



**Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"**

RICARDO MIGUEL DE SANT'ANA

**DROGAS ILÍCITAS:  
ESTRATÉGIAS DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS**

Assis

2010

RICARDO MIGUEL DE SANT'ANA

DROGAS ILÍCITAS:  
ESTRATÉGIAS DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharel em Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA, e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Elizete Mello da Silva

Área de Concentração: \_\_\_\_\_

Assis

2010

## FICHA CATALOGRÁFICA

SANT'ANA, Ricardo Miguel de  
DROGAS ILÍCITAS: ESTRATÉGIAS DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS/ Ricardo Miguel de Sant'ana. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2010.  
48p.

Orientadora: Elizete Mello da Silva.  
Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Drogas 2. Despenalização.

CDD: 340  
Biblioteca da FEMA

DROGAS ILÍCITAS:  
ESTRATÉGIAS DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS

RICARDO MIGUEL DE SANT'ANA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharel em Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA, e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Elizete Mello da Silva

Analizador: Prof. Maurício Dorácio Mendes

Assis

2010

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, em especial a Deus, e às pessoas que mais amo neste mundo, as quais sempre estiveram presentes me apoiando nesta árdua trajetória: meus pais, Pedro Miguel de Sant'Ana e Dinoraí dos Santos Sant'Ana, e meu irmão, Eduardo Luís de Sant'Ana, pelo amor, pelo incentivo e por me acompanharem em todos os momentos de minha vida, acreditando nos meus sonhos e objetivos; à minha esposa, Marinalva, pela atenção, carinho e amor, por estar sempre ao meu lado suportando com paciência a minha impaciência, bem como os momentos de ausência do seio familiar e, enfim, aos meus amados filhos, Thiago e Maria Eduarda, ambos, minha fonte de inspiração, razão do meu viver e de toda minha luta.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, ser supremo, que ao saber de nossos anseios, cuida para que possamos alcançá-los, sem nos deixar fraquejar.

À minha brilhantíssima orientadora, Elizete Mello (Dedé), pessoa repleta de sabedoria, inteligência, profissional dedicada e exemplar, amiga com a qual podemos contar a qualquer momento. Sou grato por ela não ter medido esforços para me apoiar no desenvolvimento deste trabalho, deixando de lado por vezes seus compromissos familiares.

Aos dignos professores, amigos de sala e meus familiares, pelo incentivo e apoio nos momentos difíceis.

Aos meus comandantes na Polícia Militar, que tiveram compreensão nos momentos em que precisei; em especial, ao CAP PM Bertão, TEN PM Vinicius, TEN PM Xavier, TEN PM Cruz, TEM PM Coelho, 1º SGT PM Silva Filho, 1º SGT PM Martins, 3º SGT PM Dias.

Aos demais guerreiros e inseparáveis irmãos de farda, em especial, SD PM Diego, SD PM Bonilho, SD PM Moreti e outros; os quais, sem medir esforços, deixam suas famílias para irem à guerra de todos os dias, sob juramento de sacrificar a própria vida, para combater o mal inserido em nossa sociedade, ou seja, a criminalidade.

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-los, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência.

Cesare Beccaria

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar a implantação da nova lei de drogas, abordando os aspectos relacionados às estratégias de combate às drogas ilícitas, bem como a penalização ou descriminalização dos agentes envolvidos no amplo processo de produção, comercialização e consumo das referidas substâncias, assim qualificadas como entorpecentes. A princípio analisam-se o conceito de tópicos de extrema relevância como tráfico, traficante, usuário, dependente e drogas consideradas como ilícitas, observando a relevância de se verificar dentro da legislação competente a respectiva punição dos produtores, comerciantes e consumidores ou dependentes de drogas. Dentro deste contexto, fez-se pertinente analisar com profunda intensidade os riscos que esse tão discutido problema vem causando à sociedade, principalmente, em relação à saúde pública. A nova lei de drogas 11.343/2006 vem atualizar e alterar diversos fatores e aspectos relacionados ao tema em questão. Assim, este estudo passa a fazer uma minuciosa comparação entre a lei em vigência e a legislação antiga, sob o contexto de drogas ilícitas e suas conseqüências na atualidade. Objetivando alcançar uma maior ênfase acerca dessas metas, utilizou-se como base para este estudo, pesquisas bibliográficas, artigos e teses publicadas de autores conceituados, os quais estão sempre no cerne das discussões sobre a polêmica da produção, comercialização e consumo de drogas entorpecentes no país, procurando, assim, demonstrar os meios eficazes de tratamento e punição dos respectivos envolvidos neste sistema de lucro e, em maior proporcionalidade, prejuízos para a maioria da sociedade, a qual, invariavelmente, é vítima deste sistema. Assim, com o surgimento da lei 11.343/2006, nova lei de drogas, passa-se a vigorar novas formas e métodos legais para amenizar o problema, deixando a punição apenas para os que realmente não demonstrarem nenhuma possibilidade de reinserção social. Desta forma, o ideal seria punir com eficiência e não punir mais, ou seja, aplicar a lei na medida certa, pois contra fatos não há argumentos. Após a análise, pretende-se demonstrar que a problemática das drogas é uma questão social, sócio-econômico, jurídico e também de educação e saúde pública, que indiscutivelmente vem conduzindo a juventude à morte, deixando um rastro de degradação em uma sociedade em desenvolvimento, a qual necessita cada vez mais da cooperação entre os povos.

**Palavras-chave:** drogas; despenalização; descriminalização; prevenção; direito.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the implementation of the new law against drugs, to deal with the aspects related to the combat strategies to illicit drugs, as well as the penalization or the decriminalization of the subjects involved in the wide process of production, commercialization and consumption of the substances qualified as narcotics. At first, this work analyzes some important topics as the trafficking, the drug dealer, the user, the dependant and the drugs considered illicit, observing the importance of the competent legislation for the respective punishment of the producers, merchants and consumers or dependants of drugs. In this context, it is pertinent to analyze with deep intensity the risks this much discussed problem is causing in society, mainly in relation to public health. The new law against drugs (11.343/2006) updates and alters several factors and aspects related to the theme. This study thus does a meticulous comparison among the governing law and the old legislation, in the context of illicit drugs and their consequences at the present time. In this work uses as basis to analysis bibliographical researches, articles and essays of known authors to demonstrate the effective ways of treatment and punishment of people involved in this business and also to demonstrate the damages caused in the society, which, invariably, is victim of this system. In this manner, the appearance of the law 11.343/2006, new law against drugs, started to put into action new forms and legal methods to moderate this problem. Thus, the punishment, for example, is just for the ones that really do not demonstrate any possibility of social reinsertion. This way, the ideal would be to punish with efficiency and not to punish excessively, by applying the law in the right measure, as one is not able to make arguments against facts. After the analysis, the intention is to demonstrate that the drug problem is a social, socioeconomic and juridical matter, as much as also an education and public health problem that is unquestionably leading the youth to death and leaving a trace of degradation in an otherwise thriving society which in need of the cooperation all people.

**Keywords:** drugs; depenalization; decriminalize; prevention; Law.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2. O UNIVERSO DAS DROGAS: USUÁRIO, DEPENDENTE E TRAFICANTE</b>	13
2.1 DROGAS	13
2.2 USUÁRIO, DEPENDENTE E TRAFICANTE	15
2.2.1 Usuário	15
2.2.2 Dependente	17
2.2.3 Traficante	21
2.3 DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO	24
2.3.1 Despenalização	24
2.3.2 Descriminalização	27
<b>3. ABORDAGEM E COMPARAÇÃO ENTRE AS ANTIGAS LEIS DE COMBATE ÀS DROGAS E A NOVA LEI (11.343/06)</b>	30
<b>4. A NOVA LEI DE DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO PARA O USUÁRIO E PENALIZAÇÃO PARA O TRAFICANTE</b>	49
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	73
<b>REFERÊNCIAS</b>	77
<b>ANEXOS</b>	80

## 1. INTRODUÇÃO

Historicamente, nossa sociedade vem sofrendo inúmeros problemas sociais, muitos deles construídos à base de condutas isoladas, capazes de levar as pessoas a se submeterem a condições de vida contrárias à sua vontade. No contexto das mazelas sociais, atualmente, destaca-se o sistema de produção e consumo de drogas ilícitas e entorpecentes, um dos maiores problemas a serem enfrentados pela sociedade e seus representantes legais.

Basicamente, sente-se a necessidade de uma maior intervenção estatal no controle e prevenção de tal problema, realçado pela necessidade da busca incessante da aplicação das leis vigentes como forma de punir os agentes envolvidos com o processo de produção e distribuição de drogas, bem como penas alternativas aos usuários e dependentes de drogas. Neste aspecto, este estudo passa a tratar desta questão não só como responsabilidade jurídica, mas também, com maior ênfase, no campo relacionado à saúde pública. Neste setor, podem-se perceber algumas falhas por parte das políticas públicas, pois os maiores motivadores da existência das drogas e, por conseguinte, futuros “casos de saúde pública”, são os usuários e dependentes.

Estes, por sua vez, devem ser tratados de forma diferenciada em relação aos traficantes, ou seja, ao invés de punição, necessitam de apoio e tratamento, pois, na maioria dos casos, podem ser considerados escravos do próprio vício. Deste modo, o objetivo é eliminar a penalização ao usuário e ao dependente, direcionando o problema para a saúde pública, envolvendo o estado nesta problematização.

A escolha do tema se justifica frente ao contexto do narcotráfico. Esse sistema complexo de produção e venda de drogas causa à sociedade um mal irreparável, cujos danos são refletidos pelas famílias desestruturadas pelo simples envolvimento em qualquer dos pólos desse sistema, causando um complicador a mais para a manutenção da paz e da segurança de toda a coletividade.

Com a constante evolução da sociedade, surgem também novas situações delituosas e, por conseguinte, a dilatação do direito penal e o aumento dos tipos penais. No entanto, tais tipos penais têm como característica o abrandamento das penas, sendo que tal fato deriva da administração e da implementação de acordos no campo do processo penal, pelos quais as penas privativas de liberdade são substituídas por penas alternativas, exemplificadas na aplicação de penas restritivas de direito e pela prática de multas.

Nesta perspectiva de análise, dividiu-se o trabalho em três partes. No primeiro capítulo, foram desenvolvidos conceitos de tópicos pertinentes ao estudo do tema, como drogas, usuário, dependente, traficante, despenalização e descriminalização. Já na segunda parte da pesquisa, foi realizada uma abordagem comparativa entre as antigas leis de combate às drogas e a nova Lei 11.343/2006. No último capítulo, discorreu-se acerca dos estudos da nova Lei de drogas no que diz respeito à descriminalização para o usuário e penalização para o traficante de drogas.

Ao trilhar o percurso dos estudos e debates sobre o tema desenvolvido neste trabalho, pode-se notoriamente perceber que a drogadição está se tornando cada vez mais um problema político, social, cultural e econômico, com a qual se gasta “rios de dinheiro” em operações de combate ao narcotráfico, gerando um imenso ônus a economia do país devido ao imenso investimento em políticas organizacionais, no sentido de se evitar a produção e distribuição de drogas em território nacional.

## 2. O UNIVERSO DAS DROGAS: USUÁRIO, DEPENDENTE E TRAFICANTE

### 2.1 DROGAS

Há uma diversidade de áreas que contribuem para discursos em torno da definição consensual ao conceito de drogas, já que o termo em questão não quer dizer sempre a mesma coisa. Desta forma, impõe-se assim, a necessidade de se falar em vários conceitos de droga, que variam conforme a perspectiva de leitura, isto é, este tema pode ser analisado sob a ótica da medicina, da área jurídica, entre outros.

Do ponto de vista jurídico, conforme prescreve o parágrafo único do art. 1.º da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas): “Consideram-se como drogas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.” Isto significa dizer que as normas penais que tratam do usuário, do dependente e do traficante são consideradas normas penais em branco. Atualmente, no Brasil, são consideradas drogas todos os produtos e substâncias listados na Portaria n.º SVS/MS 344/98.

Na concepção de Mendonça e Carvalho (2007, p. 23) o assunto deve ser tratado da seguinte forma:

Afastando-se da nomenclatura utilizada pela Lei 6.368/1976, a nova Lei não utiliza mais a terminologia “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. Alterou a tradição para valer-se simplesmente do termo “drogas”.

Entendemos que, apesar de ter rompido com o termo tradicionalmente utilizado, andou bem o legislador ao adotar a expressão “drogas”, pois esta já era utilizada pela

Organização Mundial de Saúde. Ademais, a terminologia anterior poderia trazer a equivocada impressão de que qualquer substância que determinasse dependência física ou psíquica era considerada entorpecente, o que, como sabemos, não é verdade. Por fim, o termo droga, além de ser mais amplo que o de substância entorpecente, é a expressão mais difundida no meio social, principalmente entre a população.

Já sob a ótica da medicina, as drogas são definidas como qualquer substância capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento, sendo então classificadas de acordo com os efeitos que causam no organismo.

De uma forma geral, são todas e quaisquer substâncias, sintética ou natural que, introduzida no organismo, possa causar modificações em seu funcionamento. Em relação as drogas naturais, estas são obtidas através de determinadas plantas, animais e de alguns minerais. Como exemplo a cafeína (do café), a nicotina (existente no tabaco), o ópio (na papoula) e o THC tetrahidrocanabiol (da *cannabis sativa*). Já as drogas sintéticas são aquelas fabricadas em laboratório, exigindo para isso técnicas especiais. Apesar de o termo droga prestar-se a várias interpretações, ao senso comum refere-se a uma substância proibida, de uso ilegal e nociva ao indivíduo, que introduzida no organismo vem a modificar suas funções, sensações, humor e comportamento.

Assim, podemos classificar as drogas como ilícitas ou não aceitáveis e lícitas ou aceitáveis, sendo que as primeiras são toda e qualquer substância que tem sua produção, comercialização e uso proibidos por lei, como é o caso da cocaína, maconha, *crack*, entre outros. Já as drogas lícitas são as substâncias comumente permitidas por lei, tendo sua produção, comercialização e consumo submetidos a fiscalização por órgão competente, como por exemplo, as bebidas alcoólicas e o cigarro.

## 2.2 Usuário, dependente e traficante

### 2.2.1 Usuário

Para fins penais, demonstra o art. 28 da Lei 11.343/2006, que se entende por usuário de drogas (doravante) “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Sendo assim, ainda de acordo com este artigo, “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.

Pode-se notar que o usuário não é tão somente aquele que transporta, traz consigo ou adquire substância entorpecente considerada pela norma jurídica como ilícita ou não aceitável, havendo, neste caso, certa relatividade, pois podemos conceituar usuário como todo indivíduo que, além das ações citadas, fazem uso indevido de substâncias proibidas por lei.

Em resumo, com a chamada nova lei de drogas, tem-se um posicionamento legislativo diferenciado do das leis anteriores, ou seja, o usuário deve ser tratado, em certas ocasiões, como vítima de um sistema que não lhe oferece sequer uma oportunidade de tratamento ou atenção adequada ou, quando possibilita, não o torna acessível para a maioria dos necessitados, excluindo-os da possibilidade de conseguir vencer a árdua batalha contra um vício que, devido a algumas ações comportamentais, mudou o seu rumo de vida, levando-os a trilhar caminhos que por vezes são alheios à sua vontade.

