta pena sem prescrição legal.

Conforme o doutrinador Fernando Capez (2004, p. 40):

O Princípio da Legalidade trata-se de garantia constitucional fundamental do homem. O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. O princípio contém uma regra – segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade – e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis.

Segundo, ainda, esse penalista, este princípio é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal. Com efeito, conforme já foi citado, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos artigos 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação).

1.2.2 Princípio da Especialidade

De acordo com o Princípio da Especialidade se, no caso concreto, houver duas normas aparentemente aplicáveis e uma delas puder ser considerada como especial em relação

à outra, deve o julgador aplicar esta norma especial, de acordo com o brocardo “*lex specialis derogat generali*”.

Segundo o respeitado jurista Victor Eduardo Rios Gonçalves (2002, p. 17):

Considera-se norma especial aquela que possui todos os elementos da lei geral e mais alguns, denominados “especializantes”. Importante ressaltar que não se trata aqui de norma mais ou menos grave, visto que nem sempre a norma especial será mais grave que a geral. Ex.: homicídio e infanticídio, em que o infanticídio, embora seja menos grave, é especial em relação ao homicídio. Ao contrário, no caso de conflito entre o tráfico internacional de entorpecentes e o crime de contrabando, o tráfico é especial em relação ao contrabando e também mais grave.

Assim, para se avaliar a especialidade de uma norma em relação a outra, basta compará-las abstratamente, sem que seja necessário avaliar-se o caso concreto. Basta, portanto, uma leitura dos tipos penais, para se saber qual deles é especial.

1.2.3 Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade

Esse princípio proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro. Ninguém pode ser punido por ter feito mal só a si mesmo. Não há, por exemplo, lógica em punir o suicida frustrado. Se a conduta se esgota na esfera do próprio autor, não há fato típico.

Tal princípio foi desenvolvido por Claus Roxin (*apud* CAPEZ, 2004, p. 16), segundo o qual:

só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente -, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.

Por essa razão, a autolesão não é crime, salvo quando houver intenção de prejudicar terceiros.

No delito que era previsto no artigo 16 da pretérita Lei de Drogas (n.º 6.368/76), poder-se-ia alegar ofensa a este princípio, pois quem usa droga só está fazendo mal a própria saúde, o que não justificaria uma intromissão repressiva do Estado (os drogados costumam dizer: “se eu uso droga, ninguém tem nada a ver com isso, pois o único prejudicado sou eu”).

! Foi exatamente nesse diapasão, que a lei n.º 11.343/2006, em seu artigo 28, operou a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, por entender que não há perigo social, uma vez que o usuário só faz mal à sua saúde e a de mais ninguém. Assim, com base nesse preceito, a posse de droga para uso pessoal não está mais sujeita à pena de prisão. Doravante será sancionada com penas alternativas, que serão impostas pelos Juizados Especiais Criminais.

1.2.4 Princípio da Irretroatividade

O artigo 2º, caput, do Código Penal determina que “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. Nessa mesma linha, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XL, estabelece que a lei penal só retroagirá para beneficiar o acusado. Assim, se uma pessoa comete um delito na vigência de determinada lei e, posteriormente, surge outra lei que deixa de considerar o fato como crime, deve-se considerar como se essa nova lei já estivesse em vigor na data do delito (retroatividade) e, dessa forma, não poderá o agente ser punido. O dispositivo é ainda mais abrangente quando determina que, mesmo já tendo havido condenação transitada em julgado em razão do crime, cessará a execução, ficando também afastados os efeitos penais da condenação. Por isso, se no futuro o sujeito vier a cometer novo crime, não será considerado reincidente.

Já, o parágrafo único do artigo 2º, da legislação penal pátria, dispõe que a lei posterior, que de qualquer modo favoreça o réu, aplica-se a fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Nessa hipótese, a lei posterior continua a considerar o fato como criminoso, mas traz alguma benesse ao acusado: pena menor, maior facilidade para obtenção de livramento condicional, etc.

Dessa forma, pode-se chegar a duas conclusões: a norma penal, em regra, não pode atingir fatos passados. Não pode, portanto, retroagir; e, a norma penal mais benéfica, entretanto, retroage para atingir fatos pretéritos.

Sobre esse princípio, dentro da mesma linha de pensamento, assevera Nucci (2007, p. 68) que:

Pode-se denomina-lo, também, como princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, adotando como regra que a lei penal não poderá retroagir, mas, como exceção, haverá retroatividade da lei que beneficie o réu ou condenado. Esta pode voltar no tempo para favorecer o agente, ainda que o fato tenha sido decidido por sentença condenatória com trânsito em julgado.

1.2.5 Princípio da Insignificância

Originário do Direito Romano, tal princípio funda-se no conhecido brocardo “*de minimis non curat praetor*”. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal. Este autor propôs a interpretação restritiva dos tipos penais, com a exclusão da conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos verificados. Com muito acerto, esse criminalista indicou que o apego ao formalismo exagerado é prejudicial à sociedade, pois, assim sendo, ou se terá uma atuação tardia do Direito ou se verá muitas injustiças cometidas.

A “Criminalidade de Bagatela” (*Bagatelledelikte*), como é chamada pelos doutrinadores alemães, surge de forma significativa na Europa, a partir do século XX, em meio às crises decorrentes das Primeira e Segunda Guerras Mundiais, quando o crescente índice de desemprego e a escassez de alimentos, dentre outros fatores, provocaram um surto de pequenos delitos, como furtos e roubos de pequeno valor. Portanto, a origem fática do princípio da insignificância está ligada ao caráter patrimonial.

Segundo tal princípio, o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o domínio jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos.

Sem embargo, não se pode conceber que a liberdade constitucionalmente garantida a todos seja cerceada em detrimento de uma ofensa insignificante. Portanto, nas infrações de bagatela não há necessidade de se impor uma sanção penal. Para tanto, é necessário que se observe, para aplicação da insignificância, a idéia conglobada da norma, ponderando-se resultado, conduta e culpabilidade.

Alguns criminalistas mais conservadores, embora estejam inseridos na corrente minoritária, ainda resistem ao princípio telado sob a arguta de ausência de previsão legal. Todavia, tal princípio é construção dogmática, fruto das discussões da política criminal, que procura solucionar as injustiças do direito mal aplicado e mal interpretado, valendo-se ainda da assertiva de que a norma escrita não esgota todo o direito. É um princípio implícito, integrado aos Fundamentos do Estado Democrático de Direito, que resguarda a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade da aplicação da pena.

Preleciona Rogério Greco (2005, p. 75), a respeito desse postulado, que:

A aplicação do princípio da insignificância, também chamado delito de bagatela, tem a finalidade de ajustar a aplicação da lei penal aos casos que lhe são apresentados, evitando a proteção de bens cuja inexpressividade, efetivamente, não mereceram a atenção do legislador penal.

A bagatela tem, portanto, aplicação em qualquer tipo de crime, seja formal, material, de dano, de perigo, doloso ou culposo. E, mais ainda no caso particular dos crimes de dano, uma vez que, nesses casos, é óbvia a facilidade de se mensurar a extensão da lesão.

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da sua 5ª Turma, tem, a tempo, reconhecido a tese da exclusão da tipicidade nos chamados delitos de bagatela, aos quais se aplica o princípio da insignificância, dado que à lei não cabe preocupar-se com infrações de pouca monta, insuscetíveis de causar o mais ínfimo dano à coletividade.

1.2.6 Princípio da Lesividade

Alguns doutrinadores elencam um sub-princípio da insignificância, qual seja, o da lesividade, para o qual só se admite a aplicação da pena à conduta que lese direitos ou interesses de terceiros juridicamente protegidos, não se punindo a conduta puramente imoral ou antiética.

Assim, só se pode penalizar comportamento que prejudique direitos de outrem, pois as condutas internas ou individuais do ser humano, por mais estranhas que se apresentem, não legitimam a intervenção penal.

Esse princípio determina que a intervenção do Direito Penal deva ocorrer apenas quando necessária à proteção de certos bens jurídicos, o que implica que nem todo ataque terá, conseqüentemente, intervenção penal, pois apenas os casos de lesão aos bens juridicamente mais relevantes a justificarão.

Portanto, ao se afirmar que, o objeto da tutela penal não é qualquer comportamento, está-se diante da idéia de culpabilidade, tratando-se neste caso da reprovabilidade adjetivada com algum comportamento humano, distinguindo o Direito da Moral. Esse entendimento surge com os estudos desenvolvidos por Kant (*apud* SILVA JÚNIOR, 2002), que procurava fazer uma interpretação da prática humana, definindo que a razão é o norte da ação.

1.2.7 Princípio da Subsidiariedade

Significa que o Direito Penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção do legislador para compor conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.

O caráter subsidiário permite que o remédio penal seja utilizado apenas quando for o último meio capaz de solucionar o conflito. Assim sendo, o Direito Penal é considerado a última escolha, isto é, a última cartada do sistema legislativo e só deve atuar quando se observar o fracasso de todos os outros ramos jurídicos, quando se entende que outra solução não pode haver senão a imposição da sanção penal ao infrator.

A função penal de dar guarida aos bens jurídicos mais importantes é o que o diferencia dos demais ramos do direito, tendo em vista que, o Direito Penal apenas irá atuar quando os outros ramos jurídicos forem insuficientes para a solução das contendas, donde se destaca que a atuação penal é subsidiária.

Enfim, o Direito Penal deve ser visto como subsidiário. Fracassando outras formas de punição e de composição dos conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados.

1.2.8 Princípio da Fragmentariedade

Decorrente dos princípios da legalidade e da intervenção mínima e presumido no da subsidiariedade, o referido princípio tem como fundamento que apenas as condutas mais graves merecem o rigor do Direito Penal.

