



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL ABREU SILVANY

**O FRACASSO DA POLITICA DE COMBATE ÀS DROGAS
ILICITAS: INEFICÁCIA DA LEI nº 11.343/2006 EM
DIFERENCIAR O USUÁRIO DO TRAFICANTE**

Salvador
2017

RAFAEL ABREU SILVANY

**O FRACASSO DA POLITICA DE COMBATE ÀS DROGAS
ILICITAS: INEFICÁCIA DA LEI nº 11.343/2006 EM
DIFERENCIAR O USUÁRIO DO TRAFICANTE**

Monografia apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de pós graduação *latu sensu* em Ciências Criminais

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL ABREU SILVANY

**O FRACASSO DA POLITICA DE COMBATE ÀS DROGAS
ILICITAS: INEFICÁCIA DA LEI nº 11.343/2006 EM
DIFERENCIAR O USUÁRIO DO TRAFICANTE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Ciências Criminais, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa tem o fim de demonstrar o fracasso da política criminal proibicionista de drogas desenvolvida pelo Brasil até os dias atuais. Nesse sentido, foi realizada uma análise histórica da evolução do tratamento legal conferido pelo ordenamento jurídico pátrio, comparando com o modelo proibicionista difundido internacionalmente de controle do abuso da drogas ilícitas. Foi analisada as formas que se vale o ordenamento jurídico brasileiro em relação do usuário e traficante de drogas ilícitas, constantando-se a dura repressão estatal quanto ao delito de tráfico, analisando –se o ambiente e a forma de cumprimento da sanção, salientado as precárias condições estruturais dos presídios e penitenciarias brasileiras. O objetivo principal do trabalho foi constatar a ineficácia da política criminal de combate às drogas ilícitas pregada até então, analisando paralelamente com o atual diploma legal regulamentador das drogas ilícitas no Brasil, a lei nº 11.343/06 fazendo um comparativo com a lei anterior nº 6.368/76 no que tange aos delitos de tráfico e porte para o consumo de drogas ilícitas. Verificou-se a semelhança das condutas criminalizadas nos dois tipos regulamentadores, arts. 33 e 28 e constatou-se a dificuldade em se identificar o especial fim de agir para a configuração do delito de tráfico ilícito de drogas. Em virtude da tormentosa tarefa em identificar o especial fim de agir no crime de tráfico de drogas, tendo em vista a prescindibilidade da mercancia para a configuração do referido crime, a lei nº 11.343/2006 no seu art. 28, § 2º, criou critérios externos a fim de auxiliar ao magistrado a identificar no caso concreto o usuário do traficante de drogas ilícitas. A presente pesquisa teve o escopo de criticar a política repressiva ao traficante de substâncias psicotrópicas inserida no contexto interno, tendo em vista a ausência e da forma como a lei aplica esse critérios, ensejando na seletividade do direito penal, o que acaba levando os pequenos traficantes e os operadores do tráfico e até meros usuários a serem penalizados pela dura sanção estatal, o que acarreta o aumento da criminalidade em virtude do ambiente em que cumprem tal sanção. Expomos quem é considerado o “verdadeiro traficante”, que são os líderes das grandes organizações, que na verdade são os financiadores do mercado negro das drogas ilícitas e quem merecem a dura repressão estatal, tanto que a lei 11.343, no seu artigo 36, fixa a maior pena da lei ao financiador do tráfico. Destacamos duas importantes inovações legislativas, PJ nº 7663/2010 e 236/2012, e a sua ineficácia para suprir a dificuldade vivida pelos operadores do direito para se diferenciar o traficante do usuário de drogas.

Palavras-chave: Fracasso da Política criminal de Drogas; ausência de critérios de diferenciação usuário do traficante de drogas ilícitas ; Seletividade do art. 28, § 2º da lei nº 11.343/2006; ineficácia do PJ.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
HC	<i>Habeas Corpus</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia
Conad	Conselho Nacional Antidrogas
Sisnad	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
Cofen	Conselho Federal de Entorpecentes
CPB	Código Penal Brasileiro
EUA	Estados Unidos
CSA	Lei de Substâncias Controladas
Prop 36	Proposta de lei 36
ONG	Organizações Não Governamentais
Murad	Projeto de Lei
§	Parágrafo
PJ	Projeto de lei

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS	10
2.1 RESOLUÇÃO Nº 03/2005 DO CONAD	14
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	15
2.3 MODELO INTERNACIONAL DE COMBATE AS DROGAS	19
2.4 A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE DE DROGAS	21
2.4.1 Modelo Médico-jurídico e a Ideologia da Diferenciação	23
2.4.2 Modelo Jurídico-político	26
2.4.3 A Política Americana do “War on Drougs”	28
2.5 TRATADOS INTERNACIONAIS DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS	30
2.5.1 A Convenção Única sobre estupefacentes (1961)	31
2.5.2 Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971)	34
2.5.3 Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena, 1988)	35
2.6 A DECADÊNCIA DO MODELO INTERNACIONAL DE COMBATE ÀS DROGAS	36
2.6.1 Reunião da Comissão de Drogas Narcóticas da ONU de 2009	38
2.7 OS NOVOS MODELOS DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS NO CENÁRIO MUNDIAL	41
3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS SUAS FUNÇÕES	45
3.1 FALÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O CONSEQUENTE AUMENTO DA CRIMINALIDADE	47
4 A LEI Nº 11.343/06	
4.1 MOTIVOS DA REFORMA DA LEI Nº 6.368/76	54
4.2 COMENTÁRIOS SOBRE A NOVA LEI Nº 11.343/06	54
4.3 A REPRESSÃO IMPRIMIDA AO TRAFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/06): COMPARATIVO COM O ART. 12 DA LEI Nº	

6.368/76	56
4.3.1 Análise dos Elementos do Tipo	63
4.3.2 A Proporcionalidade como Mecanismo para se Identificar o Dolo nas Condutas Previstas no Art. 33, <i>Caput</i> , e 28, <i>Caput</i> , da Lei Nº 11.343/06	66
4.4 TRATAMENTO AO USUÁRIO DE DROGAS NA LEI Nº 11.343/06 (ART. 28) EM COMPARAÇÃO COM O ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76	69
4.4.1 A Cessação da Pena de Prisão ao Usuário de Drogas Descriminalização ou Despenalização	72
4.4.4.1 <i>Aplicação da Lei nº 9.099/95 ao crime de consumo de drogas ilícitas</i>	75
4.4.2 As Sanções Aplicadas ao Consumidor de Drogas na Lei nº 11.343/06	77
4.5 OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA LEI Nº 11.343/06 PARA DIFERENCIAR O TRAFICANTE DO USUÁRIO DE DROGAS ILÍCITAS	81
4.5.1 A Seletividade do § 2º do Art. 28 da Lei 11.343/2006	84
4.6 O CONSEQUENTE AUMENTO DA CRIMINALIDADE EM FACE DA FALTA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE DIFERENCIAR, NO CASO CONCRETO, O TRAFICANTE DO USUÁRIO DE DROGAS NA LEI 11.343/06	87
5 FALHA DO ENQUADRAMENTO LEGAL DO “VERDADEIRO” TRAFICANTE DE DROGAS PELA LEI 11.343/2006	91
6 NOVOS PROJETOS DE LEI	93
6.1 Projeto de Lei nº 7.663/2010	93
6.2 Projeto de Lei nº 236/2012	94
7 CONCLUSÃO	95
8 REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

O abuso das drogas ilícitas é um dos grandes problemas mundiais em razão dos efeitos negativos que podem trazer para a sociedade, e o modo ideal de lidar com essa questão ainda é uma incógnita. O Brasil, utiliza-se do Direito Penal para gerir a questão das drogas ilícitas, criminalizando o porte para consumo e o tráfico dessas substâncias psicoativas, se valendo da repressão para coibir a circulação das drogas ilícitas no território nacional.

A integração entre os países mundiais para tratar a questão das drogas ilícitas foi um ponto relevante, sendo difundida sob as influências Norte Americana uma política belicista de combate. Nesse ponto, importante destacar as convenções internacionais que fortaleceram a transnacionalização do controle das drogas ilícitas entre os países. Entre as principais convenções, destaquem-se a Convenção Única de Estupefacientes de 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção de Viena de 1988.

É mister destacar que todas as convenções internacionais promovidas pela ONU – Organização das Nações Unidas tiveram como meta a guerra declarada às drogas ilícitas, fundamentando – se no proibicionismo. O Brasil sempre foi signatário dos tratados internacionais de combate às substâncias psicotrópicas, incorporando na sua legislação pátria a ideologia difundida nas convenções.

Ao analisar a evolução da política criminal de drogas brasileira, passando pelos diplomas regulamentadores desde as Ordenações Filipinas até a atual lei antidrogas nacional nº 11.343/2006, um longo caminho foi percorrido com mudanças substanciais na regulamentação das drogas ilícitas, principalmente sob as influências das convenções internacionais.

Ao longo do desenvolvimento da Política Criminal de drogas brasileira muitas críticas surgiram quanto à sua ineficácia em solucionar o problema da circulação e consumo dessas substâncias psicotrópicas. A decadência do modelo de combate se mostrou uma realidade, a “guerra às drogas fracassou aos fins a que se propunha” (Relatório Global de Políticas sobre drogas, 2011, p. 4). A forma belicista de combate às drogas ilícitas, imprimindo a repressão penal, não alcançou o seu objetivo de coibir o abuso do consumo e circulação das substâncias psicotrópicas já

que algumas das drogas ilícitas teve a sua finalidade terapêutica e científica reconhecida. O que se verificou foi o aumento da demanda e circulação das drogas proibidas.

Diante disso, um novo modelo de tratamento surgiu no cenário mundial, encabeçado pelas ONG's, pautado em uma política de redução de danos, que mostrou resultados positivos em alguns países que aderiram a ideologia da nova política. (Relatório Global de Políticas sobre Drogas, 2011, p. 6). A assembleia geral das Nações Unidas de 1999 teve um relevante papel na conscientização quanto a ineficácia da política belicista desenvolvida até então pelos países, formando dois grupos distintos, de um lado os países que passaram a defender a inserção de uma política preventiva de redução de danos e de outro, os países conservadores quanto a manutenção da política belicista.

O que se verificou foi que a repressão estatal imprimida na política nacional de drogas traz consequências negativas aos usuários de substâncias psicotrópicas, que na maioria das vezes é o alvo das duras sanções estatais culminadas ao delito de tráfico ilícito de drogas. A lei nº 11.343/2006 quanto ao portador de drogas ilícitas para o consumo, retirou a pena privativa de liberdade anteriormente tipificada na lei nº 6.368/76 estipulando penas alternativas. Para a minoria dos doutrinadores, dentre eles Luiz Flávio Gomes, houve uma descriminalização formal do delito de porte para consumo, classificando a conduta como uma infração *sui generis*.