Assim, por necessidade das diversas situações e condutas apresentadas pelo usuário/dependente, a nova Lei de drogas passa a deixar de tratá-lo como criminoso, retirando da norma jurídica a repressividade tratada anteriormente em outras legislações sobre o assunto, ressaltando, ainda, que o uso indevido de drogas não deve ser assunto prioritário da polícia, e sim, da saúde pública. Instituição na qual nada adiantaria a repressão ao uso de drogas, muito menos à produção e comercialização destas substâncias.

A nova legislação brasileira (Lei 11.343/2006) representa um avanço em relação às formas de tratamento aos usuários e dependentes de drogas, possibilitando alternativas eficientes na redução de danos causados pelas drogas no indivíduo e, consecutivamente, na sociedade como um todo.

Para se verificar ou se provar se a droga é para consumo do indivíduo, o legislador assim demonstra no parágrafo 2º desta lei, que o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os

antecedentes do agente, para que, na realidade, possa identificar este indivíduo e sua conduta em relação aos fatos.

Art. 28 § 2º Para determinar se a droga destinava-se ao consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente.

Em consonância com os estudos de Gomes (2006, p. 01)

Para fins penais, entende-se por usuário de drogas (doravante) quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, qualquer tipo de droga proibida. O usuário não se confunde, de modo algum, com o traficante, financiador do tráfico, etc.

Com isso, poder-se-á notar à frente que há uma diferenciação entre os termos usuários, dependentes e traficantes, os quais, conforme a legislação estuda neste trabalho, não se pode confundir, pois, ao serem demonstradas as características de cada um, demonstram-se os meios de atuações e ações destes.

Sendo assim, nem todo usuário pode ser necessariamente considerado dependente, e estes não podem ser confundidos com traficantes. Sendo que estes não sentem a incontrolável necessidade do consumo da droga, já os dependentes, entretanto, não conseguem ficar sem o uso destas substâncias. Os traficantes, em tese, voltam-se à comercialização e a venda do produto, visando sempre o lucro e não a satisfação de uma necessidade física ou psíquica, configurada como vício.

### **2.2.2 Dependente**

A dependência pode ser considerada como o impulso ou estado de sujeição que leva o indivíduo a consumir determinada droga de forma contínua (sempre) ou periódica (frequentemente), para suprir alguma necessidade fisiológica, ou

simplesmente para obter prazer. Algumas pessoas podem também fazer uso constante de uma droga para aliviar tensões, ansiedades, medos, sensações físicas desagradáveis, etc.

O termo dependência pode se caracterizar, ainda, como um comportamento autodestrutivo, pelo qual o indivíduo não consegue se controlar quanto ao consumo de certas substâncias entorpecentes e, na busca pela satisfação ou pelo prazer, tenta compensar a sua realidade de frustrações, medo, e dor com algo que temporariamente alivia este desconforto. Assim, passa a agir de forma impulsiva e repetitiva, não cessando o uso de drogas até que seja completamente saciada a sua vontade. Porém, para demonstrar esta dependência em relação a este consumo desenfreado, é necessário que existam mais de uma maneira e circunstâncias em que estas são usadas e que se saiba quais tipos de drogas são utilizados pelo indivíduo.

O vício se define como um fugir de si mesmo e das pessoas que estão ao seu redor, levando à perda do controle sobre a realidade, é um “não sentir” as ações que estão sendo praticadas, bem como o desvio das metas a serem desenvolvidas em busca de um objetivo concreto. Isto ocorre porque em nossas vidas existem diferentes maneiras de se tentar amenizar um problema que, na maioria das vezes, é imaginário na mente dos mais “fracos de espírito”, assim, o dependente se torna incapaz de gerenciar sua própria vida.

Neste aspecto, surge a idéia de revelar o modo de comportamento do dependente de drogas, seja do usuário de drogas lícitas ou ilícitas, do internauta compulsivo ou do jogador de cassinos, assim como das demais adições, pelas quais o dependente abandona sua própria vida para refugiar-se em suas dependências, sacrificando, assim, seu conforto, sua segurança, seus afetos pelo comportamento aditivo.

Sobre a dependência, podem-se citar alguns requisitos básicos, relacionados à busca de satisfação das necessidades físicas ou psicológicas do dependente, são eles:

- Dificuldade ou controle de consumir a substância nos determinados níveis de consumo;
- Estado de abstinência fisiológica quando o uso se cessou ou foi reduzido;

- forte desejo ou compulsão para consumir a substância;
- Abandono de interesses alternativos ou de prazeres em favor do consumo de substância psicoativa ou aumento de tempo para se recuperar de seus efeitos;
- Mesmo a despeito de evidências claras das conseqüências manifestadamente nocivas do uso destas substâncias, ocorre a persistência no seu consumo pelo dependente.

Deve-se, mesmo após serem atribuídos diversos meios pelos quais o dependente se torna vítima ou até mesmo escravo de certas psicoativas, haver uma diferenciação entre a dependência física e a dependência psicológica, sendo que a primeira se determina pela presença de sintomas ou sinais físicos que surgem quando o dependente se restringe ao não consumo da droga, ou diminui bruscamente o seu uso. Porém, estes sintomas e sinais dependem da substância utilizada, o momento do uso, o local do consumo e demais fatores que impliquem na mudança de hábitos do indivíduo consumidor. Todavia, a dependência psicológica pode ser compreendida como o estado de desconforto e mal estar enfrentado pelo indivíduo quando se há a interrupção do consumo da droga, esses sintomas são conhecidos pela dificuldade de concentração, ansiedade, sensação de solidão, entre outros, podendo variar de acordo com cada dependente.

Ocorre que na maioria dos casos envolvendo esses indivíduos, a dependência psicológica é a mais difícil de ser tratada. Nestas condições, quase sempre os dependentes voltam a fazer uso de drogas após serem submetidos a tratamento. Por outro lado, a dependência física alcança maiores resultados em se tratando de recuperação, pois com a existência de medicamentos e tratamentos sofisticados, o problema pode ser resolvido de forma simples e rápida.

Neste contexto, cabe a distinção entre usuário e dependente de drogas, distinção esta que se torna clara quando se entende que os dependentes possuem uma necessidade incontrolável física e psicológica de usar ou consumir a droga a qual seu organismo esta acostumado. Por outro lado, o não consumo pode causar diversos sintomas relacionados a transtornos comportamentais, ocorridos pela interrupção do consumo da substância.

De certa forma, os usuários em sua maioria demonstram ter livre-arbítrio em relação

ao consumo de drogas, escolhendo entre fazer ou não uso desta substância, consumindo às vezes apenas por diversão ou em certas ocasiões que lhes propiciem uma mudança de ritmo ou bem estar, diferentes, assim, dos dependentes. Estes estão diretamente ligados ao vício por um período de tempo indeterminado, necessitando, precisando, passando por um momento de privação de seus comportamentos em virtude da falta da substância.

Neste contexto, cabe distinguir então o usuário do dependente. Assim, faz-se pertinente citar Silveira (2007, p. 01) que, em detrimento ao artigo 28 da lei 11.343/2006, declara:

No contexto do artigo 28 do diploma legal ora em comento, mister se faz distinguir, prontamente, o usuário do dependente de drogas, com o intuito de se descobrir qual medida alternativa será mais adequada em cada caso concreto (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo).

É cediço que nem sempre o usuário torna-se dependente. Aliás, em regra, o usuário de droga não se converte em um dependente, da mesma maneira que não se confunde com o traficante ou com o financiador do tráfico. Assim como nem todos que tomam um copo de uísque são alcoólatras, também há quem use drogas sem ser dependente. A nova lei, contudo, trata usuário e dependente da mesma forma, diferenciando-os, somente, como mencionado: “quanto á medida alternativa a ser adotada.”

Nestes termos, tanto em relação ao usuário quanto ao dependente, ambos direta ou indiretamente estão ligados e envolvidos com o sistema de comercialização de drogas no país, mesmo verificando que o dependente não possui liberdade de escolha e o usuário consome a droga só por diversão, deve-se concordar que sem eles não haveria a figura do traficante (que estudaremos a seguir). De acordo com o senso comum, estas típicas figuras são amplamente responsáveis por manter o tráfico de droga e, em conseqüência, o aumento da violência e da criminalidade que deles provêm.

### 2.2.3 Traficante

A figura do traficante pode ser identificada com aquele indivíduo que realiza ações em busca da produção e comercialização de substâncias consideradas ilegais, auferindo vantagens econômicas no comércio irregular dos entorpecentes. Neste aspecto, o tráfico de drogas vem gerando um imenso transtorno social, pois em decorrência deste, ocorre o aumento da criminalidade e da violência, que se propagam em índices desordenados, colocando em situação de risco um indeterminado número de pessoas, cuja saúde, incolumidade física, bem como diversos direitos como liberdade, igualdade, entre outros, são privados devido à disseminação do tráfico de drogas.

O Caput do Art. 33 da lei 11.343/2006 deixa demonstrado que aquele que:

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, deverá ser considerado como traficante, pois exerceu ou tomou atitudes relacionadas ao tráfico de drogas, sendo assim, sujeito às penalidades impostas pela lei de drogas (grifos nossos).

Pode-se perceber que:

com efeito, é cediço que muitos doutrinadores e Tribunais passaram a entender aplicáveis ao traficante-dependente medidas que outros doutrinadores e Tribunais entendem restringir-se ao dependente não traficante. Muito embora os art. 19 e 29 se refiram apenas ao dependente, nada mencionando com relação ao usuário, é necessário repelir alegações no sentido de que em razão do princípio da isonomia, a justificar o tratamento igualitário que ambos deverão receber, na falta de previsão específica e diferenciada do "tratamento" a ser dispensado ao usuário, deva o traficante-usuário receber o mesmo "tratamento"

aplicado amiúde em relação ao traficante-dependente. Não é o desejo do legislador beneficiar o traficante-usuário, e sim, apenas, o usuário. (MARCÃO, 2008, p. 01)

Pode-se perceber a diferenciação ideológica que se encontra vinculada nas políticas antidrogas, pois o usuário, dependente ou consumidor devem ser tratados de forma diferenciada em relação ao traficante.

Se assim entendermos, os primeiros necessitam de tratamento e cuidados indispensáveis para se livrarem do vício e o traficante deve ser punido de acordo com a gravidade do crime cometido.

Porém o parágrafo 4º do Art. 33, da lei 11.343/2006, transforma em causa especial de diminuição de pena para os traficantes primários, com bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e nem façam parte destas. Deste modo, fica subentendido que, pelo fato desse traficante estar se iniciando no mundo do crime e não pertencer a nenhuma facção criminosa, este não deva ser preso com os demais integrantes desta facção, em virtude deste ambiente ser propício a direcioná-lo ao real mundo do crime, onde seria quase impossível seu retorno à sociedade justa e correta, a qual presumidamente este pertencia.

Neste aspecto, se aplicássemos essa teoria, estaríamos desconsiderando que tráfico de drogas é crime equiparado aos crimes hediondos, necessitando assim de tratamento diferenciado e mais rigoroso por imposição constitucional (cf. art. 5º, XLIII) ou, ainda se nenhum criminoso ocasional puder ser preso junto com os demais, este não poderia ser colocado em celas brasileiras, sob pena de se tornar membro de facções criminosas que comumente se instalam na maioria das cadeias brasileiras.

Diante dessa análise, para os pequenos traficantes deve haver uma repreensão mais rigorosa para dinamitar a capilaridade na distribuição de droga e, se necessário, serem submetidos ao regime disciplinar diferenciado como prevê a lei de execução penal, não deixando nas ruas os delinqüentes que presumidamente estão se iniciando na vida criminosa, corroborando, assim, para a impunidade e, conseqüentemente, ao aumento da criminalidade e da violência. Nestes moldes, a não prisão destes traficantes tornaria a prática do crime de tráfico de drogas uma tarefa bastante facilitada, pois se um indivíduo for flagrado vendendo drogas

defronte a uma escola, a pena imposta ao mesmo seria a prestação de um determinado serviço à comunidade.

De maneira acertada, a nova lei de drogas vem com o propósito de abrandar as penas para as condutas consideradas socialmente como de menor gravidade, como nos casos que envolvem os usuários e dependentes de drogas, que devem ser submetidos a tratamento especial para se livrar do vício das drogas e, após, reinseri-los novamente na sociedade. Já nos casos que se relacionam aos traficantes, impõe penas mais severas, punindo gravosamente as condutas que causam impacto social, político e sócio econômico em uma sociedade que em todo momento luta em busca da paz e da harmonia entre os cidadãos.

E, com efeito, a Carta Magna, dispõe em seu Art. 5º, XLIII, que

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Nestes termos, o constituinte assegurou que o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo são crimes merecedores de tratamento penal mais severo, devendo a resposta punitiva do estado ser proporcional ao mal infringido à sociedade e a extensão do dano, não se admitindo que o sistema penal, levando em conta uma mesma circunstância (antecedentes), traga um benefício imerecido ao autor de crimes equiparados aos hediondos, possibilitando que a sua pena seja diminuída de um sexto a dois terços, inclusive aquém do mínimo legal. Nessas condições, tal procedimento seria, no mínimo, incoerente, já que os demais jurisdicionados, autores de crimes de menor repulsa social (bigamia, injúria, difamação, por exemplo) e portadores de bons antecedentes sejam contemplados apenas com uma circunstância judicial (art. 59, caput), cujo limite mínimo de pena jamais poderá ser alterado.

A estratégia de “guerra contra as drogas”, tratada de forma especial pelos órgãos encarregados da segurança pública, é articulada por métodos de combate ao

conhecido “inimigo interno”, os quais devem ser veiculados por todos os meios de comunicação para que se alcance um resultado prático de implementação tática de ações policiais para a conseqüente erradicação dos envolvidos com o tráfico de drogas. E, neste contexto, aquele que produz, expõe à venda e comercializa as substâncias consideradas por lei como ilícitas, ou seja, o traficante, deve ser punido e tratado de forma mais severa, para que não repita a mesma conduta no momento em que for reinserido novamente à sociedade.

## 2.3 DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO

### 2.3.1 Despenalização

Despenalizar caracteriza-se como a adoção de penas alternativas para determinados ilícitos penais visando a uma suavização da resposta penal, alcançando a não aplicação da pena privativa de liberdade, porém mantendo-se intacto o caráter de “crime”, ou seja, o fato ocorrido continua a ser uma infração penal, suscetível à aplicação de pena.

Na ocorrência do ilícito penal ao qual se refere o Art. 28 da nova lei de drogas, que substitui a legislação anterior e altera o texto constitucional, é demonstrado o caminho natural decorrente da despenalização, que incidi na adoção de penas alternativas para o delito cometido pelo usuário ou dependente que “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização”, ficando estes sujeitos a penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa, sendo extinta, neste caso, pena de prisão ou privativa de liberdade prevista em lei anterior.