Isso significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo Direito Penal que, por sua vez, constitui somente parcela do ordenamento jurídico. Outras questões devem ser resolvidas pelos demais ramos do direito, através de indenizações civis ou punições administrativas. Pode-se, ainda, falar em fragmentariedade de 1º grau e de 2º grau. A primeira refere-se à forma consumada do delito, ou seja, quando o bem jurídico precisa ser protegido na sua integralidade. A segunda cinge-se à tentativa, pois protege-se o risco de perda ou de lesão, bem como a lesão parcial do bem jurídico.

Esse princípio denota que o legislador em sua função legiferante tem consciência apenas do prejuízo que a conduta a ser incriminada pode causar, não tendo como prever o total alcance da norma elaborada. Daí a importância dos princípios da fragmentariedade e insignificância, pois impõem uma interpretação restritiva da lei, impedindo que as penas sejam aplicadas a lesões penalmente insignificantes.

É escorreito que, a atuação do Direito Penal resguarda-se para as condutas com significado penal, isto é, desde que sejam graves. Assim, esse ramo jurídico não constitui um sistema fechado, ao contrário, é fragmentário, para abarcar determinadas condutas seletivamente, conforme a necessidade.

1.2.9 Princípio da Intervenção Mínima

O Direito Penal, conforme já se dissertou alhures, só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais expressivos. As perturbações menos relevantes aos bens jurídicos devem ser objeto de outros ramos do direito, como o Direito Civil, por exemplo.

O princípio da intervenção mínima assenta-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias.

O referido postulado, originado dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, impede que toda e qualquer lesão aos bens jurídicos seja penalizada, sendo apenas passível de sanção as condutas realmente intoleráveis. Por conseguinte, tem o objetivo de limitar o arbítrio legislativo, já que o princípio da legalidade impõe limites apenas ao arbítrio judicial.

O garantismo do século XX, movimento impulsionado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, promoveu uma verdadeira evolução nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que atrelado ao princípio da intervenção mínima originaram o chamado Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal, trazendo como proposta central a interferência mínima do Estado nas relações entre os indivíduos, pela qual a pena privativa de liberdade somente deve ser lançada para evitar um mal maior à sociedade, de modo que a desproporcionalidade da lesão sofrida ao bem a ser restrito, desautorizaria a sanção penal.

Desse modo, o Direito Penal Mínimo aponta para a despenalização de vários tipos penais, estabelecendo vias alternativas que solucionem o conflito sem aplicação da prisão, o que resguarda a dignidade dos indivíduos que cometerem delitos de menor relevância.

1.2.10 Princípio da Adequação Social

Segundo o princípio em exame, todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso.

Para essa teoria, o Direito Penal somente tipifica condutas que tenham certa relevância social. O tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos à categoria de infrações penais; por conseguinte, as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer este tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer do vício de inconstitucionalidade.

Por isso é que se afirma que, determinadas formas de atividade permitida não podem ser incriminadas, uma vez que se tornaram consagradas pelo uso histórico, isto é, costumeiro, aceitando-se como socialmente adequadas.

Não se pode confundir o princípio em análise com o da insignificância. Na adequação social, a conduta deixa de ser punida por não mais ser considerada injusta pela sociedade; na insignificância, a conduta é considerada injusta, mas de escassa lesividade.

Observa-se que, esse preceito é de grande utilidade em ordenamentos em que a política criminal seja pouco desenvolvida no plano prático, servindo de norte ao justo aplicador do direito, o qual está adstrito às transformações políticas, econômicas e sociais. Embora o conceito de adequação social não possa ser aceito com exclusividade, atualmente é impossível deixar de reconhecer sua importância na interpretação da subsunção de um fato concreto a um tipo penal. Atuando ao lado de outros princípios, pode levar à exclusão da tipicidade.

CAPÍTULO 2 ABORDAGEM DA LEI 6.368/76: A PRETÉRITA LEGISLAÇÃO ANTITÓXICOS DO PAÍS

Antes de analisar de forma conjuntural as principais inovações do atual tratamento jurídico-penal sobre drogas, necessário assinalar que a legislação brasileira sofreu alterações nas últimas décadas, com regulamentação em textos normativos diferentes. Sem remontar a origem da disciplina normativa atinente aos tóxicos, pondera-se que desde as Ordenações Filipinas já se estabelecia que ninguém poderia ter em casa material venenoso, o que também foi definido no Código Penal da República de 1890, eis que em seu artigo 159 punia-se com multa quem expunha a venda ou ministrasse substância venenosa, sem regulamentação.

O vigente Código Penal Brasileiro, em seu artigo 281 punia com pena de reclusão de um a cinco anos e multa, as condutas delituosas envolvendo entorpecente ou substância que causasse dependência física ou psíquica, contudo, equiparava, na mesma figura delitiva e com o mesmo tratamento jurídico-penal, o comércio e o uso de tais substâncias.

Assim dispunha este artigo, *ipsis verbis*, intitulado “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”: Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 01 (um) a 05 (cinco) anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

Esse dispositivo foi posteriormente alterado pela lei 5.726/71, a qual previu normas para a recuperação dos infratores viciados, mas manteve a equiparação tipológica entre o traficante e o usuário. Aqui, com a modificação, houveram acréscimos de alguns verbos no tipo penal; a pena máxima aumentou para seis anos; e, a multa passou de dois a dez contos de réis para 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país. Mudou-se também o *nomem juris* do delito, que foi intitulado “comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica”. Ulteriormente, ambos dispositivos foram revogados pela lei 6.368/76.

Esta lei, buscando traçar contornos próprios à matéria, assim como ocorria em outros países do mundo, regulamentou-a completamente, criando novas figuras típicas e diferenciando em distintos tipos penais a conduta de traficar da do uso próprio. Ademais, no mesmo diploma disciplinou-se a matéria de direito material e adjetivo, definindo não só os

crimes de tóxicos, mas também toda a sistemática processual, inclusive a investigação policial.

Considerando várias críticas, especialmente no que concerne a conseqüência jurídica do delito e a possibilidade de obtenção pelo criminoso de inúmeros benefícios concedidos aos acusados por crimes comuns, foi publicada a lei 8.072/90, que equiparou o delito de tráfico de substâncias entorpecentes a crime hediondo, determinando o mesmo tratamento penal e processual àqueles que praticassem tal modalidade delitativa, redefinindo a execução da pena.

Posteriormente, em 2002, foi sancionada a lei 10.409, que em seu projeto inicial também estabelecia normas de direito material e processual. Contudo, quando da sanção presidencial, houve o veto ao capítulo sobre crimes e penas, sob vários fundamentos, especialmente o de que existiam ofensas a princípios penais constitucionais e deficiências técnicas na redação dos dispositivos, o que geraria dúvidas interpretativas. Assim, referido diploma legal passou a vigorar sem referências criminológicas, traçando a nova sistemática processual para apuração dos crimes de substâncias entorpecentes.

Em síntese, vigorava no Brasil duas leis que regulamentavam a matéria das substâncias entorpecentes, a lei 6.368/76 definindo os crimes e as penas e a lei 10.409/2002 que disciplinava o procedimento investigatório e processual. Com isso, estavam em vigor:

a) no aspecto penal, a lei 6.368/76, de modo que continuavam vigentes as condutas tipificadas pelos artigos 12 a 17, bem como a causa de aumento de pena prevista no artigo 18 e a dirimente estabelecida pelo artigo 19, ou seja, todo o capítulo III dessa lei; e,

b) na parte processual, a lei 10.409/2002, estando a matéria regulada nos seus Capítulos IV (do procedimento penal) e V (da instituição criminal).

Dessa forma, a anterior legislação antitóxicos se transformara em um verdadeiro centauro do Direito: a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto a processual, era tratada pela lei de 2002.

Por fim, visando atenuar a problemática legislativa com a vigência de dois textos normativos para disciplinar a mesma matéria, foi sancionada a lei 11.343/2006, que, após um período de *vacatio legis* de 45 dias, compilou num mesmo diploma as normas de direito material, estabelecendo um sistema anti-drogas, bem como crimes e penas, mas também normas de direito instrumental e processual. Deste modo, e para evitar questões meramente acadêmicas, a atual lei, em seu artigo 75, revogou expressamente os dois anteriores textos.

Como a parte que interessa a esse trabalho científico é a “dos crimes e das penas” e considerando que a lei 11.343/2006 será objeto de estudo num capítulo específico, deixar-se-á

de lado a lei 10.409/2002 e se abordará nesse capítulo apenas a lei 6.368/76, sob os seus principais aspectos.

2.1 Considerações

Os problemas das drogas existem desde a mais remota antiguidade. Mas, nos últimos tempos, dada sua intensificação em diversos países, com reflexos na criminalidade, é que tem merecido a devida atenção dos governantes, sempre preocupados com sua expansão, mormente entre a juventude, pois muitas vidas têm sido ceifadas por overdose.

O problema dos tóxicos, no decorrer do tempo, tem sido abordado por vários aspectos. Até hoje já foram feitas várias abordagens do assunto drogas. A primeira foi a não abordagem, isto é, ignorou-se o problema. Aí o problema tóxico, droga espalhou-se. Surgiu, então, a primeira atitude, a policial, que não funcionou. Em seguida, veio a dos legisladores, sendo a presente lei ora em exame um aprimoramento. Ainda assim, o problema continuou progredindo.

A lei 6.368/76, que permaneceu em vigor por três décadas, até ser substituída totalmente, após várias tentativas, pela lei 11.343/2006, introduziu uma série de novidades. Na elaboração desta antiga lei, três áreas fundamentais preocuparam o grupo de trabalho: educação, saúde e segurança. Entendiam os estudiosos que um bom trabalho nessas três esferas solucionaria o problema que o país enfrentava com as substâncias entorpecentes.