A retirada da pena de prisão ao usuário de droga ilícita foi uma resposta a mudança de tratamento da questão das drogas no cenário mundial, sendo reduzido o rigor estatal em lidar com os usuários de drogas, todavia de maneira diametralmente oposta, ocorreu o aumento da repressão do estado em relação ao traficante de drogas ilícitas. A lei nº 11.343/06 estabeleceu penas alternativas ao portador de droga para consumo e aumentou de 03 (três) para 05 (cinco) anos a pena mínima cominada ao crime de tráfico.

A pena privativa de liberdade é a sanção cominada ao traficante de drogas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro e tem a finalidade de cercear a liberdade individual do apenado. A pena de prisão é cumprida em penitenciárias e presídios, que possui precárias condições estruturais e para muitos se constitui em uma verdadeira "escola do crime", por ser habitada pelos diversos tipos de infratores, muitos ligados as grandes organizações criminosas. Segundo Cezar Roberto

Bitencourt (2012, p. 26) “a prisão avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado”. Nesse sentido, a falência do sistema prisional evidencia-se por não cumprir com uma das funções, a ressocializadora, para qual foi criada.

O art. 33 da lei 11.343/2006 traça as condutas que são tipificadas como tráfico ilícito de drogas e o § 1º, incisos I, II e III são figuras equiparadas ao delito de tráfico sendo culminado a mesma pena prevista no caput do referido artigo. O art. 28 tipifica as condutas de porte para o consumo de drogas ilícitas. Tormentosa tarefa é identificar o especial fim de agir no delito de tráfico ilícito de drogas, que era denominado pela doutrina de dolo específico, em razão do repasse das drogas a terceiro não necessitar do fim lucrativo. A justiça penal vem se valendo do princípio da proporcionalidade ao julgar as condutas tipificadas no art. 33 da lei nº 11.343/2006, tendo em vista o rol extenso de verbos – núcleos previstos no referido tipo, possui diferentes graus de lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma que é a saúde pública.

A semelhança de algumas condutas prevista no art. 33 referente ao crime de tráfico e art. 28 ao portador de drogas ilícitas para o consumo, quanto aos verbos núcleos *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo* e a dificuldade de se identificar o especial fim de agir nos crimes de tráfico ilícito de drogas, dificulta a diferenciação no caso concreto o usuário do traficante de drogas ilícitas, fato que resultou na elaboração do § 2º do art. 28 da lei nº 11.343/06. O referido tipo fornece critérios ao aplicador do direito para diferenciar no caso concreto o usuário do traficante de drogas ilícitas (Marcão, 2007, p. 57/132).

O presente estudo, analisou a presença da seletividade do Direito Penal na nova lei de drogas, especificamente no art. 28, § 2º, dispositivo que estipula os critérios de diferenciação no caso concreto o usuário do traficante de drogas ilícitas, e as consequências que essa seletividade pode acarretar para o aumento da criminalidade.

Ademais, expomos a incoerência da lei Anti – drogas ao apenar de forma mais intensa a figura do financiador do tráfico, ilícito previsto no art. 36, em relação ao traficante, art. 33. Todavia, o “verdadeiro” traficante de drogas, deve ser enquadrado no caput do artigo 36, vez que, são os grandes líderes das organizações e associações criminosas, responsáveis direto pela manutenção e custeio do mercado ilegal das drogas psicotrópicas.

Por fim, elencamos duas importantes inovações legislativas que visam modificar a atual lei de combate às drogas ilícitas, que são os projetos de lei nº 7663/2010, da Câmara dos Deputados, e do PJ nº 236/2012, do Senado federal, que traz modificações importantes mas pouco efetivas para mudar o panorama fracassado da política nacional de drogas adotada pelo Brasil ao longo dos anos.

Ante o exposto, foi demonstrado a importância desse trabalho de pesquisa, em que foi realizado uma análise crítica da Política criminal de drogas nacional e internacional, verificando os pontos positivos e negativos da regulamentação das drogas no Brasil e os seus efeitos no índice da criminalidade e na sociedade.

2 DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

Preliminarmente, é de extrema importância discorrer sobre a forma como se desenvolveu a Política Criminal de Drogas brasileira e os fatores que foram determinantes para a estruturação dos Diplomas legislativos regulamentadores até a edição da atual Lei de Drogas (11.343/06), antes de iniciar a análise da problemática que envolve a referida pesquisa monográfica.

O Direito Penal incide como a última *ratio*, de forma que protege os bens jurídicos mais importantes para uma sociedade e se vale de uma estrutura elaborada pelo Poder Público para atuar de forma preventiva e repressiva na prática desses ilícitos, que é denominada de Política Criminal. Segundo Newton Fernandes (2002), a Política Criminal é estruturada sob duas perspectivas: a primeira consiste na forma de elaborar meios que previnam a prática de ilícitos, e a segunda, quando não for possível efetivar a prevenção, a repressão deve ser voltada para o objetivo de se evitar a reincidência penal.

Os mecanismos utilizados pela Política Criminal para combater a prática de crimes constituem um fator importante e determinante para o aumento ou a diminuição da criminalidade. O ordenamento jurídico pátrio regulamenta as questões das substâncias psicoativas desde os primórdios, quando o Estado brasileiro era apenas uma colônia portuguesa, mediante as Ordenações Filipinas de 1806.

Desde o primeiro diploma regulamentador das Drogas no Brasil, houve o natural desenvolvimento da política criminal para a regulamentação das substâncias

classificadas como proibidas, de forma a acompanhar o progresso socioeconômico e cultural vivenciado pelo Brasil e pelo mundo. Segundo Leonardo Sica (2005, p. 9) o discurso na esfera criminal talvez seja o mecanismo mais eficaz para a introdução e manutenção de sociedades culturais que se realizam mediante a atuação dos órgãos jurisdicionais.

O discurso de uma política criminal conforma a prática forense e, segundo Leonardo Sica (2005, p. 10) o ideal discursivo pregado por uma política criminal voltada para a retórica apelativa e de força, deve ser verificado com maior cautela. Nessa seara, surge uma série de tratados internacionais que influenciaram a Política de Combate às Drogas no Brasil e no mundo, marcados por uma visão proibicionista, e, entre os mais importantes, estão: a Convenção Única sobre Estupefacientes, de 1961; o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988.

Com os tratados internacionais, há a denominada transnacionalização do controle das drogas no cenário internacional, o que trouxe à tona a importância de os países globalizados agirem conjuntamente para combater a toxicomania. Surgem, nesse cenário, os Discursos Político-jurídico e Médico-sanitarista como modelos a serem observados para o combate às substâncias psicoativas. O ideal de diferenciação surgido a partir das duas concepções de traficante e usuário, que consiste no rigor repressivo ao tráfico de drogas (Discurso Político- jurídico) e no tratamento médico-sanitarista do consumidor (Discurso Médico-sanitarista), influencia diretamente a construção legislativa brasileira de combate às drogas (CARVALHO, 2010, p. 15)

A Política Criminal brasileira, fundamentalmente sustentada pela concepção proibicionista, é influenciada ideologicamente por três bases: o Movimento de Lei e Ordem, que objetiva fortalecer o combate à criminalidade, entendendo que a criminalidade é um fator nocivo para a sociedade; o da Ideologia de Defesa Social, que prega a disseminação de meios corretos de intervenção punitiva de forma elaborada, a fim de proteger os bens jurídicos; e o da Ideologia de Segurança Nacional em que o proibicionismo ganha mais força, aliado à ideologia sustentada pelos princípios da Ideologia de Defesa Social, e potencializa a guerra contra as drogas (CARVALHO, 2010, p. 29/39)

Uma política de combate às substâncias psicoativas é necessária em razão da realidade e do modo de vida vivenciado pelo Brasil, entretanto é importante se analisar se a melhor forma de agir seria mediante o combate às drogas, tratando o comerciante como um inimigo interno que merece ser combatido, ou uma Política voltada para o controle, como ocorre com as demais substâncias entorpecentes, tais como o álcool e o tabaco. Nesse sentido, importante frisar as palavras do Secretário Nacional de Drogas do Uruguai, Júlio Calzada, quando afirma que eram esperados cinquenta anos a fim de que o nível de consumo se reduzisse, contudo ele só aumentou, então o melhor é buscar uma política alternativa e não de combate. (Revista Galileu, 2013, p. 32)

Estudos crescentes no Brasil vêm demonstrando que o álcool, uma droga lícita, é uma substância nociva ao organismo humano, assim como as drogas classificadas como ilícitas e, muitas vezes, tanto um tipo como o outro acaba contribuindo para o aumento do índice de mortalidade. Uma série de pesquisas vem sendo publicadas nesse sentido, e uma delas em 2010, em *The Lancet*, considerou o álcool a quarta droga mais nociva do mundo, ficando somente atrás do *crack*, da heroína e da metafetamina (Revista Galileu, 2013, p. 32)

Segundo Alberto Zacharia Toron (2005, apud REALE, ano, p. 141), “[...] há mais de uma década, num programa de televisão, o especialista Claude Oliventein foi perguntado sobre qual o critério científico para colocar no campo da ilicitude a maconha e no da licitude o álcool e o tabaco, a resposta foi que em relação à saúde médica, era nenhuma e afirmou que o critério para a proibição era fundamentado naquilo que a sociedade pregava ser o correto e o errado”. Observa-se, com isso, que a sociedade tem um grande papel na delimitação de uma Política Criminal.

As drogas tiveram, ao longo da formação da cultura social brasileira, diversas formas de serem vistas pela sociedade, com o crescimento da economia, da cultura, das relações entre as pessoas e a globalização capitalista, que atualmente formam uma sociedade de risco. Todo esse processo culminou no tratamento repressivo às drogas. Esse tratamento repressivo proporcionado pela ciência criminal às drogas não tem dado resultados satisfatórios na resolução dos problemas que envolvem as substâncias psicotrópicas, todavia, embora tal realidade de combate se mostre ineficaz, a repressão e a resposta penal vêm aumentando cada vez mais. (MELLO, 2005, apud REALE, 2005, p. 25)

Analisando o esforço histórico de combate às substâncias psicoativas no Brasil, verifica-se uma inclinação para a utilização de uma política proibicionista, com influências da Política Estadunidense de “War on drugs”. Mas, ao longo da mudança de paradigma do mundo globalizado e com uma maior integração dos países mediante o intercâmbio de informações a fim de combater a criminalidade, tal política acaba perdendo força, de forma gradativa, em prol do surgimento de outros mecanismos de controle, pautando-se mais no ideal de diferenciação de tratamento penal entre o usuário e o traficante (CARVALHO, 2010, p. 14/15)

2.1 RESOLUÇÃO Nº 03/2005 DO CONAD

O Conselho Nacional Antidrogas – CONAD é um órgão normativo que compõe a estrutura do Estado e está diretamente ligado ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. O SISNAD foi desenvolvido e criado com o advento da Lei nº 11.343/2006 e tem a finalidade de controlar o tráfico e o consumo das drogas ilícitas no Brasil, e, entre os objetivos traçados pelo SISNAD, podemos elencar:

O SISNAD almeja a busca de medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

O CONAD é um órgão que está integralizado ao SISNAD e tem a função de traçar a Política Nacional de Drogas a ser utilizada pelo Ordenamento jurídico Brasileiro. Nesse sentido, o presidente do Conselho Nacional de Drogas aprovou a Resolução nº 03 em 27 de outubro de 2005 (Resolução nº 03/ GSIPR/CH/CONAD, 2005)

As metas traçadas pelo CONAD para efetivação da Política Nacional de Drogas caracterizam o discurso proibicionista e a ideologia da diferenciação, sedimentados com o surgimento do modelo Médico-jurídico, que almeja a repressão jurídica ao traficante e a recuperação do usuário, visando sua reinserção social.