Com efeito, fica demonstrado que a figura da despenalização não exclui a noção típica de crime, apenas substitui a aplicação da pena, de modo a beneficiar o usuário e dependente de substância entorpecente, pois a finalidade primordial deste texto constitucional é a atenção e tratamento a estes indivíduos que incontrolavelmente são escravos e sentem incessantemente a vontade de consumir

estas substâncias. Assim, a lei dos juizados criminais não descriminalizou as condutas dos agentes, apenas introduziu medidas despenalizadoras, pelas quais os processos procuram evitar as penas privativas de liberdade aos usuários e dependentes de drogas, suavizando a resposta penal e mantendo intacto o caráter de crime.

Em relação a este fato, o nobre jurista Luiz Flávio Gomes (2006, p. 210), apoiando-se sobre o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Dec.-Lei 3.914/41), tem concepção contrária ao que os redatores do o Art. 28 entendem como penalização ou descriminalização. Vejamos:

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" 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." E prossegue: "aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa).

Por outro lado, Volpe Filho (2006), demonstra:

Percebe-se, claramente, que é crime a posse de drogas para consumo pessoal. A mudança diz respeito à espécie da pena, que deixou de ser privativa de liberdade. Claro que se trata de um avanço para que o tema passe a ser tratado somente como questão de saúde pública, incidindo sobre ele as normas de caráter administrativo.

Mesmo diante de interpretações diversas, o próprio legislador ao inserir o art. 28 dentro do capítulo III- "Dos Crimes e das Penas", rotulou a conduta de portar drogas para consumo pessoal como sendo crime. Diante dessa premissa, torna-se certa a opinião de Volpe Filho (2006), o qual defende que o referido artigo continua tratando de fato típico e antijurídico, porém apenas com mudanças quanto às penas a ele cominadas.

Ainda a esmiuçar a questão, pode-se dizer que o porte de drogas para consumo próprio no momento em que atinge o nível individual de saúde, acaba mesmo indiretamente por lesionar o bem jurídico difuso, ou seja, a saúde pública. Nestes termos, Damásio Evangelista de Jesus (2008, p.32), declara que:

A essência do delito de porte de droga para uso próprio se encontra na lesão ao interesse jurídico da coletividade, que se consubstancia na própria saúde pública, não pertencendo aos tipos incriminadores a lesão a pessoas que compõem o corpo social. Tomando em consideração o respeito que deve existir entre os membros da coletividade no que tange à proteção da saúde pública, o portador da droga lesiona o bem jurídico difuso, causa um dano massivo, uma lesão ao interesse estatal de que o sistema social funcione normalmente. O delito por ele cometido decorre da "falta de respeito com a pretensão estatal de vigilância" do nível da saúde pública, fato que não se confunde com o uso da droga, evento que se passa na esfera íntima do cidadão. Como se nota, não é necessário socorrer-se da tese do perigo abstrato, uma vez que, partindo-se do conceito de interesse difuso, pode-se construir uma teoria adequada à solução do tema. Essa lesão já conduz à existência do crime, dispensando a demonstração de ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses jurídicos individuais, se houve invasão da sua esfera pessoal ou se o fato causou ou não perigo concreto a terceiros.

Diante do exposto, cabe salientar que fica demonstrado, que o ponto de partida, a mola propulsora para a disseminação do tráfico ilícito de drogas, assim como em todo mercado, é a procura do produto por parte de seus consumidores, o que causa a necessidade de maior produção dessas substâncias. Esse processo, conseqüentemente, gera um prejuízo alarmante à sociedade, não sendo justa a inexistência de crime para os casos que envolvam os usuários e dependentes de drogas, diante do problema que estes causam. Ressalta-se também que, nesta perspectiva crítica, os grandes "beneficiários" são os traficantes e as pessoas a estes envolvidas, gerando uma fictícia glamorização em torno do mundo das drogas, cujos principais sintomas são o individualismo exacerbado, cultura hedonista, corrupção, de certa forma incentivados pela ausência de projetos políticos mais amplos e a ineficaz ação do estado na repressão e combate às drogas.

Enfim, em relação ao tema, muito embora não haja mais qualquer possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade para aquele indivíduo que pratique

qualquer uma das condutas do Art. 28 da lei 11.343/2006, o fato continuou a ter natureza de crime. Ainda sobre este aspecto, a 1ª turma do STF, por meio do relatório do Ministro Sepúlveda Pertence, manifestou-se declarando que, de fato, não houve o *Abolitio Criminis*, mas apenas a “despenalização”, entendida assim, como exclusão para o tipo das penas privativas de liberdade (RE 43105 QO/RJ, 12/02/2007, DJ 27/04/2007, p. 00069).

### 2.3.2 Descriminalização

Descriminalizar o uso de drogas significa retirar de algumas condutas seu caráter de criminosas, ou seja, o fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser considerado como crime. O fato continua sendo proibido (ilícito), porém, exclui-se a incidência do direito penal, deixando, assim, de ser punível do ponto de vista penal, passando a ser um ilícito administrativo ou de outra natureza.

Em relação à lei 11.343/2006, surgem algumas discussões acerca do tema no mundo jurídico. Deste modo, para uma parte da doutrina, o novo tipo penal gera apenas a descriminalização da conduta, enquanto para outra, ocasiona a alteração do tipo penal aplicável, não descriminalizando a conduta do fato.

Segundo Talitah Regina de Melo Fidelis (2007, p.01):

A lei se apresenta contrária, a meu ver, quando aplica penas alternativas ao usuário/dependente, quando as penas restritivas de direito sempre tiveram natureza substitutiva o Direito Penal Brasileiro e, aqui, contudo adquiriram natureza autônoma, e tem como penalidade máxima a auferida aos financiadores e custeadores do tráfico. A todos é sabido que o aumento da violência está diretamente ligado ao tráfico ilícito de entorpecentes. O “crime organizado”, assim denominado para se contrapor ao “Estado desorganizado”, movimentava cifras vultuosas, todos os anos, e em sua maioria gerada pela venda de drogas. Isso é público e notório. Desta forma, como pode o legislador deixar de incluir o comprador na lista dos custeadores do tráfico? Pior: como pode o legislador ser tão condescendente com aqueles que alimentam o tráfico e, conseqüentemente, a violência. Ainda pior que aplicar penalidades quase inexistentes, por isso “descriminalização”, é o fato de que as penas alternativas podem ser cumuladas, não perdendo o usuário/dependente o direito a elas, ainda que

reincida nos tipos previstos no artigo 28. A medida de advertência consiste em leve repreensão verbal que deriva do uso de drogas, bem como suas conseqüências para o agente e para a sociedade e, via de regra, é a primeira a ser aplicada caso se verifique a primariedade e a ausência mácula em seu passado. Já as penas de prestação de serviços e medida educativa têm prazo máximo de 05 meses e, em caso de reincidência, independente do crime antecedente, as penas podem ser dobradas, chegando o patamar máximo de 10 meses, sendo a prestação de serviço 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

Ainda sobre o assunto, Luiz Flávio Gomes (2006, p.216) faz algumas ponderações pertinentes ao fato, quando o tema é a criminalização do usuário de drogas:

Não há outro rumo mais lúcido e racional que descriminalizar as drogas, isto é, retirar do Direito penal algumas condutas, reservando-o para o mínimo necessário. Não se trata de legalizá-las, sim, de controlá-las. Vários países nos últimos anos deixaram de punir o porte para consumo de determinadas drogas (Holanda, Portugal pela Lei 30/2000, Suíça, Espanha etc.), preferindo a política de redução de danos (para a sociedade, para o próprio usuário e sua família). [...] Prevenção é a prioridade. O mais sensato e responsável, de tudo quanto se pode extrair das experiências e vivências estrangeiras, consiste na adoção de uma política claramente preventiva em relação às drogas. Educação antes de tudo. E que os pais e professores, dentre tantos outros, assumam sua responsabilidade de orientação e conscientização. [...] A postura da legislação penal brasileira sempre tratou o simples usuário de droga como criminoso.

Surge, em relação a tais argumentos, que, mesmo que se mostrem suficientes para alguns doutrinadores, os operadores do direito devem pautar-se pela Carta Magna (art. 5º, inc. XLVI), a qual também prevê a prestação social alternativa, ao lado das penas de privação ou restrição da liberdade, da perda de bens, da multa e da suspensão ou interdição de direitos. A natureza jurídica do artigo 28 é de medida despenalizadora mista, eis que o legislador optou por adotar medidas educativas – duas delas afastam por completo a aplicação de pena (advertência sobre os efeitos das drogas e comparecimento a programa ou curso educativo), por isso são chamadas de medidas despenalizadoras próprias ou típicas. A terceira trata-se de medida despenalizadora imprópria ou atípica, pois embora objetive evitar a prisão,

impõe ao usuário uma pena restritiva de direitos, como por exemplo, a prestação de serviços à comunidade.

Com efeito, não deve haver nestas ponderações, a confusão entre o ato de descriminalizar e legalizar o uso ou o consumo de certas substâncias. É certo que, a partir do momento da legalização, o fato por si só torna-se descriminalizado, deixando de ser considerado como ato ilícito, não sendo susceptível a qualquer tipo de sanção penal. Como exemplo, tem-se a venda de cigarros (tabaco) para os adultos legalizada, não gerando qualquer tipo de sanção, seja ela administrativa, civil e muito menos penal.

Na verdade, determinado fato, a partir do momento de sua descriminalização, deixa de ser considerado crime, sendo, de tal forma, retirado do âmbito do Direito Penal, não constituindo, deste modo, um ilícito penal.

Porém, nestes casos, não se descarta o sanção de mediada administrativa ou outra penalização de natureza diversa, pois as justificativas, ao serem aplicadas, retiram o caráter de crime de certas condutas. Entretanto, não devem ser consideradas também como excludentes de penalização, caso fossem, seriam estimulantes a consecutivos incentivos ao uso e consumo de substâncias que invariavelmente causam dependência física e psíquica, levando, assim, à certeza da impunidade, encorajando os que vivem à margem da lei e intimidando os que esperam e buscam um pouco de segurança estatal.

### **3. ABORDAGEM E COMPARAÇÃO ENTRE AS ANTIGAS LEIS DE COMBATE ÀS DROGAS E A NOVA LEI (11.343/2006)**

Na comparação entre as antigas Leis de combate às drogas ilícitas, lei n. 6.368/76 e 10.409/2002, em consonância à lei 11.343/2006, conhecida como nova lei de drogas, nota-se que esta última sobrepõe os pontos divergentes ou falhos pertinentes aos cuidados necessários e indispensáveis aos usuários/dependentes, bem como as repressões que devem ser aplicadas aos traficantes de drogas. Sendo que, em referência aos usuários/dependentes de drogas, estes devem receber tratamento diferenciado em relação aos demais envolvidos com a produção, comercialização e venda de substâncias causadoras de dependência, pois, mesmo sendo os principais causadores destas condutas, merecem receber total apoio em relação à luta contra o vício, por serem considerados vítimas de um sistema debilitado em relação às prevenções e tratamentos inerentes aos envolvidos com o consumo de drogas.

De acordo com Renato Marcão (2002, p.15),

O novo Diploma legal, apesar de estar permeado de imperfeições e suscitar várias discussões evitáveis, em sua maior parte é virtuoso, e, sem sombra de dúvida, uma de suas maiores virtudes consiste em resolver a celeuma criada com a vigência simultânea das Leis n. 6.368/76 e 10.409/2002, pois, desde 28 de fevereiro de 2002, quando esta entrou em vigor, houve total rompimento com o princípio da segurança jurídica, sendo conhecida de todos a discussão que se estabeleceu a respeito da aplicação dos dispositivos nela contidos, saindo vencedora no Supremo Tribunal Federal a posição que sempre sustentamos. A questão está resolvida com a vigência da Nova Lei de Drogas, que em seu art. 75 revogou expressamente aquelas duas leis.

Assim, além do mencionado acima, várias são as discussões a respeito da política de redução de danos adotada com a Nova Lei de drogas, bem como sobre o novo tratamento normativo dispensado àquele que “portar ou plantar droga para consumo pessoal”, considerando as disposições do art. 28, *caput* e §§ desta nova lei. Ocorre ainda o tratamento em relação as novas figuras penais encontradas neste texto normativo, principalmente a respeito das regras contidas no art. 36, que se relaciona ao crime de financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º e 34 da referida Lei de drogas. É certo que no capítulo III do título IV contemplam-se as disposições específicas em relação ao procedimento Penal a ser adotado em caso de julgamento dos diversos crimes previstos na então comentada nova lei de drogas.

Nestes aspectos, Andrey Borges Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2007, p. 217/218) declaram que:

Para uma melhor compreensão da matéria nele tratada, deve-se ter em mente, de logo, que os tipos penais da lei estão sujeitos a dois ritos diferenciados:

Aos crimes de tráfico, cultivo, auxílio, maquinários, associação, financiamento, colaboração e condução de veículo marítimo ou aéreo nas formas simples e qualificada (arts. 33, *caput* e §§ 1º e 2º 34, 35, 36, 37, e 39, § único), aplica-se o *iter* previsto nas seções I e II (arts. 50 a 59) do mesmo capítulo III, com utilização subsidiária do procedimento comum do Código de Processo Penal;

As infrações de porte e cultivo para consumo pessoal, compartilhamento e prescrição culposa (arts. 28, *caput* e § 1º, 33, § 3º, e 38), como são infrações de menor potencial ofensivo, devem ser processados pelo rito dos Juizados Especiais Criminais, previsto na Lei 9.099/1995, com as especificidades trazidas pelo art. 48 em relação aos tipos ao art. 28.

Cabe destacar que as normas penais previstas neste Capítulo da lei de drogas têm aplicação imediata aos processos por crimes de drogas já em curso. Essa é a regra geral prevista no art. 2º do Código de Processo Penal: “ A lei Processual aplicar-se-á desde logo sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Deste modo, serão considerados como válidos todos os atos praticados sob a égide das leis anteriores à Lei 11.343/06, assim, a partir de então, é

necessário adotar-se o procedimento previsto na nova lei de drogas, mesmo para os crimes cometidos antes de sua vigência.

Para aplicação dos institutos e preceitos da lei 9.099/95, deve-se disciplinar o art. 61 desta lei com a redação dada pela lei 11.343/06 aquilo que deve ser considerado como infração de menor potencial ofensivo, ou seja,

consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Consoante asseveramos, o legislador deixa claro na nova lei de drogas, respectivamente no art. 48, § 1º o tratamento adequado ao usuário/dependente relacionado no art. 28, instituindo através de outros institutos trazidos pela lei de Juizados Especiais Criminais, que a aplicabilidade da lei do art.60 a 92 da lei 9.099/95, seguindo as disposições gerais, competência, atos processuais, fase preliminar, procedimento sumaríssimo, execução, despesas processuais e as disposições finais. Não obstante, sejam alcançados aos delitos de porte e cultivo para consumo pessoal, sendo, desta maneira, tratados como crimes de menor potencial ofensivo. Porém, nestes casos, nem todos os preceitos da Lei dos Juizados Especiais são cabíveis, como por exemplo, o art. 74 da Lei 9.099/95, que se refere aos aspectos de composição de danos civis, pelos quais os delitos previstos no art. 28 não apresentam vítimas determinadas.

