
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**REFLEXÕES JURÍDICAS ACERCA DO PORTE DE DROGAS PARA
USO PESSOAL: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?**

THAMIRES MACHADO BERTELLI

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**REFLEXÕES JURÍDICAS ACERCA DO PORTE DE DROGAS PARA
USO PESSOAL: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?**

THAMIRES MACHADO BERTELLI

Monografia apresentada junto ao curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” na área de concentração de Direito Penal, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel, sob a orientação do Prof. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP

2012

REFLEXÕES JURÍDICAS ACERCA DO PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Florestan Rodrigo do Prado

Mário Coimbra

Rodrigo Lemos Arteiro

Presidente Prudente, 05 de Novembro de 2012.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por proporcionar-me o término de mais uma etapa da minha vida que se conclui neste trabalho. Ao meu orientador, Prof. Florestan Rodrigo do Prado, pela compreensão dedicada e orientação. Aos meus avós que, além do amor e apoio demonstrados, contribuíram de alguma maneira para a finalização deste trabalho.

A todos eles, a minha gratidão e lembrança.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo inicial de demonstrar a origem e evolução das penas analisando as teorias existentes desde os primórdios da humanidade. Revela-se uma comparação entre as penas antigamente aplicadas e as penas aplicadas na atual Lei de Drogas. A pesquisa tem como função apresentar a evolução das legislações brasileiras de drogas até a atual legislação. Demonstrado os efeitos negativos da penalização do usuário de drogas através da pena privativa de liberdade, surge o incentivo de despenalizar a conduta do porte de drogas para o uso pessoal, a fim de proporcionar ao usuário um tratamento médico-sanitário. Promulgou-se assim a Lei 11.343 de 2006, a qual não pune o usuário com encarceramento gerando uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial. Parcela da doutrina entende que ocorreu a descriminalização do art. 28 da Lei de Drogas, tendo em vista a impossibilidade de impor pena privativa de liberdade. Há posicionamentos diversos alegando que, conquanto o tratamento imposto ao usuário seja mais afável, o fato não deixou de ser crime, acarretando somente despenalização. Além disso, há ainda quem defenda a ocorrência de mera descarcerização, tendo em vista a inoportunidade de prisão. Após as diversas controvérsias, o Supremo Tribunal Federal optou pela não descriminalização, mas entende que houve a despenalização do porte de drogas para uso pessoal, tendo em vista que não se pune mais com pena privativa de liberdade. Expõe-se também a incidência do princípio da insignificância, em razão da quantidade de droga apreendida, uma vez que a Lei de Drogas não apresenta a quantidade referencial que distingue o usuário do traficante. Em comparação com o sistema penal de drogas utilizado pelo Brasil, exprimem-se algumas políticas de drogas adotadas em âmbito mundial. Constata-se que o modelo utilizado pelo sistema penal nacional, que possui como finalidade proteger os direitos humanos e dar um novo tratamento ao usuário de drogas, o qual visa à prevenção, ressocialização e redução de danos, não tem conseguido auferir os seus objetivos apresentados, visto que os índices de consumo e comércio das substâncias entorpecentes não foram reduzidos.

Palavras-chave: Pena. Drogas. Lei de Drogas. Usuário. Descriminalização. Despenalização.

ABSTRACT

The present work has the initial objective of demonstrating the origin and development of sentences analyzing the extant theories since the dawn of humanity. A comparison is uncovered between the sentencing applied in antiquity and the sentences applied by modern Drug Laws. The research's intended use is to present the development of Brazilian Drug Laws until their modern legislation. Demonstrating the negative effects of penalization on drug users through liberty-depriving sentencing, the incentive for depenalization drug possession for personal use appears, intending to provide the user medical and health treatment. Thus Law 11.343 in 2006 is disseminated, which does not punish the user with imprisonment, but does generate a supreme doctrinal and jurisprudential divergence. Part of the doctrine infers that a decriminalization of article 28 of the Drug Laws occurred, eyeing the unattainability of imposing a liberty-depriving sentence. Some differing points of view allege that, although the treatment imposed upon the user should be more lenient, the act is no less a crime, culminating only a lack of penalization. Beyond this, there are those who still defend mere lack incarceration, having the lack of prison in view. Following varied controversies, the Supreme Federal Court opted for non-decriminalization, but understand there was a depenalization for drug possession intended for private use, owing to the fact that punishment no longer includes a liberty-depriving sentence. The incidence of the insignificance principle is also shown, by reason of the amount of drug seized, even more so since the Drug Laws do not present a referential quantity which distinguishes the user from the drug trafficker. In comparison to the penal drug code used in Brazil, some drug related policies are expressed in international scope. The model used by the national penal code, which aims to protect human rights and give new treatment to drug user and aims to prevent, resocialize and reduce damages is proved not to have reached its goals, seeing that the rate of consumption and commercialization of narcotics has not been reduced.

Keywords: Sentence. Drugs. Drug Laws. User. Decriminalization. Depenalization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA PENA	11
2.1 Origem da Pena	11
2.1.1 O antigo oriente e a composição	12
2.1.2 A vingança pública e o controle social	15
2.1.3 O iluminismo e a pena justa	17
2.2 A Origem da Pena no Brasil	18
2.3 O Conceito e as Teorias Justificadoras da Pena	21
2.3.1 Teoria absoluta ou retributiva da pena	22
2.3.2 Teoria relativa da pena	24
2.3.5 Teoria mistas ou unificadoras da pena	27
3 DO COMBATE ÀS DROGAS	30
3.1 A Influência Americana sob a Legislação de Drogas no Estado Brasileiro	33
3.2 Abordagem Histórica: a origem e evolução da legislação antidrogas	35
3.2 Alterações Introduzidas com a Nova Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006 – Lei de Drogas	41
3.2.1 Do Sistema Brasileiro de Políticas Públicas sobre Drogas	48
4 DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NO BRASIL E O DEBATE SOBRE SUA DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO	53
4.1 A Descriminalização do art. 28 da Lei 11.343/2006	54
4.2 A Despenalização do Porte de Drogas para o Uso Pessoal	64

4.2.1 O uso pessoal de drogas no âmbito da privacidade e a intervenção estatal _____	73
4.2.2 Princípio da insignificância e da bagatela _____	80
4.2.3 As tendências político-criminais do usuário de drogas em âmbito mundial _____	86
CONCLUSÃO _____	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	96
ANEXO “A” – LEI 11.343/2006 – LEI DE DROGAS _____	100
ANEXO “B” - LEI Nº 9.714, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. _____	118

1 INTRODUÇÃO

O consumo e o tráfico de drogas assombra a sociedade há muitos anos e figura como uma das matérias mais controversas amparada pelo Direito Penal. Isso acontece porque a problemática afeta toda a população, sendo que significativa quantidade de indivíduos utiliza substâncias ilícitas ou já foram vítimas indiretas do uso e do comércio ilegal de drogas. Relevante parcela da realidade criminal advém da questão que envolve as drogas. Não existe precedente que demonstre a ausência desta polêmica na história da humanidade.

De modo introdutório foram levantados os momentos históricos da evolução da pena relacionados ao tema proposto pelo presente trabalho. O memorável desenvolvimento das teorias justificadoras da pena, demonstra as suas transformações conforme os acontecimentos traçados pela humanidade.

Foi realizada uma abordagem histórica em sentido retrospectivo acerca das legislações de drogas anteriores. As modificações trazidas pela Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 inaugurou um novo modelo de política criminal de drogas, que teve o propósito de instituir formas inovadoras para o tratamento do usuário de drogas, uma questão delicada vivida atualmente pelo Estado brasileiro.

A Legislação de Drogas implementou, através do Sistema Brasileiro de Políticas Públicas sobre Drogas, diferentes diretrizes: intensa repressão ao tráfico ilícito de drogas, cautela e reintegração social dos usuários e dependentes de drogas e, por fim, prevenção do uso impróprio destas substâncias.

A análise do art. 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para uso pessoal, se deu em razão da sua mudança significativa com o advento da nova Lei. O cerne deste trabalho está direcionado no aprofundamento deste dispositivo penal gerador de inúmeras controvérsias no ordenamento jurídico.

As condutas introduzidas no art. 28 da Lei de Drogas não cominam pena de prisão, esta questão gerou discussão na doutrina e na jurisprudência, que debatem acerca da ocorrência dos fenômenos descriminalizadores e

despenalizadores. Sendo que a norma privilegiou as penas alternativas, ou seja, adotou um modelo totalmente voltado a redução de danos.

Ousamos dizer que o uso e o comércio de drogas dificilmente serão abolidos do cenário social, contudo merecem um controle eficaz, o que parece inalcançável para o sistema penal. Aparenta-nos, de fato, que a retrospectiva histórica dos fins da pena e o insucesso da tutela penal em relação às drogas fornecem preciosos auxílios para o estudo do tema.

Abordamos como objetos de discussão o princípio do direito à intimidade e o princípio da insignificância que incidem no art. 28 da Lei 11.343/2006, tendo em vista que o estudo dos princípios correlacionados oportuniza vislumbrar a positividade e estabilidade do Direito. Os princípios ensejaram uma visão segura nas orientações doutrinárias e jurisprudências.

Deste modo, remanesce óbvia a eficácia da legislação antidrogas no que tange ao sistema preventivo, todavia a mesma oculta à proporção estrondosa de usuários de drogas e a carência de estabelecimentos de saúde que forneçam tratamento específico. Salientamos, neste contexto, os modelos políticos de drogas perfilhados em âmbito mundial, a fim de buscar pontos positivos para possivelmente serem adotados na atual legislação e nos proporcionar uma compreensão positiva do tema.

O corrente trabalho apresenta a matéria genericamente, desde o domínio jurídico à especificadamente o campo penal, não obstante traz em consideração, os diversos pontos não-jurídicos, os quais são necessários para a apropriada compreensão do tema.

Destarte, o método de pesquisa utilizado na elaboração do presente foi o dedutivo. Sendo utilizada para o procedimento de pesquisa a busca bibliográfica, por empregar como centralização de produção e exame o conhecimento alcançado por meio da legislação constitucional, infraconstitucional, e também em doutrinas. Além de pesquisa em documentos jurisprudenciais.

Dessa forma, são expostas as ponderações acerca de cada capitulação, a fim de propor se o objetivo do estudo foi ou não alcançado,

apresentando um pensamento reflexivo acerca de uma das mais relevantes polêmicas da doutrina contemporânea.

2 DA PENA

2.1 Origem da Pena

No princípio da civilização a concepção de pena alterou-se diversas vezes, conforme a evolução social e intelectual da humanidade, havendo certa complexidade na análise cronológica, todavia a hierarquia de fatores principais facilita o entendimento. Primordialmente, prevaleceu-se um instinto individual movimentado pelo efeito de vingar, sendo empregada por aquele que detinha maior força e, conseqüentemente em desfavor daquele que cometeu o delito. A punição, nestes casos, alcançava também os familiares do infrator.

A vingança é a ideia mais remota que pode caracterizar a pena, entretanto o culto as divindades é ainda mais antigo e teve total influência na origem das conseqüências penais, pois o ato de punir visava à retratação do criminoso frente aos seres supremos.

Neste contexto, podemos dizer que houve uma combinação na origem da pena, em uma primeira dimensão com preponderância da vingança como uma ação de cunho pessoal, e posteriormente uma manifestação social contra aquele que agisse em desfavor da divindade.

Nesse sentido, Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Junior (2002, p.26) defendem que:

A vingança como punição ao agressor aparece em momento posterior dentro da comunidade primitiva, quando os grupos se dividem em grupos secundários. A agressão de um membro do grupo por um membro de outro grupo gera a reação vingativa por parte do grupo ofendido. Porém, trata-se também de vingança coletiva, e não individual, ainda que esta seja a causa daquela.

Assim, entende-se que a origem da pena na concepção de vingança teve dois aspectos principais, o particular e o coletivo. O agente individualmente reagia contra o agressor, em seguida, não mais ele sozinho, mas também o seu grupo, para assim posteriormente toda a coletividade postar-se em conjunto com eles.

Segundo Edgard Magalhães Noronha (2003, p. 20) a pena, em seu nascimento, se resume a uma represália, sendo razoável que naqueles indivíduos, submetidos aos instintos, revidasse ao mal sofrido, não existindo qualquer cautela com a proporção, muito menos com penalização justa.

O crime surge com o próprio indivíduo e dele advém às punições, as quais são marcadas por períodos compostos pelo elemento principal a vingança. A maior influência da pena neste período é pelo impetuoso sentimento devoto e espiritual.

2.1.1 O antigo oriente e a composição

Os primeiros indícios de proporcionalidade entre a punição e o delito foram revelados através das civilizações do Antigo Oriente. Com, ainda, permanente influência religiosa, foi adotada a prática da Lei de Talião, inserida pelo Código de Hammurabi (século XXIII a.C.), o qual possui procedência advinda da Babilônia. A essência pode ser resumidamente descrita: “sangue por sangue, olho por olho, dente por dente”.

Conforme leciona Noronha (2003, p. 21):

Entretanto, o revide não guardava proporção com a ofensa, sucedendo-se, por isso, lutas acirradas entre grupos e famílias, que, assim, se iam debilitando, enfraquecendo e extinguindo. Surge, então, como primeira conquista no terreno repressivo, o *talião*. Por ele, delimita-se o castigo; a vingança não será mais arbitrária e desproporcionada.

Ressalta-se que não trouxe consigo a necessidade de se punir com justiça, mas sim uma fórmula severa e cruel de punir. Mesmo que inicialmente

pregasse o desejo de equilíbrio, trazendo um indício mínimo de proporcionalidade entre o crime e a punição, não era o que efetivamente acontecia, pois a pena se aproximava dos extremos.

Destarte, a retribuição proporcional ao mal causado acabou sendo totalmente desproporcional, uma vez que as punições eram cruéis em desfavor dos infratores.

Podemos facilmente demonstrar através do exemplo de Nilo Batista (2002, p. 102):

Na antiga legislação babilônica editada pelo rei Hammurabi, verifica-se que se um pedreiro construísse uma casa e esta desabasse, matando o morador, o pedreiro seria morto; no entanto, se também morresse o filho do morador, o filho do pedreiro haveria de ser sacrificado. De nada adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico (uma acomodação do terreno, por exemplo). Seria, sempre, objetivamente responsável; ele e sua família, dependendo da extensão do dano causado.

No contexto histórico explanado, foi admitida a composição a determinados delitos, mais especificadamente a delitos de pequena ofensa patrimonial, com a possibilidade de substituição do cumprimento da pena por pagamento de cunho material e por óbvio a reparação do dano, contudo ainda prevalecia a severidade das Leis de Talião.

As penas eram aplicadas conforme a infração cometida e conseqüentemente o emprego da tortura era de maneira variada. O que mais uma vez nos retoma a dizer que não havia tamanha proporcionalidade, tendo em vista que o emprego de formas cruéis não deixou de existir.

Nesta perspectiva, adveio a falência do Império Romano (Século IV), e conseqüentemente a concepção de direito germânico, este assim definido em virtude do povo germânico e a sua conquista pelo poder.

Os povos germânicos sofriam intensa ascendência da Igreja. Durante o início desse domínio, houve aplicação da pena através da perda da paz, ou seja, era retirada do indivíduo-criminoso a proteção social. Posteriormente, o caráter

individual foi enterrado pela vingança divina, esta caracterizada ainda pelos liames da Igreja, pois o acusado que causasse o mal estava pecando contra Deus e deveria ser punido.

Acerca da perda da paz, Noronha (2003, p. 23) expõe que, “pena de caráter severo era a da *perda da paz*, em que, o proscrito o condenado, fora da tutela jurídica do clã ou grupo, podia ser morto não só pelo ofendido e seus familiares como por qualquer pessoa”.

Os povos germânicos adotaram o costume de solucionar todas as infrações por meio da força e impondo a sanção penal, no mais das vezes de acordo com o prejuízo causado, nunca conforme o aspecto individual da conduta.

Como afirma Fernando Galvão (2009, p.9), neste período da represália divina, o entendimento adotado era de que toda a nação estava sujeita as regras éticas e morais da regência de Deus. A sanção penal era então pretexto para acabar com o desejo de praticar o crime, este que desrespeitava a Lei Divina.

Neste diapasão, a pena era o objeto utilizado pelo Estado para triunfar sob a vontade que ocasionou o delito. A Igreja exercia o controle social, admitindo a pena como destino daquele que agisse em desconformidade com os ideais sacrais. Assim, surge timidamente a privação de liberdade como pena, uma vez que o cárcere do indivíduo era tido como penitência.

A fim de acabar definitivamente com a prática individualista da pena, eis que surge o Direito Canônico, agora com influência total do cristianismo, proporcionando uma pena com aspecto retribucionista e intenções de corrigir o infrator.

A doutrina consolida eficazmente o direito canônico: “O mérito do Direito Penal canônico, portanto, foi o de consolidar a punição pública como a única justa e correta, em oposição a pratica individualista da vingança privada utilizada pelo Direito germânico”. (SHECARIA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.31).

Neste panorama, o conteúdo retribucionista da pena começa a ser, timidamente, dizimado. A perspectiva é de que há clareza na justa devolução do mal motivado pelo delito ao mal que a sanção penal representa. A aplicação do mal se

tornava, em virtude do crime, um emprego lícito realizado pelo poder dominante que era diretamente influenciado pelo ordenamento divino.

Os autores Mirabete e Fabbrini (2011, p. 18) nos apresentam as principais mudanças trazidas pelo Direito Canônico:

Proclamou-se a igualdade entre os homens, acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou-se banir ordálias e os duelos judiciários. Promoveu-se a mitigação das penas que passaram a ter como fim não só a expiação, mas também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa, o que levou, paradoxalmente, aos excessos da Inquisição. A jurisdição penal eclesiástica, entretanto, era infensa à pena de morte, entregando-se o condenado ao poder civil para execução.

Observamos que a Igreja teve influência decisiva na mudança do sistema penal da época, tornando-o mais humano. Entretanto, seu desejo interno era de lutar pelo poder do clero sobre a sociedade visando à tutela dos interesses religiosos.

2.1.2 A vingança pública e o controle social

O feudalismo desaparece e com ele a queda de Constantinopla, no século XVI, que marca a exteriorização do controle social do Estado. O início da Idade Moderna foi marcado por muitas guerras religiosas entre os povos, trazendo consigo uma pobreza devastadora, a qual conseqüentemente gerou um aumento no número dos menos favorecidos e com isso o crescimento no número de delinquentes. Nesse âmbito o Direito Penal passou a ser utilizado como meio de segregação social através das penas.

Em razão do aumento de crimes, o Estado percebeu que a pena de morte não era um desfecho adequado, já que não era possível aplicar a tantas pessoas. Impõe-se então o cumprimento da pena com a privação da liberdade do indivíduo.

Cumprido ressaltar que o Estado afirmava que a finalidade da pena estava destinada a reinserção do criminoso novamente ao convívio social.

Conflitualmente, o período histórico divergiu sobre a real função da pena, pois a necessidade de impor a pena privativa de liberdade foi mascarada, sendo que o seu verdadeiro intuito não era o de ressocialização, mas sim um meio de impor um regime que pudesse controlar e permitir a submissão da classe mais pobre ao sistema dominante, o capitalismo. Além de que favorecia o aproveitamento da mão-de-obra gratuita imposta pela prisão. Portanto, nota-se, que o único desejo era de controle, submissão e sujeição.

Divergente a essa concepção Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.475) acredita que o Estado além de buscar o controle social, também o exercia em favor da sociedade, visando à prevenção geral. Segundo ele:

O sistema orientava-se pela convicção, como todas as ideias que inspiraram o penitenciarismo clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso. Ademais, a instituição tinha objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular a outros da vadiagem e da ociosidade. Essa experiência deve ter alcançado notável êxito, já que em pouco tempo surgiram vários lugares da Inglaterra *houses of correction* ou *bridewells*, tal como eram denominadas, indistintamente.

Nitidamente, podemos observar que o poder da Igreja é enfraquecido e o Estado assume definitivamente o controle social, ou seja, a vingança agora é definida como pública. Isso demonstra que as punições ainda eram exercidas de modo cruel, todavia agora seriam aplicadas sob o poder do Estado.

Magalhães Noronha (2003, p. 24) aduz que a vingança pública se preocupava com a defesa do Estado e dos favorecidos. Prevalecia o domínio judicial, a disparidade de classes diante da pena, as punições desumanas e os métodos inquisitoriais. Estas formas de punir estavam aliadas a leis indefinidas, inexatas e vagas, facilitando assim o poder do Estado e preterindo as garantias dos indivíduos.

A estabilidade do soberano era o objetivo da vingança pública, a qual também possui caráter intimidatório e aspectos cruéis. Sendo que o conteúdo místico ainda era vigente e exercia influência direta nas punições.