Entretanto, o que eles propunham, infelizmente, era utopia para a nação. A educação significava novos termos, prevenção do problema, traduzida em medidas que permitiriam a formação de professores capazes de orientar os estudantes, estruturando sua personalidade com base científica e propiciando condições de autodefesa. No campo sanitário, a filosofia era de obrigatoriedade de tratamento e não a de internação do dependente. A segregação compulsória ficaria a critério do médico, conforme as condições psicopatológicas do paciente. Na área da segurança, o juiz teria mais flexibilidade, de acordo com o parecer do médico, para determinar as sanções.

Mas, infelizmente, sabia-se que não era através de leis, em especial a 6.368/76, ou mesmo a novíssima 11.343/2006, que seriam solucionados os problemas das drogas ou qualquer outro setor social, pois no Brasil as leis têm sido feitas para serem burladas,

desrespeitadas, descumpridas, principalmente por aqueles que, não só deveriam dar o exemplo no seu cumprimento, como também exigí-lo dos demais destinatários.

No campo da educação, o problema não foi e nem tem sido tratado com a seriedade necessária, não só por falta de especialistas no assunto, como também por desinteresse. Em se tratando de segurança, o uso e o tráfico de drogas vêm aumentando cada vez mais e de forma considerável, inclusive através de contrabandos de países vizinhos, o que tem reclamado a criação de uma organização internacional forte para combater esse tipo de crime.

Ainda em 1984, o então Superintendente da Polícia Federal em São Paulo, Delegado Romeu Tuma, entendia que os conflitos políticos que vinham ocorrendo na América Central levaram os produtores da cocaína na Bolívia e Colômbia a optarem por outra rota para transportar a droga aos Estados Unidos e depois à Europa. Eles escolheram o Brasil pela sua localização geográfica, principalmente São Paulo e Rio de Janeiro, que hoje fazem parte da conexão internacional. Conforme se vê, o problema com drogas é bastante antigo e por isso é preciso intensificar o combate à sua produção e tráfico.

Sob o aspecto jurídico da questão, não bastava simplesmente modificar a legislação existente a respeito, pois era preciso acima de tudo enfrentar o problema com realismo, mormente em se tratando de traficantes, que constituem a mais nefasta classe dessa espécie de criminoso, que tem um negócio rendoso.

Destarte, a lei 6.368/76, após longos anos de estudo, que culminou com a sua publicação, tentou sob vários aspectos intimidar o problema das substâncias entorpecentes existente no país, mas, a tentativa foi em vão, pois como tudo que ocorre no Brasil, que prima pela não-punibilidade, foi impossível reprimir devidamente os tóxicos-delinquentes. O mesmo acontecerá, e o tempo dirá, com a Nova Lei de Drogas.

2.2 Dos Crimes de Uso e de Tráfico de substâncias entorpecentes sob a égide da lei 6.368/76

Conforme discorrido anteriormente, a lei 6.368/76 permaneceu em vigor por trinta anos, até outubro de 2006, tratando, após a lei de 2002, apenas da parte relativa aos crimes. Para essa lei, existiam dois tipos básicos de infratores: os viciados (artigo 16) e os traficantes (artigo 12).

De acordo com o artigo 16 da lei de 1976, considerava-se crime: 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 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Embora o tipo deste artigo não incluísse o verbo usar, exigia-se que o agente adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo substância entorpecente para uso próprio. Uma importante diferenciação a ser analisada dizia respeito às condutas típicas de guardar, trazer consigo e adquirir, visto que eram previstas tanto no artigo 12 quanto no artigo 16 da lei 6.368/76.

“Adquirir” significava obter, gratuita ou onerosamente, a propriedade ou posse do entorpecente ou substância que causasse dependência física ou psíquica.

“Guardar” correspondia a ter sob vigilância ou cuidado substância entorpecente ou que causasse dependência física ou psíquica, ocultando-a.

“Trazer consigo” era o transporte pessoal da substância, levando-a junto ao corpo, ou no próprio corpo, ou ainda, de qualquer outra forma ligada ao agente.

Para que essas condutas fossem tipificadas no artigo 16 da lei 6.368/76 havia necessidade da presença do elemento subjetivo do tipo – para uso próprio –, que demonstrava a existência de uma especial destinação na conduta do agente, qual seja, a utilização própria da referida substância entorpecente.

Para o doutrinador Alexandre de Moraes (2001, p. 132):

Apesar da taxatividade das condutas previstas no artigo 16, a jurisprudência, com razão, vinha alargando o alcance das mesmas, para considerar como crime no citado artigo todas as condutas praticadas com a especial finalidade do uso próprio, independente ou não de o agente ser viciado, como, por exemplo, transportar para uso próprio, preparar para uso próprio, ou mesmo plantar para uso próprio.

Ressalte-se, porém, que a comprovação da elementar do tipo – uso próprio – nem sempre era de fácil constatação. Esta é uma das críticas que se faz à antiga Lei de Tóxicos, pois a falta de elementos seguros e objetivos para a distinção entre tráfico e uso abria espaços para o abuso de poder, uma vez que o agente policial ou judicial via-se com todas as possibilidades de barganha diante dos usuários, podendo enquadrá-los, de acordo com o seu arbítrio, tanto no artigo 12 (tráfico), quanto no artigo 16 (uso).

Para aferição deste elemento subjetivo discriminante e dos outros constantes nos diversos artigos desta lei, o artigo 37 enumerava circunstâncias com a finalidade de orientar o

juiz. Dispunha o referido dispositivo que para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderia à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Os elementos de prova é que iriam definir a conduta do agente, no caso concreto.

Portanto, na caracterização do delito previsto no artigo 12 da lei 6.368/76, não teria, por exemplo, importância a quantidade da substância entorpecente apreendida se a finalidade de venda estivesse nitidamente comprovada.

Assim, já havia decidido o Supremo Tribunal Federal que não descaracterizaria o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu.

Com o mesmo raciocínio prelecionou Vicente Greco Filho (*apud* RODRIGUES, 2001, p. 188) que: “a quantidade da droga, não se nega, é fator importante, mas não pode ser exclusivo, devendo, pois, o juiz apreciar as demais circunstâncias que envolvem o delito”.

Em contrapartida, no sistema anterior à lei 6.368/76, na vigência do artigo 281 do Código Penal, a principal circunstância analisada para a configuração do crime era a quantidade de droga apreendida em posse do acusado.

A lei 11.343/2006 andou na mesma linha da antiga legislação e manteve os mesmos critérios do artigo 37, percorridos noutra parte, para se descobrir se a droga destina-se a consumo pessoal ou não. Em outras palavras, são relevantes: o objeto material do delito (natureza e quantidade da droga), o desvalor da ação (local e condições em que ela se desenvolveu), assim como o próprio agente do fato (suas circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes). Para a lei de 2006 é importante saber: se se trata de droga pesada (cocaína, heroína, etc.) ou leve (maconha); a quantidade dessa droga, assim como qual é o consumo diário possível; o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente, etc.); profissão do sujeito, etc.

O usuário, antes taxado como criminoso, em contraposição às novas penas alternativas, estava sujeito a uma pena de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção. No novo texto legal (artigo 28) já não se comina a pena de prisão. Logo, como será visto, o fato deixou de ser criminoso em sentido estrito.

Para a caracterização do delito de tráfico de substâncias entorpecentes, necessário se fazia o enquadramento no tipo do artigo 12, que estabelecia: importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou

entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 03 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

O *caput* do artigo 12 continha 18 ações típicas, que podiam ser praticadas isolada ou sequencialmente, mas de qualquer modo, de acordo com o princípio da alternatividade, haveria somente um único crime. Analisar-se-á agora todas as condutas incriminadas nesse artigo.

Na modalidade “importar” entendia-se a irregular entrada de substância entorpecente ou que determinasse dependência física ou psíquica, no território nacional, consumando-se o crime sempre que o entorpecente galgasse as fronteiras do país ou ingressasse nos limites do mar territorial e respectivo espaço aéreo. Por “exportar” interpretava-se a irregular saída para território estrangeiro. As duas modalidades podiam se dar por via terrestre, marítima ou aérea.

Sobre o assunto, discorria Rodrigues (2001, p. 107) que:

O ato de importar envolve a transposição de espaços físico-territoriais e jurídico-fiscais definidos, de modo que somente após o cruzamento da linha de fronteira e da zona fiscal primária efetiva-se a importação. Se tal não se der, há apenas a tentativa. Onde não existir fiscalização, a consumação se dá com o simples ingresso no território nacional.

Com a exportação, é necessária a saída da droga do território nacional, transpondo a fronteira ou a zona de fiscalização, onde existir, para se ter o crime por consumado. O simples transporte com o fim de exportação pode ser entendido como tentativa. Assim, considera-se tentado o crime de exportar se a mercadoria foi embarcada em navio que zarpou e foi objeto de apreensão ainda em águas territoriais brasileiras, ou em alto-mar.

“Remeter” queria dizer mandar, enviar para, encaminhar. O delito se consumava quando o agente se desfazia da posse da droga encaminhando a outrem, sendo despiciendo para a consumação do crime que a entrega tivesse ou não se efetivado. Qualquer meio, pessoal ou postal, poderia ser utilizado para a configuração do delito nesta modalidade.

“Preparar” significava a obtenção da substância entorpecente através de composição ou decomposição química, com reunião ou dissociação de substâncias químicas. Havia entendimento na doutrina majoritária de que se a preparação era para uso próprio, configurar-se-ia o delito do artigo 16.