Em conseqüência, como qualquer outro crime em que o sujeito passivo seja indeterminado, mesmo os que prevejam penas máximas até dois anos de privação de liberdade, não será possível a reparação de danos civis. Ocorre fato idêntico com a questão da representação como condição de procedibilidade (art.88 da lei 9.099/95), a qual, mesmo se tratando de crimes de lesões corporais leves e culposas, apresenta ressalva para os delitos de porte e cultivo para consumo pessoal. Assim, em caso de detenção de sujeito passivo indeterminado há a impossibilidade da representação.

Torna-se relevante a indagação sobre o cabimento da suspensão condicional do processo, sobre o qual a nova lei de drogas não faz menção expressa. Sobre essa questão Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Camargo (2007, p. 223) declaram que

é certo que, ao se aplicar o benefício da suspensão condicional do processo aos acusados por crimes de porte e cultivo para consumo pessoal, deve-se sempre ter em conta que as condições do *sursis* processual não devem ser mais gravosas que as próprias penas previstas no art.28. Para tanto, impõe-se questionar até que ponto a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, estas duas últimas aplicáveis pelo prazo máximo de cinco ou dez meses, podem ser consideradas mais severas que um período de provas por prazo de até dois anos, no qual estará o acusado proibido de freqüentar determinados lugares, ausentar-se da comarca onde reside sem autorização e comparecer pessoalmente em juízo a cada mês. Nesta ponderação, tendo em vista a perspectiva do que seria a pena aplicada em concreto, caberá aos operadores de direito, uma análise de cada caso em concreto, olvidando que as respectivas penas do art. 28, são aplicadas após uma condenação penal, da qual advirá outros efeitos, como a reincidência, ao passo que o cumprimento da suspensão condicional do processo implica em extinção de punibilidade, mantendo o réu o *status* de primário.

Assim, os crimes de porte e cultivo para uso pessoal são de competência do Juizado Especial Criminal, enquanto os demais crimes previstos nesta nova Lei de Drogas, com penas máximas acima de dois anos de reclusão, são de competência das Varas especializadas em drogas ou em Varas comuns, dependendo da organização Judiciária determinada em cada tribunal. Porém, nos casos de concurso de crimes, estes estabelecidos no art. 28 poderão vir a ser julgados por varas comuns ou especializadas em drogas.

Com a entrada em vigor desta nova Lei de drogas nº 11.343/06 que passou a disciplinar os crimes contidos na antiga Lei 6.368/76, os prazos para a conclusão da instrução processual passaram a ser os mais diversos possíveis, motivo pelo qual é oportuno um sucinto comentário a respeito destas mudanças para uma melhor compreensão da dimensão processual que a matéria passa a tratar a respeito das condutas praticadas pelos agentes envolvidos com o consumo e,

conseqüentemente, com o tráfico de drogas em nosso país.

Em consonância com esta nova legislação antidrogas, nos casos de prisão em flagrante, a autoridade de Polícia Judiciária deve comunicar imediatamente ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, o qual deve ser encaminhado ao Ministério Público em no máximo 24 horas (art. 50, *caput*).

Em relação ao procedimento a ser adotado para os crimes de porte e consumo para uso pessoal (art. 28, *caput* e § 1º), sendo este também compartilhado com o art. 33, § 3º e com prescrição culposa (art. 38), o legislador deve adotar o procedimento sumaríssimo previsto nos artigos 77 a 83 da Lei 9.099/95. Diante do referido assunto, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Camargo (2007, pg. 225) afirma que

este procedimento tem como características principais a oralidade e a celeridade, valendo, ainda, a informalidade e a economia processual como critérios balizadores, nos termos do art. 62 da Lei dos Juizados Especiais. Assim, o procedimento tem início na audiência designada para a formulação da proposta de transação penal. Uma vez recusada a proposta ou ausente o autor, o Ministério Público apresentará imediatamente, denúncia oral, que será reduzida a termo. Aproveitando-se, assim, o mesmo ato, não sendo necessária a designação de nova audiência, com o que se respeita a economia processual. Também neste momento, se se verificar que a complexidade do caso impede que seja ele processado por este rito, com características informais, é possível o encaminhamento do feito para processamento por Vara Comum, abrindo-se mão, neste caso, do procedimento sumaríssimo.

Deste modo, o prazo para o término do inquérito policial, em se tratando de indiciado preso, é de 30 (trinta) dias e de 90 (noventa) dias quando (falta completar a frase). Valendo-se frisar que esse prazo pode ser duplicado pelo juiz, depois de ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de Polícia Judiciária, razão esta pela qual o termo para a conclusão da peça policial pode chegar a 60 (sessenta) dias (art. 51, parágrafo único).

Findado os prazos a que se refere o art. 51, a autoridade policial remeterá os autos do inquérito ao juízo:

I – relatando as circunstâncias do fato, justificando a classificação do delito, quantidade, natureza da substância ou produto apreendido, local da ação criminosa, circunstâncias da prisão, qualificação, conduta e antecedentes do agente; ou

II – requerendo a devolução deste inquérito para a realização de novas diligências, caso seja necessário

Pois bem, conforme parágrafo único do art. 52 esta remessa far-se-á sem prejuízo de diligências complementares.

I – necessárias ou úteis a elucidação dos fatos, sendo o resultado encaminhado ao juízo competente no prazo de 03 (três) dias, antes da audiência de instrução e julgamento;

II – necessárias ou úteis a indicação dos bens, valores e direitos que se figurem ou não que seja titular o agente, devendo o resultado ser encaminhado no prazo de 03 (três) dias, ao juízo competente, antes da audiência de instrução e julgamento.

Após a conclusão do inquérito policial, o Ministério Público tem o prazo de 10 (dez) dias para adotar as seguintes providências;

I – requerer o arquivamento

II – requisitar as diligências que entender necessárias, ou;

III – oferecer denúncia, arrolando 05 (cinco) testemunhas e requerendo as demais provas que entender pertinentes.

Oferecida a peça acusatória ou denúncia, o juiz, após ordenar a notificação do acusado, deverá apresentar defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias (art. 55). Caso a resposta não seja apresentada no tempo determinado, o juiz nomeará novo defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias (art. 55, §3º).

Na audiência de instrução e julgamento, por tratar-se de defesa preliminar, podendo ensejar, inclusive a rejeição da denúncia, o defensor do acusado responderá oralmente à acusação. Porém, se o acusado estiver presente na audiência, considerar-se-á citado e intimado da data da audiência de instrução e julgamento, se ausente será citado por mandado, devendo apresentar nesta, as testemunhas que pretenda serem ouvidas.

Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias (art. 55, §4º).

Sendo imprescindível, o magistrado determinará a realização de diligência, exames e perícias no prazo máximo de 10 (dez) dias (art. 55, §5º).

Recebida a denúncia ou peça acusatória, o magistrado “designará dia e hora para audiência de instrução e julgamento” (art.394 do CPP), determinando a citação do réu, e estando este preso haverá sua requisição, nos termos do art. 360 do CPP. Esta audiência de instrução e julgamento deverá ser realizada no tempo limite de 30 (trinta) dias, a contar da data do recebimento da denúncia (art. 56, §2º).

Sobre este assunto, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Camargo (2007, p. 225) declaram que

ao receber a denúncia o juiz passará imediatamente à oitiva das testemunhas de defesa e as de acusação, sendo que, após o interrogatório destas o juiz interrogará o réu, procedimento este contrário ao tradicionalmente utilizado no Processo Penal Brasileiro, que festejadamente prestigia o Princípio da Ampla defesa. Continuadamente, respeitando o Princípio da Informalidade, dispensa-se o relatório, porém neste caso, os recursos cabíveis são os de Embargos Declaratórios, sendo interpostos no prazo de cinco dias, e a Apelação, esta com prazo de dez dias e por escrito, já com as razões que será julgada por Turma Recursal, composta por três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição.

Para os casos de Prisão em Flagrante pelos crimes elencados no art. 28, a Lei 11.343/06 trouxe disposições especiais no que se refere aos procedimentos a serem adotados pela autoridade Policial, pois a finalidade do legislador era manter fora das delegacias, os chamados usuários/dependentes de drogas, evitando, desta forma, estigmatizá-los. Nesta concepção, o espírito da lei estaria engajado em separar rigidamente os usuários dos traficantes, tratando-os de forma diferenciada e, para tanto, passa a disciplinar que, em face do usuário apreendido com drogas, seguindo as prescrições da Lei 9.099/95, não se lavrará auto de prisão em flagrante, devendo, em substituição deste, elaborar-se o termo circunstanciado.

Cabe salientar que as referidas providências mencionadas nos §§ 2º e 3º da nova lei não se confundem inteiramente com as previstas no art. 69, *caput*, e parágrafo

único, da Lei 9.099/95. Nestes termos, cria-se uma causa de dispensa da lavratura do auto de Prisão em Flagrante, desde que o autor do fato seja imediatamente encaminhado ou assuma o compromisso de a ele comparecer, caso em que será lavrado o Termo circunstanciado para estes crimes considerados como de menor potencial ofensivo.

Da nova Lei de drogas, pode-se inferir que a situação é diversa, não havendo qualquer condicionante, pois em seu art.28, §§ 2º e 3º, determina-se que aquele que for apreendido em flagrante pela prática dos crimes previstos no art. 28 da Lei, em hipótese alguma terá contra si lavrado o auto de prisão em flagrante e, muito menos, verá sua captura ser convertida em detenção, pois no § 2º, demonstra-se que o usuário de drogas deverá ser encaminhado pela autoridade Policial, de imediato, para o Juízo competente, o qual, nesse caso, é representado pelo Juizado Especial.

Ainda segundo o § 3º, fica determinado que, na hipótese de estar ausente a autoridade Judicial, o compromisso e o termo circunstanciado serão elaborados pela autoridade Policial.

Neste sentido, é relevante dar atenção à justificativa final do Senado ao Projeto de Lei 115/2002 (Diário do Senado Federal, de 06/07/2006), convertido na presente lei:

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

Neste contexto, pela dicção do art. 48 da nova Lei de drogas, os procedimentos cabíveis são:

- a autoridade policial conduz o autor do fato imediatamente ao juízo competente, para que a Secretária do Juízo elabore o termo circunstanciado e requisite os exames necessários;

- não sendo possível o encaminhamento ao juízo competente, deve a autoridade policial, no local em que encontrou o agente, elaborar o termo circunstanciado, requisitando os exames necessários, não o encaminhando à Delegacia de Polícia.

Assim, tendo em vista as dificuldades práticas acima levantadas, percebe-se que a melhor opção para a autoridade Policial será, em caso de dúvidas, conduzir o agente à Delegacia de Polícia, apesar da letra da lei não ter deixado explícita tal possibilidade. Na Delegacia, a autoridade Policial Judiciária poderá analisar e tipificar globalmente a conduta do agente com maior segurança e maiores elementos. Deve-se, porém, tomar as devidas cautelas de não expor o suposto usuário a publicidade constrangedora ou colocá-lo em meio a outros criminosos comuns, principalmente traficantes.

No tocante ao assunto, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2007, p.238) afirmam que

não teria sentido que, para evitar lesão á imagem do usuário – evitar sua estigmatização, como dito acima -, fosse colocada em risco a própria segurança da sociedade. Vejam que o operador deve sobesar os bens jurídicos, fazendo pender a balança para este último (segurança da sociedade), certamente de maior importância. O que está em jogo não é a liberdade do indivíduo, mas sua imagem.

Ainda sobre o tema e, norteados pelo art. 301 do Código de Processo Penal, os referidos autores declaram que

não é demais lembrar que o Direito Penal somente incrimina, segundo os Princípios da Intervenção mínima e da fragmentalidade, as lesões mais graves aos bens jurídicos mais relevantes. Mesmo que não seja apenado com as penas privativas de liberdade, o fato de o Direito Penal ter tipificado a conduta de portar droga para consumo pessoal já demonstra, inequivocadamente, que a sua prática é antijurídica, e, portanto, deve ser cessada.

Entretanto, além da preocupação com usuário/dependente de drogas que, segundo

a Lei, merece atenção e tratamento diferenciado dos demais agentes envolvidos para, de fato, se recuperar do vício e reintegrar-se ao convívio social, deve-se, também, zelar pela segurança da sociedade, pois, neste contexto do tráfico, o cidadão acaba tornando-se vítima das ações dos envolvidos nesse sistema. Mesmo o usuário/dependente, muitas vezes, para manter seu vício comete alguns delitos, como por exemplo, o furto e o roubo, considerados crimes contra o patrimônio.

Sobre a transação Penal, para os crimes de porte e cultivo para consumo pessoal, o art. 48, § 5º, tratou apenas de adaptar a proposta do Ministério Público às penas previstas para os crimes do art. 28 da nova Lei de drogas. Assim, Mendonça e Carvalho (2007, p.241), explanam o assunto da seguinte forma:

A transação deve envolver, portanto, a aplicação imediata das penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Em divergência ao tratamento dado aos crimes de menor potencial ofensivo, não será possível o oferecimento de proposta de penas de prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana ou multa.

Nesta análise, surge a sensação de ser mais vantajoso recusar a proposta de transação e ser processado, porquanto, ao final, as penas a cumprir seriam as mesmas, havendo ainda a possibilidade de que não sobreviesse a condenação. Assim, sendo aceita a transação penal, consoante ao art. 76, § 4º, da Lei 9099/95, o único efeito prejudicial ao agente seria a impossibilidade de se valer do mesmo benefício nos cinco anos seguintes, no mais, é como se sua folha de antecedentes permanecesse imaculada.

Do contrário, caso não utilize a transação, o autor do fato correrá o risco de perder a primariedade, podendo passar a constar em sua folha de antecedentes, com o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, ou seja, o apontamento em testilha. Isto sem contar o ônus do processo e a possibilidade de, no caso de condenação, vir a ser considerado reincidente se praticar algum crime ou contravenção no prazo de até cinco anos após a extinção ou cumprimento da pena.

Sobre esta questão, Mendonça e Carvalho (2007, p. 242) fazem a seguinte afirmação:

Vale lembrar, ainda, que na transação para os crimes de porte e cultivo para consumo pessoal, o juiz não poderá, em hipótese alguma, reduzir as penas que tiverem sido aceitas pelo imputado. Esta possibilidade existe no regime geral da Lei dos Juizados Especiais, porém, conforme afirma Renato Marcão: “Considerando que o § 1º do art. 76 da Lei 9099/95 se refere especialmente á possibilidade de redução, pelo Juiz, da pena de multa transacionada, não há qualquer possibilidade de sua inidência em se tratando de transação vinculada à prática de conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, porquanto vedada transação com aplicação de pena de multa.