2.1.3 O iluminismo e a pena justa

No século XVIII, a Revolução Francesa ocasionou grandes mudanças no âmbito político-social, a principal transformação foi o movimento Iluminista que revolucionou o Direito Penal e a pena. A ideia central era preconizar o liberalismo e favorecer penas mais humanitárias, a fim de tornar a punição com destino único de utilidade, ou seja, apenas em casos de real necessidade.

Segundo Mirabete e Fabbrini (2011, p.18) é no desdobrar do Iluminismo que se estreia o denominado Período Humanitário, “é nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas”.

O autor Cessare Beccaria, em sua ilustre obra *Dos Delitos e das Penas*, foi um dos que mais cooperou e transformou o direito penal. Seu entendimento doutrinário estabeleceu que as penas deveriam ser proporcionais aos delitos cometidos. Caso houvesse algum excesso, o direito individual estaria sendo diretamente afrontado.

Em união a questão da proporcionalidade, surge então o princípio da pena justa, ou seja, as penas aplicadas deveriam ter um caráter adequado e razoável aos que praticavam crimes. Não poderia ser abusiva. Há, portanto, a queda do regime totalitário e absolutista, para o caminho a um estado liberal. As penas

iniciam um processo de fortalecimento, com características justas e sobrepondo-se a antiga submissão.

Conforme Cessare Beccaria (2000, p.54): “Uma pena, para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime. Ora, se não existe homem que hesite entre o crime, apesar das vantagens que este enseje, e o risco de perder para sempre a sua liberdade”.

Nesse contexto histórico, acreditava-se fielmente que a prisão como pena seria o meio de maior eficácia para a reforma do criminoso, consideravam que ela possibilitaria à reintegração do mesmo a sociedade.

Há entendimento pacífico de que essa confiança inicial desapareceu totalmente das concepções atuais. Predomina no momento atual uma ideia pessimista e que a prisão atualmente não fornece resultados eficazes, principalmente quando abrange o propósito ressocializador da prisão. A análise crítica está voltada para a dificuldade de extrair efeitos proveitosos sobre o criminoso.

Exemplificadamente, o autor Paulo S. Xavier (2006, p.93) consolida: “Ademais, as intervenções penais estigmatizantes podem gerar efeitos inversos ao da ressocialização, isto é, não a diminuição das infrações, mas a consolidação das carreiras criminosas, bastando verificar o elevado índice da reincidência criminal”.

Adentrar nesse mérito seria causar uma extensão ao assunto em tese, porém se faz necessário compreender que essa concepção pessimista gera consequências. O controle social não está sendo eficaz em frente as dificuldades enfrentadas pelo ordenamento jurídico e a crise no sistema penal. A interpretação não deve ser equivocada. Acreditamos que o controle social é o meio de maior utilidade pelo qual do Estado exerce a sua coerção, entretanto, os efeitos se apresentam cada vez mais negativos.

2.2 A Origem da Pena no Brasil

Não podemos falar em história brasileira sem citar a nação portuguesa, um dos principais Estados responsáveis pela colonização do Brasil, o qual exerceu domínio durante a maior parte da povoação e conseqüentemente trouxe toda carga societária já existente em Portugal, inclusive a legislação penal.

Em um primeiro momento, aproximadamente em 1512, foram criadas as Ordenações Manuelinas, nome dado em virtude da imposição de D. Manuel. Teve pouca importância e aplicabilidade, “pois o arbítrio dos donatários, na prática, é que impunha as regras jurídicas.” (DOTTI, 1998, p. 43).

Revogada as Ordenações Manuelinas, surge então, as Ordenações Filipinas, conceituada dessa forma em virtude do reinado de Felipe III, sob Espanha e Portugal. Seu conteúdo não apresentava divergência em relação às demais legislações penais da época, pois ainda possuía a principal característica da pena: formas diversas de tortura sobre o corpo do criminoso, que determinava, mais uma vez, ser o meio mais importante do poder supremo para exercer o domínio da sociedade. Não havia, portanto, proporção alguma entre o delito cometido e o infrator.

Mirabete e Fabbrini (2011, p. 23) apresentam a concepção penal neste dado momento histórico:

O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. Eram crimes a blasfêmia, a bênção de cães, a relação sexual de cristão com infiel etc. As penas, severas e cruéis (açóites, degredo, mutilação, queimaduras, etc.), visavam infundir o temor pelo castigo. Além da larga cominação da pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo, etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés.

Sobreveio o período Imperial, com início em 1822, quando o Brasil conquista a independência da Colônia Portuguesa. Destarte que as Ordenações Filipinas não foram revogadas de imediato, dada à necessidade de criação de um novo Código.

O movimento Iluminista já citado teve imensa importância para o sistema penal brasileiro, com influência direta na criação dos princípios da pena. Os

pensamentos voltados para política e sociedade são transformados, englobam-se valores voltados à igualdade.

Dois principais momentos devem ser levados em consideração: à criação da primeira Constituição Federal e a sanção do primeiro Código Criminal, o qual estava previsto sua obrigatoriedade na constituição. Através de ambos, os direitos individuais foram favorecidos e criadas garantias de liberdade para os indivíduos. A redução de delitos que eram apenados com morte foi um dos destaques principais.

A doutrina explana o momento: “Neste momento histórico brasileiro, a prisão como pena substitui as penas corporais e mostra indícios de sua futura supremacia sobre as demais modalidades punitivas.” (SHECARIA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.41).

Contrariando os indícios de definitiva instituição de penas mais humanas, advém em 1889, o período republicano brasileiro, que foi marcado por severas críticas ao sistema penal existente. Foi formulado um novo modelo penal, agora já designado de Código Penal, que apresentava diversas falhas, pois fora estruturado com rapidez, acarretando assim um regimento mal organizado. As principais modificações foram a revogação da pena de morte e a inauguração do sistema carcerário.

Diante do embaraço o autor René Ariel Dotti (1998, p.58) relata que em 1927 foi proposto um projeto de um novo Código Penal, que dividia as penas em principais e acessórias. Primeiramente a multa, exílio local, a detenção, a prisão, e a relegação. Em segundo plano, a interdição de direitos, a publicação da sentença, o confisco de certos bens e a expulsão de estrangeiro.

O período do Estado Novo em 1937 derrubou a esperança de um mais estado democrático limitando severamente os direitos e garantias individuais. Esse momento foi determinado pela Ditadura Militar, com um forte marco de autoritarismo.

Audaciosamente os ilustres autores Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Junior (2002, p. 43), ousam comparar esse período legislativo brasileiro com o Estado Nazista alemão. Acertadamente, pois somente o que devia preponderar

era vontade do governo, ou seja, o que fosse contrário a ele, poderia ser descrito como crime e imputado uma pena.

Após o período de predomínio militar merece digníssima referência a criação do Código Penal de 1940, que ainda possui vigência atualmente e, a ilustre Constituição de 1946, que marca indiscutivelmente, a individualização e a personalidade da pena, o que conseqüentemente demonstra a imposição de limites ao poder de punição do Estado, ora demoradamente alcançado.

Posteriormente, advém a Lei n. 7.209 de 1984 que reestruturou a parte geral do Código Penal, conforme expõe Bitencourt (2010, p. 79):

A Lei n. 7.209/84, que reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940, humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir no Brasil o festejado sistema dias-multa. No entanto, embora tenhamos um dos melhores elencos de alternativas à pena privativa de liberdade, a falta de vontade política de nossos governantes, que não dotaram de infraestrutura nosso sistema penitenciário, tornou, praticamente, inviável a utilização da melhor política criminal – penas alternativas –, que há muito consagrada nos países europeus.

Conclui-se todo o explanado evolutivo da pena no Brasil, com a nossa Carta Magna de 1988, que com a sua nova promulgação impôs a necessidade de inserção de outras modalidades de pena e modificação da linguagem das sanções penais.

Com a Lei 9.714 de 1998 foi efetivada algumas mudanças. Destacam-se, como principais exemplos: a restrição da liberdade e a prestação social alternativa. O entendimento da maior parte da doutrina assevera que esta Lei é ausente de boa técnica e criada em liames temerários.

2.3 O Conceito e as Teorias Justificadoras da Pena

A pena pode ser definida como a consequência jurídica de maior relevância em decorrência do delito, consiste na privação ou restrição de bens

jurídicos, dispostos na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal (PRADO, 2009, p. 488).

Modernamente o autor Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 309) conceitua “é a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”.

A definição da pena está diretamente ligada ao desenvolvimento social, o qual lhe fornece conteúdo de instituição. Podemos dizer que as características da sanção penal, hoje, são consequências de um processo evolutivo da sociedade. A instituição pena é composta por normas, que estabelecem resultados jurídicos decorrentes do ilícito penal.

Quando tratamos da concepção jurídica nacional, conforme os anos, sempre que há referência à pena, é obrigatório mencionar a individualização da sanção penal, pois se tornou princípio constitucional-penal. A laboração individualizadora foca na ação inevitável de que a conduta do criminoso só poderá ser considerada um delito que se deve punir quando ofender um bem jurídico, ou seja, o julgador deverá observar criteriosamente sua decisão, pautando-se em clareza e justiça. Deve respeitar à proteção desses bens jurídicos, excluindo do âmbito penal tudo o que não os atinge.

Durante o período de evolução histórico da pena surgiu à defesa de algumas ideias, em razão da necessidade de justificar sua aplicabilidade através do Estado. As teorias justificadoras fornecem importante contribuição para o alcance de um conceito adequado e almejado atualmente. Distribuem-se em três entendimentos doutrinários: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista ou unificadora.

2.3.1 Teoria absoluta ou retributiva da pena

O sistema filosófico alemão deu origem à teoria absoluta da pena, mais especificadamente a tese defendida por Kant.

Segundo expõe Shecaria e Corrêa Junior (2002, p. 130):

Kant entendia que a aplicação da pena constituía-se em um imperativo categórico, resumindo sua posição retribucionista (retribuição moral) da seguinte forma: caso um Estado fosse dissolvido voluntariamente, dever-se-ia antes executar o último assassino que estivesse no cárcere, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo povo que deixou de exigir a sanção. Se assim não procedesse o povo, poderia então ser considerado partícipe da lesão pública da justiça.

Quando um indivíduo comete um crime está violando diretamente a ordem jurídica e a teoria absoluta prega que, através da retribuição, esta ordem será reparada.

A retribuição, para os adeptos absolutistas, possui dois liames principais: garantir a existência da pena e estabelecer um mal justo ao criminoso para compensar o mal não justo praticado, ou seja, o delito.

De acordo com Noronha (2003, p. 28):

Em geral, as teorias absolutas negam fins utilitários à pena, que se explica tão-só pela satisfação do imperativo de justiça. É ela um mal justo, oposto ao mal injusto do crime (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*). Separam-se seus adeptos quanto à natureza dessa retribuição que, para uns, é de *caráter divino*; para outros, *moral*; e, para terceiros, de *caráter jurídico*.

Notavelmente, a imposição taxativa é uma ofensa ao Estado Democrático de Direito, este vitoriosamente alcançado pela sociedade atual. Não vislumbramos coerência na adoção de pena exclusivamente como o pagamento de um mal, pois seria uma verdadeira afronta as garantias constitucionais do ser humano, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Cumprе ressaltar, todavia que a retribuição é conteúdo da pena, desde que seja imposta proporcionalmente. Ora o mais justo.

2.3.2 Teoria relativa da pena

A teoria relativa pode ser definida também como preventiva e desenvolveu um modelo genérico baseado em prevenção. Defende-se que a função da pena é fundada na prevenção geral e especial, que é dividida em dois aspectos, o positivo e o negativo.

A prevenção geral negativa possui caráter intimidatório, tem como finalidade central causar temor a quem possivelmente venha cometer delitos. A intimidação parte do pressuposto de que quanto mais grave a pena imposta, melhores seriam os resultados preventivos.

De acordo com Paulo S. Xavier de Souza (2006, p.77) esta concepção se resume na intimidação coletiva, através da imposição abstrata da pena, que geraria uma contra-motivação as condutas contrárias à lei.

Entretanto, não conseguimos vislumbrar coerência, visto que o objetivo dessa teoria se restringe unicamente ao ato de intimidar exemplarmente o delinquente. Esquece-se do cerne principal, qual seja a culpabilidade do indivíduo.

A doutrina entende que a ideia da prevenção geral negativa não deve desenvolver-se.

Tal ideia não pode prosperar em um Estado Democrático de Direito. O art. 59, caput, do CP estabelece que o juiz deve observar a culpabilidade do agente na fixação da sanção penal, ou seja, a culpabilidade deve limitar e condicionar a aplicação da pena, pois se caracteriza como verdadeiro limite e pressuposto dela. (SHECARIA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 131).

A análise histórica demonstra o insucesso da teoria preventiva geral negativa, pois não possui efeitos positivos com relação ao seu conteúdo intimidador. A ausência de critério que restrinja a sanção intimidadora e o desrespeito aos direitos e garantias da pessoa humana comprova a ineficácia dessa ideia.

Com o intuito fracassado da prevenção geral negativa, surge a teoria da prevenção geral positiva. Originou-se na Escola Funcionalista e tem como principais visionários Winfried Hassemer, Günther Jakobs e Claus Roxin (SHECARIA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 131).

O aspecto principal da concepção de Hassemer acerca da teoria preventiva geral positiva se fundamenta no próprio Direito Penal e na necessidade urgente de afirmação das normas essenciais do Estado.

Nesta senda, o sistema penal age como parte integrante do controle da sociedade e possui a função de assegurar a proteção social. A prevenção geral positiva propõe que a pena seja sempre aplicada quando houver violação à norma, sendo que o objetivo fundamental é torná-la estável.

Desta forma, através da estabilização da norma, a pena exerce função de assegurar que os direitos fundamentais sejam afirmados e protegidos. Isto ocasionaria uma esperança firme nos indivíduos, fazendo com que confiem na norma e possuam consciência da sua existência.

Em uma concepção geral a prevenção geral positiva introduz uma subdivisão: prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora (BITENCOURT, 2010, p. 114).

Günther Jakobs, adepto da prevenção geral positiva fundamentadora, em seu posicionamento defende a sustentação da norma e dos valores nela inseridos. Aduz que se a sociedade reconhece o sistema normativo, e possivelmente o indivíduo desrespeite a norma, a sanção penal irá fazer com que essa norma sirva de modelo de orientação adequada para o meio social, assegurando assim respeito ao Direito Penal.

Em contraposição à prevenção geral positiva fundamentadora, apresenta-se a prevenção geral positiva limitadora.

Segundo seu defensor Hassemer (1984) apud Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 117):

A pena, afirma Hassemer, como forma de castigar ou sancionar formalmente, submete-se a determinados pressupostos e limitações, às quais não se subordinam as demais sanções. A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais.

Em delimitação diferenciada citamos a prevenção especial, que diferentemente da prevenção geral, conduz-se unicamente ao infrator em individual. Está diretamente reservada para readaptação do delinquente ao convívio social. O foco é a ressocialização do indivíduo e principalmente impedir que ele volte a cometer crimes. Pondera-se a ideia em razão do infrator apenas.

A esta última espécie de prevenção, além de também possuir uma divisão negativa e positiva, sendo o primeiro pautado na anulação dos delitos através da prisão e o segundo como reinserção social, são explanados conteúdos críticos e questionamentos acerca de sua eficácia na sociedade.

Os autores Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Junior (2002, p.133), seguem o entendimento de que há delinquentes que não são carecedores de reinserção social, pois há possibilidade de um correto diagnóstico de não reincidência, como exemplo, os homicidas passionais. O questionamento é: como dar razão a imposição da pena em hipóteses como estas, se a justificação da ressocialização não está presente? Como não impor pena a tais criminosos, pelo simples fato da prescindibilidade de reinserção ao meio social do agente?

Aduzem: “A prevenção especial, além disso, pode representar uma ideia absolutista, arbitrária, ao querer impor uma verdade única, uma determinada escala de valores e prescindir da divergência, tão cara às modernas democracias”. (SHECARIA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 133).

Em sentido oposto, Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 111) entende que a prevenção especial possui méritos sob o parâmetro da criminalidade, uma vez que incute finalidade à pena quando tenta evitar que o infrator volte a delinquir.

Segundo Bitencourt (2010, p. 111):

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar em medidas e não de penas. A pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já a medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Como o castigo e a intimidação não têm sentido, o que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar.

Não podemos descartar a excelência da prevenção especial no âmbito humanista, pois apresenta um trabalho focalizado na reinserção do indivíduo a sociedade, contudo é irracional entre a conduta e a pena, pois faz perecer o Estado Democrático de Direito e suas garantias fundamentais, sendo que favorece possíveis abusos arbitrários.

No presente momento, por óbvio, que o instituto da ressocialização apresenta efeitos deficitários. Entretanto, não podemos deixar de mencionar os seus valores, estes pautados em princípios constitucionais, como a individualização da sanção penal e seus preceitos de base humanitária.

2.3.5 Teoria mistas ou unificadoras da pena

As denominadas teorias mistas ou unificadoras se formaram a partir de uma união de conceitos das demais teorias sobre os fins da pena. Contiguidade dos fins retributivos, preventivo geral e especial.

O sentido eclético dessa teoria se origina na concórdia entre as demais, que segundo seus adeptos produz a eficácia preferencial socialmente aceita.

Conforme exposição de Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 56):

A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao Direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinquente.

Consideravelmente, a percepção mista acata o propósito penal de que a pena não pode traspor a obrigação de responder pelo crime, ou seja, ela não tem o direito de ultrapassar o fato delituoso. Entretanto, afirma que os objetivos de prevenção geral e especial devem ser atingidos.

Neste contexto, entende-se que o Direito Penal, parte integrante da organização social, determina uma reunião de preceitos legais que ameaçam a realização de determinados comportamentos com a imposição de uma pena.

Os autores Mirabete e Fabbrini (2011, p. 22) entendem que:

Hoje, como reação ao *positivismo jurídico*, em que se pregava a redução do Direito ao estudo da lei vigente, os penalistas passaram a preocupar-se com a pessoa do condenado em uma perspectiva humanista, instituindo-se a doutrina da *Nova Defesa Social*. Para esta, a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao convívio social.

Em meio a este entendimento, questiona-se: A teoria mista, nos apresentada como a predominante em dias atuais, consegue atingir o propósito final da pena?

A solução não deve ser buscada apenas em conceitos teóricos, mas sim no estado real que existe atrás dos atos coativos do Estado. Além dessa realidade, devemos contextualizar a legitimidade de impor a sanção penal com fatores socioeconômicos e a forma organizacional do Estado. A aplicação penal deve seguir a rigor o desenvolvimento social, não se pode deixar de lado aspectos significativos que surgem de tempos em tempos. Deve, obrigatoriamente, ser relacionada com a situação da coletividade, ou seja, o processo de cominação e execução.

Contudo, esta teoria ainda é a escolhida pela legislação nacional em suas decisões acerca da política criminal e pela maioria dos doutrinadores brasileiros.

3 DO COMBATE ÀS DROGAS

Antes mesmo de tecermos sobre o duelo existente contra as drogas, devemos abordar especificamente qual é o seu conceito atual, o qual não engloba uma definição unicamente jurídica, mas também significados que abrangem historicidade, ciência, política e sociedade.

Vicente Greco Filho (2009, p.26) referenciando o autor Javier Ignacio Prieto Rodriguez determinou a definição de drogas, “um fenômeno contracultural que significa qualquer substância não admitida pela coletividade, cuja concepção esconde um jogo de interesses e conotações subjetivistas, morais e políticas, etc”.

Restritamente, segundo Márcia Sílvia Có Freitas (1990) apud Damásio de Jesus (2010, p. 19) o conceito de drogas pode ser explicado como, “qualquer substância natural ou sintética que, ao entrar em contato com um organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções; é uma substância química que tem ação biológica sobre as estruturas celulares do organismo, com fins terapêuticos ou não”.

Em um conceito fixo, as drogas se caracterizam, portanto, por substâncias químicas, sintéticas ou naturais, que produzem modificações psíquicas e físicas aos consumidores e, conseqüentemente levam ao estado de necessidade, resultante do uso contínuo e frequente.

As drogas, em um patamar geral, sempre foram utilizadas em diversas finalidades, sejam culturais, medicinais, religiosos, relaxantes ou até mesmo agradáveis e prazerosos. As substâncias agem diretamente na alteração dos sentidos, principalmente no humor e nas percepções.

Nessa concepção podemos perceber que o homem é o responsável pela introdução definitiva das drogas no meio social, pois está sempre disposto a modificar suas sensações, buscando coisas inovadoras e o entendimento das relações com si próprio. Fazer uso desses tipos de substâncias significa um dos diversos meios de encontrar este objetivo.

Compreende-se que anteriormente o uso de drogas era tido com pacífico na sociedade, porém houve uma mudança sistemática nos meios sociais e econômicos, o que acarretou o desregulamento desse hábito. Sendo necessário tomar precauções, a fim de evitar danos irreversíveis.