Existia uma diferença sutil entre a conduta de “produzir” e a de “preparar”: enquanto a preparação pressupunha a existência dos componentes, a produção envolvia maior atividade criativa, como por exemplo, o cultivo e a extração. Aqui também, se a produção era para uso próprio aplicavam-se as penas do artigo 16.

O legislador de 1976 tentava por todas as formas fechar os escaninhos a esse terrível mal social, embora corresse o risco de ser repetitivo. A conduta “fabricar” era uma variante das duas formas anteriores, e significava a produção por meio mecânico ou até mesmo industrial.

“Vender” era dispor da substância entorpecente ou que determinasse dependência, a título oneroso. O crime se consumava nesta modalidade com a simples convenção representada por dinheiro ou o que representasse (título de crédito, por exemplo), sendo irrelevante saber se o vendedor estava ou não na posse da substância ou se houvera ou não o recebimento do dinheiro.

“Expor a venda” correspondia a oferta expressa ou tácita a eventuais adquirentes (público em geral), por um preço em dinheiro. Tratava-se de crime permanente. Já “oferecer” expressava a oferta a eventual comprador isolado ou a pessoas determinadas, de forma onerosa ou gratuita.

“Fornecer ainda que gratuitamente” queria dizer cessão, abastecimento ou provisão a qualquer título, com certa habitualidade, de substância entorpecente. Observa-se que, sempre houve um cuidado da lei em evitar a propagação das drogas, pois mostrava-se tão perigoso o traficante que fornecesse substância entorpecente a título oneroso, como aquele que disseminasse o seu uso entregando-a gratuitamente a terceiro. A entrega ainda que gratuita poderia levar ao aliciamento de novos usuários e por conseqüência a ampliação de seu consumo.

“Ter em depósito” expressava conservar ou reter a coisa à sua disposição, ainda que provisoriamente, mesmo que o tóxico não se destinasse à venda ou ao uso. Aqui, segundo entendia o Supremo Tribunal Federal, não se exigia que o agente fosse encontrado junto ao tóxico. Era, também, uma modalidade de crime permanente, uma vez que sua consumação se prolongava no tempo.

“Transportar” denotava conduzir a substância tóxica de um lugar a outro, pessoalmente ou por intermédio de terceiro. Era necessário, porém, o uso de algum meio de deslocamento (automóvel, aeronave, barco, etc.), porque se a droga fosse levada junto ao agente a modalidade criminosa seria “trazer consigo”, que seria uma sub-modalidade de

“transportar”. O transporte teria que se dar nos limites territoriais do país, pois do contrário, poderia ocorrer importação ou exportação.

“Prescrever” exprimia receitar, determinar, indicar. Normalmente a prescrição era feita por médico, dentista, farmacêutico e até veterinário. Mas, como a lei não indicava expressamente a qualidade do agente, o delito, nessa modalidade, não era próprio, embora houvessem opiniões em contrário. Assim, uma pessoa que estivesse exercendo a medicina ou a odontologia indevidamente, por não possuir habilitação legal, e receitasse a alguém substância entorpecente incorreria nesta ação.

“Ministrar” significava dar para consumir, aplicar, inocular, introduzir o entorpecente no organismo de outrem, por qualquer meio: ingestão, injeção ou aspiração. A ação poderia ser gratuita ou onerosa, com a concordância ou não do paciente.

“Entregar, de qualquer forma, a consumo” representava passar a substância entorpecente às mãos de outrem. Poderia ser realizada de qualquer forma, consoante o próprio texto legal. Era uma modalidade que tentava fechar o círculo a outras condutas que não se adaptassem às ações anteriores, traduzindo-se numa norma de encerramento. O legislador revelava um afã no sentido de não deixar alguma brecha na punibilidade: aquele que tivesse algo que ver com um tóxico proibido, cometeria delito. As condutas de “adquirir”, “guardar” e “trazer consigo” já foram analisadas anteriormente.

De acordo com Rodrigues (2001, p. 103):

A intenção da lei com a multiplicidade de verbos típicos era de tentar abranger o maior número possível de condutas, com o evidente intuito de conceder uma maior proteção social. A regra inserta no preceptivo era amiúde criticada por fixar a mesma pena para condutas que variavam do “trazer consigo”, “cessão gratuita” ao “vender, expor à venda ou oferecer” substância entorpecente. Em face disso, firmou-se na jurisprudência forte corrente que sustentava que a cessão esporádica de tóxicos, entre amigos e companheiros enquadrava-se na punição do artigo 16 (para uso próprio) e não no artigo 12, na modalidade “fornecer ainda que gratuitamente”. Esta modalidade, entendia parte da doutrina, não tinha natureza de tráfico e por isso não podia ser equiparada a crime hediondo, não se aplicando os efeitos gravosos da lei 8.072/90.

De fato, tráfico implica a prática de atos de comércio ilícito ou negócios fraudulentos; é comércio, mercancia, trato mercantil, ato de comerciar ou mercadejar. O fim especulativo está insito. Toda vez que não se revestir desta essencialidade não há que se falar em tráfico nem tampouco na incidência de seus efeitos gravosos.

A prática convencionou chamar o crime do artigo 12 de tráfico embora o legislador não tivesse dado ao delito um *nomen juris*. Isso fazia com que incidissem no mesmo tipo legal tanto o traficante propriamente dito, que vendesse grande quantidade de drogas a várias pessoas com o objetivo de auferir lucro, como o indivíduo que, atendendo ao apelo de um amigo dependente, fornecesse a ele, gratuitamente, um pequeno cigarro de maconha. É evidente que, embora ilícita e merecedora da repressão penal, a segunda hipótese apresentava um delinqüente de menor periculosidade, em comparação com aquele que fazia do comércio de drogas seu meio de vida.

Quando ainda estava em vigor a lei 6.368/76, a multiplicidade de ações que continha o tipo do seu artigo 12 já era considerada, segundo Zaffaroni (*apud* RODRIGUES, 2001, p. 105) uma grave falha de técnica legislativa. No entanto, até de forma inacreditável, os 18 verbos contidos neste artigo, apesar das incansáveis críticas, foram mantidos, *ipsis litteris*, no atual diploma (artigo 33), e em assim sendo, todos os comentários sobre que se falou nesse subtítulo em relação ao traficante são, com exatidão, válidos para a atual legislação.

A pena para o crime de tráfico era a de reclusão, que podia variar de 03 (três) a 15 (quinze) anos, além do pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. No diploma hodierno, conforme se discorrerá, exacerbou-se demasiadamente tanto a pena material como a pena pecuniária, mantendo-se intocável o modelo repressivo para aqueles que lançam dinheiro no mercado de droga para que a mesma seja adquirida e consumida.

2.3 Adoção do modelo Punitivista Norte-Americano pela lei 6.368/76

O modelo norte-americano de política criminal prega a abstinência e a tolerância zero. De acordo com esta visão as drogas constituem um problema policial e particularmente militar; para resolver o assunto adota-se o encarceramento massivo dos envolvidos com drogas; “diga não às drogas” é um programa populista, de eficácia questionável, mas bastante revelador da política norte-americana. O paradoxo: na Guerra do Vietnã os Estados Unidos trocaram apoio por drogas. De outro lado, a solução militar para o problema da droga não vem produzindo bons efeitos: a interminável guerra na Colômbia, por exemplo, evidencia a enorme dificuldade dessa política exageradamente repressiva, que vem sendo muito criticada.

A Organização das Nações Unidas, de um modo geral, vem sustentando essa posição norte-americana. No seu relatório anual de 2002, por exemplo, divulgado pelo Comitê

Internacional de Controle de Narcóticos, alertava que a liberalização da maconha traria drásticas conseqüências para todos os países. Criticava, ademais, os vários países europeus por adotarem outro enfoque sobre o tema.

Mas, segundo o jurista Luiz Flávio Gomes (2007, p. 112):

Resultados concretos dessa política repressiva norte-americana praticamente não existem. Quando a própria vítima concorre para o delito, para satisfazer interesse dela, o Estado conta com poucas chances de conseguir algum tipo de sucesso na punição dos culpados. É muito difícil alcançar qualquer tipo de sucesso na repressão de uma criminalidade que conta com a concordância da vítima. É o tipo de criminalidade em que a impunidade está assegurada com quase absoluta segurança.

Nunca é demais falar, que esse foi o modelo de política adotado pelo legislador brasileiro de 1976 para as figuras do traficante e do usuário de drogas. Desta forma, a legislação penal, tradicionalmente, até a entrada em vigor da lei 11.343/2006, sempre tratou o usuário e traficante como criminosos, quando o certo seria focar o primeiro, algumas vezes como vítima (usuário dependente, que carece de atenção e tratamento), outras vezes como simples cidadão que num determinado momento optou dentro do seu livre arbítrio por fazer uso momentâneo de uma substância entorpecente, sem prejudicar terceiros (usuário ocasional).

Por influência clara dos Estados Unidos, entretanto, na lei 6.368/76, o assunto sempre foi levado para o âmbito do direito penal, quando o correto seriam outras soluções (médicas, sociais, psicológicas, etc.). Conforme já discorrido, o usuário, assim como o traficante, era reputado criminoso, porém era punido com a pena mais branda, qual seja, de detenção de seis meses a dois anos e multa.

Por ora, há certo consenso no que diz respeito ao tráfico de drogas, que constitui uma das múltiplas faces do processo de globalização do planeta: deve continuar sendo crime. A polêmica gira em torno da posse para consumo pessoal, onde se deve adotar uma política educativa responsável. Para as drogas, o melhor caminho, dentre outros, é o da educação, não o da prisão.