Segundo João Jose Leal e Rodrigo José Leal (2010, p. 31) o CONAD foi instituído pelo Decreto-lei nº 2.632/98 com o objetivo de substituir o Conselho Federal de Entorpecentes – COFEN e tem a importante função de estabelecer as formas de atuação dos órgãos componentes da estrutura de combate e controle das drogas ilícitas.

O CONAD tem um papel importante na Política Criminal de Drogas no Brasil, ante a sua influência na elaboração do diploma regulamentador das drogas no País (LEAL, 2010, p. 32)

Os pressupostos mais importantes da Política Nacional de Drogas encabeçada pelo CONAD são:

[...] buscar, incessantemente, atingir o ideal de construção de uma sociedade protegida do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas; reconhecer as diferenças entre usuário e traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada; tratar de forma igualitária, sem

discriminação, as pessoas usuárias ou dependentes de drogas lícitas ou ilícitas; buscar a conscientização do usuário e da sociedade em geral de que o uso de drogas ilícitas alimenta as atividades e organizações criminosas que têm, no narcotráfico, sua principal fonte de recursos financeiros; garantir o direito de receber tratamento adequado a toda pessoa com problemas do uso indevido de drogas; priorizar a prevenção do uso indevido de drogas, por ser a intervenção mais eficaz e de menor custo para a sociedade; não confundir as estratégias de redução de danos como incentivo ao uso indevido de drogas, pois se trata de uma estratégia de prevenção; intensificar, de forma ampla, a cooperação nacional e internacional, participando de fóruns sobre drogas, bem como estreitando as relações de colaboração multilateral, respeitando a soberania nacional; reconhecer a corrupção e a lavagem de dinheiro como as principais vulnerabilidades a serem alvo das ações repressivas, visando ao desmantelamento do crime organizado, em particular do relacionado com as drogas; garantir as ações para reduzir a oferta de drogas, por intermédio de atuação coordenada e integrada dos órgãos responsáveis pela persecução criminal, em níveis federal e estadual, visando realizar ações repressivas e processos criminais contra os responsáveis pela produção e tráfico de substâncias proscritas, de acordo com o previsto na legislação; fundamentar, no princípio da responsabilidade compartilhada, a coordenação de esforços entre os diversos segmentos do governo e da sociedade, em todos os níveis, buscando efetividade e sinergia no resultado das ações, no sentido de obter redução de oferta e do consumo de drogas, do custo social a elas relacionado e de drogas lícitas; garantir a implementação, efetivação e melhoria dos programas, ações e atividades de redução da demanda (prevenção, tratamento, recuperação e reinserção social) e redução de danos, levando em consideração os indicadores de qualidade de vida, respeitando potencialidades e princípios éticos. (Resolução, nº 3, CONAD, 2005)

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Brasil historicamente sempre se mostrou um país contrário às drogas ilícitas, de tal forma que a criminalização do consumo e venda dessas substâncias psicoativas se iniciou no primeiro diploma legislativo a ser aplicado no Brasil, as Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX), que faziam referência à proibição do uso, porte e venda de substâncias denominadas à época como “venenosas” (CARVALHO, 2010, p.11).

O Código Penal da República de 1890 foi a lei eminentemente brasileira que deu previsibilidade aos crimes contra a saúde pública, disposições previstas no Título III da parte especial, no art. 159, que também tratou da proibição da venda de substâncias sem autorização e fora dos padrões impostos pela Lei Sanitária. Em 1932, com a consolidação das leis penais, houve uma modificação na regulamentação traçada pelo art. 159 do Código Imperial, havendo um aumento da repressão prevista na lei, sendo aplicadas aos crimes relacionados ao uso e venda

de substâncias proibidas, além de multa, já cominada na regulamentação imperial, a pena de prisão (CARVALHO, 2010, p. 11)

Com o aumento da demanda de substâncias psicoativas no Brasil e no mundo, surge a necessidade de o poder público estatal brasileiro acompanhar esse problema. Nessa senda, há a criação e efetivação dos Decretos-leis 780/36 e 2.953/38, com a finalidade de frear o aumento do consumo e venda de drogas ilícitas. Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 12), “é o primeiro grande impulso na luta contra as Drogas no Brasil”. A elaboração desses dois diplomas legais implicou modificações pontuais na forma de se agir contra as drogas no Brasil, criando sistemas punitivos independentes de outros delitos com medidas repressivas e preventivas específicas para as drogas.

A década de 40 foi o marco do surgimento de uma política proibicionista sistematizada, que compõe a essência da Política Criminal contra as Drogas. A sistematização foi um ponto interessante nesse período, que teve a edição do Decreto-lei nº 2.848/40, que instituiu o Código Penal Brasileiro de 1940, proporcionando uma autonomia do sistema punitivo e de controle direcionado às drogas, tipificando a conduta do consumo e prevendo as medidas repressivas no art. 281 do Código Penal/1940 (CARVALHO, 2010, p. 12)

O art. 281 do Código Penal Brasileiro de 1940 trazia em seu texto:

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

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

O Decreto-lei nº 4.720/42 incorpora ao ordenamento pátrio uma nova modalidade de conduta delituosa relacionada às drogas, tipificando como crime de tráfico no Código Penal Brasileiro de 1940, além dos verbos-núcleos de importar, exportar, vender, expor à venda, fornecer, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar, o de cultivar. Ademais, com a entrada em vigor da Lei nº 4.451/64, que introduziu, entre as condutas de tráfico de drogas, também a de plantar, combinado com o Decreto-lei nº 4.720/42, aumentou o rol de condutas

passíveis de repressão penal pelo Estado, caracterizando o discurso proibicionista da Política Criminal brasileira às drogas.

A elaboração e a publicação desses dois diplomas legais, que culminaram no aumento do campo de atuação estatal na repressão às substâncias psicoativas, regulamentados pelo art. 281 do CPB/40, resultaram no surgimento de uma descodificação da matéria criminal relacionada ao controle das drogas. (CARVALHO, 2010, p. 13)

A década de 60 foi o período em que houve um rompimento das fronteiras entre os países que formam o globo, surgindo o intercâmbio e a aliança entre eles para combater a criminalidade relacionada às drogas. A Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 simbolizou a integração das nações em busca de mecanismos eficazes de combate às substâncias drogadícticas. A convenção pregava como discurso o objetivo de combater a criminalidade visando a saúde e o bem-estar da humanidade (Relatório da Comissão Global de políticas sobre Drogas, 2011).

Segundo Salo de Carvalho (2010, p.14), “[...] o consumo de drogas ganha espaço público, aumentando sua visibilidade e, conseqüentemente, gerando pânico moral que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal”. Com essa visibilidade que as drogas ganham no cenário brasileiro e mundial, emana a necessidade de gestar políticas públicas e meios de combater esse problema crescente. Surge assim o discurso de diferenciação, consubstanciado no modelo médico-sanitário-jurídico, que tem como preceito diferenciar o consumidor do traficante de drogas, culminando em tratos diversos, repressão penal ao traficante e tratamento médico ao consumidor (CARVALHO, 2010, p. 15)

O fato é que o Brasil passa a incorporar e coadunar as formas de combate às drogas do cenário internacional, surgindo nesse prisma o Decreto-lei nº 385/68, que proporcionou uma mudança no texto do art. 281 do Código Penal brasileiro de 1940. Isso implicou a criminalização do consumidor de drogas, saindo dos padrões do modelo de combate internacional. O ordenamento jurídico brasileiro, mediante o art. 281 do CPB/40, aplicava uma política repressiva tão somente ao traficante de droga, ou seja, aquele que a comercializava visando o lucro, entendimento também consolidado pelo Supremo Tribunal Federal.

A justificativa para essa substancial mudança à época foi o crescimento da venda e consumo de drogas no cenário brasileiro e a conseqüente impunidade dos comerciantes dessas substâncias, que se agarravam ao texto da lei para saírem impunes, já que muitas vezes, quando eram surpreendidos na posse de substâncias psicoativas, diziam-se consumidores. Em razão dessa situação, foi incluído um novo parágrafo no art. 281, que continha em seu texto: “nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

A incompatibilidade com o modelo internacional de combate às drogas, assim como as influências do modelo de diferenciação que cada vez mais ganhava força no panorama das legislações dos países globalizados, provocam o surgimento da Lei nº 5.726/71, que revoga o Decreto-lei nº 385/68 depois de o diploma ter um período de vigência de três anos, descriminalizando o delito de consumo de drogas. Em relação a esse ponto da descriminalização, há divergências doutrinárias, se o que ocorreu foi a descriminalização ou a despenalização, devido ao fato de o usuário continuar sendo alvo de penalização estatal. Sobre esse ponto, iremos tratar de forma mais detida em capítulo mais adiante.

A Lei nº 5.726/71, nas palavras de Salo de Carvalho (2010, p.17), “foi o marco definitivo da descodificação da regulamentação da questão de tóxicos no Brasil”. Com a edição do novo diploma, inovações na seara processual e também novas formas de criminalização foram trazidas à tona. O Código de Processo Penal brasileiro passou a ser aplicado de forma subsidiária nas ações que envolviam tóxicos, passando o novel diploma legislativo a regulamentar toda a processualística.

O então recente, à época, diploma regulamentador das drogas no Brasil manteve as orientações internacionais de modelo de combate às substâncias psicoativas, seguindo a pregação de diferenciação proporcionada com o surgimento do modelo médico-jurídico, repressão ao traficante, que se equiparava ao delinquente, e tratamento médico-psíquico ao usuário, que estava ligado à figura do dependente (CARVALHO, 2010, p. 17)

A próxima lei a tratar das questões das drogas no Brasil, marcando a opção descodificadora do Ordenamento Jurídico brasileiro no tratamento das drogas, foi a Lei nº 6.368, promulgada em 26 de outubro de 1976, que manteve o discurso de diferenciação. Esse veio a se consolidar com a atual Lei Antidrogas brasileira, que

vigora nos dias atuais, a de nº 11.343/2006. Essas duas leis serão analisadas de forma aprofundada em capítulos específicos. Ressalte-se, porém, que, durante esse período de promulgação das duas legislações, foi editada a Lei nº 10.409/02, que passou a vigorar em 11 de janeiro de 2002.