Em meados do século XIX, o uso de drogas passou a ser considerada uma questão social. Os Estados Unidos da América foi o país que institucionalizou essa problemática. O interesse não era exclusivamente econômico ou político, possuía como função principal a instituição de uma política severa de fiscalização interna do uso de drogas.

Exemplificadamente, como referência inicial, podemos citar a Guerra do Ópio, que influenciou o sistema jurídico brasileiro no combate às drogas. Ocorreu no período de 1839, consistente em um combate entre países que buscavam o livre comércio da cocaína e heroína (ambas as substâncias hoje proibidas). Como se pode notar era um combate que buscava o favorecimento do tráfico de drogas, que posteriormente foi rebatido por referências de grandioso respaldo histórico-social na luta contra as drogas.

Ainda segundo a óptica do autor Vicente Greco Filho (2006, p.08) houve uma sequência de encontros entre as Nações visando o controle e a repressão em âmbito mundial.

Em Dezembro de 1911, reuniu-se em Haia a primeira *Conferência Internacional do Ópio*, da qual resultou, em 1912, convenção internacional, prejudicada em sua execução pela I Grande Guerra, tendo entrado em vigor apenas em 1921. (...) Ainda vinculada à Sociedade das Nações, mais cinco conferências foram realizadas: a de 1924m da qual surgiu, em 1925 o *Acordo de Genebra*, tornou realidade os dispositivos da Conferência de Haia de 1912, tendo sido revisto na *Conferência de Bangkok* em 1921; ainda em 1924, em novembro, nova Conferência realizou-se em Genebra, à qual compareceram, além dos membros da Sociedade das Nações, os Estados Unidos e a Alemanha, tendo sido, nesta Conferência, ampliado o conceito de substância entorpecente e instituído sistema de controle do tráfico internacional por meio de certificados de importação e autorização de exportação; em 1931 e 1936, em Genebra, duas novas Conferências foram realizadas, ficando estabelecida a obrigação de os Estados participantes tomarem as providências para proibir, no âmbito nacional, a disseminação do vício.

Foram meios de controle organizado, que obtiveram algumas falhas em seus resultados, posto que os Estados envolvidos possuíam um deficitário entendimento internacional. Negativamente os países responsáveis pela exportação dessas substâncias focalizavam seu interesse quase que exclusivamente no sistema econômico, deixando que isso se sobreposse em relação à atenção voltada para a humanidade.

Outro ponto desfavorável foi a ocorrência da Segunda Guerra Mundial, que também barrou as conferências internacionais.

Após a Segunda Guerra Mundial eclodiu o número de usuários, conforme explana o autor Rodrigo Mendes Delgado (2009, p. 35):

Crê-se que, o verdadeiro uso destas substâncias, com o único e exclusivo propósito de buscar a “fuga da realidade” irrompeu no período pós-Segunda Guerra Mundial (1939-1945), com os “hippies”. Num mundo arrasado pela guerra, deteriorado pelo ódio nazista, pelo sentimento de intolerância, tirania e autoritarismo, no qual, os mais comezinhos e basilares princípios da solidariedade, da igualdade e compaixão estavam desfragmentados, vilipendiados e ausentes, uma juventude cansada de tanta raiva, ódio, intolerância e despotismo, sedenta por paz, igualdade e fraternidade teve que buscar um estandarte que pudesse ser erguido e, novamente, fizesse flamejar as chamas do amor e da harmonia.

Neste contexto, conforme o desenvolvimento social, principalmente com a criação das Organizações das Nações Unidas, uma das principais responsáveis pela proteção à saúde do indivíduo, as Conferências foram retomadas e tornaram-se mais eficazes, buscavam a todo tempo incluir a proibição de qualquer nova substância considerada viciosa.

Com significativo conteúdo, ratificou-se em 1961 a Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes, que eliminou as demais, afora a de 1936. O Estado Brasileiro se incluiu no processo de ratificação e promulgou o Decreto n.54.216 de 1964. A presente Convenção ordena que haja ação eficaz no combate ao comércio ilegal de drogas, onde os Estados devem oferecer ajuda mútua. Dispõe de normas penais para punição do tráfico ilícito e do consumo de drogas. Posteriormente seu conteúdo foi aperfeiçoado pelo protocolo firmado em 1972, que promulgou o Decreto n. 76.248 de 1975.

No período da formação da Constituição Federal de 1988, foi finalizada nova Convenção, que passou a vigorar em 1990, também adicionada ao sistema normativo nacional, através do Decreto n.154 de 1991.

Esta convenção, visando fortalecer os meios jurídicos efetivos e combate ao tráfico ilícito, contemplou as Convenções de 1961 e 1972, acrescentando, entre outras coisas, o éter etílico e a acetona no rol das substâncias controladas. (GRECO, RASSI, 2006, p. 10).

Em suma, as Convenções Internacionais tiveram demasiada importância para a compreensão efetiva da problemática que envolve as drogas e puderem fornecer ricas informações para a adoção de uma Legislação eficaz.

3.1 A Influência Americana sob a Legislação de Drogas no Estado Brasileiro

O modelo político adotado pelos americanos na luta contra o tráfico e consumo de drogas consideradas ilícitas é antigo e foi preponderante para os sistemas existentes mundialmente.

A política norte-americana de combate às drogas teve um apogeu significativo nos anos 70 com a intensificação do uso de drogas que levou, conseqüentemente, há uma atenção maior dos governantes.

Nesse período, o Presidente americano Richard Milhous Nixon, afirmou veementemente que a heroína era a maior problemática existente na nação, pois visava dar razão plausível as atividades de repressão às substâncias entorpecentes, bem como as pressões exercidas sobre os Estados que produziam as drogas, com o intuito de que estes impedissem o cultivo e o comércio externo das drogas. (CARVALHO, p. 30)

Imperioso mencionar as considerações de Paulo César Pontes Fraga (2007, p. 72):

Como o tráfico de drogas era o único crime da esfera federal, ele reforçou a estrutura de combate a esse delito, criando o poderoso DEA (Drug Enforcement Administration/Agência norte-americana de Combate ao Narcotráfico), órgão responsável pelas políticas públicas para o setor, mas atuando também em ações repressivas. O DEA foi criado com o intuito de uma maior atuação em relação àquela desempenhada pelo FBN, logo com um poder de polícia mais efetivo e com mais autonomia. Nixon é o primeiro presidente a considerar a fabricação e o tráfico de drogas ilícitas como um problema a ameaçar a segurança do país.

O principal fundamento dos Estados Unidos da América para combater o tráfico de drogas estava pautado na repressão aos Estados responsáveis pelo cultivo da matéria-prima, como os países latino-americanos Bolívia e Peru, que plantam a folha de coca, utilizada na produção da cocaína.

A ação americana causou e ainda têm causado sérios prejuízos econômicos a estes países, afetando diretamente as condições sociais das famílias camponesas, estragos inumeráveis ao meio ambiente e diversas afrontas às garantias fundamentais do indivíduo.

O Brasil, contextualmente, também sofreu influência direta do modelo americano, pois mesmo não exercendo atividades de produção das substâncias entorpecentes, tem como vizinhos os países latino-americanos responsáveis pela contínua produção.

Dessa forma, os EUA ao declarar “guerra contra as drogas” obteve o exercício do domínio político sob os países latino-americanos, a responsabilização dos mesmos pelo aumento do tráfico e consumo de drogas, foi o cerne principal para a instituição de um modelo repressivo militarizado, o qual foi facilmente estabelecido tendo em vista que os americanos exerciam (e ainda exercem) gigantesca influência no campo das Nações Unidas.

Nesse período, há questão emblemática no que tange ao consumo de drogas, ocorrendo uma transição em relação aos usuários, que não são mais apenas os moradores das periferias, mas também a sociedade de classe média-alta. Com isso o governo americano, teve de, na mesma proporção, instalar um plano voltado para a saúde do usuário.

Desenvolve-se, portanto, um modelo duplo: médico-jurídico. O que significa uma tendência de diferenciar o usuário (doente) e o traficante (comerciante).

Na concepção de Salo de Carvalho (1997, p.35), a legislação brasileira acerca das drogas, sob a influência americana, adotou um conjunto de ideias e convicções centralizadas na Defesa Social, quando também diferenciou os traficantes e consumidores, marcando assim a política nacional de drogas no período dos anos 90. Salieta-se que o número de traficantes e usuários era significativo entre as populações menos favorecidas, o que, conseqüentemente, intensificou o processo de diferenciação.

Em suma, esse discurso reflete diretamente no modo de organização penal brasileiro, as instituições carcerárias com os limites de capacidade de ocupação excedidos, sendo que a maioria da população prisional é a classe menos favorecida, refletindo assim em uma política criminal de drogas pouco eficaz e que assim se desenvolveu pelos períodos seguintes.

Uma constatação empírica permite concluir que uma considerável quota-parte da criminalidade cotidiana decorre da atual política criminal de punição do usuário e do traficante de drogas (CALLEGARI, WEDY, 2008, p. 09).

Por fim, devemos considerar inegável a influência americana no cenário do combate as drogas, sendo precioso o entendimento dessa transição histórica, pois os EUA atualmente ainda é um instrumento de referência principalmente aos países latino-americanos, posto que a origem da Legislação Antidrogas no Brasil procedeu do modelo americano.

Nesse liame lógico, o Brasil, influenciado pelos americanos, desenvolve formas de punição e combate em represália ao tráfico e principalmente a disseminação incontrolável do uso de substâncias entorpecentes.

3.2 Abordagem Histórica: a origem e evolução da legislação antidrogas

O ordenamento jurídico, ainda que de forma mínima, sempre expressou atenção às problemáticas oriundas do uso de substâncias tóxicas. Por óbvio que o tratamento direcionado atualmente demonstra a discrepância entre a normatização anterior e a presente.

No ano de 1603, nosso país era regido pelas Ordenações Filipinas, um composto de normas oriundas dos preceitos canônicos e germânicos trazidos por Portugal.

Em seu verbete 89 dispunha o seguinte: “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”.

Como se pode observar a matéria era pouco conhecida e tratada pelas normas jurídicas. Logo após as Ordenações Filipinas, procede o Código Criminal do Império do Brasil que não regulamentou a questão, todavia em 1851 um Regulamento disciplinou o assunto, ao trabalhar a questão da polícia sanitária e do comércio de substâncias medicinais e de remédios. (GRECO, RASSI, 2008, p. 01).

Esse panorama foi modificado com o Código Penal de 1890, o mesmo ordenava como delito “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades previstas nos regulamentos sanitários”.

Ainda assim a abordagem se demonstrava reduzida e pouco preocupada em atender as questões relacionadas às substâncias tóxicas, em razão principalmente da falta de informações e conhecimento.

Todavia, conforme já exposto a Conferência Internacional do Ópio sediada em Haia, impôs aos países signatários, inclusive ao Brasil, comprometimento no exercício de fiscalização sobre o uso de cocaína e ópio. Foi à primeira medida significativa que se pautava na busca pelo controle do consumo. Devemos ir mais além, e considerar que houve o reconhecimento por parte dos Estados no que podemos definir como: O combate às drogas.

O Estado Brasileiro, ao assumir esse compromisso de reprimir o consumo de opiáceos e de cocaína em seus limites territoriais, sancionou o Decreto 4.294/1921, que determinou:

(...) penalidades para contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as fórmulas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários. (sis).

Em um segundo momento, o Decreto 4.294/1921 foi retrabalhado pelo Decreto 14.969 de 03 de Setembro de 1921, que normatizava em seu conteúdo o compulsório internamento dos consumidores de substâncias tóxicas.

Notório que neste dado momento histórico o legislador já vislumbrava a necessidade de inclusão do usuário de drogas nos preceitos legais.

Entretanto, a criminalização das condutas referentes ao consumo, produção e comercialização das substâncias ilícitas, somente ocorreu com a Consolidação das Leis Penais em 1932. Houve significativo aumento nas condutas a serem reprimidas, bem como a imposição de pena de prisão para todas elas.

Em 1938 advém o Decreto-Lei 891, que amplia significativamente a normatização atinente às drogas. O diploma previa em seu art. 35 pena de prisão para aqueles tinham consigo qualquer substância entorpecente.

Artigo 35 - Ter consigo qualquer substância compreendida no artigo primeiro e seus parágrafos, com expressa prescrição de médico ou cirurgião dentista, ou possuir em seus estabelecimentos, sem observância das prescrições legais ou regulamentares qualquer das referidas substâncias entorpecentes - pena.: um a quatro anos de prisão (grifo nosso) celular e multa de 1:00\$0000 a 5:000\$000.(sis)

O art. 33 do mesmo diploma também dispunha de pena privativa de liberdade para a comercialização das substâncias consideradas ilegais.

A introdução do Código Penal Brasileiro de 1940 se relaciona com as disposições criminalizadoras acima expostas e preceitua em seu dispositivo 281 a pena pelo uso e tráfico de drogas, “art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar ao consumo substância entorpecente”.

Com essa normatização houve uma experiência de proteger o consumo e preservar o tráfico de substâncias entorpecentes ilícitas em um regimento codificado.

A legislação então caminhava em prol da sociedade, demonstrando real importância ao assunto, com intuito de modificar a antiga “paisagem” legal atinente as drogas.

Ainda no que tange o art. 281, o mesmo foi responsável pela alteração do Decreto-Lei 891, tanto na parte penal, quanto nos aspectos fiscalizadores.

Seguindo essas mudanças:

O Decreto-lei n. 4.720, de 21 de setembro de 1942, fixou as normas gerais para cultivo de plantas entorpecentes e para extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos. Em 4 de novembro de 1964, a Lei n. 4.451 introduziu modificação no art. 281 do Código Penal, acrescentando ao tipo a ação de *plantar*. Por ter entrado em vigor a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, promulgada no Brasil em 1964, transformando-se em lei interna, a qual trouxe lista bem mais completa que a do Decreto-Lei n. 891, por Portaria de 8 de maio de 1967, o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia – SNFMMF adotou as listas de entorpecentes da referida convenção. (GRECO, RASSI, 2008, p. 02)

De suma importância, no que tange esse período da introdução do Artigo 281 do Código Penal de 1940, prevalecia, até então, de acordo com a mais alta corte brasileira (Supremo Tribunal Federal) o sentido jurisprudencial de que o referido artigo normativo não abarcava os consumidores, pois punia apenas o induzidor ou instigador, em seu parágrafo terceiro.

A explicação prevalecia no âmbito de que punindo o induzidor, estaria retirando o usuário, no sentido de que bastava a regra geral do dispositivo 29 do Código Penal de 1940, para a configuração da coautoria, “art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

A não previsão do usuário gerou enorme insegurança jurídica, principalmente em relação à repressão e proibição, sendo que logo após, o próprio

legislador brasileiro, inseriu no mesmo patamar todos os que estavam envolvidos com drogas, independentemente do seu grau participativo.

Seguindo esse precedente foi introduzida nova mudança com o Decreto-Lei 385/68, que modificou a redação do art. 281 e que dispõe como crime a posse de drogas para o uso pessoal, impondo a este à mesma sanção penal imposta ao tráfico.

Passados três anos, foi criada lei exclusiva atinente à questão, a Lei 5.726 de 29 de Outubro de 1971, que previa em seu título “Dispõe sôbre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências”. Inovou a redação do art. 281, modificou de cinco para seis anos a pena máxima dos crimes descritos no referido artigo do Código Penal.

Contudo, a primeira Lei que obteve o ápice em eficiência no combate as drogas, em relação aos anteriores institutos, foi a Lei 6.368 de 21 de Outubro de 1976, onde foi devidamente exposto o dependente químico e o infrator.

Salienta-se que mesmo havendo ou não a devida comprovação de que essas pessoas cometeram o crime, ainda assim eram considerados como um “perigo para a sociedade”, e conseqüentemente, deveriam passar por tratamentos médicos, a fim de recuperá-los.

Sua vigência foi de vinte e seis anos, estava focalizada particularmente nas substâncias em si, muito mais do que pela razão que levou os usuários e criminosos a prática desse ato. Porém, conforme o desenvolvimento social houve uma intensificação na análise em relação a como esses delitos estavam sendo penalizados, se a eficácia pautada na repressão, não estava perdendo seu efeito, ou seja, se a privação da liberdade em determinados casos era realmente a melhor medida diante do panorama vivido socialmente.

Os legisladores então vislumbraram que a detenção, de âmbito proibicionista, deveria ser reavaliada, e buscaram a introdução de outros meio mais eficazes de punir.

Visando uma atualização e a fim de aprimorar a Lei 6.368/1996, foi instituída em 11 de Janeiro de 2002, a Lei 10.409. Que segundo unanimidade dos doutrinadores foi uma criação que não trouxe inovações e manteve erroneamente a falta de respeito aos direitos fundamentais.

Segundo o entendimento do autor Renato Marcão (2011, p.22), a Lei nº 10.409/02: “representa, sem sombra de dúvida, o pior exemplo da produção desordenada e caótica do Poder Legislativo brasileiro, bem como a desorientação do Poder Executivo, que não vetou completamente o Projeto que a ela deu origem, quando deveria”.

Podemos considerar que houve pobreza técnica, pois estávamos na presença de um direito criminal simbólico, que proporcionou a impunidade, visto que os meios utilizados não foram adeptos para combater e enfrentar o crime na concepção real. Criou-se com esta Lei, uma política penal passional, norteadas de ilusão e insuficiente com a realidade do crime na modernidade.

De acordo com o que dispõe o autor Sérgio Habbib (p.13):

A nova lei buscou despenalizar e desprisonalizar o uso e o consumo de drogas, desde que o portador ou usuário fosse encontrado com pequena quantidade de substância tóxica, o que não vingou em face do veto total a esse capítulo pelo Presidente da República.

Ainda acerca da referida Lei, podemos apontar algumas principais omissões e questionamentos.

Inicialmente observamos que o art. 27 em seu Capítulo IV, dispõe que o “procedimento relativo aos crimes definidos nesta lei rege-se pelo disposto neste capítulo” e, na medida em que o capítulo III, que conceituava crimes e penas, foi integralmente vetado, pergunta-se se esta capitulação e a própria lei teriam realmente eficácia.

A omissão também de institutos de origem processual penal, como a circunstância accidental de dependência toxicológica, estaria impondo ao réu a união de dois diplomas, sendo prejudicado e a constatação de desvirtuamento da

finalidade principal dessas Leis que tratam da sanção do traficante e ajuda na saúde e recuperação dos usuários.

Salienta-se ainda que para aplicabilidade desta Lei, quando estava em vigência, era necessário que fosse interpretada sistematicamente, em consonância com os outros diversos textos legais vigentes, com a intenção de dar sentido e conformidade com o regimento jurídico nacional.

Dessa forma, conforme (Maronna, Mendes, 2002), a publicação da Lei 10.409/2002 retirou todo o estímulo para um avanço na busca pela redução dos danos ocasionados pelas drogas. Sofreu prejuízos, visto que perdeu a oportunidade de solidificar a ideia de que toda e qualquer lei acerca da questão deve ter como primazia um ideal focado no combate à condenação do usuário de drogas, abdicando os preceitos do direito penal, pois resta-nos demonstrado que sozinho não consegue alcançar a solução para a problemática.

Diante dessa concepção, foi revogada a então Lei 10.409/2002 e passou a vigorar a atual Lei de Tóxicos 11.343/2006, que optou pela abolição da terminologia utilizadas nas duas anteriores lei “substância entorpecente” para “droga” .

3.2 Alterações Introduzidas com a Nova Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006 – Lei de Drogas

Em princípio, conforme já expusemos o consumo de drogas é um hábito que norteia o meio social desde seus primórdios. A humanidade em um aspecto geral sempre teve grande anseio por fugir da realidade, e esse desejo, no mais das vezes é latente para muitos indivíduos, por inumeráveis razões.

Atualmente o comércio e o uso de drogas não se bastam apenas nas grandes regiões brasileiras, aproximaram-se das cidades interioranas, que são

facilmente miráveis para o desempenho do crime organizado. A problemática se mostra totalmente harmonizada com a violência, o que indubitavelmente merece cuidado por parte do Estado e de toda a sociedade em si. Ao menos é isso que esperamos com a nossa atual Legislação Antidrogas.

Publicada em 24 de Agosto de 2006, a Lei 11.343 é denominada Lei de Drogas. Estamos diante de uma nova legislação, que aborda a represália e prevenção ao tráfico e uso de drogas. Seu intuito central é a correção de determinadas falhas anteriores existentes nas Leis 6.368/76 e 10.409/02.

Ressalta-se que são consideradas drogas, toda substância elencada pelo órgão do Ministério da Saúde. Lembrando que houve a necessidade de uma adaptação no termo *substâncias entorpecentes*, visto que nem toda substância que causa algum tipo de dependência podem ser caracterizadas como entorpecentes, como tratavam as antigas leis. O termo utilizado atualmente é drogas.