Resumidamente a posição adotada na década de 70 caracterizava-se pelo seguinte: associação do uso e tráfico de drogas com a demonização política e social (leia-se: o usuário e o traficante devem ser vistos como uns demônios); a sobrevivência da sociedade dependeria só da política repressiva; e, o uso e tráfico de drogas são assuntos prioritários da polícia. Essa

tendência divergia, certamente, com a política europeia de redução de danos. Essa última começa a ganhar força, influenciando profundamente a política relativa ao usuário, com a lei 11.343/2006, conforme se verá no decorrer desta pesquisa.

CAPÍTULO 3 A POLÍTICA CRIMINAL UTILIZADA NA LEI 11.343/2006: UM TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA AS FIGURAS DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE DE DROGAS

A nova Lei de Drogas de 24 de agosto de 2006 entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006, revogando expressamente as leis 6.368/76 e 10.409/02, que tratavam anteriormente sobre a matéria. Os eixos centrais desse novo diploma legal passam, dentre outros, pelos seguintes pontos: pretensão de introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; eliminação da pena de prisão ao usuário; e, rigor punitivo contra o traficante e o financiador do tráfico.

Desde a década de 90, ficou bem acentuada a prevalência de dois diversos discursos acerca dos rumos a serem dados para a questão das drogas no Brasil. Um deles apregoava que a redução da oferta e da demanda poderia e deveria ocorrer por meio da intervenção penal. Visava a total abstinência, ou seja, um mundo sem drogas. “*War on drugs*” era a visão preponderante.

O outro, diversamente, tratava do tema a partir de uma linha prevencionista, voltada para atividades relativas à redução de danos. Com isso, apareceram preocupações com moderação e controle do abuso. Este discurso buscava um distanciamento de respostas meramente repressivas, principalmente em razão da estigmatização do usuário ou do dependente decorrente da sua passagem pelo sistema penal.

A legislação atual, nitidamente, abarca as duas tendências. A proibicionista dirige-se contra a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, enquanto que a prevencionista é aplicada para o usuário e para o dependente, inclusive com políticas de atenção e de reinserção social. Trouxe também uma nova terminologia para especificar o objeto material dos tipos penais que passa, ao invés de substância entorpecente usada pela lei pretérita, a ser denominada droga, assim entendida como substâncias ou produtos capazes de causar dependência e que são especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Desta forma, essa inovação atende a uma antiga orientação da Organização Mundial de Saúde.

Trata-se, portanto, de uma importante mudança ideológica, principalmente porque o ordenamento moderno determina a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social.

Interessante tornar visível a criação, com essa norma, do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem por tarefa articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira relacionada às drogas.

3.1 A Política Criminal utilizada para o usuário ou dependente de drogas

O uso de drogas remonta aos primórdios da humanidade, sendo que sobre o ópio e a “*Cannabis*” há registro de que já eram utilizados desde, aproximadamente, o ano 3.000 antes de Cristo. Tal uso só se tornou criminalmente punível com a evolução das sociedades. Em torno desse assunto existem incontáveis questões culturais, políticas e econômicas e, também, muito preconceito.

No Brasil, a primeira legislação criminal que puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada no livro V das Ordenações Filipinas. Depois vieram: o Código Penal Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais em 1932, o Decreto 780, modificado pelo Decreto-lei 891 de 1938, o Código Penal de 1940, a lei 6.368/76, lei 10.409/2002 e, enfim, a lei 11.343/2006.

De acordo com o artigo 28 da nova Lei de Drogas, para fins penais, entende-se por usuário de drogas quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, qualquer tipo de droga proibida. O usuário não se confunde, de modo algum, com o traficante, financiador do tráfico etc. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal ou não, o juiz analisará a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Prevê, ainda, esse mesmo artigo as medidas que terão incidência contra o usuário, que são as seguintes: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Para a garantia do cumprimento dessas “medidas educativas”, na fase executiva, o juiz pode impor: admoestação verbal e multa. A pena de prisão definitivamente não pode mais ser imposta ao usuário, nem sequer na hipótese de não haver transação penal.

A lei fala em advertência sobre os efeitos das drogas. Não se trata de uma advertência por razões moralísticas, religiosas, etc. A razão da advertência é jurídica: cuida-se

de uma sanção legal. De outro lado, deve-se abordar os efeitos deletérios da droga para o próprio usuário, para sua família, etc.

A prestação de serviços à comunidade constitui a sanção escolhida pelo legislador para ter incidência sobre o usuário, podendo ser fixada isolada ou cumulativamente com as demais medidas alternativas. Consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, que devem ser inerentes as suas aptidões.

No tocante a medida de comparecimento a programa ou curso educativo, cabe ao magistrado fixar com precisão o programa ou curso ao qual o agente deve comparecer. Impõe-se ainda determinar a frequência (quantos dias por semana, horário, local, etc.). Caso o magistrado não esclareça nada disso em sua sentença, caberá ao juiz das execuções fazê-lo.

A conduta descrita neste artigo em comento, conforme se viu, achava-se contemplada no artigo 16 da Lei 6.368/76, que cominava pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos cumulada com a pena de multa, conforme o estudo feito no capítulo anterior.

Por fim, o porte de drogas era considerado crime em razão da cominação da pena de detenção. De qualquer maneira, praticamente ninguém era preso por esse delito, porque a ele incidia a lei dos Juizados Especiais Criminais. Destarte, com o advento da lei 11.343/06, adotou-se uma política social benéfica para com o usuário ou dependente de drogas, uma vez que para estes não se impõe mais a pena de detenção.

3.2 Natureza da decisão político-criminal prevista no artigo 28 da lei 11.343/06

Em relação ao usuário ou dependente de drogas, qual é a natureza da decisão político-criminal adotada no artigo 28 pelo legislador de 2006: houve descriminalização, legalização ou despenalização da posse de droga para o consumo pessoal? A resposta a esta indagação reside, de acordo com Gomes (2007, p. 119), na primeira alternativa, ou seja, houve descriminalização formal, que ocorre quando o fato deixa de ser crime, mas continua dentro do direito penal. A posse de droga para consumo pessoal, conforme a opinião desse doutrinador deixou de ser crime, no sentido técnico, embora não seja esta a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

| De acordo com esse criminalista (2007, p. 120):

A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente crime, mas não perdeu seu conteúdo de infração. A conduta descrita no artigo 28 da nova lei continua sendo ilícita (mas cuida de uma ilicitude inteiramente peculiar). Houve descriminalização formal, ou seja, a infração já não pode ser considerada crime (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, também se pode afirmar que o artigo 28 retrata mais uma hipótese de despenalização. Descriminalização formal e despenalização, ao mesmo tempo, são os processos que explicam este novo artigo da Lei de Drogas (houve um processo misto).

Descriminalizar significa retirar o caráter criminoso de algumas condutas. Neste caso, o acontecimento descrito na lei penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: a formal, a penal e a substancial. Na primeira espécie, o fato previsto na lei somente perde a característica de crime, sendo punido com outras sanções; na segunda hipótese, o fato é eliminado do âmbito do direito penal, mas continua sendo castigado como ilícito civil ou administrativo; por último, o fato descriminalizado substancialmente é retirado totalmente do campo de ação do direito penal e deixa de constituir um ilícito, sendo legalizado. Ou seja, não é punido com nenhuma sanção (o adultério, por exemplo, foi descriminalizado totalmente).

Na legalização, portanto, o fato é descriminalizado substancialmente e deixa de ser ilícito, passando a não admitir qualquer tipo de sanção, pois sai do direito sancionatório. A venda de bebidas alcoólicas para adultos, por exemplo, hoje, está legalizada (não gera nenhum tipo de sanção: civil, administrativa ou penal).

Despenalizar é outra coisa. 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, que continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza. O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. A Lei dos Juizados Criminais, por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil medidas despenalizadoras.

Segundo o famoso doutrinador Gomes (2007, p. 121):

A Lei 11.343/2006, no artigo 28, de acordo com 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 (ou descriminalização substancial).

O fundamento do que acaba de ser dito é o seguinte: por força da Lei de Introdução ao Código Penal (artigo 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, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Assim, se legalmente, no Brasil, crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção, não há dúvida que a posse de droga 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) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal que é punível com prisão simples ou multa.

Em outras palavras, a nova Lei de Drogas, em seu artigo 28, descriminalizou formalmente a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de crime porque de modo algum permite a pena de prisão. O usuário já não pode ser chamado de criminoso. Ele é autor de um ilícito, ou seja, a posse da droga não foi legalizada, mas não pode mais receber a pecha de criminoso. Do contrário, cai por terra toda a preocupação preventiva e não punitivista da lei, em relação ao usuário.

O caminho da descriminalização formal e, ao mesmo tempo, da despenalização adotado agora pelo legislador brasileiro em relação ao usuário, de modo firme e resolutivo, constitui o ponto culminante de uma opção político-criminal minimalista, que se caracteriza pela mínima intervenção do direito penal, sobretudo no âmbito do consumo pessoal de drogas. A lei brasileira, nesse ponto, está em consonância com a legislação européia, que adota, em relação ao usuário, claramente, a política de redução de danos, e não a punitivista norte-americana.

O legislador de 2006 aboliu tão-somente o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado crime (embora continue sendo um ilícito, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização apenas formal, mas não legalização.

Aprofundando e esclarecendo esse posicionamento, não se operou a *abolitio criminis* no sentido de que foi o fato retirado do direito penal. Isso não ocorreu, embora existam doutrinadores, como Alice Bianchini (2007, p. 124), que entendam que o artigo 28 não pertence ao direito penal, sim, é uma infração do direito judicial sancionador, tendo ocorrido descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*. No entanto, o fato, foi transformado de crime para infração penal *sui generis*, uma vez que não se trata de crime nem de

contravenção penal porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. Constitui um fato ilícito, porém, *sui generis*.