A Lei nº 10.409/2002 surgiu diante de variadas propostas feitas pelos Congressistas e pelo Conselho Federal de Entorpecentes (COFEN), e, entre essas propostas, a mais importante foi o Projeto de Lei nº 1.837/91, denominado de MURAD, que, juntamente com as alternativas trazidas pelo COFEN, formou a base da Lei nº 10.409/02. O projeto MURAD marcou o surgimento de um direcionamento repressivo maior para o comércio de entorpecentes, imprimindo uma maior visibilidade ao narcotráfico, após a constatação de que o Brasil era um país-chave para o transporte das drogas realizado pelas grandes organizações criminosas (CARVALHO, 2010, p. 59)

O diploma repressivo de 2002 impulsionou mudanças relevantes na Política Criminal de Drogas brasileira, na medida em que alterou o procedimento processual direcionado aos tóxicos, transferindo a competência para processamento e julgamento dos delitos relacionados ao porte ilegal para o consumo próprio aos Juizados Especiais Criminais, que seguem o rito da Lei nº 9.099/95.

A lei nº 9.099/95 possui medidas descarcerizadoras, pois tem competência para processar e julgar delitos de menor potencial ofensivo. O art. 61 da referida lei, expressamente dispõe que “as infrações de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima seja não superior a 01 (um) ano”. (Pacelli, 2005, “*passim*”). Todavia, com a edição da lei dos Juizados Especiais Federais nº 10.259/2001, a pena foi fixada em 02 (dois) anos. (Távora, 2010, p. 712).

2.3 MODELO INTERNACIONAL DE COMBATE ÀS DROGAS

A criminalização das drogas é uma tendência mundial, o discurso proibicionista impera entre a maioria dos países que se utilizam da repressão através do direito para tentar extirpar esse problema. Nesse sentido, surgem

perguntas e indagações acerca da efetividade das políticas públicas de combate às drogas, cuja disseminação, ao invés de diminuir, vem aumentando consideravelmente no mercado (Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011).

A repressão é marca registrada das nações mundiais de combate às substâncias psicoativas, lançada e consolidada na Convenção Única de Entorpecentes da ONU e fortificada pela política implementada pelos Estados Unidos, a “War on Drougs”, que tinha como objetivo o extermínio total das drogas, comparando essas substâncias ilícitas a um inimigo interno. Essa política repressiva influenciou a América Latina que adotou um rigoroso sistema de combate às drogas ilícitas, mediante a utilização do Ordenamento Jurídico, discurso que ficou conhecido como o da Segurança Nacional (CARVALHO, 2010, p. 36)

Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 38), “esse modelo de segurança nacional consubstanciado no repressivismo bélico estabelece um programa genocida na América Latina, selecionando o inimigo que é o criminoso, deflagra-se a lógica da guerra constante”.

Os tratados internacionais firmados entre as nações, a fim de quebrar as fronteiras para combater a criminalidade, influenciaram diretamente as políticas criminais utilizadas pelos países, que incorporaram os valores e discursos difundidos nas convenções, buscaram adequá-las às suas realidades socioculturais e as efetivaram. Entre as convenções promovidas pela Organização das Nações Unidas para propagar o ideal proibicionista, citam-se a Convenção Única de Estupefacientes, de 1961, o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, e a Convenção de Viena, de 1988 (SICA, 2005, p. 11/12)

A Convenção das Nações Unidas de 1961 sobre entorpecentes foi um marco da política internacional a fim de combater e controlar as drogas ilícitas, sendo incorporado pelos países signatários da ONU. A Convenção de Substâncias Psicotrópicas de 1972 teve uma grande importância para os Estados mundiais no controle e combate das drogas, devido ao fato de incluir, no rol das drogas ilícitas, as substâncias psicotrópicas, que são as drogas sintéticas, como o LSD. O avanço mais significativo no consórcio internacional de controle dos narcóticos e substâncias psicotrópicas foi a Convenção de Viena em 1988, que coincidiu com a elaboração e promulgação da Carta Magna brasileira (BOITEUX, 2006, P. 39).

O modelo proibicionista difundido mundialmente e que foi acatado por todos os países signatários das convenções internacionais, possui como base e objetivo combater as drogas ilícitas com a finalidade de assegurar a saúde pública, tanto que a Convenção Única de 1961 teve a saúde como meta idealizada. O que se observa, é que a proibição de utilização das drogas ilícitas tem como alicerce o moralismo social, já que as drogas lícitas, tais como o álcool e o tabaco, possuem os mesmos efeitos negativos à saúde pública. Nessa senda, é notável que a política de combate às drogas sustentada pelo proibicionismo de algumas drogas para assegurar a saúde mundial, goza de influências político-financeiras (SILVEIRA, 2005, p.34)

2.4 A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE DE DROGAS

A transnacionalização do controle sobre as substâncias psicoativas de uso proibido consistiu na aproximação dos países em busca de apoio mútuo para combater a criminalidade e o consumo das drogas ilícitas, que, durante a década de 60, apresentaram um crescimento vertiginoso, principalmente em relação à maconha e ao LSD.

Com o aumento do espaço das drogas na realidade social dos países capitalistas, inicia-se uma fase de grande produção legislativa, que teve como base fundamentadora o moralismo social. Diante desse quadro, surgem campanhas sociais que, apoiadas em um sentimento de pânico moral social, levam a um maior avizinhamento entre os países para combater as drogas classificadas socialmente como ilícitas (CARVALHO, 2010, p. 13/14)

O início do rompimento entre as barreiras dos países, a fim de combater os grandes problemas que surgiam no cenário mundial em decorrência do crescimento do consumo das drogas ilícitas, foi a Liga das Nações de 1919, pós-Primeira Guerra Mundial. A Liga das Nações consistia na organização dos países a fim de assegurar a paz. Posteriormente, com o fim da Liga das Nações e com o surgimento da Organizações das Nações Unidas – ONU na década de 40, essa aproximação continuou a estreitar os laços em busca de combater as drogas ilícitas, tendo seu auge com o reforço da política proibicionista na Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 (CARVALHO, 2010, p. 14)

Segundo Rosa del Omo (1990, p. 34), “a globalização da repressão às drogas se insere no projeto de transnacionalização do controle social, cuja finalidade é dirimir fronteiras nacionais para o combate à criminalidade”. A transnacionalização do controle das drogas resultou no surgimento de um novo modelo de controle baseado na ideologia da diferenciação, ligando a figura do usuário à dependência química, e o traficante a um criminoso merecedor das sanções estatais.

Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 15) o modelo médico-jurídico-sanitarista que surgiu com a maior aproximação dos países para combater as substâncias psicotrópicas ilícitas, tem fundamento ideológico pautado no discurso de diferenciação entre repressão e tratamento, delinquência e dependência. Nesse sentido, importante transcrever um trecho do pensamento de Salo de Carvalho acerca do assunto: “A principal característica desse discurso de diferenciação é traçar uma nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente, respectivamente” (CARVALHO, 2010, p.15).

O Brasil acompanhou a política proibicionista que surgiu com o rompimento das divisas entre os países, na busca de um modelo ideal de combate às drogas ilícitas, adequando a política nacional interna aos preceitos e ideais construídos conjuntamente nas convenções internacionais. A legislação brasileira manteve o estereótipo da diferenciação, impondo em tese a repressão penal ao traficante e o discurso médico em relação ao usuário de drogas ilícitas, despenalizando teoricamente a conduta do uso (CARVALHO, 2010, p. 16/17)

A atual Lei Antidrogas do Brasil, a nº 11.343/2006, contém em seu texto legal previsão expressa de colaboração internacional entre os países a fim de controlar a movimentação das drogas ilícitas. O art. 65 da lei nº 11.343/2006 segue o princípio da cooperação entre os países, e, neste ponto, é importante se fazer menção ao texto do referido artigo, que sustenta, *in verbis*:

Titulo V

Da Cooperação Internacional

Art. 65. De conformidade com os princípios da não- intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

I – intercambio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção e uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II – intercambio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos;

III – intercambio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos; [...] (apud MARCÃO, 2007, p. 557).

A assinatura do Brasil nas convenções internacionais sobre as drogas, entre elas, a Convenção Única de Entorpecentes, Nova Iorque, 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, e a Convenção sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, vinculou o Brasil a seguir as linhas de combate e controle do tráfico de drogas ilícitas, estabelecidas nas convenções (LEAL, 2010, p. 32)

2.4.1 Modelo Médico-jurídico e a Ideologia da Diferenciação

O surgimento da Organização das Nações Unidas na década de 40, pós-Segunda Guerra Mundial foi um marco na aproximação dos países para agir conjuntamente, com o escopo de buscar medidas efetivas para controlar a circulação e o aumento do consumo das drogas narcóticas e psicotrópicas. Culmina, na década de 60, com a promoção da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 (BOITEUX, 2006, p. 41)

A Convenção sobre Entorpecentes fez surgir um novo modelo de controle das drogas ilícitas, denominado de médico-jurídico-sanitarista, traçando uma linha de diferenciação entre o consumidor de drogas ilícitas e o traficante. Essa ideologia seguida pelo novo discurso de controle recém-surgido no cenário mundial consistia em formar dois estereótipos dos sujeitos envolvidos com as drogas ilícitas, culminando em duas formas de tratamento. Nesse sentido, Salo de Carvalho (2010, p. 15) indaga se, sobre os traficantes, incidiria o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso condenado moralmente pela sociedade. Sobre o consumidor recairia o discurso médico-psiquiátrico, que ganhou sustentação com a perspectiva sanitarista.

A incorporação do modelo de diferenciação enseja a formação, em um mesmo sistema jurídico, de dois regimes distintos de intervenção, a qual incidiria de acordo com o enquadramento legal da conduta do sujeito: se incidisse no crime de tráfico, a repressão seria adotada; de outro modo, caso fosse enquadrado como usuário, recairia sobre o sujeito o discurso médico-jurídico. Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 23), “os binômios dependência-tratamento e tráfico-repressão permeiam a legislação pátria e, apesar de aparecerem integrados no texto, criam dois estatutos proibitivos”

O ideal médico-sanitarista tendenciona as legislações nacionais a preverem, em seus estatutos reguladores das drogas, medidas de tratamento e recuperação dos dependentes. Nesse sentido, a figura do usuário de drogas é ligada à dependência, o consumidor de substâncias psicotrópicas seria um refém da droga precisando de tratamento médico-psiquiátrico (CARVALHO, 2010, p. 24)

Essa perspectiva de equiparar o usuário de drogas ilícitas ao estereotipo da dependência química soa como uma perspectiva generalista, pois nem todo usuário de droga é dependente químico. A Lei nº 6.368/76, antiga lei regulamentadora das drogas no Brasil, já previa em seu capítulo II o tratamento e a recuperação ao usuário de drogas, conforme preceitua o texto legal:

Do Tratamento e da Recuperação

Art. 8º. Os dependentes de substâncias entorpecentes, ou que, determinem dependência física ou psíquica, ficarão sujeitos às medidas previstas neste capítulo.