Devemos nos atentar ao fato que não há perfeição com a introdução dessa nova Lei, pois segundo a doutrina e a jurisprudência ainda são suscitadas diversas questões que não foram resolvidas, principalmente no que tange a questão dos critérios que devem ser valorados na aplicabilidade das penas por ela dispostas.

Como mudança benéfica se pode destacar o aumento nas suposições de incidência típica.

Em conformidade:

Na redação antiga, praticava-se crime mediante três condutas, a saber: adquirir, guardar ou trazer consigo. Na nova capitulação estão previstas cinco condutas para a forma regulada no *caput*: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo. No §1º existem outras três condutas, quais sejam: semear, cultivar ou colher. Houve, portanto, considerável aumento das hipóteses de incidência típica. (MARCÃO, Renato, p. 73)

Em contrapartida, a Lei aboliu qualquer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, quando se trata de “porte” para o consumo próprio. Regula também a questão do plantio para consumo próprio no artigo 28, §1º.

Art.28 (...)

§1º . As mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva, ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

A aplicação das sanções penais a esses dois tipos eram de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. Porém com a nova Lei, as penas foram substituídas, por advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Observa-se que ocorre um desvirtuamento à corrente legislativa, pois com a adoção de medidas substitutivas para a conduta do usuário de drogas, o legislador opta por tornar mais flexível o poder punitivo do direito penal. Todavia, possui carga repressiva, prevendo tratamento de extremo rigor ao tráfico ilícito de drogas e sua produção não autorizada.

A advertência sobre os efeitos da droga, como exposto, foi inserida entre as principais penalidades imposta ao indivíduo que incide em uma, ou mais condutas descrita no art. 28. Esta sanção não se trata de uma forma de repressão religiosa ou moral, conquanto uma proibição jurídica.

René Ariel Dotti (1999) apud Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2008, p. 53) não se convence do poder coercivo desta pena.

A Lei 9.714/98 é originária do Projeto de Lei 2.684, de 1996 (n.32, do Senado Federal). (...)

O par. 1º do art. 44 do Projeto, também vetado, dizia: 'Quando a condenação for inferior a seis meses, o juiz, entendendo suficiente, pode substituir a pena privada de liberdade por advertência – que consistirá em admoestação verbal ao condenado – ou por compromisso de frequência a curso ou submissão a tratamento, durante o tempo da pena aplicada'. E a razão do veto foi a seguinte: 'Em paralelismo com o recolhimento domiciliar, e pelas mesmas razões, o par. 1º do art. 44, que permite a substituição de condenação a pena privativa de liberdade inferior a seis meses por advertência, também institui norma contrária ao interesse público, porque a admoestação verbal, por sua singeleza, igualmente carece do indispensável substrato coercitivo, necessário para operar, no grau mínimo exigido pela jurisdição penal, como sanção alternativa à pena objeto da condenação.'

Em harmonia com este entendimento pautou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Configura modalidade de admoestação verbal. Não se trata, todavia, de repreender o agente pelo ato, mas de alertá-lo a respeito dos efeitos maléficos da droga para sua saúde, sua qualidade de vida e sua relação com a comunidade à qual pertence. Constitui pena restritiva de direitos e deve ser cumprida por profissionais capacitadas a informar o autor do fato sobre os males decorrentes do uso de drogas. É de eficácia discutível, sendo preferível sua aplicação cumulada com as medidas de prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 27 da Lei). No sentido de que a pena “se esgota na reprimenda solene feita pelo Juiz ao acusado, em audiência especialmente pautada para isso. (TJRS, ACrim 7002037090, rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, j. 19-9-2007).

O Estado, ao impor esta modalidade alternativa de pena, fundamentou-se no fato de que ao fornecer aos indivíduos informação concreta e clara acerca do uso de drogas, estará tornando-os menos suscetíveis ao consumo dessas substâncias nocivas.

Há de se falar ainda na inovação referente ao campo de execução de penas decorrente das práticas previstas no art. 28 *caput* ou §1º. Firmou-se no §6º do art. 28 que, caso haja cumprimento injustificado por parte do criminoso, o magistrado estará obrigado a impor, de modo sucessivo, as medidas de admoestação verbal e multa, entretanto, frisa-se que somente quando imposta a primeira e esta não bastar é que ocorrerá a imposição sucessiva.

Para o ilustre doutrinador Renato Marcão (2011 – p. 74), tanto a admoestação quanto a multa, são nada mais do que verdadeiras “medidas educativas de natureza coercitiva” a fim de obrigar o cumprimento da pena inicial. São medidas impositivas de cumprimento.

Esse novo modelo contido na conduta do usuário traz alguns questionamentos a serem compreendidos. Veremos mais adiante em capítulo que especifica a questão da punição desses indivíduos. Opera-se uma despenalização e também uma descriminalização, não obstante ainda possui caráter criminal.

O §7º do art. 28 se liga diretamente à política de redução de danos adotada pela Legislação Antidrogas.

Art. 28 (...)

§7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Cosoante parecer de Damásio de Jesus (2012, p. 57) entende que o dispositivo não se refere a pena:

Não se trata de pena, mas de medida exclusivamente terapêutica, que deverá atender às diretrizes contidas no Capítulo II do Título III desta Lei, em especial: a “definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde” e a “atenção do usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais”.

Estaríamos sendo então incoerentes se afirmássemos categoricamente que a nova Lei de Drogas é tecnicamente exemplar. É certo que ela possui seus méritos, mas está longe de ser referenciada como um modelo de trabalho legislativo.

O cerne principal está na propagação das penas alternativas, impostas na nova Lei. Indaga-se se já estamos culturalmente e socialmente preparados para acatar essas mudanças sancionatórias alternativas.

Como foi abordado nos primeiros capítulos do presente, a pena é classificada genericamente como um castigo, aplicado restringindo a liberdade do indivíduo e que tem como intuito de reinserção do mesmo no seio da sociedade. O conceito embora esteja correto, não exprime o conflito intrínseco travado entre as condutas socialmente rejeitadas que devem ser punidas e a aptidão dessas punições em exercer eficazmente as suas finalidades, ou seja, sua real serventia.

Uma das razões que merece destaque é o sistema prisional brasileiro, um dos maiores fracassos da atualidade, que afronta todas as garantias fundamentais atinentes aos direitos humanos, sendo incrível crer que a pena de

prisão, como principal sanção imposta pelo nosso ordenamento jurídico, cumpra eficazmente seu objetivo ressocializador e preventivo.

Indiscutivelmente a sociedade ânsia por um modelo social justo e que os índices de violência e criminalidade sejam sistematicamente reduzidos, todavia os indicadores demonstram que a reincidência criminal é abrangente e que os objetivos da pena não evidenciam bons resultados.

Diante da realidade prisional que nos é apresentada, mister se faz a utilização e aprimoramento de outras formas de punição previstas na legislação, tendo por pressuposto restringir ou evitar o processo de prisionização ou dessocialização inerentes ao encarceramento (AZEVEDO, 2010, p. 321).

Com o intuito de superar a questão, houve a introdução das penas alternativas no sistema jurídico penal. Seria aplicar uma pena, através de meios menos agressivos do que a própria privação da liberdade, a fim de buscar resultados mais eficazes.

Neste enquadramento, devemos mencionar a promulgação da Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, das Execuções Penais, que surgiu em detrimento das péssimas condições carcerária na época. A presente Lei inovou, trabalhando com a união de todo conteúdo de execução penal brasileira, congregando segmentos de Tratados Internacionais, demonstrando ser necessária a separação entre os criminosos condenados, garantindo assiduamente os direitos e deveres dos mesmos e ainda deu regimento regulador ao trabalho nos estabelecimentos prisionais.

Para o penalista Cezar Roberto Bittencourt (2004, p. 78) a República Federativa Brasileira foi influenciada pelo sistema europeu, dado os resultados negativos do modelo americano. O cerne principal se delimita em buscar por meio da sanção a união do indivíduo ao seio social.

Seguindo as concepções europeias, bem como a influência direta das Organizações das Nações Unidas, que anteriormente já vinha propondo mudanças neste sentido, o Brasil então buscou um modo de recuperar e tratar os condenados, através das medidas de segurança e penas alternativas.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, ao abarcar diversas garantias fundamentais ligadas principalmente aos direitos humanos, passou a dispor em seu art. 5º, inciso XLVI, cinco tipos de penas alternativas:

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

(...)

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direito.

Ainda acerca das alterações da Lei de Drogas, o próprio art. 28 que prevê as penas alternativas aplicáveis, possui uma indagação: estaríamos mesmo diante de penas ou seriam “apenas” medidas educativas?

Uma leitura simplificada da legislação em vigor nos expõe a dúvida. No art. 28 *caput*, §§ 3º e 4º, a terminologia usada é pena, todavia, no §1º a expressão usada é *medidas* e o §6º ainda do mesmo diploma, trata de *medidas educativas*.

O doutrinador Renato Marcão diverge diante dessa questão:

Penas, evidentemente. A CF, em seu art. 5º, XLVI, estabelece que a lei regulará a individualização da pena e adotará, *entre outras*, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Foi permitido ao legislador estabelecer *outras penas*, além daquelas previstas no inciso XLVI, desde que observadas as restrições acima indicadas. De tal sorte, as penas previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 28 contam com respaldo na Carta Constitucional. Não se trata efetivamente de simples “medidas educativas”, porquanto estabelecidas para aplicação em face do cometimento de ilícito penal, em desfavor de agente maior imputável. (MARCÃO, Renato – 2011, p. 78)

Na opinião de GOMES (2007, p. 159) “são “penas” alternativas, que não possuem, entretanto, o caráter “penal” (no sentido clássico). Logo, mais adequada é a denominação “medidas”. Tudo que está previsto no art. 28 configura “medidas alternativas” (à prisão)”.

Por óbvio, podemos considerar que são na realidade penas, porém é inegável que com a adoção dessa nova política de penas, houve um abrandamento no rigor punitivo diante da prática de condutas previstas no art. 28. Arriscamos dizer que necessário talvez fosse à verificação dos resultados da aplicabilidade das penas opcionais e como estão sendo executadas pela prática jurídica, tendo em vista que a confiabilidade dessas formas de sanção procede de sua eficiência para alcançar os objetivos da pena.

Logo, ao analisarmos cada dispositivo sancionador, não devemos somente observar se há um abrandamento, mas também se há resultados eficazes diante da aplicabilidade de penas alternativas. Pois sua instituição visa um novo tratamento ao usuário de drogas, o que demonstra referencial preocupação social, uma vez que o direito penal não deve trabalhar apenas no campo punitivo, mas sim em união com a realidade social, a inserção de novas modalidades de pena se mostra positivamente, porém deve se adequar ao atual cotidiano violento que vivemos.

3.2.1 Do Sistema Brasileiro de Políticas Públicas sobre Drogas

Inicialmente, cumpre anotar que o Estado Brasileiro, no conjunto de fatos e elementos que concorrem para a sua formação, tratava até os anos 90 o tema relacionado às substâncias entorpecentes com uma ideia criminalizadora e repressiva. Tardou (e ainda tarda) em voltar seus olhares para o campo social da questão das drogas, sendo tema que reveste todas as proporções da vida moderna. Desastrosos ainda são os resultados.

Em meados de 1988, o Brasil passou a suportar pressões de âmbito mundial. As exigências se delimitaram na necessidade urgente de intervenção do governo em razão do crescimento assustador do tráfico e uso de drogas.

Segundo Olinger (2010, p. 04):

Com o crescimento do comércio de drogas ilícitas nos anos 90 surgiram iniciativas estatais mais específicas para combater o problema, e aí passou-se também a desenvolver projetos voltados a prevenção. O primeiro passo foi a elaboração do SIVAM (que apesar não ter sido idealizado exclusivamente para o enfrentamento do problema, tinha dentre seus objetivos coibir o tráfico na região amazônica).

O marco definitivo para o fim do modelo repressivo imposto a questão das drogas, surge posteriormente, com a instituição do Sistema Nacional Antidrogas (SISNAD) em 2000. E então houve a substituição, introduzindo as regras desse sistema para a atual Lei de Drogas, que cuida do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas (SISNAD).

Neste contexto verificamos a existência das chamadas políticas públicas, que são modelos destinados a assegurar os direitos constitucionais do cidadão de maneira difusa, através de programas, ações e atividades voltadas diretamente à proteção individual e coletiva.

Esse novo programa incorporado pela Lei adaptou em seu funcionamento o diálogo entre o Estado-Governo e a sociedade.

A nova Lei de Drogas rompeu com as leis antecedentes. Buscou dar uma nova organização à política estatal no que tange as drogas, voltando sua atenção para a prevenção e reinserção do indivíduo dependente e usuário de drogas.

Conforme Gomes (2007, p.33) ela engloba dois propósitos:

A nova Lei, nitidamente, abarca as duas tendências. A proibicionista dirige-se contra a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas, enquanto que a prevencionista é aplicada para o usuário e para o dependente. A Lei, ademais, está atenta às políticas de atenção e de reinserção social do usuário e do dependente.

Houve clara diferenciação entre o dependente e o delinquente, sendo que o primeiro agora é tratado como um doente, que obviamente não será readaptado ao meio social através de penas, mas sim por meio de tratamento psicológico, ambulatorial, etc.

O art. 3º da Lei 11.343/2006 que aborda em seu Título III, o Sistema Brasileiro de Políticas Públicas sobre Drogas é responsável por essa articulação:

Art. 3.º O SISNAD tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:
I- a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
II- a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Destina-se a dois objetivos centrais: a precaução direcionada ao usuário de drogas (seja ele dependente ou não) e a proibição no que tange aos produtores e comercializadores de drogas ilicitamente. Sendo que a consecução da Lei de Drogas é a inclusão de atuação do Estado, desde a fase inquisitória até o procedimento da ação penal, de acordo com as finalidades impostas pelo sistema de políticas públicas de segurança.

Tais como:

(...) a contribuição para inclusão social do cidadão, tornando-o menos vulnerável a assumir comportamentos de risco ao uso indevido de drogas, a promoção da construção e socialização do conhecimento sobre drogas no país, possibilitando a integração de políticas públicas. (GERSON, 2008, p. 138).

O trabalho é exercido conforme a composição de princípios do SISNAD, dentre os quais dois mereçam avulta:

Art. 4.º São princípios do SISNAD:
I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; (...)
IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas; (...).

O primeiro princípio é inovador e inaugura um novo modelo de pensamento a respeito dos inúmeros equívocos problemáticos do usuário de drogas no seio social. Está de acordo com as designadas políticas de redução de danos e com a tendência moderna dos crimes, que se voltam não mais para o usuário-dependente, mas sim pelo poder de decisão e autonomia de vontade desses indivíduos. Expõe um comportamento tolerável e voltado para a liberdade.

Como sabemos a liberdade é máxima constitucional derivada do Estado Democrático de Direito, devendo ser considerada em todos os âmbitos intervencionistas. Protege-se tanto o campo individual, quanto a coletividade, proibindo atos que ofendam ou atentem contra ela.

O princípio da liberdade deve atuar em conjunto com todos os demais advindos do Estado democrático, deste modo haverá restrições no modo de atuar do Estado e este não poderá vedar a liberdade. O resultado é uma intervenção diversificada e alternativa. A título exemplificativo: as medidas alternativas.

Neste sentido, afirma Salo de Carvalho (1996) apud Gomes (2007, p. 38):

Nenhuma norma penal será legítima se intervier nas opções pessoais, impondo aos sujeitos determinados padrões de comportamento ou reforçando determinadas concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao indivíduo a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos, desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto), haverá intervenção penal legítima.

O sistema visa atingir os consumidores-dependentes, com o intuito direcionado à orientação, tratamento e reinserção na sociedade. São propostas mais toleráveis, que agem de acordo com as premissas do texto constitucional. São meios alternativos ao modelo de repreensão, que estabelece prioridade na prevenção.

As políticas responsáveis pela redução do dano tratam da diminuição, controle e moderação do consumo, não mais da abstinência.

No que concerne ao segundo princípio referido, há um dever de abordagem multidisciplinar, que se refere ao trabalho em comunhão com diversas áreas do conhecimento, proporcionando uma visão geral da questão, o que reduz a problemática. É uma união que busca resultados mais eficazes, tendo em vista a complexidade do tema.

A legislação elenca as atividades que devam se projetar em conjunto, como prevenir o consumo, olhares atentos e direcionados a reinserção dos

dependentes e usuários na sociedade e repressão voltada ao tráfico ilícito. O legislador baseia-se no fato que de os efeitos do consumo e do comércio de drogas ilícitas não se restringe apenas aos usuários, traficantes e seus familiares, mas também atinge a sociedade que sofre com os prejuízos do tráfico e do uso descontrolado de drogas, considerando que estas condutas criminosas levam ao desempenho de diversos outros delitos.

Cabe evidenciarmos que a proposta impõe a imprescindibilidade de harmonia entre repressão e prevenção, com o objetivo de proteger o indivíduo e a saúde pública. A pretensão de reunir as atividades, busca a estabilização do princípio imposto no art. 4º, inciso IV, da Lei de Drogas:

Art. 4º (...)

IV – a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do SISNAD.

Entendemos, por fim, que para atual Lei de Drogas alcançar efeitos positivos deve atuar em conjunto com as políticas públicas de drogas preconizadas pelo Sistema Brasileiro de Políticas Públicas sobre Drogas e os órgãos nacionais, isto é, os Estados, Municípios e o Distrito Federal.

4 DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NO BRASIL E O DEBATE SOBRE SUA DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO

Não podemos apontar a organização legislativa como único inimigo do combate ao uso de drogas e do tráfico dessas substâncias, visto que há também influência de fatores internos e externos, econômicos, políticos, sociais, físicos e psíquicos.

O enfoque central das normas legais deve se voltar à descoberta de mecanismos eficientes para proibição e repulsa ao uso indevido dessas substâncias. É certo que limitaremos a pesquisa no âmbito jurídico, porém, inevitável trabalhar apenas nesse sentido, pois o próprio Direito é considerado uma ciência social, o qual trabalha com fenômenos sociais, como é o caso em tela.

A ciência jurídica além de delimitar valoração aos fatos sociais, também é responsável pela complexa aplicação de um modelo de interpretação e descrição dos mesmos, que se traduz pelas normas existentes. Após revisá-las, possui função aplicativa, a qual nos fornece resultados positivos e negativos. No mais das vezes, estamos caminhando sempre em direção as consequências negativas. Sendo o Direito também uma ciência política, seu objetivo principal deve se voltar a uma incessante busca pela harmonia do convívio social, bem como a plenitude da pacificidade e a manutenção efetiva da ordem determinada.

Partindo dessa óptica, verificamos graves desvios a essa importante concepção no que tange a Legislação Antidrogas e principalmente aos seus decorrentes fenômenos. A mudança legislativa procedeu a não cominação de pena privativa de liberdade aos usuários de drogas e sobrevém o seguinte questionamento: Houve descriminalização ou somente despenalização das condutas descritas no art. 28 da Lei 11.343/2006?

De modo subsidiário indaga-se acerca da relevância jurídica destas modificações, tendo em vista que a punição do indivíduo é um dos aspectos de maior importância para a aplicabilidade eficaz do Direito. A problemática do usuário de drogas deve ser analisada em um parâmetro geral, pois sem dúvidas é uma questão que apresenta um alto nível danoso, tanto individualmente, quanto socialmente.

O acesso às substâncias apresentadas como indevidas é bem mais simples do que o imaginável, talvez este seja um dos fatores que impossibilita a ação efetiva das autoridades.

O ilustre autor Vicente Greco Filho, (2008, p. 05), simplifica seu entendimento dizendo que estamos diante de “sonhadores” sempre tentando encontrar diferentes situações. O que através de uma capacidade de criar patológica, de potência infinita, dificulta em extraordinário aspecto a atuação do poder público na prevenção e proibição.

A nova Lei de Drogas no que se refere ao tráfico ilícito se mantém em assentimento com a doutrina e a jurisprudência brasileira, considerando este como crime, no entanto, com rompimento decisivo com o antigo sistema de repressão, ocorre uma inserção do modelo terapêutico para os usuários/dependentes de drogas, e, conseqüentemente uma controvérsia em relação à posse de drogas para o consumo pessoal.

Abordaremos os dois principais fenômenos oriundos da natureza jurídica do art. 28 da Lei de Drogas, quais sejam: a descriminalização e a despenalização.

4.1 A Descriminalização do art. 28 da Lei 11.343/2006

Para um entendimento eficaz da temática trazida no presente, faz-se imperioso, inicialmente, o traslado do art. 28 da Lei de Drogas, ora responsável pela discussão, que dispõe:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Após a mudança da legislação sobre drogas, o referido artigo foi diversamente interpretado e debates surgiram acerca dos seus efeitos jurídico-penais, bem como a respeito de sua natureza jurídica.

Apresentaremos as principais alegações da doutrina que se divide em suas argumentações, de modo que, posteriormente possamos compreender a posição predominante do referido artigo na esfera jurídico-penal.