Resumindo as principais correntes de pensamento em relação a esse assunto constata-se o seguinte:

a) A doutora Alice Bianchini (2007, p. 124), afirma que o artigo 28 não pertence ao direito penal, tendo ocorrido *abolitio criminis*;

b) Para o Supremo Tribunal Federal, o referido dispositivo faz parte do direito penal e é crime; houve mera despenalização, não se podendo falar em *abolitio criminis*;

c) De acordo com Luiz Flávio Gomes (2007, p. 124), a norma em comento pertence ao direito penal, mas não constitui crime, mas uma infração penal *sui generis*; houve descriminalização formal e ao mesmo tempo despenalização, mas não *abolitio criminis*.

A polêmica sobre a natureza jurídica do artigo 28 da lei 11.343/2006, mesmo diante do entendimento firmado pela Primeira Turma do STF no sentido de que se trata de um crime punido com penas alternativas, sendo o usuário, portanto, um tóxico-delinquente, certamente ainda não chegou ao seu final. A questão debatida é a seguinte: nesse dispositivo teria o legislador contemplado uma infração administrativa, um crime, ou uma infração penal *sui generis*?

Para dar sustentabilidade a primeira tese podem ser invocados os seguintes pontos: duas das conseqüências previstas no artigo em questão (advertência e encaminhamento a programas educativos) não possuem nenhuma carga aflitiva, ao contrário, têm natureza puramente educativa. A outra (prestação de serviços à sociedade) possui duplo caráter, educativo e repressivo; havendo descumprimento da transação imposta ou da sentença condenatória as únicas medidas cabíveis são: admoestação verbal ou multa. Isso evidencia, de modo patente, que todas as medidas impostas ao uso de drogas refogem da estrutura e da sistematização da esfera penal; a natureza jurídica da sentença condenatória é idêntica à da proferida em ação de improbidade administrativa, isto é, não se trata de sentença condenatória que produza efeitos penais, sim, de sentença que gera outras conseqüências, típicas do direito judicial sancionador; a preocupação com a prevenção e atenção do uso indevido é a marca distintiva da nova lei; e, no caso do usuário de drogas, seu comportamento causa uma afetação a um bem jurídico pessoal (saúde individual). Nessas situações, o Direito Penal não se encontra legitimado a atuar, sob pena de desrespeito a direitos fundamentais da pessoa humana, no caso, autonomia e liberdade.

Essas alegações, embora sejam pertinentes, não podem prosperar para tratar o artigo 28 como *abolitio criminis*. Desta forma, o artigo em comento pertence sim ao Direito

Criminal, sendo certo que algumas das idéias transcorridas acima servem para reforçar, como se verá, o pensamento de que houve uma descriminalização apenas formal.

Os argumentos no sentido de que o artigo 28 contempla um crime são, basicamente, os seguintes: ele está inserido no Capítulo III, do Título III, intitulado "dos crimes e das penas"; o artigo 28, § 4º, fala em reincidência (e é reincidente aquele que, depois de condenado por crime ou contravenção, pratica nova infração penal); o artigo 30 da Lei 11.343/2006 regulamenta a prescrição da posse de droga para consumo pessoal. Apenas os crimes e contravenções penais prescreveriam; a ofensa ao artigo 28 deve ser processada e julgada nos termos do procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados Especiais Criminais, próprio para crimes de menor potencial ofensivo; e, a Constituição Federal de 1988 prevê, no seu artigo 5º, XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais, que seria o caso do artigo em exame.

Para essa linha de pensamento, defendida pela Corte Suprema, não teria havido descriminalização, somente uma despenalização moderada. Nesse contexto é a posição e o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, relator do RE 430.105-9 (*apud* GOMES, 2007, p. 130):

Estou convencido, contudo, de que a conduta antes descrita no art. 16 da Lei 6.368/76 continua sendo crime sob a lei nova. O que houve foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.

Nesse mesmo diapasão, encontra-se o posicionamento de Clóvis Alberto Volpe (*apud* GOMES, 2007, p. 129), que defende que a conduta de porte de drogas para consumo próprio continua a ter natureza criminal, mesmo não sendo mais possível a pena privativa de liberdade.

Com a mesma opinião, ainda, Capez (2007, p. 690) ao afirmar que:

Não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, § 1º da nova Lei). A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.

Para a outra corrente, que parece a mais convincente, ao contrário, acabou o caráter criminoso do fato e, ao mesmo tempo evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga. O fato deixou de ser crime porque já não é punido com reclusão ou detenção. Tampouco é uma infração administrativa, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos Juizados Especiais Criminais. Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal, se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que se trata de infração penal *sui generis*.

Conforme já mencionado, essa é a posição de Gomes (2007, p. 128), que encontra-se ancorada nos argumentos, a seguir delineados: a etiqueta dada ao capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 não confere, por si só, a natureza de crime para o artigo 28 porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa. A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na lei 10.409/2002 o legislador falava em mandato expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não se pode confiar sempre na intelectualidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico; a reincidência de que fala o § 4º do artigo 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no artigo 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal *sui generis* + crime ou + contravenção); atualmente é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes e das contravenções, sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o Superior Tribunal de Justiça); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais); a Lei dos Juizados Especiais cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações, como a do artigo 28, o mesmo procedimento dos Juizados Especiais; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso; o artigo 48, § 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz, e não ao delegado, dando clara demonstração de que não se trata de criminoso, a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais; a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples); o fato de a Constituição Federal de 1988 prever,

em seu artigo 5º, XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais, caso do artigo 28, não conflita, ao contrário, reforça a tese de que esse artigo é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.

Além de todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber este artigo em análise como crime, significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como criminoso. Tudo que a nova lei não quer em relação ao usuário é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista ideologicamente incompatível com o novo texto legal. Em conclusão: a infração contemplada no artigo 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções deve-se também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*.

Em outra maneira de falar, a conduta do usuário continua sendo penalmente punível. Mas tratar o usuário, depois do novo contexto legislativo advindo com a nova Lei de Drogas, como criminoso, como tóxico-delinquente, não parece ser o melhor caminho. O rótulo de criminoso ao usuário de drogas significa um grave retrocedimento, enorme distanciamento da política europeia de redução de danos e não coopera, em absolutamente nada, para o seu processo de recuperação ou de reinserção social.

Se o fato punido com reclusão ou detenção é crime e se esse mesmo fato quando punido com prisão simples ou multa é uma contravenção penal, como admitir que o menos, ou seja, como admitir que o fato punido com sanções mais brandas do que prisão simples seja crime? Isso parece muito paradoxal.

Com relação ao uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves.

Frente ao usuário chegou-se a um consenso, quase que mundial, no sentido de que, em consideração ao pensamento alusivo à problemática do consumo de drogas, não funciona a política puramente repressiva norte-americana. Mais racional é o modelo político-criminal europeu, que se funda na prevenção e redução de danos e que se aproxima do que hodiernamente se chama de Justiça restaurativa.

Interessante se faz evidenciar o caráter retroativo da nova lei, no tocante ao seu art. 28. A sucessão de leis penais, ou conflito de leis penais no tempo, rege-se por dois princípios básicos: 1) irretroatividade da lei penal nova mais severa; 2) retroatividade da lei penal nova

mais benéfica. O dispositivo sob análise indiscutivelmente é mais benéfico para o agente que o anterior artigo 16 da Lei 6.368/76.

A retroatividade benéfica não sofre limitação alguma e alcança sua completa extensão, sem dependência do trânsito em julgado da condenação. Basta, apenas, que a lei posterior favoreça o agente de qualquer modo, para retroagir em seu benefício. Assim, o princípio da retroatividade da *lex mitior*, exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal, não impede mesmo em havendo coisa julgada. De acordo com o artigo 60, inciso I, da Lei de Execução Penal e Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal, ainda que se esteja procedendo à execução penal que se refiram à pena e à medida de segurança, a aplicação da lei nova mais benigna ao fato anterior é obrigatória, cabendo esta ao juiz encarregado da execução quando a sentença tiver transitado em julgado.

Não é de outro jaez a jurisprudência dos Tribunais pátrios, como pode ser verificado a seguir:

É garantia constitucional inserida no artigo 5º, inciso XL da Constituição da República Federativa do Brasil e explicitada no artigo 2º, § único, do CP, que a lei posterior mais benéfica ao acusado aplica-se ao fato praticado sob a égide da lei anterior, mais severa, em face do princípio da retroatividade ali consagrado, mesmo existindo sentença condenatória irrecorrível. (TACRIM, SP, HC, Rel. Rocha Lima – RT 501/297 e 521/434).

Nesse contexto, segundo a magistrada Eliane Alfradique (2007):

A *lex mitior* é a hipótese de lei penal mais benigna. Esta deve ser entendida como a que amplia, de outro modo, o âmbito de licitude penal, quer reduzindo quantitativamente, ou modificando qualitativamente a pena cominada, quer criando situações de que favoreçam o direito de liberdade do agente.

Diante de tudo quanto foi exposto, baseando-se no princípio da alteridade (segundo o qual é proibida a incriminação de atividade meramente interna, onde ninguém pode ser punido por ter feito mal só a si mesmo) e na tendência da política criminal estrangeira sobre o assunto, observa-se contundentemente, que a nova lei sobre drogas no Brasil, adotou um tratamento acentuadamente benevolente para a figura do usuário de drogas. Para isto, basta observar a ocorrência da aplicação retroativa do artigo 28 da Lei 11.343/2006 e que, de

acordo com a antiga Lei 6.368/76, estabelecia-se pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e multa, e em contrapartida, com a nova lei, com a ocorrência mista de descriminalização formal e despenalização, a posse de drogas para consumo pessoal não está mais sujeita à pena de prisão. Doravante será sancionada apenas com penas alternativas.