Art. 9º. As redes dos serviços de saúde dos Estados, Territórios e Distrito Federal contarão, sempre que necessário e possível, com estabelecimentos próprios para tratamento dos dependentes de substâncias a que se refere a presente Lei.

1º§. Enquanto não se criarem os estabelecimentos referidos neste artigo, serão adaptados, na rede já existente, unidades para aquela finalidade.

2º§. O Ministério da Previdência e Assistência Social providenciará no sentido de que as normas previstas neste artigo e seu § 1º sejam também observadas pela sua rede de serviços de saúde.

Art. 10º. O tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.

1º§. Quando verificadas a desnecessidade de internação, o dependente será submetido a tratamento em regime extra-hospitalar, com assistência do serviço social competente.

2º§. Os estabelecimentos hospitalares e clínicas oficiais ou particulares, que receberem para tratamento, encaminharão à repartição competente, até o dia 10 de cada mês, mapa estatístico dos casos atendidos durante o mês anterior, com indicação do código da doença, segundo a classificação

aprovada pela Organização Mundial da Saúde, dispensada a menção do nome do paciente.

Art. 11. Ao dependente que, em razão da prática de qualquer infração penal, for imposta pena privativa de liberdade ou medida de segurança detentiva será dispensado tratamento em ambulatório interno do Sistema Penitenciário onde estiver cumprindo a sanção respectiva. (Lei nº 6.378/76)

Analisando o texto legal, verifica-se que até mesmo em alguns casos o usuário de drogas ilícitas era obrigado a se submeter ao tratamento de internação hospitalar. Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 24) a obrigatoriedade do tratamento terapêutico aos consumidores de drogas está na associação, criada pelo moralismo social, entre dependência e delinquência, pelo fato de o dependente químico ser caracterizado como um criminoso em potencial. Diante disso, a obrigatoriedade do tratamento torna-se medida a ser imposta aos usuários de drogas, a fim de prevenir a prática de futuros delitos.

A nova Lei Antidrogas, nº 11.343, manteve o discurso da diferenciação de tratamento entre os traficantes e usuários de drogas ilícitas. Segundo Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2008, p.19) o atual diploma regulamentador das drogas no Brasil inova em instituir a separação entre a prevenção ao uso e a repressão ao tráfico. Todavia, essa separação entre traficante e usuário já fora implantado na Lei nº 6.368/76, apenas inovando o novo diploma quanto às medidas de prevenção e reinserção social do usuário.

Na seara do Direito Penal, a diversificação de tratamentos imprimidos ao traficante e ao usuário é reflexo do modelo médico-sanitarista, que surgiu com a transnacionalização do controle de drogas ilícitas, a Lei nº 11.343/2006 mantém esse discurso de diferenciação, tirando o enfoque do tratamento médico- psiquiátrico ao usuário, substituindo pelas medidas de prevenção ao uso. Nesse sentido, disserta Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 20) “o que prevê a nova lei é a alteração substancial do enfoque social sobre as drogas, com a adoção de regime diferenciado para a prevenção do uso e a repressão ao tráfico”.

2.4.2 Modelo Jurídico-político

O discurso jurídico-político de combate às drogas ilícitas é um modelo que visa a extinção das substâncias psicotrópicas através da utilização de medidas repressivas. O modelo jurídico-político possui dois núcleos essenciais que são a proibição e a repressão (SICA, 2005, p. 12)

O modelo jurídico-político, marcado pela repressão a qualquer forma de utilização das drogas ilícitas, seja visando o comércio ou o uso, surgiu com a adoção do proibicionismo como política de combate às drogas. Os Estados Unidos foram os precursores da adoção da proibição e da repressão como forma de política de combate aos narcóticos e estabeleceram, mediante a Lei Harrison contra os narcóticos, de 1914, as primeiras medidas punitivas aos vendedores de drogas sem fins medicinais (SICA, 2005, p. 11)

A repressão através do Ordenamento Jurídico é característica do modelo jurídico-político, que tem a punição como meio de coibir o uso e o tráfico de drogas ilícitas. A Convenção Única de Entorpecentes, promovida pela Organização das Nações Unidas em 1971, fortificou a política de repressão, todavia desviou o direcionamento da repressão em relação aos usuários de drogas ilícitas. Essa mudança ocorreu em face do surgimento do discurso médico-jurídico, que criou uma bipartição de tratamentos – a repressão ao traficante e o tratamento médico ao usuário (CARVALHO, 2010, p. 23/24)

O Brasil adotou o proibicionismo e a repressão como política nacional de combate às drogas, elegendo, em suas primeiras legislações, a punição como medida a ser adotada contra as drogas ilícitas. O Código Penal de 1940, em seu art. 281, claramente demonstra que a repressão era a forma de combate ao traficante e ao usuário de drogas ilícitas no território brasileiro. O discurso jurídico-político recaía tanto para o traficante como para o usuário de droga, panorama que se modificou com a adoção do modelo médico-sanitarista (CARVALHO, 2010, p. 10/15)

A perspectiva jurídico-política de tratamento dos tóxicos é direcionada, a partir dos anos 60, ao traficante de drogas ilícitas, estereótipo do criminoso, devendo recair sobre ele medidas repressivas com o fim de coibir a circulação e o consumo de drogas. A Lei nº 6.368/76, utilizada até meados de 2006 pelo Brasil, visando

regulamentar a venda e o uso das drogas ilícitas, recrudescer a repressão com o aumento das penas estabelecidas para as condutas de tráfico.

O art. 12 da Lei nº 6.368/76 continha as medidas punitivas ao traficante de drogas, contemplando pena de reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos e o pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Analisando o texto da lei, nota-se a repressão acentuada ao traficante de drogas, que teve como base influenciadora o discurso jurídico-político de combate às drogas ilícitas (CARVALHO, 2010, p.25)

Os Estados Unidos, país que difundiu o ideal belicista de combate às drogas, classificando o problema como de Segurança Pública e comparando as drogas a um inimigo interno, tiveram um papel de destaque na difusão do modelo jurídico-político na América Latina. O Congresso Norte-americano sobre o Tráfico Mundial de Drogas e o seu Impacto na Segurança dos Estados Unidos, em 1972, influenciou os países latinos a imprimirem uma repressão maior no combate às drogas ilícitas. Os países componentes da América Latina, na verdade, eram apontados como responsáveis pelo aumento da demanda de drogas nos EUA, já que seriam os principais produtores (CARVALHO, 2010, p. 20)

A institucionalização do discurso jurídico-político nos países produtores ou, no caso do Brasil, país rota de passagem do comércio internacional, a partir da transferência do problema doméstico dos países consumidores, redundará em instauração de modelo genocida de segurança pública, pois voltado à criação de situações de guerras internas. (CARVALHO, 2010, p. 20).

Os efeitos na América Latina com a incorporação do belicismo norte-americano de combate às drogas tiveram repercussões nas legislações internas dos países componentes do continente. Ressalte-se que, apesar de o modelo jurídico-político já figurar como ideologia na política criminal de drogas brasileira desde a década de 60, a sua incorporação formal como modelo oficial a ser utilizado pela segurança pública somente ocorreu na década de 70 (CARVALHO, 2010, p. 21)

A influência estadunidense foi marcante para a difusão da forma repressiva da política proibicionista de drogas no cenário internacional (BOITEUX, 2006, p. 53)

2.4.3 A Política Americana do “War On Drugs”

A política utilizada pelos Estados Unidos para combater e controlar a comercialização e o consumo das drogas ilícitas possui claras características proibicionistas, sendo a repressão o principal método de combater o problema das drogas proibidas no país. O modelo bélico, desenvolvido pelos Estados Unidos para combater o crescimento demasiado do número de consumidores de drogas na década de 60, ficou denominado de “War on Drugs”, em que impera, como mecanismo de combate, a repressão penal como forma de lidar com os traficantes e consumidores de drogas ilícitas (SICA, 2005, p. 10)

A virada do século XIX para o XX foi o período em que os Estados Unidos intensificaram a sua política em relação às drogas proibidas. Nesse período, houve um aumento significativo do consumo deliberado de algumas drogas como a cocaína, o ópio, a morfina e o éter. Essas substâncias eram destinadas ao uso medicinal e não havia nenhum óbice legal a que fossem comercializadas no mercado interno, o que causou um aumento vertiginoso do número de viciados. (SICA, 2005, p. 11)

A Lei Harrison, de 1914, foi o diploma regulamentador responsável por alterar o quadro epidêmico da livre circulação de drogas psicoativas vivenciado na virada do século XIX nos Estados Unidos da América. O referido diploma foi editado com a finalidade de pregar a ilegalidade da livre comercialização de substâncias psicoativas utilizadas na área médica.

A guerra às drogas foi declarada formalmente pelo presidente Nixon nos anos 70. A concepção das drogas ilícitas como um inimigo interno, que deveria ser exterminado, através de uma política de combate, foi instaurada em 1973 na gestão do presidente Richard Nixon e fortificada durante a presidência de Ronald Reagan, que priorizou mais as ações de controle em relação à cocaína (REUTER, 2008, p. 6)

A política da “War on Drugs” almeja a diminuição e a extinção das substâncias narcóticas e psicotrópicas, visando ações que incidam sobre a lei da oferta e procura. A justificativa jurídica em relação à política de combate às drogas é garantir a saúde pública, já que o abuso de algumas drogas ilícitas seriam nocivas à saúde humana, ademais, a efetivação dessa política, além de se alicerçar na

proteção da saúde coletiva, tem na lei penal a sua principal arma. A prevenção geral é o meio utilizado pela política de guerra às drogas, que se vale da repressão consubstanciada na lei, como forma de inibir o comércio e a utilização das drogas ilícitas (SICA, 2005, p. 15)

A repressão acentuada da política estadunidense, de guerra declarada às drogas, gerou um grande crescimento da população carcerária dos anos 80 até os dias atuais. Em 1980, a estimativa é que cerca de 50.000 (cinquenta mil) pessoas foram alvo da repressão estatal estadunidense através da prisão, número que continuou em uma crescente acentuada, chegando, em meados do ano de 2007, a 500.000 (quinhentas mil) pessoas, todas enquadradas por crimes associados às drogas (REUTER, 2008, p. 8)

Uma questão interessante foi levantada por Peter Reuter (2008, p.8) :

O que realmente surpreende é que o número tenha continuado aumentando mesmo apesar de existirem boas razões para acreditar que a escala do tráfico de drogas veio caindo moderadamente durante os últimos quinze anos. Apesar de muitas pessoas se encontrarem formalmente na cadeia ou na prisão por crimes de posse de drogas, muitas delas são na realidade traficantes que se declaram culpados em acusações de posse para evitar sentenças maiores.