Pioneiramente, o penalista Luiz Flávio Gomes (2007, p.119) expôs que, com o novo Título Legal, houve uma efetiva descriminalização formal do art. 28 e define este efeito como o ato de desviar de algumas condutas o seu aspecto criminoso, entretanto, continua dentro da ceara do Direito Penal.

Apresenta ainda três espécies de descriminalização:

a) a que elimina o caráter criminoso no fato e o que proscreeve do Direito Penal, transferindo-o para outros ramos do Direito (essa é a descriminalização penal, que transforma um crime em infração administrativa) b) a que retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do âmbito do Direito Penal (essa é a descriminalização puramente formal) e c) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente (nisto consiste a chamada descriminalização substancial ou total). (GOMES, 2007, p. 120)

Seguindo o mesmo raciocínio, o autor Raúl Cervini (1995, p. 72), define que “a descriminalização é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal, certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”.

A ideia é que a conduta deixa de ser valorada quando ocorre à descriminalização, assim elas deixam de ofender o bem juridicamente protegido, a moral social e passam a ser julgadas normais.

Partindo da concepção de GOMES (2007, p. 121) retira-se o entendimento de que houve uma efetiva descriminalização do porte para o consumo próprio. O posicionamento fundamenta-se primeiramente na disposição da Lei de Introdução ao Código Penal, em tese no seu art. 1º:

Art.1º - Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração que a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Ressalta ainda que:

Ora, se legalmente (no Brasil) ‘crime’ é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), 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 – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: a nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou 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 pencha de “criminoso”. Do contrário, cai por terra toda a preocupação preventiva e não punitivista da lei, em relação ao usuário. (GOMES, 2007, p. 121).

Neste âmbito, o penalista afirma que estamos diante de outra espécie de pena, uma vez que as condutas descritas no art. 28 passam a ser um ilícito *sui generis* (diferente de crime e contravenção) visto que retira a etiqueta de crime, não obstante permaneça a sua ilicitude.

A expressão *sui generis* em sentido literal significa único, exclusivo, sem outro de seu gênero ou qualidade. O que delimita então o entendimento dos adeptos dessa corrente, sendo que para eles não é considerada infração penal, nem administrativa, sendo, portanto um ilícito penal *sui generis*.

Nos chama atenção o entendimento de Alice Bianchini (2007, p. 135), que subordinadamente à tese defendida por Luiz Flávio Gomes, afirma que o art. 28 não integra o Direito Penal. Segundo sua concepção a conduta é também considerada uma infração *sui generis*, todavia houve descriminalização substancial, ou seja, o fato deixa de ser considerado legalmente como crime. Com a retirada do conteúdo penal da conduta, incide o chamado *abolitio criminis*.

Audacioso e inovador o entendimento de Bianchini, que se baseou nos seguintes fundamentos:

Duas das consequências previstas no art. 28 (advertência e encaminhamento a programas educativos) não possuem nenhuma carga afliativa, ao contrário, têm natureza puramente educativa. A outra (prestação de serviço à sociedade) possui duplo caráter (educativo e repressivo); Havendo descumprimento da transação ou da sentença condenatória as únicas medidas cabíveis são: admoestação verbal ou multa (art. 28 §6º). Isso evidencia, de modo patente, que todas as medidas impostas ao usuário de drogas refogem da estrutura e da sistematização do Direito Penal; (GOMES, BIANCHINI, 2007, p. 136).

Realçando ainda mais sua posição, defende que com a aplicação das medidas alternativas voltadas para o não-uso e redução de danos impostas na Lei de Drogas, estas, por sua origem, não possuem compatibilidade com a

criminalização do uso. O tratamento proposto pela legislação necessita da cooperação do usuário de drogas, o que, custosamente pode ocorrer se ainda lhe for atribuída a “etiqueta” de criminoso.

É certo que ambos os posicionamentos estão lastreados de extrema coerência, sendo merecedores de respeito, conquanto, a jurisprudência brasileira e a grande maioria da doutrina afirmam veementemente que não houve a descriminalização. Não podemos entender de modo diferente, tendo em vista que o legislador ao tipificar as condutas de *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo* não implicou em equívoco ao inserir o dispositivo no Capítulo “Dos crimes e das penas”.

O doutrinador Renato Marcão (2011, p. 70), rebate o argumento de que só há de ser falar em crime quando houver punição detentiva ou reclusa.

É certo que o art. 1º da LICP é bastante objetivo e esclarecedor naquilo que pretende informar. Contudo, é preciso ter em conta que o Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas “penas alternativas” se encontravam na sua Parte Geral a forma como foram postas com a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209, de 13-7-1984), e menos ainda com o *status* que passaram a ser tratadas com o advento da Lei n. 9.714/98. O Direito Penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da LICP não resolve a questão, segundo entendemos.

Harmonicamente:

A Constituição Federal de 1988 é bastante clara ao prever penas outras, diferentes dessas estampadas na Lei de Introdução do Código Penal, que por sinal é de 1941. Um raciocínio contrário culminar-se-ia no absurdo de não se considerar ilícito penal as condutas que estipulam penas alternativas de modo direto, indo contra a tendência moderna de não encarceramento. Ora, além da Constituição, o Código Penal prevê outras espécies de pena (art. 32, CP). Vislumbra-se, que é perfeitamente possível a adoção pelo legislador de infrações que possuam penas alternativas diretas, sendo tal fato uma tendência positiva e que vem ganhando espaço no campo penal, com amparo da Constituição. Esta possibilitou que a classificação de infração penal ficasse mais abrangente, não se restringindo somente nas hipóteses das penas referidas pela Lei de Introdução do Código Penal. (FARIA, 2007, p. 89)

Como foi aduzido o referido dispositivo encontra-se inserido no Capítulo III, que refere-se “Dos Crimes e das Penas”, neste sentido a Lei 11.343/2006, teve o referido cuidado em definir que trata-se de crimes, as condutas expressas no art.28, mesmo diante da falta de cominação de pena de multa ou privativa de liberdade.

Conclui-se que para essa linha de raciocínio, não houve a descriminalização, mas sim mero instituto de despenalização. Sendo este também o entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao cuidar do assunto pela primeira vez, no julgamento do RE 430.105-QO/RJ, tendo como Ministro Relator Sepúlveda Pertence.

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado ‘Dos Crimes e das Penas’. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorrera tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário (STF, 1ª Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).

Deste feito, leciona a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

TÓXICOS – Uso próprio – “Abolitio criminis” – Inexistência – A nova legislação antidrogas não deixou de capitular como crime a posse de entorpecente para uso próprio alterando, tão-somente, as sanções aplicáveis – Agravo ministerial provido para afastar a extinção da punibilidade decretada e condenar o réu à pena de advertência sobre os efeitos das drogas (artigo 28, I, da Lei nº 11.343/06). (Agravo em Execução Penal nº 1.131.702-3/8 – Bauru – 12ª Câmara Criminal – Relator: Breno Guimarães – 19.12.07 – V.U. – Voto nº 12.771) RAG.

O ilustre doutrinador Vicente Greco Filho (2008, p. 44) defende que não há de se falar em descriminalização e despenalização:

A lei não descriminalizou nem despenalizou a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal, nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento, mas a conduta continua incriminada. A denominação do Capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas.

Para o presente doutrinador, o argumento não possui qualquer densidade jurídica.

Conforme as orientações anteriores, o criminalista Jair Jaloreto Júnior (2006) também se demonstra desfavorável à descriminalização, aduzindo que:

Não existe nenhuma ligação entre a criminalização do uso de drogas, ou a sua descriminalização, com a prática de outros delitos. Existe sim uma ligação direta da prática de alguns crimes com o uso de entorpecentes. O uso ilícito ou não para o criminoso pouco importa, porque a droga vai continuar sendo consumida pelo bandido, independentemente de ser crime ou não. Se descriminalizar o que vai acontecer é legalizar, ou institucionalizar o que já existe.

Contudo, é imperativo distinguir a descriminalização da legalização, tendo em vista que há um uso unívoco desses termos, gerando distorções desagradáveis. A legalização parte do pressuposto de que ocorre a total e completa anulação de qualquer hipótese de definição de crime.

Conforme assinala GOMES (2007, p. 121), “na *legalização*, portanto, o fato é descriminalizado substancialmente e deixa de ser ilícito, passa a não admitir qualquer tipo de sanção. Sai do direito sancionatório”.

No que tange ainda a questão, não se pode deixar de mencionar o anteprojeto do Código Penal Brasileiro que está sendo elaborado e promete uma finalização ainda este ano.

Segundo a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto afirmou que a proposta descriminalizará o uso de drogas. Diante dessa informação, diversas manifestações críticas surgiram, visto que para os defensores da não-descriminalização, a proposta de descriminalizar significa um “passo” a mais para a efetiva legalização, conforme já exposto acima.

A Defensora Pública Juliana Garcia Belloque (2012), responsável pela proposta que defende a não criminalização de usuários de drogas, recepcionada pela Comissão de Juristas que elabora o anteprojeto do Código Penal, esclarece que descriminalizar não é o mesmo que legalizar.

Evidencia que:

Tem como principal foco acabar com o estigma da sociedade de enxergar o usuário de drogas como um delinquente ou criminoso. Tratar o usuário como criminoso tem efeito negativo. Dificulta o acesso dessa pessoa às políticas públicas de auxílio, principalmente para o caso dos dependentes.

A proposta irá oportunizar que o magistrado tenha condições legais de distinguir os usuários de traficantes, analisando o perfil do autor, sua conduta social e personalidade.

A versão do relator entregue no mês de maio acerca do presente:

Exclusão do crime

§2º. Não há crime se o agente:

- a. Adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para o consumo pessoal;
- b. Semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal;

§3º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à

natureza e à quantidade de substância apreendida, à conduta, ao local e as condições em que se desenvolveu a ação, bem como às circunstâncias sociais e pessoais do agente.

§4º. Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa da saúde.

A presunção de consumo de substâncias indevida para o uso individual é muito relativa, ou seja, com a mudança se deseja diferenciar o usuário de drogas do traficante de modo mais objetivo.

A relativização significa que se a quantidade que se porta da droga for menor que a regulamentar, mesmo assim o indivíduo poderá ser punido pelo tráfico, em razão da comprovação de outros pressupostos que comprovem que a droga não estava destinada somente ao consumo próprio.

Ousamos afirmar que se criou um novo tipo penal, de modo a equilibrar a mudança legislativa acerca da descriminalização, a Comissão de Juristas propõe que usar substância proibida em público ou próximo a crianças e adolescentes, será considerado crime.

Diante das modificações, a opinião pública se manifestou severamente, porém irrelevantes são todos esses atos apelativos, considerando que a sugestão elaborada pelos ilustres juristas apenas fortalece uma propensão legislativa há tempos já muito utilizada.

Afirmemos isto diante da própria mudança legislativa de 2006, onde afastou qualquer possibilidade de pena privativa de liberdade ao usuário, seja antes da sentença, como prisão cautelar, seja posteriormente, como efetiva sanção penal.

Em contrapartida, houve significativa modificação no que tange dois aspectos, é o que expõe Daniel Nicory do Prado (2012), em artigo acerca do tema:

A fixação de uma quantidade objetiva de droga, variando de acordo com a sua natureza, como critério de distinção entre usuário e traficante, é adotada em vários países do mundo e tem um objetivo muito claro: tentar corrigir o principal efeito colateral da Lei de Drogas, que entrou em vigor em outubro de 2006. Embora tenha havido, teoricamente, a despenalização do porte para uso pessoal, a quantidade de presos por crimes relacionados às drogas explodiu no Brasil. Segundo os dados do INFOPEN, 125.744 pessoas estavam presas por tráfico de entorpecentes no final de 2011, contra 65.494 no final de 2007.

Observamos que com esse aumento carcerário, a questão mereceu relevante ressalva, pois como sabemos a Lei de Drogas proíbe a prisão do usuário, então como explicar os elevados números de prisões?

A resposta esta na falha técnica do legislador em adotar critérios temerariamente vagos para diferenciar o usuário e o traficante. Com a nova proposta do anteprojeto, a faculdade de distingui-los será mais objetiva, a fim de evitar que “doentes” sejam mantidos em escolas da criminalidade.

Entretanto, estamos diante de uma alteração legislativa, como qualquer outra e que está longe de alcançar a perfeição. Há riscos, principalmente no que tange ao tráfico, pois muitos “pequenos” traficantes acabarão sendo abordados como usuários, e os consumidores de drogas, que possuam grande quantidade, serem tratados como comerciantes.

Não podemos deixar que o efeito prático fale por si ou até mesmo analisar os resultados somente conforme as perspectivas exteriores, os efeitos e impactos sociais. Devemos impedir que os olhares se voltem exclusivamente para eficácia dos métodos utilizados pelo sistema jurídico em favor da sociedade. A problemática deve ser analisada dentro do próprio Direito, tendo em vista que a análise quase sempre se volta para fora do direito. A pesquisa jurídica tem essa “mania” de não buscar o equívoco dentro das bases da própria ciência jurídica.

Nesta esfera, quando há inaptidão ou inércia do legislador na criação de uma Lei, vislumbra-se que esta não cumpre a função de difundir a justiça, ou seja, ludibria a mais eloquente das funções do Direito.

As leis injustas *eventuais*, do mesmo modo que as causais, não têm por base a má-fé do legislador. Surgem por incompetência de técnica

legislativa. Em abstrato, são justas, podendo, contudo, tomar feição oposta eventualmente, de acordo com as particularidades do caso em si. Na dependência, pois, das coordenadas da questão, a lei poderá ser injusta ou não. (NADER, 2001, p. 111).

Cabe observar ainda que a tendência do Direito é a ampliação de condutas criminalizadas, contudo o tratamento penal será menos excruciante, tendo em vista o fracasso das penas privativas de liberdade. Entendemos que são razoáveis essas transformações oriundas do direito moderno, porém não se pode deixar que a realidade social “atrole” o ordenamento, sendo necessários rigor e conhecimento técnico, a fim de evitar fenômenos polêmicos como o da descriminalização.

Preleciona Nucci (2010, p. 24):

Por mais que se alterem as leis, é indispensável que a reforma se dê no direito penal e no direito processual penal, coordenadamente e, se possível, ao mesmo tempo. Sem isso, continuaremos a ter uma lei moderna qualquer sendo viabilizada por outra que possui décadas de existência – o descompasso torna-se manifesto e o desgaste é inevitável.

Na lição explanada, resta nos demonstrado que a Lei de Drogas, por mais inovadora que seja, não alcança aplicação eficaz, pois requer demanda integrada à uma ciência jurídico-penal moderna, desta forma poderá diminuir a infrutífera aplicação e interpretação existente no cotidiano forense.

Ressalta-se, por fim, que não ocorreu a descriminalização do art. 28 da Lei 11.343/2006, mas única e exclusivamente uma atenuação, se relacionada com as Leis de Drogas anteriores. O fundamento jurídico para punir o agente que incide nas condutas do referido artigo é o risco coletivo que seu comportamento exerce.

4.2 A Despenalização do Porte de Drogas para o Uso Pessoal

É certo que em muitos países centrais há uma diversidade de tendências acerca da mudança do sistema penal. São teses inovadoras e

audaciosas, que visam enfrentar o sistema existente, aplicando-lhe a crítica de que há em seu conteúdo notável fracasso. Como exemplo, podemos citar o abolicionismo penal, um movimento ideológico que se opõe ao atual modo organizacional penal existente. O abolicionismo tem origem em um conjunto de ideias reunidas por Louk Hulsman, um professor da Universidade de Rotterdam na Holanda.

Conforme leciona a doutrina de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2007, p. 309):

HULSMAN parte de uma série de fatos inquestionáveis, tais como a de ser a resposta punitiva somente uma forma de resolver conflitos sociais, que o sistema penal opera criminalizando ao acaso (compara-o com os “flipers”), que trabalha compartimentalmente etc., para chegar à conclusão de que a justiça penal, em sua forma atual, poderia ser suprimida com grande vantagem, sendo substituída pelas restantes alternativas que permitem a solução de conflitos: a reparação, a conciliação, etc.

Ao analisarmos, podemos retirar alguma lógica intrínseca na defesa do abolicionismo, visto que sugere a “superação do sistema penal” e a instituição de meios alternativos, que possam originar bons resultados.

A crítica parte do pressuposto de que as normas penais não estão sendo eficazes para solucionar os problemas sociais, ou seja, o sistema jurídico penal se tornou ineficaz diante da exorbitante criminalidade. Defende-se ainda que as sanções estão produzindo resultados contrários ao que preza sua finalidade. Isso significa que as penas estão estigmatizando, deseducando e aumentando por si só as desigualdades sociais.

Coincidente com o modelo abolicionista, Charles Emil Machado Martins (2008, p.80), expõe os principais argumentos abolicionistas no que se refere à punição do uso de drogas:

Os abolicionistas – destacando que o uso de drogas é uma “constante antropológica”, ou seja, prática antiga na história da humanidade, que não deve ser nem exorcizada nem mistificada – partem do princípio de que todo o indivíduo tem o direito de se autodeterminar, podendo fazer uso daquilo que entender melhor lhe convém, no âmbito da sua privacidade, que lhe é garantida constitucionalmente.

Analizamos que há uma acepção voltada para a legalização das drogas ilícitas, não apenas pela justificativa de que o indivíduo tem a garantia constitucional a sua liberdade, mas também sob o fundamento de que o tráfico ilícito de drogas fomenta um grandioso mercado oculto, que conseqüentemente leva a violência e a vida de muitas famílias que são compelidas a participar desse caótico mundo da criminalidade.

Devemos fazer nota de que a despenalização, bem como a descriminalização, não são episódios legalizadores, mas sim efeitos oriundos da sistemática penal.

A doutrina penal garantista, em sentido contrário, argumenta que não há fundamento em idealizar que seja viável resolver as desordens sociais por um meio não punitivo.

Ainda conforme os autores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2007, p. 309):

Temos sociedades concretas, com estruturas de poder também concretas, que permitirão que cesse o controle social na medida em que não vejam o seu poder ameaçado, mas que exercerão este poder por meio do sistema penal ou por qualquer outro meio de controle social, quando vierem a perceber um perigo à sua hegemonia social. Assim, pode ser pior uma ampliação do controle psiquiátrico, administrativo, assistencial etc. que a própria ação punitiva do sistema penal.

Estaríamos diante de uma situação fora dos precedentes, pois de toda forma não existe a possibilidade de quebra do controle social exercido pelo Estado, e mesmo com a abolição do atual sistema penal, a fiscalização seria exercida e talvez por meios mais ineficazes ainda do que o atual modelo jurídico penal.

Está claro que mesmo diante da ineficácia da sanção penal, os países latino-americanos não possuem estrutura para receber os princípios abolicionistas, em razão principalmente do modo de organização do governo e da realidade social.

Para efeitos comparativos, indaga-se, nesse sentido, se as penas ou medidas alternativas existentes no modelo penal brasileiro possuem resultados positivos, visto que possuem algumas semelhanças com a ideia abolicionista. Como

o já referenciado fenômeno despenalizador, que ocorre com o art. 28 da Lei de Drogas.

Como respeitável operador do direito, o magistrado Carlos Martins Beltrão Filho (2010) afirma que a eficácia das penas alternativas já está devidamente comprovada.

Segundo ele: “O apenado não fica preso, mas sabe do seu compromisso com a Justiça. Com a restritiva de direito, ele tem possibilidade de trabalhar, de participar de cursos, e, com isso, sua recuperação é praticamente certa”.

Neste sentido, há um menor custo para o Estado e conclusivamente maior utilidade para o judiciário, segundo os defensores das penas alternativas.

O próprio art. 28 da Lei 11.343 de 2006 enumerou outras duas possibilidades de penas alternativas além das propostas pela Constituição de 88 (art. 5º XLVI), tais como a advertência sobre os efeitos das drogas e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O professor de Direito Penal e Processo Penal do Instituto de Desenvolvimento Cultural e do Centro de Estudos Jurídicos, Davi André Costa Silva, em seu artigo Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista, acerca do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afirma que o legislador ao aplicar medidas educativas se baseou na culpabilidade do usuário de drogas, defronte ao julgamento menos reprovável no comportamento daquele que porta drogas para o consumo próprio, do que na conduta daquele que “alimenta” o crime de tráfico de drogas.

Nesse âmbito, podemos afirmar que a intenção do legislador foi de infligir despenalização ao porte de drogas para uso pessoal?

Para uma melhor compreensão, mister se faz a apresentação do conceito de despenalização, sendo a ação ou resultado de despenalizar, de abolir o apenamento, a sanção penal.

Diante do significado genérico os doutrinadores definem o fenômeno da despenalização.

A despenalização é ato de “degradar” a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar, inabilitação etc.) (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2007, p. 310).