De tal forma, diante da impossibilidade da adoção das medidas de garantia do § 6º do art. 28 para obrigar o cumprimento das penas acordadas, a solução mais coerente com o referido instituto da transação penal é a devolução dos autos ao Ministério Público, para o respectivo oferecimento da denúncia, caso essa transação penal seja descumprida. Inclusive este é o posicionamento dominante do Supremo Tribunal Federal, que, referindo-se ao HC 79.572/GO e HC 80.802/MS, entende ser impossível a conversão de penas acordadas em transação em pena privativa de liberdade, em caso de descumprimento, devendo os autos serem devolvidos ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia.

Ainda sobre o tema da transação penal, vejamos a conceituação que Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dornelles (2006, p. 32) trazem à luz para discussão:

O conceito de transação penal vem do latim *transactio*, no sentido de exprimir uma espécie de negociação, em sentido gramatical, um sentido de pacto na quais as pessoas realizam um contrato, ou negociam, a fim de prevenir um litígio, ou mesmo colocar fim a um determinado litígio que se tenha iniciado. Cumpre a transação penal a tarefa de evitar a contestação. Assim, esta terá sempre um caráter consensual; por esta razão, este acordo é também denominado de composição amigável. [...] a proposta de transação penal, que é modalidade de ação penal, somente pode ser feita nos casos em que o agente ministerial tiver feito análise semelhante àquela que faz para o oferecimento da denúncia e tiver vislumbrado elementos suficientes para o desencadeamento de ação penal contra o autor do fato.

Sobre o assunto, de forma resumida, pode-se referenciar a instrução processual nos ditames do art. 398 do CPP, o qual demonstra que serão inquiridas no máximo 08 (oito) testemunhas de acusação e até o mesmo número para a defesa. Sendo que, nestes termos, não se compreendem as que não prestarem compromisso e as referidas (parágrafo único do referido artigo).

Na realização da inquirição das testemunhas de acusação, estas deverão ser ouvidas dentro do prazo de 20 (vinte) dias, em se tratando de réu preso, ou 40 (quarenta) dias quando réu estiver solto. Assim está demonstrado no artigo 401 do Código de Processo Penal, sendo estes prazos contados a partir do encerramento do tríduo de defesa prévia (art. 401, § único do CPP).

Determinando-se a realização de avaliação para atestar a dependência de drogas, esse prazo deverá ser estendido para 90 (noventa) dias (art. 56, §2º), sendo computado a partir do recebimento da denúncia.

Encerrado os debates na referida audiência de instrução e julgamento, o juiz, após a conclusão dos autos, decidirá a sentença de imediato ou a fará no prazo de 10 (dez) dias (art. 58).

Seguindo-se os procedimentos, após se ajustar os prazos acima mencionados, observam-se as seguintes conclusões:

I - O prazo a ser proferida a sentença, via de regra, será de 85 dias;

II - Mantendo-se inerte o defensor titular e havendo necessidade de nomeação de novo defensor para a apresentação de defesa prévia, o prazo se estenderá para 95 dias;

III - Havendo diligências a serem realizadas, o prazo será de 95 dias;

IV - Existindo, nos autos, pendência de avaliação de dependência de drogas, o prazo será de 145 dias;

V - Ocorrendo a nomeação de novo defensor para a apresentação de defesa prévia e existindo diligências a serem requeridas pelo juiz, o prazo será de 105 dias;

VI – Designado novo defensor para a apresentação de defesa prévia, bem como

estando os autos no aguardo da avaliação de dependência de drogas, o prazo será de 155 dias;

VII - Havendo a necessidade de novas diligências e pendência de conclusão da avaliação de dependência de drogas, o prazo será de 155 dias;

VIII – Constituído um novo defensor para a apresentação de defesa prévia, tendo diligências a serem realizadas e pendências de conclusão da avaliação de dependência de drogas, o prazo será de 165 dias.

Podendo, ainda, ocorrer uma nova dilação de prazos caso haja duplicação do termo para a conclusão do inquérito policial, sendo este de (60 dias), senão vejamos:

I - O prazo para a prolação da sentença será de 115 dias;

II - Ocorrendo a nomeação de novo defensor para a apresentação de defesa prévia, o prazo será de 125 dias;

III - Advindo a necessidade de novas diligências, o prazo será de 125 dias;

IV - Havendo pendência de conclusão da avaliação de dependência de drogas, o prazo será de 175 dias;

V - Designado novo defensor para a apresentação de defesa prévia e tendo diligências a serem realizadas, o prazo será de 135 dias;

VI - Em caso de nomeação de novo defensor para a apresentação de defesa prévia e havendo pendência de avaliação de dependência de drogas, o prazo será de 185 dias;

VII - Existindo diligências a serem realizadas, bem como pendência de avaliação de dependência de drogas, o prazo máximo será de 185 dias;

VIII - Advindo a nomeação de novo defensor para a apresentação de defesa prévia, tendo diligências a serem realizadas e pendência de avaliação de dependência de drogas, o prazo teto será de 195 dias.

Não obstante, ser possível ocorrer 16 (dezesesseis) combinações, existem 12 (doze) prazos distintos a serem considerados quando da análise do alegado excesso de prazo. Em suma, os prazos para a formação da culpa variam de 85 (oitenta e cinco) a 195 (cento e noventa e cinco) dias.

Ressalte-se, também, que os termos acima descritos levam em consideração a sentença proferida no ato da audiência de instrução e julgamento; porém, esses marcos podem sofrer um acréscimo de 10 (dez) dias, caso o julgador opte em não decidir na aludida audiência (art. 58), o que modifica o patamar mínimo para 95 (noventa e cinco) e o máximo para 205 (duzentos e cinco) dias, além de render mais 16 (dezesesseis) combinações. Assim se aplica o notório adágio de que “cada caso é um caso”.

Vale registrar, ainda, que os termos tratados pela nova lei de drogas não podem ser avaliados com rigorismo exacerbado, devendo, sempre, ser realizado um estudo em consonância com o princípio norteador da razoabilidade, tendo em vista as peculiaridades de cada caso, trâmites processuais complexos. O prazo para o término da instrução processual não é absoluto, podendo ser dilatado conforme as particularidades de cada episódio. A demora razoável e justificada na formação da culpa não configura constrangimento ilegal.

Sobre estas circunstâncias, fica-se a indagação: mas que efeitos haveriam de se reconhecer caso o excesso de prazo venha a ocorrer após o término da instrução criminal?

Desde que a defesa não tenha contribuído para a mora, entendemos que o réu não pode ficar aguardando uma decisão *ad eternum* só por que cessou a instrução. A simples alegação de que a instrução processual atingiu seu fim, não serve como escusa para afastar o tão-famigerado constrangimento ilegal. Em caso de retardamento imputável à máquina judiciária, a soltura do agente é medida que se impõe, sob pena de se ofender os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo (artigo 5º, incisos III e LXXVIII da Constituição Federal). De tal modo, fica suplantada a Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça que apregoa: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

Aliás, nesse sentido já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou o entendimento de que a prisão por sentença de pronúncia sujeita-se ao limite da razoabilidade, não se permitindo o seu prolongamento por tempo indefinido. A demora injustificada para encerramento do processo criminal, sem justificativa plausível ou sem que se possam atribuir ao Réu as razões para o retardamento daquele fim, ofende princípios constitucionais, sendo de se enfatizar o da dignidade da pessoa humana e o da razoável duração do processo (art. 5º, inc. III e LXXVIII, da Constituição da República). A forma de punição para quem quer que seja haverá de ser aquela definida legalmente, sendo a mora judicial, enquanto preso o Réu ainda não condenado, uma forma de punição sem respeito ao princípio do devido processo legal. (Primeira Turma. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 15 de agosto de 2006. Publicação: 07 de dezembro de 2006, p. 00052)

Após sucinto retrospecto, deve-se permear a discussão traçando um comentário sumário acerca da segregação da prisão cautelar, dentro dos moldes da legalidade respeitando os agentes envolvidos no caso concreto. Nestes termos a referida prisão cautelar deve ser decretada em situações excepcionais, ou seja, quando presentes os indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime, assim como pelo menos um dos pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal). A prisão cautelar não pode ser tratada como forma de antecipação da condenação.

Segundo a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (1997, p. 487), este assunto deve ser tratado da seguinte forma:

Já vimos que a prisão preventiva é medida excepcional e, por isso mesmo, decretável em casos de extrema necessidade. Segue-se, pois, que, se durante o processo o Juiz constatar que o motivo ou os motivos que a ditaram já não mais subsistem, poderá revogá-la. É claro que, se a medida excepcional fica condicionada a uma daquelas circunstâncias - garantir a ordem pública, preservar a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal -, se nenhum desses motivos subsiste, outro caminho não resta ao Juiz senão revogar a medida odiosa. Cumpre observar que, atualmente, a prisão provisória, entre nós, fica adstrita a uma daquelas circunstâncias. Nem mesmo a prisão em flagrante, seja a infração afiançável ou inafiançável, pode subsistir, se não houver a necessidade de encarceramento, expressa naquela fórmula do art. 312 do CPP. Por outro lado, mesmo revogada a preventiva, tal como previsto no art. 316 do CPP, nada impede que o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante, venha a red decretá-la. Em que hipótese? Se sobrevierem as razões que a justifiquem.

Ainda neste propósito, Luigi Ferrajoli (2002, p. 443) observa:

Para Hobbes, a prisão preventiva não é uma pena mas um ato de hostilidade contra o cidadão, de modo que qualquer dano que faça um homem sofrer, com prisão ou constrição antes que sua causa seja ouvida, além ou acima do necessário para assegurar sua custódia, é contrário à lei da natureza. Para Beccaria, sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade: precisamente, a custódia de um cidadão até que seja julgado culpado, [...] deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível e não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime. Para Voltaire, o modo pelo qual em muitos Estados se prende cautelarmente um homem assemelha-se muito a um assalto de bandidos. Analogamente, Diderot, Filangieri, Condorcet, Pagano, Bentham, Constant, Lauzé Di Peret e Carrara denunciam com força a atrocidade, a barbárie, a injustiça e a imoralidade da prisão preventiva, exigindo sua limitação, tanto na duração como nos pressupostos, aos casos de estrita necessidade do processo.

Essas orientações têm como único objetivo registrar a excepcionalidade da prisão cautelar, que deve ser minuciosamente analisada de acordo com cada caso.

A constituição brasileira determina que ninguém deve ser condenado à pena não permitida pela legislação constante nesta. Desta forma, se um indivíduo que pratica um ato ilícito é condenado a qualquer uma das penas não identificáveis na carta magna, estará sendo apenado inconstitucionalmente.

É importante salientar os dois princípios constitucionais que embasam a Constituição Federal, os quais se perfazem no Princípio da Razoabilidade e no Princípio da Proporcionalidade, assim consagrados no artigo 5º, inciso LIV, do mesmo codex.

O referido Princípio da Razoabilidade claramente expresso no artigo 5º, inciso LIV determina que:

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido Processo legal. Nenhuma pessoa será julgada a não ser por um juízo competente e/ou pré-constituído, bem como aplicação dos enunciados latinos *nullum*

*crimen sine lege* (nulo o crime sem tipificação legal), ou *nulla poena sine lege*, (nula pena sem lei).

Neste aspecto, pode-se ressaltar que o artigo supracitado consagra o princípio do devido processo legal, sendo que este princípio está ligado à separação dos poderes, isto é, em um regime democrático de direito, de forma a ultrapassar a simples garantia processual, configurando de tal forma dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material como no âmbito formal, assegurando, assim, a igualdade de condições de um Estado precursor e a plenitude de defesa.

Ademais, tal princípio corolário, a ampla defesa e o contraditório, devem ser assegurados aos litigantes da lide. O princípio da ampla defesa se perfaz na proteção dada ao réu de condições que possibilitem trazer todos os elementos a esclarecer a verdade ou mesmo omitir ou calar-se, se entender necessário.

O contraditório é a exteriorização da ampla defesa, pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito à defesa. Deste modo, está poderá opor-se ou dar versão melhor, bem como fornecer versão jurídica diversa àquela dada anteriormente.

De acordo com Nelson Nery Junior (2006, p. 58):

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em uma manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com a igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

Pode-se notar que o princípio da razoabilidade não está expressamente prevista na Constituição Brasileira, porém, pode ser encontrado em alguns dispositivos constitucionais. Ressalte-mos que a previsão de tal princípio adveio com os trabalhos da Assembléia Constituinte de 1988, principalmente com a redação do artigo 44:

A administração pública, direta ou indireta, e qualquer dos Poderes obedecerão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade.

Deste modo, não se pode negar que tal princípio integra de forma total o ordenamento constitucional brasileiro. O Princípio da Proporcionalidade se encontra consagrado em diversas normas como nos direitos e garantias individuais, conforme artigo 5º, inciso V, que dá direito de resposta proporcional ao agravo.

No direito penal, aplica-se o artigo 5º, inciso XLVI, *caput*, de maneira implícita às garantias proporcionais ao delito cometido, o qual regula a individualização das penas e, ainda em seu inciso XLVII, prescreve-se a proibição de determinadas penas, sendo estas degradantes ou cruéis

Nestes termos, podemos destacar a atuação do Ministério Público, que assegura as medidas necessárias, isto é, proporcionais, visando garantir os direitos constitucionais, conforme reza o artigo 129, inciso II da Constituição Federal. Ainda o inciso IX, discorre acerca da função do Ministério Público no exercício de outras atividades.

Segundo Luis Roberto Barroso, a atuação do Estado quando na produção de normas jurídicas, normalmente será feita diante de certas circunstâncias concretas, será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos por determinados meios.

Em consonância com os exemplos citados, fica caracterizado e demonstrado com maior nitidez a presença do princípio da proporcionalidade em nossa Constituição Federal.

Os princípios Constitucionais relativos ao direito penal tendem a limitar a interferência penal, fixando termos imutáveis, que limitam a atividade penal do Estado garantindo a inviolabilidade do direito a liberdade e de outras prerrogativas individuais.

Nestas perspectivas, o caminho dado pela nova Lei de drogas, bem como os

trâmites legais impostos pela nossa Carta Magna e o Direito Penal e Processual, trazem contornos atuais e modernos, próximos aos de países de primeiro mundo. A partir desses preceitos legais, deve-se assegurar o respeito ao princípio da dignidade humana, fator essencial e, dentro desses limites, aplicar a lei de maneira rígida àqueles indivíduos envolvidos no processo de produção, comercialização e consumo de drogas ilícitas, para que, deste modo, estes não privem o direito ou atentem contra a vida daqueles que respeitam o poder do Estado.

#### **4. A NOVA LEI DE DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO PARA O USUÁRIO E PENALIZAÇÃO PARA O TRAFICANTE**

A Lei 11.343/06, conhecida como nova lei antidrogas, traz em seu bojo inovações significativas e tem aplicação no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tratando-se, porém, de uma norma de caráter nacional e não apenas federal, que, enfrentando uma série de questões quanto aos seus efeitos, gera mudanças na aplicação de penas tanto em relação aos usuários/dependentes, quanto em relação aos traficantes.