A repressão imprimida pelo programa americano de combate às drogas ilícitas alcança, de forma indistinta, tanto o traficante como o usuário, aplicando a sanção privativa de liberdade para ambas as figuras, apenas diversificando o rigor da pena imposta a cada um. O crime de tráfico e consumo de drogas nos Estados Unidos é crime federal, que é regulamentada pela Lei de Substâncias Controladas (CSA). A CSA americana, controla às drogas no país dividindo em duas classes, na classe I estão às drogas ilícitas sem fins medicinais, a classe II que possui fins medicinais, contudo, são igualmente proibidas.

O governo federal americano pune a distribuição ilegal e a posse simples de drogas ilícitas, com penas privativa de liberdade e multa que variam de acordo com o a espécie de droga apreendida. (Política Nacional de Drogas: Estados Unidos da America, 2001, p. 2/3)

Diante desse quadro, resta claro que o modelo de combate às drogas ilícitas que impera nos Estados Unidos é o político-jurídico, ficando afastada a ideologia da

diferenciação pregada pela Convenção Única de Entorpecentes, assinada em Nova Iorque no ano de 1961. A ideologia da diferenciação e um modelo médico – jurídico que surgiu na década de 60, com intuito de criar formas distintas aos agentes envolvidos com às drogas ilícitas, ao traficante recairia a repressão estatal e ao usuário de drogas ilícitas o tratamento médico – psiquiátrico.

Os Estados Unidos é um país conservador em relação a sua política de controle das drogas ilícitas, tendo sido ínfimas as mudanças produzidas em relação a sua forma rigorosa de lidar com as drogas. Entretanto, é possível verificar algumas inovações, que, de uma forma indireta, enfraquecem o seu regime de guerra declarada às drogas, como a “Prop 36” de 2006 (REUTER, 2008, p.14)

A “Proposta 36”, aprovada no Estado da Califórnia no ano de 2000, efetivou uma medida que consistia em propiciar tratamento e assistência médica àqueles reincidentes nos crimes de uso de drogas ilícitas e que não fossem violentos, substituindo, dessa forma, a imputação da pena de prisão. O fato é que a repressão em relação às drogas ilícitas sempre foi a marca registrada e difundida pelo governo estadunidense, e o seu conservadorismo em relação a essa política não permite que ocorram mudanças relevantes, apesar da crítica mundial em relação à ineficácia da forma de combate repressivo à questão das drogas (REUTER, 2008, p. 16)

2.5 TRATADOS INTERNACIONAIS DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS

Os tratados internacionais firmados entre as nações foi um ponto importante no desenvolvimento da forma de controlar e combater o problema do comércio e consumo das drogas ilícitas, na medida em que estreitou as fronteiras entre os países, a fim de se buscar de forma conjunta uma solução para esse grande problema mundial.

Esses acordos internacionais impuseram o proibicionismo como forma de controle das drogas ilícitas. O modelo proibicionista, que tem como princípio a coação através da repressão, sustenta-se no moralismo social, que elegeu determinadas drogas como proibidas em razão dos efeitos que trazem à saúde

pública. Segundo Luciana Boiteux (2006, p. 45), “o modelo proibicionista de controle de drogas opõe-se aos demais modelos alternativos por seu fundamento jurídico-moral, unido ao sanitário-social, e constitui hoje o modelo internacional imposto a todos os países nos tratados internacionais”.

Entre as convenções promovidas sobre a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), podemos destacar que os mais importantes foram: a Convenção Única de Estupefacientes em 1961; o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas em 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas em 1988. (Sica, 2005, p. 12)

2.5.1 A Convenção Única de Estupefacientes (1961)

A primeira convenção realizada pelas Organizações das Nações Unidas em que a comercialização e o consumo de drogas ilícitas foram o tema principal a ser debatido, foi a Convenção Única de Estupefacientes, que ocorreu no ano de 1961 em Nova Iorque, nos Estados Unidos (BOITEUX, 2006, p. 39)

A Convenção de 1961 teve um papel muito importante no controle penal internacional sobre as drogas ilícitas. As medidas que foram propostas no tratado foram largamente reconhecidas e instituídas pelos mais de cem países que assinaram a convenção (CARVALHO, 2010, p. 19)

O tratado teve como principais objetivos instituir ações, nos países, direcionadas ao controle da produção e comercialização das drogas ilícitas, propondo vedações expressas ao consumo de fumo, do ópio e da maconha para fins não medicinais. A forma de controlar a comercialização e circulação das substâncias psicotrópicas entre os países seria através da lei, impondo a repressão como ideologia de combate (BOITEUX, 2006, p. 40)

A Convenção Única de 1961 foi um acontecimento importante na transnacionalização do controle das drogas ilícitas, em virtude de ter proporcionado uma aproximação entre os países para combater a criminalidade ligada às drogas ilícitas. O discurso pregado pela Convenção Única foi “saúde e o bem-estar da humanidade”, ressaltando em seu texto preambular o perigo que as drogas ilícitas geram para as sociedades e para a economia mundial (CARVALHO, 2010, p. 14/15)

[...] a Convenção Única de Estupefacientes (1961) formaliza o processo de transnacionalização do controle das drogas, procurando integrar as agências internacionais e os sistemas repressivos dos Estados signatários para o desenvolvimento harmônico de instrumentos de repressão. (CARVALHO, 2010, p. 43).

A ideologia da diferenciação, que separou as duas figuras envolvidas com as drogas ilícitas, culminando na diversidade de tratamentos para efeitos repressivos, foi um dos avanços proporcionados pela Convenção de Estupefacientes. O modelo médico-jurídico em que impera, como discurso, a diferenciação entre as figuras do traficante e do usuário de drogas, foi um ponto de extrema importância na Convenção de 1961, o que resultou na formação de dois estereótipos distintos, o traficante, criminoso que mereceria o tratamento repressivo estatal, e o usuário, dependente merecedor de tratamento médico-psíquico (CARVALHO, 2010, p. 17)

A forte política repressiva imposta pela Convenção na década de 60, visando a erradicação das drogas ilícitas, desencadeou um processo de militarização do combate às drogas, criando uma atmosfera de guerra interna nos países. Frise-se, quanto a esse ponto, que as agências norte-americanas ganharam considerável espaço de atuação durante essa época (BOITEUX, 2006, p. 40)

Na América Latina, os reflexos do fortalecimento do proibicionismo, imposto pelo tratado de 1961, culminaram no surgimento da Ideologia da Segurança Nacional, que tinha como ideal a eliminação das drogas ilícitas mediante a utilização da repressão penal (CARVALHO, 2010, p. 36)

O Decreto nº 54.216, de 27/08/1964, promulgou a Convenção Única sobre Entorpecentes, incorporando à legislação brasileira os ideais pregados pelo tratado:

[...] as partes, preocupadas com a saúde física e moral da humanidade, reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins, reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade, conscientes de prevenir e combater esse mal. Considerando que as medidas contra o uso indébito de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal. Julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns, reconhecendo a competência das Nações Unidas em matéria de controle de entorpecentes e desejosas de que os órgãos internacionais a ele afetos

estejam enquadrados nessa organização. Desejando concluir uma convenção internacional que tenha aceitação geral e venha substituir os trabalhos existentes sobre entorpecentes, limitando-se nela o uso dessas substâncias afins médicos e científicos estabelecendo uma cooperação a uma fiscalização internacional permanente para consecução de tais finalidades e objetivos. (Preâmbulo, Decreto nº 54.216/64).

A radicalização do controle de drogas, em que imperava a busca pela extirpação da comercialização e consumo de substâncias psicotrópicas ilícitas, culminou com o surgimento de um sistema de integralização entre os países no combate às drogas proibidas. O International Narcotics Control Board – INCB foi criado com a finalidade de maximizar a política internacional de drogas, proporcionando uma melhor comunicação entre os países (BOITEUX, 2006, p. 40)

2.5.2 Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971)

A Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas ocorreu no ano de 1971, em Viena, e veio consolidar ainda mais a cooperação entre os países na luta contra as drogas ilícitas. A principal contribuição da Convenção foi incluir as drogas psicotrópicas entre as substâncias ilícitas. Entre as drogas psicotrópicas proibidas, figuram os estimulantes, as anfetaminas e o *ecstasy*, drogas que foram classificadas e proibidas de acordo com os efeitos que causam nas sinapses cerebrais (BOITEUX, 2006, p. 40)

O Brasil foi signatário da Convenção de 1971, assinando o tratado em 21 de fevereiro de 1971, aplicando internamente as suas disposições mediante a edição do Decreto Legislativo nº 90, em 05/12/1972 (Decreto legislativo nº 90, de 1972. Aprova o texto da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, assinada em 21 de fevereiro de 1971 pelo Brasil)

A década de 70, quando a ONU promoveu a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, foi um período em que houve um fortalecimento da política repressiva em relação às drogas ilícitas, que foi difundida através da Convenção de 60 e se consolidou com a aprovação da Convenção de 70. Esse período foi marcado pela sobreposição do discurso jurídico-político com a maximização da repressão ao traficante de drogas ilícitas (CARVALHO, 2010, p. 19)

Os Estados Unidos tiveram influência direta para a densificação e expansão da política bélica de combate mediante a repressão penal. Com o relatório do Congresso sobre o Tráfico Mundial de Drogas, realizado nos Estados Unidos em 1972, difunde-se na América Latina esse modelo proibicionista belicista de controle, instaurando, nos países componentes do continente latino-americano, um ambiente de “guerra interna” contra as drogas ilícitas. Nesse período, foi editado no Brasil o Decreto-Lei nº 5.726/71, que alterou o texto do art. 281 do Código Penal de 1940, estendendo a repressão penal também ao usuário de drogas ilícitas (CARVALHO, 2010, p.19/20)

2.5.3 Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena, 1988)

A Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas foi um tratado firmado sob a égide da Organização das Nações Unidas, em 1988, e que teve o Brasil como signatário, sendo promulgada em território brasileiro em 1991 pelo Congresso Nacional.

As bases atuais de controle de drogas ilícitas foram todas definidas na Convenção de 1988, sendo consolidada a forma repressiva de tratamento às substâncias narcóticas e psicotrópicas ilícitas. Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 45): “A convenção de Viena, aprovada pelo congresso em 1991, consolida a política de repressão às drogas ilícitas, que diversos tratados internacionais, sustentados pelas agências de drogas norte-americanas impuseram”.