Para Luiz Flávio Gomes (2006, p. 27) despenalizar não pode ser considerado como a retirada da ilicitude de uma conduta, mas sim suavizar o cuidado penal dispensado para ela, tornando branda a utilização da pena de prisão.

Salienta ainda que não é retirado do fato o caráter de infração penal, mesmo com a mitigação do tratamento penal destinado ao agente.

O professor de Direito Penal, Eduardo Viana Portela Neves, entende que a despenalização se manifesta de quatro maneiras, despenalização substitutiva, condicional, premial e educativa ou impeditiva.

Despenalização substitutiva - ocorre quando ao tipo penal é prevista uma pena privativa de liberdade que, depois de aplicada, pode ser substituída por uma "medida restritiva de direitos". É o que ocorre quando atendido os requisitos do art. 44 do Código Penal. Despenalização condicional - evidencia-se quando, depois de aplicada a pena privativa de liberdade, a execução institucionalizada da pena é suspensa por um período previamente determinado desde que se atenda os pressupostos que, acaso sejam desrespeitados, pode gerar a revogação do benefício. Exemplo: sursis. Despenalização premial - apresenta-se quando, apesar do fato praticado ser criminoso o juiz, verificando o atendimento aos requisitos exigidos por lei, deixa de aplicar a pena ou suspende o processo. São exemplos: o perdão judicial e a suspensão condicional do processo. A diferença para a despenalização substitutiva e condicional é que nessas o juiz deve, obrigatoriamente, aplicar a pena. Despenalização educativa ou impeditiva - manifesta-se quando o juiz deve aplicar primariamente a medida educativa; não há necessidade de aplicar uma pena privativa de liberdade e só depois substituí-la; aliás, a ele (juiz) é vedado agir de maneira diversa. As medidas aplicadas não têm caráter penal, tampouco repressivo. São medidas de ordem educativa alternativas à restrição de direitos; além disso, são posturas adotadas, de plano, pelo legislativo. É o que surgiu com o art. 28 da Lei de Drogas.

Neves, portanto, entende que houve a despenalização educativa do art. 28 da Lei 11.343/2006, partindo da premissa de que as medidas ali inseridas

não possuem conteúdo repressivo, e sim, meios alternativos à pena privativa de liberdade e restritiva de direitos.

As mudanças legislativas também demonstram a propensão despenalizadora, tais como a permissão da suspensão condicional do processo ao porte de droga para uso pessoal, consoante ao art. 89 da Lei 9.099 de 1995. A definição de infração de menor potencial ofensivo foi ampliada para todos os delitos com pena não superior a dois anos.

Completa Gomes (2007, p. 123):

A consolidação dessa tendência adveio com a Lei 11.313/2006, que alterou o art. 61 para admitir como infração de menor potencial ofensivo todas as contravenções assim como os delitos punidos com pena máxima não excedente de dois anos, independentemente do procedimento (comum ou especial).

Em 2007, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, analisando o Recurso Extraordinário 430.105-9-RJ, considerou em seu voto que o artigo 28 da Lei de Drogas é crime, conforme já transcrevemos sua decisão.

E reafirmou que o propósito da mudança legislativa foi de impedir que o usuário de substâncias entorpecentes fosse punido com pena privativa de liberdade e também destacou que ocorreu a despenalização do referido dispositivo legal.

Segundo Sepúlveda Pertence: “De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade”.

Não obstante, o efeito despenalizador não se resume somente a retirada das penas privativas de liberdade como pena, mas atinge a maior parte das diretrizes da legislação de drogas, tendo em vista que não se vislumbra efetiva coerção com as sanções alternativas impostas, estas possuem aparência meramente obrigacional.

A quem atribua conceitos negativos a esta despenalização, afirmando que ocorreu a banalização da ciência penal e que despenalizar a conduta do usuário gera impunidade.

Os autores Bizzoto e Rodrigues (2007, p. 40) entendem definitivamente que houve a despenalização das condutas relacionadas ao consumo de drogas. Porém evidenciam que a pena de prisão é apenas uma das modalidades de sanções possíveis no texto constitucional e quando houve a preferência em não se cominar pena privativa de liberdade, não foi com a intenção de abolir o conceito criminoso.

Nesse contexto, segue quase unânime o entendimento da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, de que houve uma despenalização, com as ressalvas explanadas de que o efeito despenalizador não retira o caráter criminoso da conduta, tão pouco legaliza o uso de drogas.

Não se pode interpretar o fenômeno erroneamente, de modo que leve a ideias dispersas do seu conteúdo central, principalmente porque este possui aspectos positivos. Ausente está o poder público frente ao abrandamento das penas do porte de drogas para uso pessoal, pois não volta seus olhares ao usuário como impõe a Lei, não há instituições suficientes para atendê-los, bem como fiscalização adequada, uma vez que o Ministério Público não tem condições suficientes para atuar sozinho.

Em sentido oposto, o penalista Guilherme de Souza Nucci, afirma que não há de se falar em despenalização: “Penas existem, porém mais brandas. Houve, então, mera desprisionalização.” (NUCCI, 2008, p.301).

Consoante a ele se coloca Salo de Carvalho (2007) apud Marcelo Lemos Dornelles (2008, p. 219): Quanto a este ponto, a opinião de Carvalho é no sentido de que ocorreu uma “explícita descarceirização” dos delitos relativos ao uso de drogas, ressaltando que não houve descriminalização.

Nucci (2006, p. 756), salienta que o tratamento brando imposto ao usuário de drogas causa prejuízos:

A falta de efetiva punição ao usuário de drogas (não estamos falando do dependente, que é viciado, logo, doente mental) pode levar, se houver rejeição à ideia lançada pelo legislador, os operadores do Direito, com o beneplácito da sociedade, ao maior enquadramento dos usuários como traficantes. Essa medida pode desvirtuar as finalidades do novo art. 28 desta Lei, prejudicando, enormemente, o âmbito da punição justa em matéria de crime envolvendo o uso de drogas ilícitas.

Nesse diapasão, após a mudança da Legislação de Drogas observemos um efeito contrário ao seu projeto inicial de diminuir o número de presidiários e, preferencialmente fornecer um tratamento médico-sanitário ágil e eficaz para os usuários de drogas.

Em apoio à questão a Folha de São Paulo (2011) publicou matéria consoante em que a Lei Antidrogas aumenta a lotação carcerária:

Às vésperas de completar cinco anos, no próximo mês, a lei provocou o efeito contrário ao previsto: é a responsável pela superlotação de presídios, dizem especialistas. A ideia original era que usuários fossem encaminhados para prestar serviços comunitários ou para assistir palestras sobre drogas a internação compulsória é vetada no Brasil. Entre 2006 e 2010, a população carcerária cresceu 37%, segundo o Depen (Departamento Penitenciário Nacional), do Ministério da Justiça. O índice equivale a mais de dez vezes a proporção de aumento da população no período (2,5%). O número dos presos por tráfico no país saltou de 39.700 para 86.591 entre 2006 e 2010 um aumento de 118%, segundo o Depen. Em todo o país, havia no ano passado 496.251 presos.

É certo que, no âmbito carcerário a Lei 11.343/2006 se mostra um infortúnio e isto se deve muitas vezes a uma aplicação tradicionalista dos magistrados.

Entendemos que a mudança legislativa não empregou o evento despenalizador, é certo que não se pode tapar os olhos diante das modificações de uma Lei, considerando que a sistemática jurídica penal tem o objetivo de proteger os indivíduos, entretanto, devemos compreender que a conduta do porte de drogas ainda é criminalizada e penalizada.

Conforme leciona Rodrigo Mendes Delgado (2009, p. 82):

A dependência química, em si mesma, já é uma pena. Portanto, a pena do inciso II do art. 28 da presente lei, claramente, mostra que o usuário de drogas ainda continua a ser penalizado pelo seu vício. Ser viciado é crime. Assim, o ato de usar drogas continua sendo uma figura típica.

Como foi explanado as penas privativas de liberdade não são as únicas sanções dispostas em nosso ordenamento jurídico, sendo que a Constituição Federal prevê formas alternativas de punição para a ocorrência de delitos. Ambas as mudanças legislativas explanadas, uma em 1984 e outra em 1998, demonstram o intuito do legislador em destinar pena de prisão somente aos crimes de maior gravidade. Desta forma, a ausência de previsão de pena privativa de liberdade ao porte de drogas para o uso pessoal, não expressa a inexistência de pena, tendo em vista que serão impostas sanções penais de caráter alternativo ao encarceramento.

As penas alternativas dispostas na Lei de Drogas são alternâncias necessárias e satisfatórias para a prevenção das condutas inseridas no art. 28 da Lei 11.343/2006. A problemática das drogas, como vimos, não envolve apenas o usuário e o traficante, mas também suas famílias, que são arrastadas para um verdadeiro caos social, este por sua vez acarreta um desenvolvimento precário e afeta todas as diretrizes de um Estado que se diz Democrático de Direitos. As penitenciárias são verdadeiras escolas do crime, por isso se faz necessário um tratamento diferenciado ao usuário de drogas, que não a pena de prisão.

Parece-nos claro que o desejo, por fim, não foi o de implicar a despenalização em relação à conduta do indivíduo que porta a droga para o uso pessoal, mas tão somente incutir abrandamento nas punições já existentes em nosso ordenamento jurídico. Confrontar o abuso no uso de drogas com o encarceramento do usuário é um enorme desacerto. A prisão deve ser imposta somente aos crimes de maior gravidade. Entretanto, não há compatibilidade benéfica entre as penas alternativas impostas e os altos índices relacionados ao excesso de drogas e ao tráfico destas substâncias ilícitas.

Por fim, entendemos que a Lei de Drogas alcançou parcial estabilidade, isto é, salvaguardou como crime o porte de drogas para o uso pessoal, porém retirou a viabilidade da sua prisão.

4.2.1 O uso pessoal de drogas no âmbito da privacidade e a intervenção estatal

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura em seu rol de liberdades constitucionais a privacidade do indivíduo segundo previsão no artigo 5º, inciso X, que assevera a proteção ao direito à intimidade e à vida privada.

O exercício da cidadania está diretamente ligado ao direito à intimidade, não conseguimos visualizá-los em separado. Isto se deve a classificação atribuída ao direito à intimidade, sendo considerado um direito fundamental absoluto e que encontra uma posição supra-estatal:

Os direitos fundamentais absolutos são aqueles que se erguem sobre o Estado por força de tratados, cabendo à lei estabelecer os limites de sua incidência. O Estado atua como “definidor de exceções”. Para que não percam sua essência, o Estado só tem legitimidade para restringi-los dentro das fronteiras permitidas pelo direito internacional. Nesse grupo estão os direitos supra-estatais, provenientes de ordem jurídica superior e preexistente ao direito interno. A liberdade de expressão, a liberdade de locomoção, a liberdade reunião, o direito à intimidade, à imagem e à vida privada são alguns exemplos dessa categoria. (SARMENTO, 2011, p.23).

Historicamente a proteção destinada à intimidade só foi reconhecida após a Revolução Industrial, em específico na França, porém foi a Suprema Corte dos Estados Unidos que reconheceu por definitivo o direito à intimidade. Devemos considerar que os americanos, adeptos ao sistema *common law*, possuem demasiada condescendência em se adaptar as contemporaneidades que surgem no seio social.

O respeitável mestre Pontes de Miranda afirma que o direito à intimidade é representado pela união dos seguintes pressupostos: defesa do indivíduo, a proteção da obra intelectual, o direito a reserva e o segredo, o direito à sua imagem e o direito à voz. E faz uma ressalva, a qual expressa que tais meios representativos não são limitados, logo a proteção ao direito à intimidade pode expandir de acordo com as qualidades da personalidade humana.

A tutela da intimidade enquadra-se como um dos direitos da personalidade demonstrada no âmbito civil. A finalidade basilar é de acautelar a dignidade do homem “contra todos”, ou seja, um direito absoluto com eficácia *erga omnes*.

Em sentido oposto, há quem entenda que o direito à intimidade possui apenas caráter absoluto, todavia não está isento de algumas limitações. Esta relativização visa impedir que a garantia constitucional conferida à privacidade seja utilizada de modo deturpador a sua função principal: preservar a dignidade do indivíduo.

Não pode o princípio *La vie privée doit être murée* ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais cidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela. (Paulo José da Costa Jr. 1995, p. 45).

Extraímos perfeito entendimento de que o direito à privacidade, mesmo exercido em sentido absoluto, sofre restrições quando se confronta com o interesse coletivo.

Partindo desse entendimento vislumbra-se que o uso de drogas está inserido em um conflito entre garantias constitucionais. A divergência ocorre entre a liberdade individual e o interesse social. De um lado há quem entenda que o hábito de usar drogas é um atentado exclusivo a própria vida, o que não gera lesão alguma a bens jurídicos de terceiros, apenas a si mesmo. Defende-se que, pelo princípio da ofensividade, o Estado Democrático de Direito não aceita que haja punição por fato que não atinja em concreto um bem jurídico resguardado pela norma.

Neste sentido: “Em outras palavras, não se poderia aceitar a incriminação de uma conduta não lesiva – ou provocadora de ínfima lesão – a bem jurídico determinado.” (Nucci, 2010, p. 50).

Contudo, a maior parte da doutrina e da jurisprudência entende que a questão das drogas é uma problemática situada no campo da saúde pública e que atinge diretamente a coletividade.

Doutrinariamente, como exemplo o autor Luiz Flávio Gomes (2008, p.1) reconhece que o princípio da ofensividade deve ser interpretado amplamente, o qual impõe que não se pode consagrar crime de perigo abstrato na legislação penal.

Completa defendendo que a ofensa ao bem jurídico deve ser extremamente sem valia, ou seja:

Quando concreta ou real (não cabe perigo abstrato no Direito penal regido pelo princípio da ofensividade), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito penal) e intolerável (insuportável, de tal forma a exigir a intervenção do Direito penal).

Contrário a este raciocínio, está à premissa de que os interesses da coletividade quando em conflito com o interesse individual, deva se sobrepor.

Expliquemos:

Inicialmente devemos considerar que é irrefutável tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, que o objeto jurídico das condutas inseridas na Lei de Drogas é a saúde pública.

Nesta acepção:

O objetivo maior da lei é a proteção da saúde pública (TJRS, EI 70000550418, 1º Gr. Câms. Crims., j. 31-3-2000, re. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres, *Revista da AJURIS*, n. 79, p.577; TJRS, EI 70000786996, 1º Gr. Câms. Crims., j. 2-6-2000, rel. Des. Nilo Wolff, *Revista da AJURIS*, n. 79, p. 587).

Assim Gomes (2007, p. 150) aponta uma classificação para o objeto jurídico tutelado, em imediato e mediato, “no caso em apreço o bem jurídico (objeto jurídico) tutelado imediato é a saúde pública. Objetos jurídicos mediatos são a vida, a integridade física, a saúde física e psíquica das pessoas etc”.

A doutrina também define os sujeitos penais da legislação antidrogas. Qualquer pessoa pode configurar como sujeito ativo e aponta a coletividade como sujeito passivo.

Diante dessa classificação, não há notória objeção de que a proteção da sociedade, quando em conflito com a proteção “exclusiva” de um único indivíduo, possui determinada hierarquia.

As decisões anteriores à mudança da Lei 11.343/2006 já apontavam que não havia carência de lesão jurídica.

INCONSTITUCIONALIDADE – Inocorrência – Art. 16 da Lei n. 6.368/76 – Ausência de violação ao direito à intimidade – Art. 5º, X, da Constituição da República – Dispositivo que visa proteger a saúde pública – Interesse coletivo – Preliminar rejeitada. O direito à intimidade não pode ser oponível ao interesse coletivo em proteger a saúde pública, que é bem jurídico tutelado pela norma em debate. A posse da substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ainda que para uso próprio, representa perigo para a saúde pública, que o legislador ordinário pode apenar sem ferir o *right of privacy* (Ap. Cív. 151.129-3, Itanhaém, Rel. Dante Busana, 11-11-1993).

Igualmente:

ENTORPECENTE – Posse – Descaracterização pretendida por ser o art. 16 da Lei 6.368/76 inconstitucional em face do art. 5º, X, da CF, que protege a privacidade do indivíduo – Inadmissibilidade – Inexistência de confronto entre as normas da Lei Maior e da Lei Antitóxicos – Dispositivo constitucional que, ao proteger a intimidade, não teve a finalidade de abranger casos em que pessoas estejam cometendo delitos previstos na legislação em vigor – Inconstitucionalidade, ademais, não invocada perante o STF – Preliminar rejeitada. (TJSP, RT 649/254).

Atualmente, os Defensores Públicos questionam em seus recursos nas Cortes Superiores, a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 no que tange ao porte de drogas para o consumo pessoal. Defendem veementemente que o comportamento de portar a substância para o uso próprio não compromete lesividade, uma garantia constitucional, pois não gera lesão a bens jurídicos alheios.

O Defensor Público, Leandro de Castro Gomes (2012) sustenta sua afirmação com base na Teoria do Delito: “A resposta tem como premissa o movimento funcionalista da Teoria do Delito. Superou-se o finalismo e é preciso

interpretar as categorias do delito, que são tipicidade, ilicitude e culpabilidade, sob o viés da intervenção mínima e do princípio da lesividade”.

Aduz ainda que: “Para que uma conduta seja delituosa, não basta um enquadramento formal ao tipo legal. É preciso, ainda, que haja uma lesão ou um perigo de lesão efetivo, real e relevante a um bem jurídico alheio”.

Dentro desta perspectiva, o princípio da lesividade impõe que o Estado somente pleiteará acerca do fato criminoso quando este transcender a esfera do próprio sujeito. Desta forma, o usuário de drogas prejudica a si mesmo e não logra assim de cautela do Direito Penal.

A posição dos defensores não pode ser deixada de lado, pois como operadores do direito, possuem contato assíduo com as classes menos favorecidas da sociedade e principalmente com os mais diversos casos acerca da criminalidade relacionada às drogas.

Em consonância, declarou de modo recente a Suprema Corte Argentina, a inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para o uso pessoal, em detrimento da impossibilidade do intermédio do Estado no âmbito privado dos indivíduos.

Os ministros entenderam, com base em tratados internacionais, que o direito a privacidade impede que as pessoas sejam objetos de ingerência arbitrária ou abusiva na esfera privada. “O artigo 19 da Constituição Nacional constitui uma fronteira que protege a liberdade pessoal frente a qualquer intervenção alheia, inclusive a estatal. Não se trata apenas de respeito às ações realizadas na esfera privada, senão a de reconhecimento de um âmbito em que cada indivíduo adulto é soberano para tomar decisões livres sobre o estilo de vida que deseja”, disse o presidente da corte argentina, ministro Ricardo Lorenzetti. (2009)

Recentemente a justiça brasileira reconheceu a existência de repercussão geral no que tange a polêmica sobre a constitucionalidade da tipificação do crime de porte de drogas para uso próprio.

A Defensoria Pública de São Paulo, em julgamento de Recurso Extraordinário questiona a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. A defesa

argumenta que a norma contraria o direito à intimidade e a vida privada, pois não implica em lesão a bens jurídicos alheios.

Desta feita, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2011) evidenciou a magnitude jurídica do tema, “trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria”.

Resta demonstrado que a questão está centralizada no poder e na legitimidade penal do Estado em intervir na privacidade do usuário de drogas. Como a coletividade foi “eleita” para prevalecer, observemos que há mais uma vez um conflito. Agora entre a democracia e o partido constitucional. Seria a ofensa aos princípios constitucionais razoável no âmbito do Estado Democrático de Direito?

A democracia, diga-se, forma de governo que o povo exerce a soberania de forma direta e indireta, pauta-se pela escolha de representantes que exprimem nossas vontades. A Constituição apresenta-nos, nossos direitos fundamentais e proíbe qualquer emenda propensa a aboli-los. A vontade da maior parte da coletividade (como um país democrático) mesmo que por maioria, conquanto nem sempre permanece, visto que o Estado tem protestado e requerido para si a jurisdição da verdade, isto é, determina o que é melhor para todos e o modo como efetua-lo. Este anseio nega um Estado que se diz democrático, pois apresenta características totalitárias e intervenientes.

Neste âmbito opina Arlete Hartmann (1999, p. 52): “Dentro dessa perspectiva não deve o direito tornar objeto de condutas típicas, antijurídicas, comportamentos que se enquadram na esfera da individualidade, sob pena de estar afrontando não só um direito constitucional, mas toda a sistemática jurídica”.

Incluso nesta óptica está o pressuposto de que só se podem identificar os bens jurídicos coletivos quando condicionalmente estes estiverem salvaguardando os bens jurídicos individuais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dissente e defende que não há garantias constitucionais absolutas:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (RTJ 173/807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

A razão se localiza na conduta do usuário de drogas, de que em um primeiro momento pode ser considerada inocente, entretanto, tem o condão de se difundir, quando o mesmo se torna um dependente sem o mínimo de controle e discernimento de seus atos, o que pode gerar diversas consequências, tais como: violência, tráfico, roubos e pequenos furtos.