Conforme Fernando Capez (2007, p. 681), as diversas modificações encontradas podem ser elencadas da seguinte forma:

Instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, cria dois novos tipos penais para quem é usuário, entre eles, transportar e ter em depósito, elenca em seu (art. 1º), a substituição da expressão substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica por drogas, demonstra no (art.28), a extinção da previsão de pena privativa de liberdade para o usuário/ dependente passando a prever somente penas mais brandas, tais como advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa, como meios de reinserção social, tipifica ainda a conduta de quem semeia, cultiva e colhe plantas capazes de causar dependência física ou psíquica, em pequenas quantidades, destinadas ao consumo próprio. Além do mais, diferenciou a conduta do traficante profissional com a do traficante eventual, majorando a pena prevista para o traficante, que era de 3 a 5 anos para 5 a 15 anos, e impondo uma multa mais severa (500 a 1500 dias-multa).

Esta nova lei, junto às alterações citadas, tem como escopo a adoção de um regime repressivo para o traficante e preventivo para o usuário/dependente. Nesta diretriz, tem como metodologia a alteração do enfoque social sobre as drogas, causando desta forma um imenso número de problemas e alterações jurídicas, necessitando, para sua efetiva aplicação ao caso concreto, de uma efetiva análise doutrinária e

jurisprudencial.

Ainda P. A. B Gentil (2008, p.01), demonstra:

A entrada em vigor da lei 11.343/2006 trouxe, dentre outras novidades, uma causa de redução de pena para os autores de tráfico ou delitos a ele equiparados, previstos no seu artigo 33, aplicável se o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Essa circunstância minorante naturalmente constitui um benefício para o réu e, por isso, acende a discussão sobre a aplicabilidade aos casos regidos pelo artigo 12 da lei nº 6368/76, já que, por princípio constitucional, a nova lei mais benéfica deve ser aplicada retroativamente. No entanto a possível adoção do novo dispositivo legal parece assunto de difícil solução. Avultam em torno dele o problema da combinação de partes de duas leis diferentes e a dificuldade em determinar qual das duas normas – a antiga ou a nova – é a mais favorável ao réu. Esse é o tema que o presente trabalho procura enfrentar, ficando consignado, de antemão, que se trata de questão que tende a permanecer aberta, até que o necessário tempo de maturação sedimente uma doutrina e jurisprudência que permitam lidar mais facilmente com ela.

Neste aspecto, pode-se perceber que, no capítulo II, do título IV, vem intitulado que “da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes”, bem como no capítulo III, do título III, o qual demonstra “das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependente de drogas”. Assim afixa modelos de condutas proibidas que em títulos diversos, servindo como base aos meios de aplicabilidade da lei em casos específicos, em certos casos com penas privativas de liberdade aos traficantes de drogas em outros com penas restritivas de direitos aos usuário/dependente de drogas consideradas como entorpecentes.

A retroatividade da lei penal benéfica é dogma constitucional e tema indispensável ao Direito Penal, tanto quanto imprescindível na elaboração de uma política criminal democrática, na mesma intensidade que o princípio da legalidade em matéria penal.

A indispensável atualização legislativa que impõe a adequação do sistema normativo aos dias correntes decorre da dinâmica da vida em sociedade e, apesar de ter seus olhos voltados para o presente e o futuro, também tem repercussões em relação a fatos passados.

Bem por isso o disposto no art. 2º, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, nos seguintes termos:

Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. A lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Em relação ao fenômeno da sucessão de leis penais, pode-se dizer que com o advento da Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas), surgem novamente algumas discussões em relação às interpretações das referidas normas. E comparando-se essa lei nova com a antiga (Lei 6.368/1976), nota-se que em muitos pontos a lei nova ora é mais favorável, ora é mais severa em relação ao tratamento com os indivíduos envolvidos, sejam eles usuário/dependente ou traficante. Em todos os pontos em que for favorável retroage (deve retroagir para beneficiar os réus). Caso contrário, quando maléfica não retroage. São muitas as situações que merecem nossa atenção, onde destacaremos os seguintes artigos de ambas as leis:

LEI 6368/76	LEI 11.343/06
<p>Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com</p>	<p>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:</p>

determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.	Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
--	--

**Quadro I – Comparativo entre lei 6368/76 e lei 11.343/06 (In: GOMES, 2008)**

Neste sentido percebe-se um aumento de pena para todo aquele que exerça quaisquer das práticas descritas na nova lei, não havendo, porém, a retroatividade da lei em benefício do réu, pois, ao repetir os mesmos núcleos do art. 12, prevê conseqüências penais (corporal e pecuniária) mais graves aos considerados como produtores, comerciantes e vendedores de drogas. Deste modo, deve total atenção ao objetivo jurídico da Tutela Penal, que é a saúde pública, evitando assim o dano para a saúde do indivíduo e conseqüentemente o prejuízo para toda a coletividade.

LEI 6.368/76 ART. 12 (...) 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:	LEI 11.343/06 ART 33 (...) 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:
I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;	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;
--	-----------------------

**Quadro II – Diferenciação entre o artigo 12 da lei 6.368/76 e o artigo 33 da lei 11.343/06 (In: GOMES, 2008)**

Sobre essa diferenciação, nota-se que o art. 33, § 1º, I, da lei nova é irretroativo, pois, repete os mesmos núcleos do art. 12, I, da lei antiga, prevendo ainda um novo objeto material (insumo) com conseqüência penal (corporal e pecuniária) mais grave, impossibilitando assim retroagir a lei para beneficiar o réu, estando ele praticando condutas relacionadas ao tráfico ilícito de drogas.

Segue-se ainda outras diferenciações referentes ao artigo 12 da lei 6.368/76 e artigo 33 da lei 11.343/06, mencionadas no quadro abaixo:

LEI 6.368/76 ART. 12 (...) 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:	LEI 11.343/06 ART. 33 (...) 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:
(...) II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.	(...) 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;

**Quadro III - Novas diferenças (In: GOMES, 2008)**

Notoriamente se percebe a irretroatividade da lei nova neste art. 33, § 1º, II, pois em seu conteúdo repete os mesmos núcleos do art. 12, II, prevendo conseqüências penais (corporal e pecuniária) mais graves. Porém, devemos analisar a interpretação

do verbo plantar de ambos os artigos, pois com o surgimento da lei nova o plantio de pequena quantidade para uso agora está equiparado ao mero porte (art. 28), retroagindo para aqueles que antes subsumiam ao tipo do tráfico. Assim, se tal ensinamento levava a um comportamento atípico (lacuna), deve aplicar a nova Lei de forma irretroativa como mencionado anteriormente.

<p>LEI 6.368/76</p> <p>ART. 12 (...)</p> <p>2° Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:</p>	<p>LEI 11.343/06</p> <p>ART. 33 (...)</p> <p>1° Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:</p>
<p>(...)</p> <p>II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.</p>	<p>(...)</p> <p>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.</p>

**Quadro IV- Diferenças quanto ao uso indevido da propriedade para o tráfico de drogas (In: GOMES, 2008)**

Consoante ao art. 33, § 1º, III, da nova lei de drogas o legislador restringiu a punição para todo aquele que age visando à prática ilícita do tráfico de drogas mostrando que o novo tipo penal é irretroativo, uma vez que a sanção trazida pela Lei 11.343/06 é mais gravosa, ampliando ainda o conceito de local para “bem de qualquer natureza”. Porém, se a cessão do local for para uso, a nova lei deixa de aplicar a mesma pena do tráfico, entendendo o legislador que a referida hipótese

deve ser analisada como simples induzimento, tipificado no parágrafo seguinte, com pena menos grave, retroagindo neste caso a aplicabilidade da lei.

<p>LEI 6.368/76</p> <p>Art. 12</p> <p>2°</p> <p>I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;</p>	<p>LEI 11.343/06</p> <p>Art. 33.. .....</p> <p>.....</p> <p>2° Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:</p> <p>Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.</p>
--	---

**Quadro V – Comparação no induzimento ao uso indevido de drogas: (In: GOMES, 2008)**

Diante ao exposto, o indivíduo ou agente que, em casos específicos, induzir, instigar ou auxiliar alguém a usar indevidamente drogas ou substância entorpecente, será alcançado pela retroatividade da lei nova que nestes aspectos trouxe sanções penais menos gravosas.

<p>Lei 6.368/76</p>	<p>LEI 11.343/06</p> <p>Art. 33.. .....</p> <p>.....</p> <p>3° Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:</p>
---------------------	---

	<p>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.</p>
--	---

**Quadro VI – Descrição do artigo 33 da lei 11.343/06 (In: GOMES, 2008)**

Segundo se encontra no referido artigo, Luiz Flávio Gomes (2008) comenta:

O comportamento descrito no art. 33, § 3º, antes da Lei 11.343/06, era, para alguns, tratado como tráfico (fornecer, ainda gratuitamente, art. 12 da Lei 6.368/1976). Agora, com a alteração trazida pela Lei 11.343/06, o fornecedor que age sem finalidade de lucro e de forma eventual, visando, inclusive, a consumir a droga oferecida com pessoa de seu relacionamento (tráfico ocasional e íntimo), tem pena bem menos gravosa, aliás de menor potencial ofensivo (está clara a retroatividade). A retroatividade existe mesmo para aqueles que antes já subsumiam a hipótese ao porte para uso (art. 16, da antiga lei de drogas), vez que a pena máxima deixou de ser de dois passando para um ano. O novo dispositivo, entretanto, é irretroativo no que diz respeito à pena de multa: a nova é muito mais severa que a anterior.

Ainda nesta linha de pensamento, Luiz Flávio Gomes indaga sobre a competência da aplicação da lei nova favorável?

Se o processo está em andamento em primeira instância, a lei nova favorável deve ser aplicada pelo juiz de primeira instância; se está no tribunal, cabe ao tribunal aplicá-la; se existe execução em andamento (provisória ou definitiva) a incidência da nova lei é da competência do juiz das execuções (Súmula 611 do STF).

Em situação peculiar: o juiz das execuções tem competência para aplicar a lei nova favorável, fazendo-se os ajustes necessários na pena (conforme a lei nova). De qualquer maneira, pode ser que o caso demande exame valorativo de provas ou mesmo produção de novas provas. Nessa hipótese, o correto será o uso da revisão criminal, porque o juiz das execuções, se de um lado não pode se furtar do exame

cognitivo das provas produzidas, de outro, não tem o dever de abrir "nova" instrução probatória nessa fase executiva. Sempre que o caso exigir exame valorativo (que não se confunde com o simples exame cognitivo) de provas, ou mesmo produção de provas novas, a via adequada é a da revisão criminal.

Em termos conclusivos Luiz Flavio Gomes (2008, p. 28), demonstra:

Preenchidos os requisitos desse novo art. 33, § 3º, ele deve ter incidência retroativa e vai alcançar todos os fatos passados, aplicando-se a pena privativa de liberdade da nova lei, mantendo-se a pena de multa da antiga. Com isso fica patente que o juiz não está "criando" uma terceira lei, ou seja, o juiz não está "inventando" nenhum tipo de sanção, apenas vai aplicar as partes benéficas de cada lei, aprovada pelo legislador. O que está vedado ao juiz é ele "inventar" um novo tipo de sanção..

<p>LEI 6.368/76</p> <p>Art. 13 Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:</p> <p>Pena — Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.</p>	<p>LEI 11.343/06</p> <p>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:</p> <p>Pena — reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.</p>
--	--

**Quadro VII – Comparativo entre o artigo 13 da lei 6.368/76 e o artigo 34 da lei 11.343/06 (In: GOMES, 2008)**

Neste artigo 34 da lei nova sua aplicação torna-se irretroativa, pois, ao mencionar os mesmos núcleos do artigo 13, prevê conseqüências penais (pena pecuniária) mais gravosas, devendo de toda forma seguir seu rito normal.

<p>LEI 6.368/76</p> <p>Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta Lei:</p> <p>Pena — Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.</p>	<p>Lei 11.343/06</p> <p>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:</p> <p>Pena — reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.</p> <p>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.</p>
---	--

**Quadro VIII – Comparação entre os artigos 14 e 35 das referidas leis em destaque (In: GOMES, 2008)**

Torna-se também irretroativo o artigo 35, caput, da lei nova de drogas, pois, repetindo os mesmos núcleos do artigo 14, deixa previsto conseqüências penais (corporal e pecuniária) mais gravosas. Não podendo deixar de lado a observação de que a pena prevista para o artigo 14 da lei 6.368/76 foi assim alterada pela Lei 8.072/90, cominando pena de três a seis anos (a mesma do artigo 288 do CP) para aqueles que associarem a fim de praticar o delito ali previsto.

	<p>Lei 11.343 /06</p> <p>Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, "caput", e § 1º, e 34 desta lei</p> <p>Pena — reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1500 (mil e quinhentos) a 4000 (quatro mil) dias-multa.</p>
--	---

**Quadro IX – Demonstração do artigo 36 da lei 11.343/06 (In: GOMES, 2008)**

O comportamento descrito no artigo 36, antes da criação da nova lei de drogas, era punido com a mesma pena do tráfico (3 a 15 anos), agravado ainda pelo disposto no artigo 62, I, do CP. Logo, a inovação é irretroativa, ressalvando-se os casos que se ajustarem à súmula 711 do STF.

	<p>Lei 11.343/06</p> <p>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.</p> <p>Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-</p>
--	---

	multa.
--	--------

**Quadro X – Artigo 37 da lei 11.343/06 (In: GOMES, 2008)**

O comportamento do agente descrito no artigo 37, antes da nova lei, era encarado como partícipe do tráfico, respondendo com a mesma pena do traficante (03 (três) a 15 (quinze) anos), na medida de sua culpabilidade (artigo 29 do CP).

Agora, prevendo-se uma exceção pluralista à teoria monista, pune-se o mero colaborador com pena mais branda, devendo a norma retroagir, alcançando os fatos pretéritos.

<p>Lei 6.368/76</p> <p>Art. 15. Prescrever ou ministrar culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em de dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:</p> <p>Pena — Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.</p>	<p>Lei 11.343/06</p> <p>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:</p> <p>Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.</p>
---	--

**Quadro XI – Relações entre os artigos 15 e 38 das respectivas leis (In: GOMES, 2008)**

A mudança prevista no artigo 38 tem a aplicabilidade como irretroativa, ao passo em que repete os mesmos núcleos do artigo 15, deixando demonstrada nova forma de

negligência com conseqüência penal (pecuniária) mais gravosa.

	<p>Lei 11.343/06</p> <p>Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
--	--

**Quadro XII – Demonstração do artigo 39 da lei 11.343/06 (In: GOMES, 2008)**

Quando estava em vigor a lei 6.368/76, esse comportamento descrito no artigo 39 era considerado como mera contravenção penal de direção perigosa (artigo 34). Recentemente com a criação da nova lei de drogas, este artigo passa a ser

etiquetado como crime, tendo pena mais gravosa, tornando assim essa mudança motivação para a irretroatividade de lei.