A Convenção de Viena marca a imposição do modelo americano do “War on Drugs” de combate às drogas ilícitas, que tinha como ideologia sua proibição e repressão, sob o argumento de que o fracasso dos tratados firmados até então – citem-se a Convenção Única de Estupefacientes (1961) e a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) – foi em razão da fraca repressão imposta pelas políticas nacionais dos países signatários (SICA, 2005, p. 12)

O Tratado de 1988 teve como objetivo a imposição da política belicista norte-americana implementada pelo presidente Ronald Reagan, a que todos os países deveriam aderir a fim de se buscar uma cooperação coletiva na busca da eliminação do tráfico ilícito de drogas. Surge, durante esse período, uma atenção maior em relação às organizações criminosas, que foram responsabilizadas diretamente pela comercialização e circulação das drogas ilícitas (CARVALHO, 2010, p. 46)

Segundo Luciana Boiteux (2006, p. 41) a Convenção das Organizações das Nações Unidas de 1988 teve como finalidade o combate às organizações criminosas de forma cooperada entre os países. O combate através da repressão foi o modelo que vigorou e vigora até os dias atuais no combate ao tráfico ilícito de drogas, visando sempre enfraquecer, de forma efetiva, as organizações criminosas, que representam uma ameaça ao poder estatal.

A atenção voltada para as grandes organizações criminosas, em razão da sua associação como responsáveis diretas do tráfico de drogas ilícitas, impactou na política repressiva brasileira, que editou a Lei do Crime Organizado nº 9.034/95. A Lei Nacional de Combate ao Crime Organizado nasce com objetivos claros de combater o tráfico de drogas e de armas, instaurando uma forte política de repressão aos traficantes de drogas, culminando, inclusive, com o surgimento do juiz inquisidor (CARVALHO, 2010, p. 61/63)

A convenção teve como meta a extinção do cultivo de plantas narcóticas e da produção das drogas a partir da manufatura dessas plantas, medida direcionada principalmente aos países latino-americanos, que figuram como os principais cultivadores da folha de coca e da *cannabis*. Nesse ponto, importante ressaltar que a busca pela eliminação da folha de coca resultou na extinção de culturas milenares dos povos andinos, causando um grande prejuízo cultural a essas nações (BOITEUX, 2005, p. 42)

Segundo Luciana Boiteux (2005, p. 42), “trata-se de uma convenção quase que exclusivamente voltada para a repressão, com o propósito confesso de aperfeiçoar os instrumentos repressivos existentes e introduzir novos”.

A expectativa nacional brasileira com a Convenção das Nações Unidas de 1988 era que houvesse uma gradativa diminuição da repressão militarizada em relação ao traficante de drogas ilícitas, entretanto o inverso aconteceu, sendo inclusive firmado, em 1994, um convênio entre o Estado do Rio de Janeiro, a União e as Forças Armadas, visando a eliminação do tráfico de drogas no Estado carioca. Esse convênio contribuiu para a intensificação do modelo militarizado de controle do tráfico de substâncias psicotrópicas (CARVALHO, 2010, p. 48)

2.6 A DECADÊNCIA DO MODELO INTERNACIONAL DE COMBATE ÀS DROGAS

Como expressa o *Relatório Global de Políticas sobre Drogas* (2011, p.4): “A guerra global contra às drogas fracassou, deixando em seu rastro consequências devastadoras para pessoas e sociedades em todo mundo”.

A política de controle das drogas ilícitas, implementada a partir dos debates nas convenções internacionais organizadas pela Organização das Nações Unidas, depois de anos de aplicação prática no bojo das legislações nacionais dos países signatários, não lograram êxito para o fim a que se propunha. “Cinquenta anos após a adoção da convenção única da ONU de 1961 e 40 anos depois que o presidente Nixon decretou guerra às drogas, é urgente e imperativa uma revisão completa das leis e da política de drogas no plano internacional” (*Relatório Global de Políticas sobre Drogas*, 2011, p. 4)

O repressivismo imanente da ideologia proibicionista pregada pela ONU, influenciada pelos Estados Unidos, como forma de controlar as drogas ilícitas no cenário mundial, impondo o reconhecimento de medidas extremamente repressivas aos agentes envolvidos com as drogas ilícitas, resultou em uma série de efeitos negativos nos países que aderiram a essa forma de controlar as substâncias psicotrópicas.

O incremento da política repressiva em relação às drogas ilícitas teve como base moral e justificadora assegurar a saúde física e mental das pessoas integrantes das sociedades. E a proibição do consumo e da livre circulação dessas substâncias psicotrópicas para fins a que não estavam destinados, como a função medicinal que algumas drogas ilícitas tinham, foi a única alternativa que restou aos Estados nacionais a fim de garantir a saúde coletiva das pessoas (BOITEUX, 2009, p. 20)

Em 1998, foi realizada, pela Organização das Nações Unidas, uma assembleia em Nova Iorque, com a finalidade de se discutir a política internacional de drogas que vinha sendo desenvolvida até então. O que se extraiu da discussão foi a ineficácia prática da política repressiva de drogas adotada pela maioria dos países do mundo, em função do crescimento do tráfico e consumo das drogas ilícitas no cenário mundial (BOITEUX, 2009, p. 24)

Na UNGAS de 1998, apesar do evidente fracasso na política de drogas aplicadas pelos países até então, nada se alterou quanto às formas de controle das

drogas ilícitas, mantendo-se o discurso proibicionista repressivista. As críticas à forma idealizada pela ONU de lidar com o problema das drogas ilícitas vinham aumentando cada vez mais, principalmente pelos movimentos antiproibicionistas encabeçados pelas organizações não governamentais, que defendiam uma política de redução de danos, em que buscavam a aplicação de medidas despenalizadoras e descriminalizantes. Alguns países europeus e da América Latina, cite-se o Brasil, reconheceram o excesso e a ineficácia da política oficial adotada pela Organização das Nações Unidas (BOITEUX, 2009, p. 26)

A grande quantidade de recursos gastos pelos países mundiais aplicados em ações voltadas à repressão ao tráfico de drogas ilícitas e às redes de consumo, não foram eficazes ao fim pregado pela política implementada pelas convenções das Nações Unidas, intitulada de “Um mundo Livre das drogas”. O que se verifica, é a imensa quantidade de recursos públicos gastos em vão, e que poderiam ser melhor aplicados em medidas que visem a redução da procura e do restabelecimento dos danos gerados pelo consumo dessas substâncias psicotrópicas. (Relatório Global de Políticas sobre Drogas, 2011, p. 4).

A opção pela adoção de uma política repressiva às drogas ilícitas, com o proibicionismo total, resulta na aniquilação de um possível mercado regular e no surgimento de um mercado paralelo, que, com o crescimento da demanda acaba adquirindo contornos elevados de organização. Essas redes organizadas do narcotráfico, para mover o mercado negro do tráfico das substâncias psicotrópicas proibidas, passa a se valer de expediente ilícitos como corrupção e a violência.

Com a adoção da fracassada ideologia da “ War on drougs” às drogas ilícitas, com a criminalização e imposição de penas severas, o mercado ilegal do tráfico aumenta sensivelmente o numero de delitos, com o conseqüente aumento da violência urbana. (Nicory, Daniel, 2013, p. 14)

Para se ter a real dimensão da ineficácia dessa política belicista inaugurada e defendida pelos Estados Unidos, no período de vigência da “ Lei Seca” americana, durante o ano de 1920, resultou no surgimento do crime organizado moderno, com o aumento da corrupção e caos urbano.

2.6.1 Reunião da Comissão de Drogas Narcóticas da ONU de 2009

A reunião da Comissão de Drogas da ONU ocorrida em março de 2009, em Viena, teve como meta estabelecer a política oficial de controle às drogas ilícitas encabeçada pela Organização das Nações Unidas para os dez anos subsequentes. A assembleia foi palco de discussões e avaliações da política repressiva desenvolvida ao longo dos anos e também teve como objetivo traçar estratégias futuras de controle das drogas (BOUITEUX, 2009, p. 28)

Segundo Salo de Carvalho, os levantamentos realizados pela comissão de 2009 sobre a política de drogas desenvolvida trouxeram algumas conclusões:

O balanço apresentado possibilita verificar que a estratégia internacional de guerra às drogas sustentada pela criminalização (a) não logrou os efeitos anunciados (idealistas) de eliminação do comércio ou de diminuição do consumo, (b) provocou a densificação no ciclo de violência com a produção da criminalidade subsidiária (comércio de armas, corrupção de agentes estatais, conflitos entre grupos) e (c) gerou a vitimização de grupos vulneráveis (custo social da criminalização), dentre eles consumidores, dependentes e moradores de áreas de risco. (CARVALHO, 2010, p. 56).

O surgimento de entidades não governamentais, como as ONGs, que defendiam a difusão de uma política de controle das drogas ilícitas baseada na redução de danos, contribuiu consideravelmente para a mudança da forma de combater o problema das substâncias psicotrópicas no mundo. Saliente-se que o programa belicista desenvolvido até então, baseado na ideologia proibicionista de criminalização, ainda assim continuou presente na realidade dos países como forma de controlar o problema. Todavia surgiu a necessidade de os países, em razão da pressão desempenhada pelas organizações não governamentais e em razão da ineficácia do programa repressivo de controle das drogas ilícitas aplicado, adotarem políticas alternativas de controle, mais voltadas para a prevenção (CARVALHO, 2010, p. 56)

Diversos países participaram da assembleia de 2009 e, entre eles, podemos citar Brasil, Alemanha, Reino Unido, Suíça, Portugal, Espanha, Noruega, Eslovênia, Polônia, Canadá, Argentina, Equador, Estados Unidos, Rússia, Paquistão, Irã, Malásia, Índia, Sudão, Nigéria, Filipinas, Japão, Indonésia, Colômbia, Itália. As nações que estiveram presentes na comissão da ONU, formaram duas linhas diametralmente opostas em relação às modificações na política de drogas que

vinham sendo desenvolvidas. A maior parte dos países da América do Sul e da Europa se posicionou favoravelmente à incorporação de uma política de controle de drogas voltada para a redução de danos, outra parte, liderada pelos Estados Unidos, foi contra a inclusão de um programa direcionado à prevenção em detrimento da repressão (BOITEUX, 2009, p. 27)

Um ponto importante na Reunião da Comissão de Drogas Narcóticas da ONU foi a exposição do posicionamento do Brasil em relação à política de controle das drogas ilícitas difundida até então e reforçada na UNGAS de 1998, voltada para a extinção das drogas ilícitas apoiada na criminalização. O Ministro-Chefe do Gabinete de Segurança Institucional relatou a ineficácia da política proibicionista incrementada, em que as ações são direcionadas para a repressão criminal aos traficantes e usuários de drogas ilícitas, e ressaltou as consequências negativas quanto ao aumento da criminalidade e da população prisional. Em continuação, o governo brasileiro trouxe à tona a premência de se modificar a política de drogas, inserindo ações voltadas para a prevenção, objetivando a redução da oferta através da diminuição da procura (BOITEUX, 2009, p. 27)

O discurso do Brasil perante a Assembleia da ONU, em 2009, o fez ter grande posição de vanguarda na América Latina em relação à política de drogas desempenhada, visando a redução de danos (BOITEUX, 2009, p. 28). Entretanto, resta saber se, na prática forense, essas medidas vêm sendo aplicadas de maneira correta na operacionalização da lei.