Atendeu-se, com esse aperfeiçoamento, a um posicionamento doutrinário bastante antigo, que enunciava que o viciado deveria ficar obrigatoriamente sujeito a tratamento médico hospitalar e não ser punido com pena de prisão, como acontecia nos arcaicos casos, sob a égide da Lei 6.368/76. Nesse sentido, afirmava Paulo Lúcio Nogueira (1996).

3.3 A Política Criminal utilizada para o traficante de drogas

O tráfico de drogas é um dos crimes que maior preocupação vem causando aos países atingidos por essa praga, que destrói a saúde física e mental, perturba a família, corrompe os costumes, atenta contra a segurança nacional e tem assassinado autoridades constituídas, como vem ocorrendo na Colômbia, além de enfraquecer as instituições, já que os juízes se sentem sem garantias para combatê-lo.

Não é sem razão que vários países estão se unindo e tomando medidas severas para reprimir o comércio do tráfico de drogas, com punições severas para os traficantes, inclusive com pena de morte, como no Irã, onde foram enforcados no ano de 1999, cerca de 851 traficantes.

O comércio de drogas deve ser encarado com a maior severidade e preocupação possível, pois trata-se de um problema de Estado, em virtude do intercâmbio das quadrilhas organizadas, que se infiltram com facilidade, em vários países, dados os meios de comunicação, que fizeram o mundo se tornar pequeno, disseminando o uso desse mal, que é velho, mas que está sendo empregado com mais intensidade, fazendo grandes estragos, justamente em face da carência de meios repressivos.

Na Colômbia, os traficantes têm espalhado o terror pelo país, com várias mortes, inclusive de altas autoridades e estão amedrontando juízes, que se viram obrigados a renunciar exigindo maiores garantias.

A Bolívia, por sua vez, é considerada um dos maiores produtores de cocaína, com exportação dos produtos para diversos países do mundo.

Também no Peru foi denunciada a máfia da droga, sendo que o denunciante veio a ser assassinado sem que as autoridades tenham qualquer pista sobre os autores.

No Brasil, em relação ao traficante, a nova lei, em dissonância com a anterior que era por demais benigna, seguiu a linha punitivista internacional: a pena mínima foi aumentada; proíbe-se, nesse caso, praticamente tudo: fiança, indulto, sursis, anistia, liberdade provisória, penas substitutivas e direito de apelar em liberdade. Parece claro que muitas dessas proibições típicas do chamado Direito Penal de emergência gerarão polêmicas constitucionais, que serão enfrentadas prontamente pelos juízes, especialmente no que concerne à proibição da liberdade provisória e do direito de apelar em liberdade. Apesar desse caráter punitivista, o novo diploma legal não deixou de contemplar uma sensível diminuição de pena para o traficante ocasional (primário e de bons antecedentes, que não se dedica à atividade criminosa) e uma nova figura típica privilegiada (traficante ocasional e íntimo).

Os dezoito verbos contemplados no artigo 12 da lei 6.368/76 foram mantidos sem acréscimo. Tais núcleos verbais fazem do tráfico crime de ação múltipla. Assim, mesmo que o agente pratique, no mesmo contexto fático e sucessivamente mais de uma ação típica, por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz na fixação da pena, com amparo no artigo 59 do CP.

A pena, que, conforme foi visto, na lei anterior era de 03 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão, e multa de 30 (trinta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, foi exacerbada, passando para 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, acrescida do pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Trata-se de uma *novatio legis in pejus*, aplicando-se somente aos fatos ocorridos durante a sua vigência, sendo vedada, em caráter absoluto, a sua retroatividade (artigo 2º do CP). Contudo, sabendo que algumas modalidades do crime são permanentes (como, por exemplo, trazer consigo, manter em depósito, etc.), importante lembrar, diante da nova pena mais gravosa, a determinação contida na Súmula 711 do STF, onde a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

Destarte, a lei 11.343/2006 agravou não somente a pena corporal, mas também a pena pecuniária, atendendo assim aos anseios da sociedade que sempre clamou por penas mais severas. Existem doutrinadores que entendem que a majoração da pena não traz consigo o condão de diminuir a incidência da prática desses delitos, é mais um atendimento aos reclamos da coletividade. Racional ou não esse entendimento, o importante é que alguma

coisa tem que ser feita para inibir os grandes financiadores do tráfico de drogas no Brasil e um primeiro passo nesse sentido está sendo dado.

Sabendo-se que, excepcionalmente, a exploração de drogas é permitida no Brasil, para que haja o crime mostra-se indispensável que o agente pratique qualquer dos núcleos verbais sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elemento normativo do tipo). Equivale à ausência de autorização o seu desvio, ainda que regularmente concedida. Explica Greco Filho (*apud* GOMES, 2007, p. 182) que haverá, pois, o delito se alguém, autorizado a importar cem gramas de morfina para fins terapêuticos, fizer a importação de cento e dez; ou, então, se alguém, autorizado a ter a posse para determinado fim, usa o entorpecente para outro.

Em todo caso o artigo 44 da lei 11.343/2006 prevê conseqüências típicas de um crime hediondo, aliás, até mais rigorosas, para o delito em exame. De acordo com aquele artigo, o crime previsto no artigo 33 dessa Lei de Drogas é inafiançável e insuscetível de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de sua pena em restritiva de direitos. Já o livramento condicional só será concedido após o cumprimento de dois terços da pena.

Como decorrência da sua equiparação à hediondo, o crime de tráfico é insuscetível de fiança e *sursis*, além de ser igualmente proibido a pena restritiva de direitos.

A graça, o indulto e a anistia são institutos extintivos indicativos de renúncia do Estado ao seu direito de punir (artigo 107, II, do Código Penal). A Constituição Federal de 1988 vedou a concessão de anistia e graça aos crimes hediondos e equiparados, mas não o indulto. Foi com o advento da lei 8.072/90 que se acrescentou essa restrição. Contudo, no ano de 1997, surgiu a lei 9.455/97 permitindo indulto para tortura, também equiparado à hediondo, fomentando, com isso, o argumento de que a restrição ao benefício teria sido revogada tacitamente (permitir indulto para tortura e não para os demais delitos hediondos ou equiparados feriria o princípio constitucional da isonomia). O Supremo Tribunal Federal decidiu que o indulto deve limitar-se ao crime de tortura, não se expandindo aos demais. Nesse espírito agiu o legislador ao continuar proibindo os três institutos para o crime de tráfico.

A proibição da liberdade provisória para o crime de tráfico de drogas não é tanta novidade, sendo esse o espírito que norteava a jurisprudência majoritária na vigência da lei 6.368/76. Contudo, surgiu corrente, cada vez mais crescente, combatendo a vedação desnorteada do benefício processual. Ensinam que o juiz, aquilatando o caso concreto

(gravidade do fato e personalidade do agente) pode, fundamentadamente, conceder a liberdade provisória.

Nesse sentido, leciona Gomes (2007, p. 233) que:

Restando demonstrado que o acusado por tráfico de entorpecentes é viciado, a ponto de a autoridade policial ter sugerido sua submissão a exame de sanidade mental, tendo em vista aparente debilidade física e mental decorrente da dependência, impõe-se a concessão de sua liberdade provisória se este foi retirado abruptamente da clínica onde se encontrava para o fim de desintoxicação, e conduzindo à cadeia pública, de molde a permitir o seu retorno ao tratamento.

A nova Lei, na contramão da jurisprudência moderna, insistiu na proibição. Deve-se observar, porém, que a lei 11.464/2007 (nova lei que trata de crimes hediondos) alterou o inciso II do artigo 2º da lei 8.072/90, permitindo a liberdade provisória para crimes hediondos ou equiparados, permissivo esse que, em face do princípio da isonomia, poderá se estender ao tráfico, revogando, tacitamente, a vedação expressa desse artigo 44, que proíbe expressamente a outorga dessa vantagem.

Em conformidade com o Código Penal (artigo 2º e seu Parágrafo Único) e a Constituição Federal (artigo 5º, inciso XL), o artigo 33 da nova lei é irretroativo, pois, repetindo os mesmos núcleos do artigo 12 da lei passada, previu consequências penais, corporal e pecuniária, mais gravosas. Conforme discorrido noutra lugar, atenção apenas para a súmula 711 do STF, no caso de crime permanente, ou seja, se a conduta for contínua (ter consigo, ter em depósito, guardar substância entorpecente, etc.) e teve início antes da nova Lei e continuou sendo praticada após o dia 08/10/2006, incide a nova lei, mesmo que mais severa.

Desse modo, e pelo que foi explanado, nota-se, com base em uma linha punitivista, modelo norte-americano política criminal, que levando-se em consideração a irretroatividade da lei 11.343/2006, por ser mais severa, a majoração da pena e a impossibilidade da concessão de certos benefícios penais, tais como fiança, graça, anistia, liberdade provisória e outros comentados noutra parte, a política penal utilizada em relação ao traficante, na novíssima Lei de Tóxicos veio, ou pelo menos manteve-se, indiscutivelmente em seu prejuízo, visto que houve uma amplitude excessiva desse tipo penal, tratando com extrema malevolência quem comercializa drogas.

Assim sendo, a lei 11.343/2006 andou bem em incriminar de forma mais severa a prática do crime de tráfico, tendo em vista que a traficância é a mola propulsora da repressão.