Mostra Ana Luiza Barbosa Cunha, 2007 que:

Considerando que o crime definido no artigo 28 da nova Lei de Drogas não comina pena de prisão, se presentes os demais requisitos exigidos pelo artigo 89 da Lei 9.099/95, poderá ser elaborada a proposta de suspensão condicional do processo admitida para os crimes cuja pena mínima não suplante um ano, se ocorrerem as demais requisitos. Tendo em conta toda a especialidade que atualmente norteia os crimes envolvendo condutas destinadas ao consumo pessoal de drogas, podemos concluir que a suspensão deverá ter como condições as mesmas definidas no artigo 28, já que, pelo novo diploma legal, o usuário somente pode sofrer incidência daquelas penas e de mais nenhuma outra. Assim, poderá ser imposta a prestação de serviços à comunidade e em vez de comparecer mensalmente em juízo para informar e justificar suas atividades pensamos que se coaduna melhor ao espírito da lei em comento ser determinada a frequência mensal a programa ou curso educativo. Igualmente, o fato de ter uma suspensão pelo crime relacionado ao uso de drogas, antes ou depois da Lei 11.343/06, não impede outra, assim como o processamento por outro crime relativo ao uso. Descumpridas as condições da suspensão, da mesma forma que na transação penal, é mais razoável que o juiz advirta o acusado acerca da necessidade de cumprimento e se ainda persistir tal descumprimento aplique multa. O processo seguirá até ulterior prolação de sentença de mérito na hipótese de não ser cabível a suspensão ou ser ela recusada.

Para Luiz Flávio Gomes (2006, p.110):

A alteração legislativa fez surgir a chamada infração "*sui generis*". Segundo ele, o uso de drogas não é mais crime nem contravenção penal, tampouco uma infração administrativa. Não é crime em razão da pena de prisão ter sido abolida, não é ilícito administrativo em razão de que não é a autoridade administrativa que aplica as medidas sancionadoras cominadas.

Neste sentido, mostra que, com a criação do art. 28 surge um novo direito, de cunho sancionador, destacando de que não se trata de direito penal nem administrativo. Penal não é em razão de suas sanções serem distintas e, muitas vezes, ao possuir os mesmos efeitos das condenações penais tradicionais. Não é ilícito administrativo por que as sanções devem ser aplicadas por um juiz. Este artigo, em suma, constitui

mais um exemplo de direito judicial sancionador ou direito sancionador judicial, que tem correspondência com o chamado direito das contraordenações de Portugal.

Ainda sugere Luiz Flávio Gomes que a discussão em volta da descriminalização do uso de drogas seria hipótese de “*abolitio criminis*”, para tanto, se vale do art. 1º da LICP. O autor menciona que, se o crime é infração penal punida com reclusão ou detenção, isto levaria ao seguinte entendimento:

Não há dúvida que a posse da droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser “crime” porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços á 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 pena simples ou multa) Em outras palavras: nova lei de drogas, no art.28, descriminalizou a conduta da pose de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “infração penal” porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração “penal” no nosso País. Luiz Flavio Gomes (2008, p. 30).

Nesta linha de pensamento, o referido argumento pela descriminalização torna-se frágil, pois ao se fundar no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal que apresenta a diferença entre crimes e contravenção, deixa claro que o único diferenciador, são as penas.

A LICP não é a única norma legal a prever as penas a serem adotadas no Brasil. O próprio Código Penal, que teve sua parte geral reformada em 1984, apresenta outras penas, além da reclusão, detenção, prisão simples e multa disciplinadas originalmente na LICP. Além das penas privativas de liberdade, há as restritivas de direito, dentre as quais a prestação de serviços à comunidade, exatamente a mesma cominada aos usuários (art. 28, II, e parágrafo 6º, II, da lei 11.343/06).

Ainda que tal argumento se mostre insuficiente, o operador de direito deve se ancorar na Constituição da República (art. 5º, inc. XLVI), que também prevê a prestação social alternativa, ao lado das penas de privação ou restrição de liberdade, da perda de bens, da multa e da suspensão ou interdição de direitos. A natureza jurídica do art. 28 é de medida despenalizadora mista, eis que o legislador optou por adotar medidas educativas – duas delas afastam por completo a aplicação

de pena (advertência sobre os efeitos das drogas e comparecimento a programas ou curso educativo), por isso são chamadas de medidas despenalizadoras próprias ou típicas. A terceira é uma medida despenalizadora imprópria ou atípica, pois embora objetive evitar a prisão, impinge ao usuário uma pena restritiva de direitos – a prestação de serviço à comunidade.

Conquanto é necessário salientar as divergências que dizem respeito as variedades semânticas, é certo que o vocábulo adotado pelo legislador nos remete uma discussão sobre a natureza jurídica de decisão político-criminal adotada com a nova lei de drogas. Assim cabe a indagação: a nova lei descriminalizou ou despenalizou o uso de drogas para consumo pessoal? A última opção, conforme demonstrado acima, é a que nos parece mais adequada, embora desprovida de adequação social.

Com isso, antes de procurar respostas para a referida indagação é necessário destacar que ambas as tendências de redução de incidência do direito penal (atipicidade e despenalização), tem-se como base primordial a certeza de que a pena privativa de liberdade nestes casos mostra-se ineficiente para uma solução plausível referente ao controle de criminalidade. A consagração dos instrumentos é a prova incontestável de que houve, após mais de dois séculos de existência da pena privativa de liberdade, uma abertura no processo de diálogo entre o estado e o criminoso.

Sobre este propósito, é crucial reafirmar que a nova lei antidrogas não descriminalizou a conduta de porte de entorpecente para uso próprio, como relatam alguns doutrinadores, mas apenas diminuiu carga punitiva. A sanção penal, como é sabido, possui como uma das espécies a pena. Essas podem ser sem prejuízo de outras, de acordo com o inc. XLVI, art. 5º da Constituição Federal, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Inegável, porém, diante do mencionado, que a posse de drogas para consumo pessoal não deixou de ser caracterizado como crime, sob a óptica jurídica. Sendo certo que a mudança diz respeito apenas à espécie da pena, a qual deixou de ser privativa de liberdade, tratando-se neste caso de um avanço para que o tema passe a ser tratado como questão de saúde pública, incidindo sobre ele medidas de

tratamento e prevenção ao uso de drogas aos agentes considerados como usuários/dependentes.

Por fim, o STF, RE-QO 430105/RJ, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, consolidou o entendimento doutrinário já prevalecente, qual seja o de que o art. 28 da nova lei de drogas não implicou “*abolitio criminis*” do delito de posse de drogas para consumo pessoal. Neste segmento, sustentou:

O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se esta diante de um crime ou uma contravenção – não obsta a que a lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como fez o art. 28 da lei 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, inc. XLVI e XLVII).

Não se pode, na interpretação da lei 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (Lei 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30)

Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da lei 9.099/95 (art. 48, parágrafo 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do Código Penal e lei 11.343/06”

Com isso, deve-se verificar que, embora seja a grande maioria das infrações penais sancionadas com pena de prisão, é extremamente necessário que,

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade, terá de restringir as penas restritivas de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminosa cada vez maior do cárcere.

O que se discute aqui é a perfeita e possível adoção por parte do legislador de

penas alternativas diretas, sendo tal fato uma tendência positiva e que vem ganhando espaço no campo penal, com respectivo amparo Constitucional.

Por todo o exposto em relação ao tratado no texto do art. 28 da lei 11.343/06, bem como o mencionado no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e referências de alguns doutrinadores sobre o assunto, conclui-se pela não descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, continuando as condutas previstas no art. 28 da nova lei de drogas, não obstante a não aplicação de pena privativa de liberdade, serem consideradas crimes e, como tal, penalizadas.

Por outro lado, não podemos concordar plenamente com a aplicabilidade deste artigo, pois em seu bojo apresenta conteúdo ineficaz quanto ao seu objetivo, já que, tais penas, além de diminuírem a carga punitiva do crime de porte para uso próprio, tendo em vista que a revogada Lei n º 6.368 de 1976 previa para a mesma conduta uma pena privativa de liberdade – detenção de seis meses a dois anos, nos termos do seu artigo 16 – retiram o seu caráter coercitivo, presente até então com a vigência da lei anterior que tutelava a matéria. Diante disso, essas novas penas a serem impostas ao indivíduo considerado como usuário/dependente não intimidam estes, bem como os demais agentes a não consumir drogas, causando desde então um descrédito perante a sociedade, fazendo com que ele não mais tema as eventuais sanções penais a serem impostas contra ele, caso queira valer-se das drogas para consumo pessoal.

No caso de descumprimento das medidas de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programa ou curso educativo, duas das três penas a serem aplicadas ao sujeito ativo do crime tipificado no artigo 28 da lei em análise, estão previstas como sanções a admoestação verbal e a multa. As duas últimas soluções mostram-se absolutamente ineficazes, assim como as penas acima analisadas, visto serem todas elas desacompanhadas da privação da liberdade do infrator penal. Isso faz com este fique a vontade para o consumo de drogas para uso pessoal, ou até mesmo a trazer consigo certa quantidade desta substância, alegando para todos os fins que é para uso pessoal, eximindo-se de tal forma de uma possível penalidade imposta aos traficantes de drogas.

Da minuciosa análise desta norma jurídica é importante salientar que não foi

somente as mudanças relacionadas ao Art. 28 da lei 11.343/06, a qual prevê extinção da pena privativa de liberdade aos sujeitos surpreendidos na posse de drogas para consumo pessoal, que suscitaram formas de ineficácia na aplicabilidade desta Nova Lei Antidrogas.

Se nos referirmos ao conteúdo da Lei n ° 6.368/76, principalmente em seu artigo 12, podemos perceber que este punia o traficante de drogas com a pena mínima de 03 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão. Com o surgimento da nova lei de drogas, entretanto, a conduta criminosa passou a ter pena mínima de 05 (cinco) anos, conforme se depreende da leitura do artigo abaixo transcrito:

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 05 (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.

IV – Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena – detenção, de 06(seis) meses a 01(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.

Pela leitura apressada e com fundamentos focados apenas na possibilidade de uma lei ser dotada de benignidade quanto à penalização dos todos os envolvidos com o tráfico de drogas a princípio, poderíamos considerar que houve uma evolução no combate ao tráfico ilícito de drogas, devido ao fato de ter havido um aumento de rigor da pena imposta ao traficante de drogas: conforme anteriormente exposto, a pena mínima de reclusão para quem cometer uma ou mais das 18 condutas elencadas no artigo 33 passou de 3 (três) para 5 (cinco) anos, além de o pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, ter sido alterado para o montante de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Entretanto, embora possa parecer demonstrado que o legislador tenha sido mais rigoroso com o transgressor da norma ao elevar a pena mínima do crime, o § 4º do artigo supramencionado dispõe que nos delitos definidos no *caput* e no § 1º do artigo 33, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, sendo 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. Assim, no cotidiano das prática de condutas criminosas relacionadas ao tráfico de drogas, será muito difícil comprovar que o acusado de cometer este referido crime se dedique realmente às atividades criminosas ou que integra organização criminosa, pois em minúcia jamais declararia que está envolvido com tais atividades ou que faz parte de qualquer organização, acarretando desta forma, em qualificá-lo como incurso no crime descrito no § 4º do artigo 33, abrandando-se, portanto, a sua pena a ser cumprida.

Porém ao analisarmos todos os motivos até aqui explicitados, perceberemos que a Nova Lei Antidrogas está propensa ao insucesso e a uma futura revogação, visto que as eventuais penas a serem impostas aos traficantes e usuários de drogas não são dotadas de poder coercitivo, fragilizando, assim, a norma penal.

Nestes termos, o que provavelmente poderá acontecer com a vigência da nova lei é um número crescente de usuários e dependentes de drogas, pois, com a extinção da pena privativa de liberdade, o consumidor/usuário se sentirá mais à vontade na situação do consumo de drogas, passando ele a usufruir da fraqueza da nova pena

prevista para o seu crime, e, por conseguinte, tenderá a se tornar dependente destas substâncias ilícitas.

Visto que a facilidade no acesso às drogas trará um maior contato do usuário/dependente com tais substâncias, tornando inevitável o vício, ocasionando, desta maneira, o crescimento no número de dependentes, além de, conseqüentemente, pessoas debilitadas física e mentalmente em razão do uso das tais produtos.

Neste diapasão, os “clientes” dos traficantes são os usuários e os dependentes de drogas. E, conseqüentemente, com o aumento do número de usuários e de dependentes, presume-se que haverá também um aumento no número de traficantes. Havendo uma crescente demanda pelas drogas, alimentar-se-á o tráfico, que crescerá em proporção ao número de usuários, em razão de o traficante, que tem no usuário o seu principal “contribuinte”, encontrar-se agora menos temeroso em adquirir drogas para o seu consumo.

É amplamente sabido que os crimes relacionados à produção, comercialização e consumo de drogas são causas uma relevante parcela dos crimes cometidos no mundo, e boa parte da violência que aterroriza a sociedade brasileira no século XXI, bem como a matriz de diversos problemas de saúde e de transtornos psicológicos que afligem milhões de pessoas. Invariavelmente são ainda propulsores de outra imensa gama de crimes a eles correlacionados, principalmente os cometidos contra o patrimônio, como o furto e o roubo, que são praticados com o intuito de o agente obter alguma vantagem pecuniária para adquirir drogas e alimentar seu vício.

Por outro lado a Nova Lei de Tóxicos adota um posicionamento extremamente evoluído e racional do ponto de vista legal, podendo-se notar uma mudança expressiva da forma de abordagem referente ao art. 33 desta lei, o qual vem tratar das condutas praticadas pelos traficantes e demais agentes envolvidos com o tráfico ilícito de drogas, excluindo desta análise os indivíduos relacionados com o consumo de drogas para uso pessoal, os chamados usuários/dependentes, como já assinalado.

A nova lei, ao tratar o assunto contido no art. 33, aparece como norma incriminadora, *lex gravior*, incriminando inclusive a instigação, indução ou auxílio ao

uso indevido que também é punido, com pena de um a três anos de detenção e multa. Desta forma, ainda que não tenha fins lucrativos, o envolvimento será mais duramente penalizado do que o uso.

Esta normatização ainda indica que qualquer atividade ou ação que utilize substâncias ilícitas deverá ter prévia autorização judicial, seja para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir estes produtos. Desta maneira, ainda que o uso medicinal seja lícito, o poder judiciário deverá punir de acordo com a lei as condutas realizadas sem autorização de órgão competente, sendo nestes casos, a pena prevista é de 3 a 10 anos de reclusão mais sua respectiva multa.

O indivíduo considerado como agente direto, ou seja, aquele que fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas receberá pena de reclusão de 5 a 15 anos mais a respectiva multa. Assim notamos os traços da *lex gravior*, onde na Lei 6369/76 havia determinação legal de 3 a 15 anos de reclusão, e a multa prevista na atual lei também se mostra mais elevada. Há ainda de se nota que o fornecimento de maquinário, na lei revogada, recebia tratamento diferenciado do tráfico, e a pena cominada era de 3 a 10 anos, sendo que esta lei ainda se mostra mais dura neste caso, comparando-a com a nova lei de drogas.