Não obstante, acentua Paulo José da Costa Junior (1995, p. 47), que o interesse da coletividade pode acarretar uma redução no espaço de alcance da proteção à intimidade, mas nunca deve ocorrer a sua supressão, pois o atentado a vida íntima do indivíduo não possui, em suposição alguma, fundamentação. Ambos devem, em equilíbrio, serem devidamente protegidos.

Inadmissível é situar o uso de drogas nas diretrizes da autolesão, que também é incessantemente refutada a partir dos argumentos da supremacia do interesse coletivo. Alega-se que o art. 28 não pune o consumo, mas sim os condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo as drogas pra uso pessoal.

Dentro desse panorama a doutrina sustenta:

Por outro lado, afirmam que a comparação com a autolesão é imprecisa, porquanto o que a lei incrimina não é o uso (que seria uma forma de autolesão) e sim, a conduta de adquirir, guardar ou trazer consigo os entorpecentes para consumo pessoal, em virtude do perigo a que expõe a saúde pública, como visto em linhas anteriores.

A solução juridicamente escolhida não é una e possui variações de acordo com a situação tutelada. Espera-se coerência por parte do legislador, que transita seu caminho com dificuldades, em “andar” lento diante dos acelerados fatos sociais, os quais se transformam e reclamam por providências.

4.2.2 Princípio da insignificância e da bagatela

O princípio da insignificância surgiu na Europa, em meio à crise econômico-social, decorrente da Segunda Guerra Mundial. Devido aos eventos negativos como falta de empregos, alimentos e outros fatores, causaram um aumento súbito no número de furtos e subtração de bens de valor ínfimo. A doutrina alemã classificou então como crimes de bagatela.

A importância do princípio da insignificância se pauta principalmente em limitar a atuação do direito penal, ou seja, que o tipo puna apenas condutas verdadeiramente perigosas ao meio social. Protegendo assim, a ideia de proporcionalidade entre a sanção penal e o peso do crime.

“Com relação à *insignificância* (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como *ultima ratio* no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas.” (NUCCI, 2010, p. 172).

A incidência da insignificância no sistema penal ocorre através do conceito analítico que extraímos de crime, sendo a reunião de fato típico, ilícito e culpável.

Neste contexto, entende-se que um fato só será considerado típico se houver manifestos quatro elementos: a conduta, o resultado, nexos de causalidade e tipicidade. Os crimes tidos como insignificantes se revelam na tipicidade, pois este é o componente que exige adequação do fato ao tipo penal.

Inclui-se, neste âmbito, a análise da tipicidade conglobante defendida pelo penalista Eugênio Zaffaroni, que questiona o alcance da norma conglobada na ordem normativa, uma vez que algumas condutas típicas possuem apenas “aparência” proibida, contudo não o são, desta forma devem ser extintas do contexto típico.

Para isso, a concepção de tipicidade conglobante abraça duas noções fundamentais para verificar, de modo preciso e coerente, a existência do fato típico: 1) a conduta do agente deve ser antinormativa, ou seja, deve-se analisar a conduta praticada à luz do universo normativo e 2) esta conduta deve, de forma efetiva e relevante, ofender o bem jurídico previsto pelo tipo penal, incorrendo no que a doutrina penal costuma denominar de tipicidade material. (SANTANA, 2011).

O princípio da insignificância se insere perfeitamente no tipo conglobante, todavia alguns doutrinadores não recepcionaram a teoria da tipicidade conglobante, sendo assim ela também é considerada como tipicidade material.

Cumprе assinalar, que o legislador no momento em que determinou os bens que seriam tutelados pelo direito penal, não desejou que o entendimento fosse extensivo a toda e qualquer situação, especificando sua atuação em conjunto com os princípios constitucionais e com a concepção de razoabilidade, posto que esta última possa nos auxiliar no reconhecimento da inexpressividade do bem.

Na opinião de Francisco de Assis Toledo (1994, p. 56), o direito penal não deve preencher-se de bagatelas, sendo que têm de se preocupar em ir só onde é preciso para proteção dos bens jurídicos.

Nesta concepção, com a nova disposição jurídica do usuário de drogas, surge a viabilidade de empregar ou não o princípio da insignificância. Luiz Flávio Gomes (2007, p. 156), que considera o porte de drogas para uso pessoal uma infração “sui generis” e a ela se aplica medidas alternativas, entende que quando há posse mínima de droga o certo não é que incida tais medidas, mas sim o princípio da insignificância, este responsável pela exclusão da tipicidade material do fato.

Aduz ainda que:

A posse de droga para consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse (“delitos de posesión”), que retrata uma categoria penal muito singular no Direito penal. Mister se faz, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. Se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, não há que se falar em infração (pouco importando a sua natureza, penal ou “para-penal”). Não existe, nesse caso, conduta penalmente ou punitivamente relevante. (GOMES, 2007, p. 156).

Em matéria de legislação antidrogas, ainda são numerosas as divergências, sendo que a jurisprudência brasileira se divide entre aplicar e não aplicar as premissas do princípio da insignificância no que tange a ínfima quantidade de droga apreendida.

Segundo André Estefam (2010, p. 120) ainda não há significativa posição, sendo que o Supremo Tribunal Federal se fragmenta e trava assídua discussão acerca da aplicação do princípio em tela e o crime de porte de drogas para o uso pessoal.

Os que entendem pelo não reconhecimento do princípio aduzem que a pequena porção de droga não desautoriza a punição do crime, o qual possui como função a proteção e preservação da saúde pública.

Sendo considerado delito de perigo abstrato, ou seja, aqueles tipificados pelo legislador sem revelar resultado naturalístico algum, o princípio da insignificância não deve ser usado para anular um tipo penal incriminador. A tipicidade das condutas está conectada ao risco social que ela oferece.

O Supremo Tribunal de Justiça tem-se posicionado frente a não incidência do princípio da insignificância. Defende que só há possibilidade de adoção do princípio quando o fato seja comprovadamente de pequena ofensividade e que não reste qualquer periculosidade social na conduta.

O Ministro Og Fernandes (2012) entende que deve haver uma união de vetores:

Que a reprovabilidade do comportamento seja de um grau muito reduzido e que a lesão jurídica provocada seja inexpressiva. Estes conjuntos de características indicam que a resposta para a conduta humana além do

direito penal. E que sendo a resposta penal a última porta de que se deve valer a sociedade, devemos reservar para esta porta as situações em que representem um concreto risco à própria harmonia social.

A essa questão julgaram-se:

O delito é de perigo presumido ou abstrato. O princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar, praticamente *in genere*, uma norma incriminadora. Se esta visa as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo tóxico para uso exclusivo uso próprio, é porque alcança justamente aqueles que portam (usando ou não) pequena quantidade de drogas (v.g., 'um cigarro de maconha'), visto que dificilmente alguém adquire, guarda ou traz consigo, para exclusivo uso próprio, grandes quantidades de tóxicos" (STJ, HC 8.827-RJ, 5ª T., j. 15-6-1999, rel. para o acórdão Min. Félix Fischer, DJU de 11-10-1999, RT 773/533)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. RÉU REVEL. NEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIO DA I INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

(...) Inaplicável o Princípio da Insignificância ao delito de uso de entorpecentes, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo totalmente irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

(RHC 22.372/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/12/2009, Dje 08/02/2010).

O Supremo Tribunal Federal, como a mais alta Corte Brasileira, possui posicionamento consoante ao STJ:

É incabível falar em falta de justa causa para a ação penal, com base no princípio da insignificância, pelo fato de ter sido apreendida com o agente pequena quantidade de substância entorpecente (STJ, HC 81.641-0-RS, 1ª T., j. 4-2-2003, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 4-4-2003, RT 814/509).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski ao julgar o HC 102.940/ES concernente ao porte de drogas para uso pessoal, indeferiu a incidência da insignificância na conduta do agente, argumentando que trata-se de perigo abstrato, que, de acordo com seu posicionamento, o ato de adquirir a droga para consumo próprio, conserva ativo o comércio dessas substâncias entorpecentes e, conseqüentemente, atinge a saúde pública. Alega ainda que para aplicação do referendado princípio é necessário que esteja ausente à periculosidade da conduta, o que não resta demonstrado, em razão de ser delito de perigo abstrato.

Contrário é o raciocínio para aqueles que entendem que delito não é somente o que está formalmente tipificado. Impõe-se que a conduta penalmente considerada deve colocar em risco bens e garantias fundamentais da coletividade. Uma conduta somente será criminosa se englobar o resultado consideravelmente relevante.

Condizente o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Tóxico. Agente apanhado quando fumava um único cigarro de maconha que possuía. Atipicidade da conduta. A detenção transitória de ínfima quantidade de maconha, que se estava a consumir, não caracteriza o porto ilegal de entorpecente, eis que este só tem relevância quando ainda subsiste o risco à saúde pública. A lei penal não pune o vício, e o agente, ao consumir a droga, lesa apenas a si mesmo, desaparecendo a potencialidade do dano social e o perigo de disseminação do tráfico. Apelação provida para absolver o réu, face à atipicidade da conduta (HC 246.531-3/0, 3.^a C., rel. Segurado Braz, 20.10.1998, m.v.).

Nestes casos afirma Rogério Greco (2008, p. 79) que a simples presunção de que algumas condutas podem ou não afetar a terceiros não é suficiente para possibilitar legítima interferência punitiva, caso esse efeito não ocorra realmente na situação concreta.

Contextualmente, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a insignificância do porte de 0,6 gramas de maconha em caracterização do crime do artigo 28 da Lei de Drogas.

Ao aplicar o princípio da insignificância, a 1^a Turma concedeu *habeas corpus* para trancar procedimento penal instaurado contra o réu e invalidar todos os atos processuais, desde a denúncia até a condenação, por ausência de tipicidade material da conduta imputada. No caso, o paciente fora condenado, com fulcro no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 3 meses e 15 dias de prestação de serviços à comunidade por portar 0,6 g de maconha. Destacou-se que a incidência do postulado da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exigiria o preenchimento concomitante dos seguintes requisitos: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Consignou-se que o sistema jurídico exigiria considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificariam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes fossem essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se expusessem a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. Deste modo, o direito penal não deveria se ocupar de condutas que produzissem resultados cujo

desvalor — por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes — não representaria, por isso mesmo, expressivo prejuízo, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. HC 110475/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 14.2.2012. (HC-110475).

No mesmo sentido:

PENAL. ENTORPECENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - Sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. - Habeas Corpus concedido. (STJ - HABEAS CORPUS: HC 17956 SP 2001/0096779-7).

A ausência de direcionamento ordenado das jurisdições superiores abre lacunas para os diferentes posicionamentos. Como muitos aspectos sociais e relevantes do direito ainda caminham neste sentido devemos nos direcionar, no mais das vezes, conforme os preceitos constitucionais supremos (ainda que em conflito).

O tipo classificado como de perigo abstrato não tem o condão de impossibilitar a incidência do princípio da insignificância. Não se pode afastar a verificação da lesividade da conduta, ou seja, apta para afetar em concreto o bem juridicamente protegido pela lei penal.

Desta forma, mesmo que o tipo penal seja classificado como delito de perigo abstrato, cabe em especial ao magistrado analisar a periculosidade da conduta e sua aptidão (mesmo que absorto) de colocar em risco os bens jurídicos.

Com isso haverá legitimidade e constitucionalidade na tutela, isto é, a conduta não era absolutamente inofensiva.

Cumprе assinalar, que reconhecemos a postura do Estado em fomentar a proteção de bens jurídicos coletivos acima dos individuais como a saúde pública, entretanto, deve-se observar vigorosamente a proporcionalidade de sua intervenção, evitando assim que sua atuação acabe incriminando uma ação totalmente inapta a proporcionar risco ao efetivo objeto material.

Com maestria Gomes (2007, p. 158) expõe como se deve proceder a atuação da autoridade policial, do ministério público e magistrados frente ao princípio da insignificância.

Inicialmente entende que a autoridade policial não tem o cunho funcional de caracterizar a insignificância da conduta ou do resultado. Sua atuação se restringe ao registro do fato em termo circunstanciado (pois se trata de insignificância). As infrações de menor potencial ofensivo são legalmente trabalhadas dessa forma, para o fato atípico (que é menos), não há razão para ser diferente. Após o registro, deve encaminhar ao juízo competente, que sucederá a um pedido de arquivamento pelo Ministério Público, em virtude do fato ser materialmente atípico. Cabe então ao juiz ordenar o arquivamento, visto que nenhuma pena pode ser imposta as condutas totalmente sem valor.

É certo que poderá o Ministério Público não proceder pelo arquivamento, assim haverá possibilidade de defesa, em razão da atipicidade, até os graus recursais cabíveis.

Por fim, cabe ponderarmos que com o reconhecimento da insignificância da conduta do usuário não será imposta qualquer sanção. Será este o melhor caminho a ser seguido, tendo em vista que há possibilidades reais do agente se tornar um dependente ou traficante? Isto nos leva conseqüentemente a toda a problemática das drogas, a qual não pode ser analisada restritivamente. Por hora os Tribunais Superiores ainda tem proferido decisões em ambos os sentidos.

4.2.3 As tendências político-criminais do usuário de drogas em âmbito mundial

Atualmente a política criminal de drogas perfilhada pelo Brasil é dianteira com relação à política de drogas dos países latino-americanos, pois é direcionada para a redução de danos no que concerne ao usuário de drogas, sendo que os demais países do continente americano empregam modelos mais

repressores em relação ao Brasil. O Estado brasileiro adota uma política semelhante a dos países europeus.

Discorre Luiz Flávio Gomes (2007, p. 139) que nos últimos tempos, e reiterando as novas tendências do Direito penal, diversos países afastaram a penalização do porte ou retenção para uso pessoal de certas drogas.

A Europa apresenta um modelo fundamentado nos direitos humanos e voltado para redução de danos. Os Estados Unidos, em sentido oposto, considera ampla a locução redução de danos. Extraímos notável discordância entre os países com relação à escolha da política ideal de controle às drogas.

Gérson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho (2011) discorrem acerca do tema:

Observa-se atualmente, que a política de descriminalização (e regulamentação) do uso de drogas cada vez mais granjeia adeptos, tendo sido adotada pela maioria dos países da Europa Ocidental. O que já é uma realidade hoje em Portugal, Itália e Espanha; ao passo que Bélgica, Irlanda e Luxemburgo descriminalizaram somente a maconha, já o Reino Unido, recentemente desclassificou a *Cannabis*, cujo usuário passou a ser controlado apenas pela polícia, sem possibilidade de prisão. No que tange à produção e tráfico de drogas, conforme já mencionado, a Lei optou pelo modelo proibicionista.

Em 2001, Portugal afastou da Lei 30/2000 a sanção privativa de liberdade para o porte de drogas pra uso pessoal, em razão dos elevados índices de abuso de drogas, em específico a heroína.

O comentarista político Glen Greenwald redigiu um relatório, destinado ao Instituto CATO nos Estados Unidos em 2009, após oito anos da mudança legislativa, em que apresenta redução na taxa de usuários de drogas. Afirma que desde que Portugal adotou o seu sistema de descriminalização em 2001 o uso de drogas em muitas categorias realmente diminuiu quando medido em termos absolutos.

Questionado acerca do tratamento diferenciado dado aos usuários de drogas e traficantes e a descriminalização adotada por Portugal discorre que:

Definitivamente, ao mesmo tempo há alguns países que, tecnicamente, têm um processo de criminalizar, mas se na realidade tudo o que você faz é comprar para uso pessoal, a probabilidade de que você vá para a prisão ainda é muito baixa, mesmo passando por um processo criminal, o que já é ruim o suficiente. No entanto, nos anos 90 em Portugal, à medida que o problema das drogas foi piorando, eles fizeram a criminalização mais duramente, e começaram de fato a prender um razoável número de cidadãos que não fizeram nada a não ser comprar drogas para consumo próprio. E isso foi um dos problemas que enfrentaram: uma vez que você introduz o medo do governo na população, o governo não pode mais oferecer opções de tratamento ou oferecer tratamento, porque cria-se uma barreira entre as instituições e as pessoas que elas querem alcançar.

Segundo ele os efeitos foram benéficos para toda a sociedade:

Se você parar de usar todo o seu dinheiro em prender, processar e enormes forças policiais, todo esse dinheiro vai ficar livre. E aí você pode gastá-lo com campanhas reais. Isso aconteceu em Portugal. Eles têm campanhas de saúde reais, dezenas de milhares de crianças andando de bicicleta por toda Lisboa, por exemplo, e as campanhas entraram na rede educacional. Dinheiro que costumava ir para o departamento de justiça criminal para prender pessoas e liberá-las sem nenhuma mudança no comportamento agora pode ser investido crianças, influenciando-as de formas efetivas sobre os riscos do uso de drogas, ou em opções de tratamento – não apenas metadona, mas aconselhamento.

O ex-presidente da República (1995-2003) e sociólogo Fernando Henrique Cardoso, em documentário brasileiro 'Quebrando o Tabu' de 2011, defendeu a questão da descriminalização e alega que descriminalizar não significa a mesma coisa que legalizar, sendo que sua posição é desfavorável à liberação do uso de drogas, pois para ele a sociedade requer regras e limitações. Segundo ele ocorre uma confusão no uso dos termos, uma vez que legalizar é dar acesso legal.

No referido documentário o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso aduz ainda que: "A importância de olhar o que está acontecendo nos EUA e pela influência dos EUA em toda a América Latina na política de repressão e na política antidrogas em geral, e também porque os EUA tem um desempenho enorme nas Nações Unidas, e até hoje as Convenções das Nações Unidas que fazem com que os países sejam obrigados a tratar as drogas sobre a forma de proibição absoluta, sem prestar atenção à alternativas".

Assevera ainda que esse processo é complexo, pois há aspectos culturais, valores e emoções envolvidos, sendo impossível trazer uma mudança que não abrange esse âmbito social. Argumenta, por fim, que imaginar um mundo sem drogas é uma utopia, entretanto, há maneiras de reduzir o dano que a droga causa as pessoas e a própria sociedade.

Nesse diapasão, o Presidente do Centro Europeu de Monitoramento de Drogas e Dependência em Drogas, João Goulão: “Descriminalizar não significa despenalizar, continua havendo um sinal claro de desaprovação social com relação aos consumidores, entretanto, o estigma que era envolvido pelo tratamento dessa questão na esfera do direito criminal foi de fato suprimido”.

Para os portugueses o custeio do tratamento de reabilitação é inegavelmente mais barato que levar os usuários/dependentes para a cadeia. O Ministro da Saúde de Portugal, Manoel Pizarro, afirma que a descriminalização aproximou o usuário das clínicas de tratamento e deixou de intimidá-los na busca por ajuda.

Em consonância apresentamos as sanções impostas ao usuário de drogas na Lei n. 30/2000 de 29 de Novembro de 2000, Lei de Drogas de Portugal:

Art. 15 – Sanções:

- 1 - Aos consumidores não dependentes químicos poderá ser aplicada uma multa ou, em alternativa, sanção não pecuniária.
- 2 - Aos consumidores dependentes químicos são aplicáveis sanções não pecuniárias.
- 3 - A comissão determina a sanção em função da necessidade de prevenir o consumo de drogas e substâncias psicotrópicas.
- 4 - Na aplicação das sanções, a comissão levará em conta a situação do consumidor e a natureza e as circunstâncias do consumo, ponderando, designadamente:
 - a) A gravidade do ato;
 - b) A culpa do agente;
 - c) O tipo de plantas, substâncias ou preparados para consumo;
 - d) A natureza pública ou privada do consumo;
 - e) Tratando-se de consumo público, o local do consumo;
 - f) Em caso de consumidor não dependente químico, o caráter ocasional ou habitual do consumo;
 - g) A situação pessoal, nomeadamente económica e financeira, do consumidor.

¹ DIÁRIO DA REPÚBLICA — I SÉRIE-A - Nº 276 — 29 de Novembro de 2000 Disponível em: <http://www.idt.pt/PT/Legislacao/Legislao%20Ficheiros/Descriminaliza%C3%A7%C3%A3o_do_consumo_de_drogas_-_Lei_30-2000/lei_30_2000.pdf> Acesso em: 18.out. 2012. - “Art. 15 – **Sanções:** 1 - Aos consumidores não toxicodependentes poderá ser aplicada uma coima ou, em alternativa, sanção não pecuniária. 2 - Aos consumidores toxicodependentes são aplicáveis sanções não pecuniárias. 3 -

Podemos, a partir daí, salientar que os países da Europa estão tentando se adequar ao desenvolvimento social e a necessidade de adoção de políticas mais humanas. Para eles o tráfico de drogas é tão gigantesco e lucrativo que sempre haverá alguém disposto a se arriscar, dessa forma, o combate deve ter como objetivo principal o consumo, este é que deve diminuir, para consequentemente reduzir o lucro na comercialização das drogas.