É o mercado fornecedor diante de um mercado consumidor, constituindo aqueles financiadores do mercado de drogas verdadeiros propagadores da miséria alheia. Dessa forma, foi muito feliz o legislador ao mudar a lei, pois o traficante merece ser tratado com todo rigor, com penas mais elevadas, que devem ser cumpridas integralmente, visto que a sua ação além de perniciosa, constitui uma ameaça constante aos jovens e à sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa científica teve como objetivo demonstrar de forma atualizada, completa e objetiva, uma abordagem jurídica e social sobre o problema das drogas no Brasil. Comprovou-se que esse problema é bastante antigo, sendo certo que, no final do século passado o abuso no uso e tráfico de drogas se tornou um fenômeno de grande escala, passando-se pela necessidade de uma regularização.

Constatou-se que a política criminal tem por fim o estudo e a prática das ações mais adequadas ao controle da criminalidade, devendo ser entendida como o conjunto de conhecimentos capazes de conduzir o legislador, no momento da criação da norma, e o operador jurídico, no momento de sua aplicação, a construir um sistema penal mais eficiente e justo, amoldado às normas e princípios do Estado Democrático de Direito. Foi nesse sentido, acompanhando a evolução sobre o assunto, conforme se viu, que surgiu a nova Lei de Drogas, substituindo a arcaica lei 6.368/76.

Abordou-se, outrossim, através de uma visão evolucionista, a lei 6.368/76 sobre os seus principais pontos, traçando um panorama de todas as legislações que trataram sobre drogas em nosso país, desde o Código Penal, e seu pioneiro artigo 281, até a lei 11.343/2006. Tratou-se, ainda, nessa parte, dos tipos penais do uso e do tráfico sob a égide desta lei de 1976, além do modelo de política criminal que adotava-se na época. Comprovou-se então, que essa antiga lei tratava dentro do mesmo prisma repressivo, traficante e usuário, sendo, porém, mais grave a penalização para o primeiro.

Observou-se, no último capítulo, um dualismo político-criminal abarcado pela nova lei no tocante as figuras do usuário e do traficante de drogas. Adotou-se, para o primeiro, uma política minimalista, que se caracteriza pela ínfima intervenção do Direito Penal, sendo certo que, nesse ponto, a lei brasileira está em consonância com a legislação européia, que segue, claramente, a política de redução de danos. A lei, ademais, está atenta às políticas de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social do usuário e dependente. Já, com relação ao tráfico, a nova lei preferiu a linha punitivista internacional, repreendendo veementemente o comércio ilícito de drogas, visando garantir a estabilidade e o bem-estar social. Evidenciou-se, ainda que, através de uma visão técnica, no que diz respeito à natureza jurídica, houve, embora se constasse decisão contrária do Supremo Tribunal Federal, um misto de descriminalização formal e despenalização para a figura típica descrita no artigo 28 da nova Lei de Drogas. O usuário já não pode mais ser rotulado como criminoso.

Verificou-se, assim, com esta nova vertente, que a política repressiva foi abandonada somente no que tange ao usuário, tendo sido mantida e incrementada nos casos que envolvem a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas. A política de descriminalização do uso de drogas cada vez mais conquista adeptos, tendo sido adotada pela maioria dos países da Europa Ocidental.

Dentro desse contexto, na parte referente às penas, foi visto que o legislador abrandou e muito as penalidades aplicadas ao usuário e dependente de drogas, pois como demonstrado, serão impostas, de agora em diante, as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e participação em programas e cursos educativos. Já para o tráfico, confirmou-se um aumento tanto para a pena corporal, como para a pena pecuniária.

Por hora, houve certo consenso no que diz respeito ao comércio de drogas, que constitui uma das múltiplas faces do processo de globalização do planeta: deve continuar sendo crime. A polêmica girava em torno da posse para consumo pessoal, onde se necessita de atenção, reinserção, compreensão, e não de prisão.

Todas estas assertivas encontram-se amparadas, no âmbito sócio-jurídico, pela criminologia crítica, pelo Direito Penal mínimo e pelo garantismo penal, disciplinas que compõem o modelo integrado de ciências criminais, cujos estudos se voltam, principalmente, para os efeitos perversos da criminalização e as formas de neutralizá-los.

Diante de tudo quanto foi exposto, firma-se definitivamente que o assunto abordado neste estudo científico é bastante polêmico. O papel do Estado nesse campo deve ser repensado, pois de um lado, é certo que não se pode abandonar de vez o repúdio aos delitos, porém, a cada dia se nota que políticas criminais demasiadamente severas não possuem um alcance satisfatório. Um primeiro passo já foi dado com a criação da nova lei, uma vez que esta assume um posicionamento inovador e racional do ponto de vista legal, restando-se saber se, de agora em diante o problema será solucionado, ou se a tentativa, como quase tudo que ocorre no Brasil, que prima pela não-punibilidade e pela não-retidão, foi em vão.

Por fim, cabe ressaltar que o presente trabalho não teve a intenção de esgotar o tema, mas, sim, ao contrário, pretendeu contribuir para o estudo crítico da lei 11.343/2006, e para tanto, adotaram-se os posicionamentos doutrinários mais hodiernos. Houve, com isso, um conseqüente enriquecimento do raciocínio jurídico e acadêmico sobre a matéria.

REFERÊNCIAS

ALFRADIQUE, Eliane. *A Nova Lei de Drogas e sua Aplicação Processual e Reflexões Sobre A Lei Nº 11.343/2006*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/071206.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial*. Vol. 4. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Flávio (org.). *Lei de Drogas Comentada*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal – Parte Geral – Sinopses Jurídicas*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

JAIME, Silena. *Breves reflexões sobre a política criminal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8860>>. Acesso em: 06 nov. 2007.

MORAES, Alexandre de. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Leis Especiais – Aspectos Gerais*. 5ª ed. São Paulo: Editora Leud, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Especial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, João Gaspar. *Tóxicos – Abordagem Crítica da Lei nº 6.368/76*. Campinas: Bookseller, 2001.

SILVA JÚNIOR, Edílson Miguel da. *Direito Penal Mínimo*. Disponível em:
<<http://www.escriptorioonline.com.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

ANEXO

QUESTIONÁRIO REALIZADO COM O PROMOTOR MANOEL PEREIRA DE ALENCAR, QUE EXERCE ATIVIDADE NA PROMOTORIA DE JUSTIÇA CUMULATIVA DE SOUSA/PB, SOBRE A NOVA LEI DE DROGAS

1 - A lei 11.343/2006 adotou uma bilateralidade político-criminal para tratar as figuras do usuário e do traficante de drogas, sendo certo que, em relação a lei 6.368/76, ocorreu um tratamento mais benévolo (não se comina mais pena de prisão, apenas medidas alternativas) para o primeiro e mais maléfico (aumento da pena corporal e pecuniária) para o segundo. Na sua opinião, andou bem a nova lei?

Sim. A nova lei andou bem em diferenciar o traficante do usuário, uma vez que são condutas que possuem graus de periculosidade distintos. O traficante é a grande mola propulsora dos tóxicos em nosso país, a ponto de influenciar profundamente o uso e disseminação desse mal. O comerciante de drogas gera meios para angariar consumidores, fornecendo em muitas vezes, inicialmente, a droga de forma gratuita, para que haja um primeiro contato do usuário com a substância, e um conseqüente vício. Já o usuário, apesar de ser uma espécie de “financiador indireto” do tráfico, deve ser realmente punido com menos rigor, visto que pratica um ato que só é ofensivo a ele, devendo, portanto, ser submetido a medidas mais brandas.

2 - No tocante ao artigo 28 da lei 11.343/2006, houve descriminalização, despenalização ou *abolitio criminis*?

Operou-se a descriminalização. O artigo 28 da lei 11.343/2006 não previu nenhuma das espécies de pena que caracterizam um fato como crime, abolindo, destarte, o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal, confrontando de forma impetuosa o disposto no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que dispõe que só será crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, e contravenção, a que a lei comina pena de prisão simples ou de multa. Desta forma, me parece muito paradoxal que uma infração a que não se prescreva nem a pena de prisão simples seja considerada crime. No mais, tratar o usuário como criminoso significa um grave distanciamento do escopo colimado pela lei.

3 - O Estado realmente garante ao usuário a aplicação das medidas alternativas (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo) previstas no artigo 28 da nova Lei de Drogas? Aqui em Sousa/PB, isso tem funcionado?

O Estado garante em parte a aplicação das medidas alternativas previstas na lei. A medida mais utilizada pelo Ministério Público de Sousa-PB é a prestação de serviços à comunidade, sendo as outras duas de pouca serventia. A advertência sobre os efeitos das drogas não gera bons resultados, uma vez que, o vício falar mais alto do que a advertência. Já com relação ao comparecimento a programa ou curso educativo, faltam incentivos e parcerias. Porém, mister se faz salientar que, com a entrada em vigor da nova legislação, o índice de ofensa a este artigo 28 é ínfimo, até pelo fato da lei 11.343/2006 estar pouco tempo em vigor. No passado, sob a égide da lei 6.368/76, alguns viciados foram enviados para a comunidade “pérola preciosa”, no sítio Pião, zona rural de Sousa-PB, para que houvesse uma efetiva ressocialização, sendo certo que, esta comunidade não é mantida pelo Estado, mas sim por particulares de bom coração.

4 - A nova lei passou a tratar o traficante com mais rigor, majorando inclusive a sua pena. Isso tem contribuído para a diminuição do tráfico de drogas aqui na cidade de Sousa/PB?

Não. Sousa é uma cidade pólo onde a distribuição e o consumo de drogas é muito elevado. Muitos traficantes não sabem que houve esta majoração na pena, e os que sabem, preferem correr o risco desse negócio rendoso. Se o objetivo da lei, utilizando esta política criminal de cunho repressivo, era diminuir o tráfico de drogas, a tentativa foi, pelo menos até agora, em vão.