A face mais severa desta atual ordem normativa se mostra na punição aos verdadeiros chefes da organização de drogas. Também os respectivos financiadores de qualquer dos crimes supra mencionados devem ser punidos com pena de 8 a 20 anos além de multa, ou seja, a pena é pior até mesmo que o crime de homicídio, previsto no artigo 121 do CP, que prevê pena de 6 a 20 anos.

Percebe-se que o poder legislativo compreendeu que deveria combater o problema em um escalão superior, não adiantando mais punir os usuários e dependentes com pena privativa, uma vez que o cárcere na situação atual consegue influenciar os indivíduos ali inseridos a tornarem-se agentes propensos à criminalidade, caso não o sejam. Neste sentido, decidiu então punir severamente os financiadores, produtores,

vendedores de drogas, pois esses são os verdadeiros criminosos que espalham entre nossos conhecidos, familiares, amigos os germens do problema das substâncias entorpecentes, as quais obtêm vantagens aproveitando-se talvez de momentos de desespero, fraqueza, e desesperança daqueles que buscam incessantemente superação de obstáculos em suas vidas.

Mesmo assim não há como desvincular a prevenção da repressão, bastando uma observação mais criteriosa pelos bairros das cidades para podermos perceber o imenso número de indivíduos voltados para a criminalidade, principalmente com o uso e ao tráfico de drogas.

Com esta evolução, houve também a fusão destes ambientes “drogas e criminalidade”, ou seja, o que eram células criminosas individuais voltadas para determinados tipos de crime, agora se englobaram em um único corpo voltado para o mesmo fim, o tráfico de entorpecentes, que acaba por gerar a violência e a criminalidade.

Plausível neste aspecto são as dignas ações tomadas pelo Estado Democrático de Direito, que aparece como verdadeira figura ressocializadora, e ao mesmo tempo como figura punitiva para com aqueles causadores de graves problemas a uma sociedade justa e plena. Percebe-se, porém, que em toda história relacionada às leis anteriores, os punidos eram sempre as partes frágeis do sistema, desta forma, com a nova lei de drogas, quanto maior o porte criminal do infrator maior será a conseqüente pena.

Neste aspecto, o Estado deve investir maçicamente em melhorias básicas como saúde, educação, segurança, saneamento básico e em cursos profissionalizantes, para assim permitir uma melhor qualidade de vida aos indivíduos, mantendo-os longe do mundo das drogas, e principalmente da criminalidade gerada por este segmento.

O fim justifica os meios desde que o bem estar da sociedade prevaleça, mas todos sabem que no Brasil o direito coletivo é violado para ser respeitado o direito de um único indivíduo que poderá ser responsável por qualquer atrocidade cometida contra a sociedade.

Vale ressaltar que, assim como a Constituição Federal, a lei 11.343/06 prevê que o

tráfico de entorpecentes e drogas afins será considerado crime inafiançável e insuscetíveis de graça. Mais uma demonstração de como a República Federativa do Brasil se mostra como real defensora da luta contra as drogas, longe de se parecer um país a caminho da liberalização ou descriminalização.

Constantemente podemos verificar a imensa quantidade de apreensões de drogas em todo os país, sendo que, em sua maioria há o envolvimento maciço de menores que, com a certeza de que sairão impunes de tal conduta, desafiam os sistema, colaborando assim para a alarmante disseminação do tráfico de drogas no território brasileiro, bem como nos países vizinhos.

O estado por sua vez, deve pensar em políticas públicas, sem deixar de adotar medidas mais drásticas, para combater este flagelo antes que crianças e jovens se tornem criminosos se possibilidades de reinserção social, pois enquanto os adolescentes perdem sua vida vendendo e consumindo drogas, os traficantes curtem a vida esbanjando dinheiro em viagens, carros e mulheres. É necessário adotar medidas específicas que distanciem estes indivíduos do ambiente da criminalidade, para isso, deve-se investir em assistência social, educação, saúde para todas as famílias sem estrutura, evitando assim que seus membros se tornem vítimas do sistema criminal.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo foi preconizado no sentido de alcançar conclusões sobre a sistemática da nova lei de drogas, permitindo uma reflexão detalhada em relação aos agentes inseridos no sistema de violência e criminalidade gerado pelo mundo paralelo das drogas. A política de drogas utilizada no Brasil, bem como no na maioria da América Latina, teve sua origem nos Estados Unidos da América, vindo assim demonstrar a tamanha preocupação dos Estados membros com a problematização das drogas, e consecutivamente o rol de conseqüências que este mal vem causando na sociedade.

Tem-se que, para o enfrentamento desta questão, faz-se necessário a respectiva cooperação internacional entre os países, tomando por base o espírito das Convenções das Nações Unidas. Nesta colaboração entre as áreas, surge a necessidade de cooperação tanto nos setores relativos à prevenção do uso indevido, à atenção e à reinserção social de usuários e dependentes de drogas lícitas e ilícitas, bem como aos setores ligados à repressão ao tráfico e produção de drogas, incluindo neste contexto os delitos conexos.

Esta cooperação entre os países, não se limita apenas à troca de experiências e à formulação de programas em conjunto. Prevê-se também, o intercambio de inteligência policial, bem como informações judiciais sobre os produtores e traficantes de drogas, delitos estes que se destacam pela internacionalidade, segundo os moldes da economia globalizada.

Neste sentido, a ideologia das atuais políticas de drogas vem com o objetivo de nortear a criação de um movimento de combate ao narcotráfico, um “inimigo interno” que se tornou uma ameaça nacional. Há décadas tem recebido atenção especial no âmbito da segurança pública Brasileira, pois neste universo, o tráfico de drogas vem

assumindo um protagonismo natural, de atividade a ser reprimida, pois dela emanam todas as demais práticas típicas do crime organizado, como tráfico de armas, roubos, seqüestros, lavagem de dinheiro, etc.

Esta questão nas últimas décadas vem recebendo atenção especial não só de especialistas no combate ao narcotráfico, mas também da população em geral, pois o problema deixou de ser difuso, passando a pertencer a toda coletividade. Pela amplitude do caso, a problemática deve ser tratada a nível mundial e não só de um país em isolado, pois os principais conflitos das sociedades contemporâneas se devem à união das máfias nacionais e internacionais.

De tal modo, analisando os pontos de maior relevância tais quais a incidência e consequências dos efeitos causados pelo uso indevido de narcóticos e o tráfico de drogas, deve-se atenção especial à coletividade, que direta ou indiretamente é afetada pela desenfreada expansão desta modalidade criminosa. As maiores discussões, porém, são emanadas na seara dos sistemas jurídico-penais, que vai desde a ineficácia da punição estatal ao usuário, a conseqüente necessidade de repressão mais efetiva aos produtores e traficantes de drogas.

Destaca-se neste aspecto o surgimento da nova lei antidrogas, a lei 11.343/2006 que trouxe diversas modificações e conclusões novas, porém com os mesmos objetivos das demais políticas de combate as drogas. Estas inovações devem-se ao clamor popular que constantemente pressiona pela efetividade da segurança pública. Porém traz consigo também contrariedades a tendências de setores da doutrina penal que pregam pela insubsistência do agravamento das penas como meio de refrear as práticas criminosas.

Por outro lado, acatou outras tendências, discutidas com ênfase pela comunidade médico-científica que vem a tratar o usuário de drogas como vítima de um sistema, estando ali inserido, por circunstâncias alheias a sua vontade, ponto em que, pareceu aos olhos da população, estar tratando com maior leniência a questão das drogas, pois a maioria das pessoas acreditam na tese de que se não existisse o usuário, também não existiria o traficante.

Em se relacionando tão somente ao usuário e, tratando este como a parte frágil e vitimizada entre os agentes envolvidos com o mundo drogaticio, esta nova lei lhe

trouxe vários benefícios. Um deles, talvez o mais viável, a mudança do método convencional das leis anteriores que puniam com detenção, enquanto a nova lei tem como objetivo primordial tratar, conscientizar e reinserir o usuário no meio social.

Tal alteração, entendida como descriminalização por alguns doutrinadores, passou apenas a punir o usuário com medidas alternativas, ao invés de detenção como previa a lei 6.368/1976, não deixando assim de classificar o fato como crime.

Neste aspecto, a nova lei de drogas adotou em relação ao usuário, o paradigma terapêutico e não o punitivo, passando estes a serem tratados como uma questão de ordem pública e não um problema policial.

Partindo-se do pressuposto de que a referida política antidrogas visa a reinserção social dos usuários/dependentes, em contrapartida não traz grandes inovações referentes aos agentes que fazem parte do art. 33, ou seja, a figura dos narcotraficantes, tratando estes de forma diferenciada na quantidade de pena a ser aplicada.

Ora, com a expansão globalizante do mercado ilícito das drogas e o incremento do poder bélico do tráfico, a sociedade encontra-se encarcerada, tendo de se privar e se proteger das ações criminosas oriundas em sua maioria do meio drogatício.

Acreditar que violência não gera violência é pura hipocrisia. Basta apenas acompanhar as notícias para perceber que, conforme as estatísticas, se morre mais no Brasil na guerra contra o crime do que a guerra do Iraque. Precisamos de Políticas Públicas emergências e até mesmo drásticas para o combate às drogas, que direta ou indiretamente proporcionam a criminalidade e a violência, pois não podemos aceitar que indivíduos em atitudes isoladas tomem conta de nossas vidas.

Neste sentido, a nova lei de drogas tratou o usuário/dependente de forma mais branda em relação às legislações anteriores, pois estas continham métodos ineficazes, onde ao inserir os usuários nos sistemas prisionais estariam contribuindo para que aprendessem novos crimes; se drogassem com maior frequência, e o pior é que entrariam para o crime organizado e quando chegassem a ser libertos já eram criminosos em potencial.

De tal forma, precário ainda são as ações do Estado na concessão prática dos

tratamentos essenciais a serem aplicados aos agentes relacionados nesta referida legislação, tanto em referência à prevenção aos usuários, como na aplicabilidade das penas a serem impostas aos traficantes. A realidade é nua e crua, ficando demonstrado que mesmo diante das grandes inovações das políticas públicas, o resultado ainda não é satisfatório para a resolução da questão que, a cada dia, demonstra evolução.

Assediada pelos efeitos da associação entre crise socioeconômica e tráfico de drogas, a população expressa um sentimento de indignação e revolta, que, ao refletir-se no poder público, constata a inaplicabilidade das normas penais em vigor.

É preciso deixar claro, sobretudo, que, o bem individual não deve se sobrepor ao da coletividade que, lutando para não perder sua identidade cultural, mesmo a contragosto, procura adaptar-se às novas conjunturas, modificando e adaptando certos hábitos para manter vivos aqueles que lhe são mais queridos.

Com a nova legislação de combate às drogas o legislador estabeleceu direitos e garantias para que os usuários ou dependentes de drogas sejam tratados dignamente e reinseridos na sociedade de uma forma humana e justa.

Neste diapasão, após interpretação sistemática da lei 11.343/2006, bem como das políticas públicas atuais, percebe-se um grande avanço no combate as drogas. Portanto, a hipótese defendida é que, mesmo diante desta evolução, deve-se ainda haver maior rigor na punição dos produtores, comerciantes e até mesmo aos usuários/dependentes que, após serem submetidos às medidas de prevenção e tratamento, não demonstrem possibilidades de reinserção em uma sociedade em pleno desenvolvimento, que preconiza pela prioridade ao atendimento do direito coletivo em relação ao difuso.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Caco. **Abusado: O dono do Morro Dona Marta**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 1, ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. 1ª ed. São Paulo: Publifolha, 2002

CRUZ NETO, Otávio. **Nem soldados, Nem inocentes: Juventude e tráfico de drogas no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2001.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Renavam, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIDELIS, Talitah Regina de Melo. **A descriminalização do usuário de substância entorpecente em contraposição ao seu status de financiador do tráfico e gerador da violência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1480, 21 jul. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10172> Acesso em: 14 nov 2009.

FOUCAULT, Michel. **História de loucura**. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2003.

GENTIL, P. A. B. **Nova lei de tóxicos: causa de diminuição de pena aplicável retroativamente?**. Jus Navigandi. Disponível em: <[http://www.mp.ba.gov.br/atuação/caocrim/material/doutrina\\_nova\\_lei\\_toxicos.pdf](http://www.mp.ba.gov.br/atuação/caocrim/material/doutrina_nova_lei_toxicos.pdf)>. Acesso em: 14 nov 2009.

GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo Lemos. **Juizados Especiais Criminais Lei nº 9.099/95: Comentários e Críticas ao Modelo Consensual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Luiz Flavio et al. **Nova Lei de drogas Comentada – Lei 11.343, de 23/08/2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista. **Portar droga para uso próprio é crime?** . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1794, 30 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11328>>. Acesso em: 25 jun. 2008.

MARCÃO, Renato. **Nova lei de drogas comentada**. 5º ed. São Paulo, 2007.

MARCÃO, Renato. **O dependente e o usuário na lei nº 10. 409/2002 (nova lei antitóxicos)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 56, abr 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2820>>. Acesso em: 25 abril 2009.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos, lei nº 6.363/1976 e 10.409/2002**. 3º ed. São Paulo, 2002.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: lei n. 6.368/76 e 10.409/2002 anotadas e interpretadas**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELO, Patrícia. **O Inferno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Editora Método, 2007.

MOLINA, Antonio Garcia Pablos; GOMES, Luis Flavio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Rubens Galdino. **Navegando nas águas do Direito: teoria e pratica de pesquisa**. Adamantina: Omnia, 2002.

SILVEIRA, Sérgio Luiz Queiroz Sampaio. **Laxismo Penal e a lei 11.343/2006**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n ° 1462, 3 jul. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10098>. Acesso em: 25 mar 2008.

Sobre as modificações no Código de Processo Penal, confira MARCÃO, Renato. Interrogatório: primeiras impressões sobre as novas regras ditadas pela lei nº

10.792, de 01 de Dezembro de 2003. São Paulo: Saraiva, 04 dez. 2003. Disponível em: [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3, 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

VOLPE FILHO, Carlos Alberto. **Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas: (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006)**. In: <http://www.direitonet.com.br>. Acesso em 31.04/2008

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. **Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1154, 29 ago. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8852>. Acesso em: 30 ago. 2009.

ZALUAR, Alba. **Integração Perversa: Pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

## ANEXOS

### Anexo I- Apreensão de drogas e armas



Fonte: Arquivo Pessoal

**Anexo II- Apreensão de “ependorf”, cápsulas para acondicionar drogas**



**Fonte: Arquivo Pessoal**

**Anexo III- Apreensão de drogas “tráfico”**



**Fonte: Arquivo Pessoal**

**Anexo IV- Apreensão de drogas “tráfico”**



**Fonte: Arquivo pessoal**

**Anexo V – Apreensão de drogas “tráfico”**

Fonte: Arquivo pessoal