A Holanda é um dos países que resolveu quebrar o elo que liga o traficante que vende a "*cannabis sativa*" (nacionalmente conhecida como maconha) à venda de outras drogas, pois entende que é através dessa droga menos devastadora que o consumidor é levado a consumir substâncias mais pesadas.

A política criminal de drogas holandesa começou a se transformar em 1976 a partir de uma reforma na Lei de Drogas. O governo holandês partiu da óptica de que a problemática que envolve as drogas é eminentemente volúvel, agrega de modo assolador novas substâncias, categorias de usuários e perigos. Buscou abordar teses inovadoras voltadas para a prevenção e redução de danos.

Tendo por base, ainda, o pensamento de que reduzir danos é melhor que não tomar atitude alguma, percebeu-se que, apesar dos programas de prevenção e cura, a presença das drogas na sociedade holandesa é inevitável. Partindo desse ponto, foram tomadas medidas que visam à redução dos danos imediatos causados pelos usuários. São exemplos dessas medidas o programa de troca de seringas, as salas para consumo de drogas pesadas, os serviços de testagem de pílulas, além dos diversos programas de prevenção de HIV/AIDS. (DURTE, BORGES, 2011, p. 01).

A legislação antidrogas da Holanda também distingue as drogas leves e pesadas, o que proporciona um julgamento justo dos traficantes e usuários, tendo em vista que os prejuízos causados por estas substâncias é totalmente distinto, assim o tratamento imposto também deve caminhar neste sentido. A Lei de Drogas

A comissão determina a sanção em função da necessidade de prevenir o consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. 4 - Na aplicação das sanções, a comissão terá em conta a situação do consumidor e a natureza e as circunstâncias do consumo, ponderando, designadamente: a) A gravidade do acto; b) A culpa do agente; c) O tipo de plantas, substâncias ou preparados consumidos; d) A natureza pública ou privada do consumo; e) Tratando-se de consumo público, o local do consumo; f) Em caso de consumidor não tóxico dependente, o carácter ocasional ou habitual do consumo; g) A situação pessoal, nomeadamente económica e financeira, do consumidor."

brasileira, não obstante, é omissa nesta diferenciação de drogas pesadas e leves, causando danos aos indivíduos que muitas vezes apenas precisam de tratamento.

Cabe salientar que o modelo político de drogas seguido pela Holanda é muito censurado mundialmente:

Outro problema é a crítica internacional à política liberal holandesa. Muitos países não concordam com, por exemplo, a legalização da *cannabis*, mesmo que em condições restritas. Na União Europeia, a crítica é grande, já que outros países veem a legislação holandesa, nesse e em outros aspectos, como um fator que dificulta a promulgação de uma constituição única. A Holanda responde mostrando que o problema das drogas é levado muito a sério e que, na atualidade, necessita-se de uma política sobre o assunto que seja pragmática e flexível, com soluções inovadoras. O país prova, com dados de pesquisas, que o uso de maconha, por exemplo, não foi aumentado e é, inclusive, menor que em outros países europeus. Além disso, ressalta a importância e eficácia do programa de redução de danos, que já salvou muitas vidas. (DUARTE, BORGES, 2011, p. 01).

Em contrapeso os Estados Unidos adota uma política que influencia os demais países da América Latina, defende a repressão total as drogas. O modelo norte-americano prega a abstinência e tolerância zero situando o problema no campo policial e individualmente militar e também adotam o encarceramento massivo dos envolvidos com drogas.

O modelo adotado pelos americanos é notavelmente proibicionista e destinado à punição dos usuários de drogas. Evitam, a todo custo, as políticas de redução de danos. Os EUA mantêm o sistema repressivo, com penitenciárias com excesso de lotação acarretando negociações milionárias à medida que no Estado brasileiro as penitenciárias também excedem o limite de lotação, todavia com encarcerados em situações desumanas e que estão longe de uma ressocialização.

Neste contexto, afirma-se que a política de drogas americana é também adotada por países pouco democráticos.

No âmbito da Organização das Nações Unidas os Estados Unidos se revela muito hostil. O governo americano exerce pressão sob a ONU e exige um posicionamento antagônico a política de redução de danos, principalmente no que tange ao trabalho voltado para a troca de seringas.

Segundo o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, os resultados positivos da política de redução de danos podem acabar modificando o cenário repressor dos EUA:

Diante dessas evidências, mas sem querer ser demasiadamente otimista, entende-se que a posição dos Estados Unidos contrária à redução de danos tem chances de se tornar minoritária, e tenderá ao isolamento, como já vem ocorrendo desde 1998, quando foi sentida a pressão dos órgãos de saúde pública da ONU e dos países europeus. Ao mesmo tempo, nota-se o fortalecimento de novas lideranças na América Latina - não alinhadas com Washington -, e com forte apoio popular para resistir às pressões norte-americanas. O exemplo da Bolívia é emblemático, com eleição do “cocalero” Evo Morales à Presidência daquele país andino, com novas propostas, sendo ele um sindicalista conhecedor da causa das comunidades andinas vítimas da guerra às drogas, o que pode também contribuir para uma maior oposição ao proibicionismo na vertente norte-americana.

Entretanto, não podemos menosprezar a gigantesca influência moralista dos americanos mundialmente.

Atualmente, com a atuação das Nações Unidas podemos vislumbrar algumas transformações em relação à política de drogas mundial. A Assembleia Geral das Nações Unidas realizada em setembro de 2012, a Organização afirmou que está disposta a favorecer as discussões acerca das mudanças para a política de drogas.

Durante a Assembleia Geral da ONU esta semana, em Nova York, vários presidentes latino-americanos pediram a revisão da estratégia contra as drogas e a busca de alternativas. “O pedido de muitos presidentes da América Latina à ONU para facilitar um debate baseado em evidências sobre o impacto das políticas antidrogas atuais não é apenas legítimo, mas está na linha do que a UNODC faz”, afirmou Fedotov.

Inegavelmente, a realidade social clama por mudanças legislativas capazes de reduzir os índices negativos das drogas no mundo. A mudança deve ser focada no objetivo, ou seja, a finalidade do combate às drogas deve ser pautada, acima de tudo, na saúde pública. Podemos citar as políticas usadas para combater o tabaco.

Segundo a Comissão Brasileira sobre drogas e democracia, as restrições de locais e idade para o uso permissivo, as campanhas abertas e bem estruturadas, o cerne na saúde, a incorporação de jovens e crianças, todos estes aspectos geram um movimento de crítica que envolve de fato no discernimento e na atitude dos indivíduos. Sendo mais eficaz e pouco abalador.

CONCLUSÃO

Constitui as teorias finalistas da pena, desde seus precedentes, um modelo totalitário-repressivo e ineficaz, que não possui compatibilidade alguma com a atual realidade social, a qual carece da congregação dos institutos pedagógicos, preventivos e repressivos. As reestruturações essenciais do sistema penal ainda não foram realizadas, conquanto a atual Lei 11.343/2006 denominada Lei de Drogas demonstra um progresso para o cenário brasileiro. Deduz-se a consagração de um modelo que afora a prevenção do usuário de drogas e reconhece a necessidade de um tratamento diferente por parte do Estado.

Porém, defronte aos princípios instituídos pela política pública de drogas e as normas penais vislumbramos total desarmonia com as taxas de criminalidade existentes. Ressalta-se que os efeitos descriminalizantes e despenalizadores, obstante terem sido demonstrados coerentes por seus defensores, não restaram comprovados. Prova maior disso é que não há apontamentos positivos quanto à diminuição do uso e tráfico das drogas que a Lei deseja.

As divergências doutrinárias e a ausência de posicionamento pacificado na jurisprudência, acerca da posição jurídica do conteúdo legal do ilícito que incide o usuário de drogas, evidenciam que a questão é mais que polêmica, carecendo de atenção e tratamento técnico especializado.

Concluimos que não há entendimento justo ou injusto, mas sim uma real necessidade de elaboração de um modelo legalmente suportável e que abranja as garantias fundamentais dos indivíduos, no entanto que não impeça o Estado de intervir e que privilegie o interesse coletivo.

A principiologia do Sistema Brasileiro de Políticas Públicas sobre Drogas teoricamente é exemplar e gera uma sensação esperançosa. A prática, geralmente, não confere com o seu regramento, pois o Estado revela uma aplicabilidade não condizente com o modelo. Sendo relevante o desenvolvimento efetivo de programas que atuem na redução dos danos.

No que tange à prevenção, a verificação dos sistemas adotados pelos países europeus se faz necessária, pois os resultados são positivos e podemos buscar uma aplicação em nosso país.

Com efeito, observou-se que a pena privativa de liberdade não é a saída mais positiva para os usuários de drogas, sendo que a prisão está destinada aos delitos verdadeiramente gravosos e danosos. Seria um desacerto enfrentar a drogadição de dependentes com o encarceramento, pois demandam de tratamento médico. Dessa forma, entendemos que a nova Lei quando deixou de impor prisão ao usuário que porta drogas para uso pessoal atingiu um equilíbrio, isto é, conservou a conduta como criminosa, contudo impediu o encarceramento. Os institutos despenalizadores e descriminalizadores são aparentes, porém o cotidiano forense demonstra uma negativa a eles, pois ainda há crime e penas, todavia mais brandas.

Indispensável se faz, por fim, a constatação de que a controvérsia negativa em relação às drogas gera efeitos danosos e desfavoráveis para todos nós, sendo necessária a adoção de ações precisas tanto no âmbito jurídico, quanto no âmbito social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghirighelli de. **Sociologia e justiça penal: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 372 p. (Série criminologia S,).

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 280 p. (Coleção Pensamento Criminológico ; v.5) ISBN 85-7106-257-9.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000. 128 p. (Ciências sociais & filosofia ISBN 85-289-0027-4.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Descriminalizar não é legalizar, diz relatora**.

Band.com, 3, jun. 2012. Disponível em:

<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=40302&idPagina=3178>> Acesso em: 06 out. 2012.

BELTRÃO, Carlos Martins. **Prisões Falidas, Penas alternativas são eficazes na recuperação**. Consultor Jurídico. 30, jul. 2010 Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2010-jul-30/penas-alternativas-sao-eficazes-recuperacao-condenados-juiz>> Acesso em: 24 jul. 2012

BEZERRA, A. F. **Lei de Tóxicos anotada e interpretada pelos Tribunais**. Curitiba: Juruá, 2000.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado de direito penal**. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1 ISBN 978-85-02-07301-2

CARVALHO, J. E. **Tóxicos Prática, Processo e jurisprudência**. 7.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Editora RT, 1995.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 550 p. ISBN 85-203-1632-8

DUARTE, Arthur Vieira; BORGES, Frederico Alencar Monteiro. **As políticas de drogas do Brasil e da Holanda**. Experiências comparadas e a perspectiva de mudança. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3037, 25 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20286>>. Acesso em: 9 out. 2012.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, 2, 3, 4 ISBN 978-85-02-08338-7

FARIA, Bento de. **Código Penal brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro, Record, 2007.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: lei n. 11.343/2006. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 303 p. ISBN 978-85-02-06900-8

GOMES, Leandro de Castro. **Livre Arbítrio**: usuário não pode ser punido por porte de drogas. Consultor Jurídico. 14, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-14/usuario-drogas-nao-punido-prejudicar-defensoria>> Acesso em: 06 out. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas**: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9180>>. Acesso em: 5 out. 2012.

HARTMANN, Arlete. **Uso de drogas**: crime ou exercício de um direito?. Porto Alegre: Síntese, 1999. 202 p. ISBN 85-7131-057-2

HABIB, Sérgio, **A nova lei de tóxicos e a despenalização do uso de drogas**. Revista Jurídica Consulex, n. 139, ano VI, p. 13.

JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 850 p. ISBN 978-85-384-0009-7

JESUS, Damásio E. de. **Portar droga para uso próprio é crime?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1794, 30 maio 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11328>>. Acesso em: 10 out. 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Lei antidrogas anotada**: comentários à lei n. 11.343 de 2006. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 331 p.. ISBN 978-85-02-08608-1

JÚNIOR, Jair Jaloreto. **Legalizar venda e uso de drogas pode reduzir a criminalidade?** Consultor Jurídico, 1, mai. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mai-01/legalizar_venda_uso_drogas_reduzir_criminalidade> Acesso em: 05 out. 2012.

LEI de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248 p. ISBN 978-85-7348-564-6.

LEI de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 381 p. ISBN 978-85-203-3073-9

Marcão, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 124 p. ISBN 85-7453-125-1.

MARONNA, Cristiano Avila; MENDES, Carlos Alberto Pires. Nova Lei de Tóxicos: O Reflexo do Irrefletido. **Boletim IBCCRIM**, ano 09, nº 111, fev. 2002. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/boletim/0004>>. Acesso em: 02 out. 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2

MORICONI, Lis Horta. Política de Drogas – Oito anos de descriminalização em Portugal. **Comunidade Segura**. 28, jul. 2009, Disponível em: <<http://www.comunidadessegura.org/fr/politica-de-drogas/MATERIA-drogas-oito-anos-de-descriminalizacao-em-Portugal>> Acesso em 06 out. 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 24. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 454 p. ISBN 85-02-04353-6.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLINGER, Marianna. **Drogas – Questões e perspectivas**: Brasil e a Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Boletim_2_Final.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2012.

PRADO, Daniel Nicory do. Descriminalização ou criminalização?. **Comissão Brasileira sobre drogas e democracia**. 10, jun. 2012. Disponível em: <<http://cbdd.org.br/pt/2012/06/10/descriminalizacao-ou-criminalizacao/>> Acesso em: 24 jul. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007-2010. v. 1 ISBN 978-85-203-3267-2

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. **Direito penal**: parte geral. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 962 p. ISBN 978-85-384-0049-3

ROSA, Gérson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Uso de drogas, paternalismo jurídico e direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2950, 30 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19673>>. Acesso em: 17 out. 2012.

SANTANA, Marcos Sílvio de. **A pena como instrumento de controle social**. Lfg. Dez. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081209143455922&mode=print>. Acesso em: 01 maio. 2012.

SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp->

content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf> Acesso em: 06 out. 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 476 p. ISBN 85-203-2266-2

SILVA, Lucas Santana. **Prevenção geral positiva: análise crítica dos fundamentos das teorias de Jakobs, Hassemer e Roxin.** Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Ciencias_Criminais/71990-LUCAS_SANTANA_SILVA.pdf> Acesso em: 10 jul. 2012.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena: no estado democrático de direito.** Porto Alegre: Fabris, 2006. 359 p.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal:** de acordo com a lei n.7.209 de 11-07-1984 e a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362 p. ISBN 85-02-00785-8.

ANEXO “A” – LEI 11.343/2006 – LEI DE DROGAS

Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

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

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

TÍTULO II

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS E DOS OBJETIVOS

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

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

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

CAPÍTULO II

DA COMPOSIÇÃO E DA ORGANIZAÇÃO

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º A organização do Sisnad assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal e se constitui matéria definida no regulamento desta Lei.

Art. 8º (VETADO)

CAPÍTULO III

(VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. (VETADO)

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. (VETADO)

Art. 14. (VETADO)

CAPÍTULO IV

DA COLETA, ANÁLISE E DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÕES

SOBRE DROGAS

Art. 15. (VETADO)

Art. 16. As instituições com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas devem comunicar ao órgão competente do respectivo sistema municipal de saúde os casos atendidos e os óbitos ocorridos, preservando a identidade das pessoas, conforme orientações emanadas da União.

Art. 17. Os dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas integrarão sistema de informações do Poder Executivo.

TÍTULO III

DAS ATIVIDADES DE PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO, ATENÇÃO E
REINSERÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS

CAPÍTULO I

DA PREVENÇÃO

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;

VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

CAPÍTULO II

DAS ATIVIDADES DE ATENÇÃO E DE REINserÇÃO SOCIAL

DE USUÁRIOS OU DEPENDENTES DE DROGAS

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.

Art. 25. As instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Funad, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira.

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

TÍTULO IV

DA REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA

E AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelas autoridades de polícia judiciária, que recolherão quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

§ 1º A destruição de drogas far-se-á por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, guardando-se as amostras necessárias à preservação da prova.

§ 2º A incineração prevista no § 1º deste artigo será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público, e executada pela autoridade de polícia judiciária competente, na presença de representante do Ministério Público e da autoridade sanitária competente, mediante auto circunstanciado e após a perícia realizada no local da incineração.

§ 3º Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, o disposto no Decreto nº 2.661, de 8 de julho de 1998, no que couber, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

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

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

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

Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência

específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO PENAL

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

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

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

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

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

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Art. 49. Tratando-se de condutas tipificadas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

Seção I

Da Investigação

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

§ 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

II - requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I - necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II - necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Seção II

Da Instrução Criminal

Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

I - requerer o arquivamento;

II - requisitar as diligências que entender necessárias;

III - oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

§ 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

§ 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Art. 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

§ 1º Ao proferir sentença, o juiz, não tendo havido controvérsia, no curso do processo, sobre a natureza ou quantidade da substância ou do produto, ou sobre a regularidade do respectivo laudo, determinará que se proceda na forma do art. 32, § 1º, desta Lei, preservando-se, para eventual contraprova, a fração que fixar.

§ 2º Igual procedimento poderá adotar o juiz, em decisão motivada e, ouvido o Ministério Público, quando a quantidade ou valor da substância ou do produto o indicar, precedendo a medida a elaboração e juntada aos autos do laudo toxicológico.

Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

CAPÍTULO IV

DA APREENSÃO, ARRECADAÇÃO E DESTINAÇÃO DE BENS DO ACUSADO

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.

§ 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 4º A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§ 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Feita a apreensão a que se refere o caput deste artigo, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade de polícia judiciária que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.

§ 3º Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo, em caráter cautelar, a conversão do numerário apreendido em moeda nacional, se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito, com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

§ 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no § 4º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

§ 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

§ 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

§ 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

§ 9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao Funad, juntamente com os valores de que trata o § 3º deste artigo.

§ 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4º deste artigo, recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.

§ 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.

§ 2º Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

§ 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.

§ 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.

Art. 64. A União, por intermédio da Senad, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários ou dependentes e a atuação na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, com vistas na liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas relacionados à questão das drogas.

TÍTULO V

DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Art. 65. De conformidade com os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

I - intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos;

III - intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos.

TÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Art. 67. A liberação dos recursos previstos na Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, em favor de Estados e do Distrito Federal, dependerá de sua adesão e respeito às diretrizes básicas contidas nos convênios firmados e do fornecimento de dados necessários à atualização do sistema previsto no art. 17 desta Lei, pelas respectivas polícias judiciárias.

Art. 68. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas e jurídicas que colaborem na prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes e na repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Art. 69. No caso de falência ou liquidação extrajudicial de empresas ou estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços de saúde que produzirem, venderem, adquirirem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas ou de qualquer outro em que existam essas substâncias ou produtos, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito:

I - determinar, imediatamente à ciência da falência ou liquidação, sejam lacradas suas instalações;

II - ordenar à autoridade sanitária competente a urgente adoção das medidas necessárias ao recebimento e guarda, em depósito, das drogas arrecadadas;

III - dar ciência ao órgão do Ministério Público, para acompanhar o feito.

§ 1º Da licitação para alienação de substâncias ou produtos não proscritos referidos no inciso II do caput deste artigo, só podem participar pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado.

§ 2º Ressalvada a hipótese de que trata o § 3º deste artigo, o produto não arrematado será, ato contínuo à hasta pública, destruído pela autoridade sanitária, na presença dos Conselhos Estaduais sobre Drogas e do Ministério Público.

§ 3º Figurando entre o praxeado e não arrematadas especialidades farmacêuticas em condições de emprego terapêutico, ficarão elas depositadas sob a guarda do Ministério da Saúde, que as destinará à rede pública de saúde.

Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.

Parágrafo único. Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

Art. 71. (VETADO)

Art. 72. Sempre que conveniente ou necessário, o juiz, de ofício, mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ou a requerimento do Ministério Público, determinará que se proceda, nos limites de sua jurisdição e na forma prevista no § 1º do art. 32 desta Lei, à destruição de drogas em processos já encerrados.

Art. 73. A União poderá celebrar convênios com os Estados visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas.

Art. 73. A União poderá estabelecer convênios com os Estados e o com o Distrito Federal, visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas, e com os Municípios, com o objetivo de prevenir o uso indevido delas e de possibilitar a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

Brasília, 23 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Guido Mantega

Jorge Armando Felix

ANEXO “B” - LEI Nº 9.714, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998.

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Penas restritivas de direitos

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana."

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior."

"Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

§ 4º (VETADO)"

"Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada."

"Interdição temporária de direitos

Art. 47.....

.....

IV – proibição de freqüentar determinados lugares."

"Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46."

"Requisitos da suspensão da pena

Art. 77.....

.....

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 25 de novembro de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Renan Calheiros