O Plano de Ação e a Declaração Política, que estabeleceu as metas a serem seguidas para os próximos dez anos, foi elaborado e aprovado sem ter fixado como política oficial de controle das drogas ilícitas o programa de redução de danos. Segundo Luciana Boiteux (2009, p. 29), “dentre os pontos incluídos consta a intenção de minimizar e eventualmente eliminar a disponibilidade e o uso de drogas ilícitas”. Diante disso, claramente se observa que o objetivo principal das metas estabelecidas pela Comissão de 2009 foram voltadas para a extinção das drogas ilícitas, aplicando-se a política de combate já sustentada.

Para Luciana Boiteux (2009, p.29):

A estratégia proposta inclui a redução do uso e da dependência das drogas, o desenvolvimento de estratégias de diminuição da criminalização do uso, além de ações de redução da produção ilegal de estimulantes, como as

anfetaminas, a cooperação internacional para erradicação do cultivo e produção de drogas, o combate à lavagem de dinheiro e a cooperação judicial. Como se percebe, pouco, ou nada, mudou em relação aos objetivos que se tinha antes, porém se teve a preocupação de minimizar as drásticas e inalcançáveis metas que haviam sido previstas para 2008.

2.7 OS NOVOS MODELOS DE CONTROLE DAS DROGAS ILÍCITAS NO CENÁRIO MUNDIAL

A política proibicionista perdeu força diante da nítida ineficácia em controlar as drogas ilícitas no cenário internacional e o que ocorreu efetivamente foi o aumento do índice de criminalidade nas grandes cidades mundiais. Segundo Cristiano Moronna (2005, p. 54), “a war on drugs é uma causa perdida. No entanto, do fracasso dessa política bélica surgem novos impulsos para a perpetração da guerra”.

O proibicionismo tem como objetivo atingir o traficante de drogas ilícitas, entretanto quem sofreria a repressão penal seria o usuário de drogas. Nesse sentido, importante são as palavras de Cristiano Moronna (2005, p.58):

As estatísticas do Observatório Europeu de Droga e da Toxicodependência revelam que entre 60 e 90 % das detenções por delitos relacionados às drogas efetuadas na Bélgica, Alemanha, Grécia, França, Irlanda, Áustria, Finlândia, Suécia e Reino Unido dizem respeito a consumo ou posse para consumo.

O resultado de todo o período de “ Guerra as Drogas” adotado pela maioria dos países do mundo, incluindo o Brasil, foi o “ o recrudescimento do crime organizado, com a sua expansão para o cenário internacional, explosão da violência nos países produtores e de trânsito de drogas, superlotação carcerária.” (Nicory, Daniel, 2013, pg. 15)

O proibicionismo não impera mais como a única forma de controle das drogas ilícitas. Anos de experiência na aplicação da criminalização do comércio e uso das substâncias psicotrópicas e narcóticas acarretaram uma série de efeitos colaterais. Segundo Cristiano Moronna (2005), o proibicionismo, que se vale da lei penal como forma de controlar as drogas ilícitas, apresentou ao longo dos anos um

efeito inverso, gerando o aumento da demanda dessas substâncias proibidas e o fortalecimento dos grandes oligopólios do crime.

Nos Estados Unidos, país precursor da política proibicionista de controle das drogas ilícitas, já é possível identificar mudanças significativas em alguns dos seus Estados em relação à forma de lidar com a questão das drogas ilícitas. Entre os Estados americanos que inovaram na política de controle das drogas, podemos citar o Colorado e Washington, que liberaram o consumo da maconha recreativa, limitando a quantidade de *cannabis* por pessoa. Essa iniciativa desenvolvida por alguns dos Estados americanos se deve muito à tentativa de reduzir, com essa medida, o número de consumidores e a população carcerária, além de aumentar a arrecadação estadual, conforme a Emenda 64, do Colorado. “Os EUA têm o maior índice de encarceramento do mundo. Só no Colorado, cerca de 10 mil pessoas são presas todos os anos por causa da maconha – 90% por uso” (Galileu, 2013, “passim”)

A política e a estratégia a serem desenvolvidas pelos governos, com a finalidade de controlar o problema das drogas ilícitas, deveriam se alicerçar nos fundamentos de alguns princípios fundamentais. Entre esses princípios, podemos citar o direito à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana. O modelo que se apresenta hoje no cenário mundial e que mais se compatibiliza com os preceitos fundamentais, é o da redução de danos (Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011, p. 5).

A implementação da política de redução de danos por alguns países, segundo informações do *Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas* (2011, p. 6) teve resultados satisfatórios, principalmente no que tange à redução na transmissão do HIV, como consequência do compartilhamento de seringas na utilização de drogas ilícitas injetáveis.

Segundo pesquisa inserida no *Relatório da Comissão Global de Políticas sobre as Drogas*, o modo repressivo de controle das drogas ilícitas defendida nas convenções internacionais e aplicada pela maioria dos países mundiais, apresentou resultados negativos:

1. O crescimento de um “enorme mercado negro criminoso”, financiado pelos lucros gigantescos obtidos pelo tráfico que abastece a demanda internacional por drogas ilícitas.

2. Deslocamento extensivo de políticas, resultado do uso de recursos escassos para financiar as ações repressivas para controlar o mercado ilegal de drogas.
3. Deslocamento geográfico da produção de drogas que migra de uma região ou país para outro – o chamado efeito balão – para iludir a repressão sem que a produção e o tráfico diminuam.
4. Deslocamento dos consumidores de uma substância para outra, na medida em que a repressão dificulta o acesso a uma determinada droga mas não a outra, por vezes de efeito ainda mais nocivo para saúde e a segurança das pessoas.
5. A estigmatização e marginalização dos usuários de drogas tratados como criminosos e excluídos da sociedade. (Relatório Global de Políticas sobre as Drogas, 2011, p. 9).

O Proibicionismo, implementado pelas Convenções Internacionais das Nações Unidas, vem perdendo espaço no cenário internacional como o modelo ideal de controle às drogas ilícitas. Essa estigmatização de que a coação legal ao uso de substâncias psicotrópicas seria o único meio eficaz de coibir o consumo dessas substâncias não merece mais respaldo, pois o que se observou foi o caminho inverso. Segundo *O Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas* (2011, p. 10): “Nos países que introduziram a descriminalização ou outras formas de punição ou pena alternativa à prisão, não se notou uma elevação das taxas do uso ou dependência de drogas como se temia”.

O novo modelo de controle de drogas ilícitas que surgiu no cenário internacional, é voltado para a prevenção detrimento da repressão, almejando a redução de danos, o que incide diretamente na demanda. O Brasil já reconheceu, em tese, a ineficácia da política repressiva difundida pelos Estados Unidos e pelas Convenções Internacionais, na criminalização do usuário e do traficante de drogas ilícitas, como se observa também na declaração do IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que destaca a necessidade de incluir a política de redução de danos como o modelo oficial de controle das drogas ilícitas (CARVALHO, 2010, p. 57)

Este reconhecimento de que a política de combate às drogas ilícitas não obteve êxito nos fins a que se propunha, não repercutiu nos governos mundiais, que ainda se mantêm silentes quanto a se tornarem adequarem às novas formas de controle das drogas ilícitas. Estudos empíricos demonstram claramente que a forma preventiva de controle das drogas em que as ações são voltadas para a redução da demanda e dos danos resultantes do consumo de drogas, seria mais eficaz do que o

modo repressivo de combate. Entretanto, inobstante essa elucidação, muitos países ainda direcionam as ações e os recursos para incrementar a política de criminalização dos usuários de drogas ilícitas (*Relatório da Comissão Global sobre Políticas de Drogas*, 2011, p. 9)

Todas as novas políticas de drogas, visando a ideologia da redução de danos, tem como pontos em comum: Pregam que o problema do usuário de drogas ilícitas é inerente a saúde pública e não deve ser objeto do campo da segurança pública, cabendo o tratamento a esses agentes em detrimento da criminalização; visam a experimentação de uma política de regulamentação da produção e da venda de drogas consideradas menos lesivas ao organismo, como a maconha: e por fim, defendem que a resposta ao tráfico ilícito de drogas não pode ser eminentemente carcerária, devendo se inserir penas alternativas.

3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS SUAS FUNÇÕES INCORPORADAS PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A pena de prisão tem como principal fator caracterizador a sua finalidade de cercear a liberdade individual do apenado que cometeu um crime tipificado no Ordenamento Jurídico brasileiro. Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 25), “a pena de prisão é um mal necessário”.

A pena privativa de liberdade é a sanção mais severa aplicada pela justiça penal brasileira e também a principal arma coercitiva do direito penal. Muitos questionamentos surgiram, ao longo do desenvolvimento do direito penal pátrio, acerca da efetividade da sanção prisional e grande parte da doutrina vem sustentando a total ineficácia da prisão, à função destinada à pena. Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 26), “como se percebe, há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, e se tem dito reiteradamente que o problema da pena de prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado”.

A realidade é que a pena privativa de liberdade não alcança os fins da pena, em razão do precário sistema penitenciário brasileiro. Uma das funções da pena é a prevenção geral, que é o objetivo de evitar que o apenado cause novos danos à sociedade com a sua conduta transgressora. Segundo Rogerio Greco (2005, p. 547), “o art. 59 do Código Penal Brasileiro diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime”.

O Código Penal brasileiro prevê dois tipos de penas privativas de liberdade, que são a reclusão e a detenção. As penas de prisão são aplicadas em conformidade com os princípios da proporcionalidade e lesividade, ou seja, a pena deverá ser suficiente para reprovação a lesão ao bem jurídico tutelado. A detenção é aplicada aos delitos que possuem menor lesividade aos bens jurídicos protegidos pela lei, e a pena de prisão imposta poderá ser cumprida apenas em regime aberto ou semiaberto; de outro giro, a reclusão é voltada para os delitos de maior potencial ofensivo (GRECO, 2005, p. 556-557)

Os fins idealizados pela pena privativa de liberdade é a prevenção geral, a partir de uma ideia intimidativa, com a demonstração da sanção estatal àqueles que não transgrediram a norma. Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 135), “para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos. A prevenção geral atua mediante dois mecanismos, através da previsão legal da pena e com a efetiva aplicação da pena prevista”. Além da prevenção geral, a pena privativa de liberdade tem em sua ideologia a prevenção especial, que incide diretamente no criminoso, visando o seu reenquadramento na sociedade. A prevenção geral está atrelada à ideia da ressocialização (GRECO, 2005, p. 551)

A finalidade almejada pelo direito brasileiro com a pena privativa de liberdade no que tange à prevenção especial, depende da estrutura prisional do Estado, que necessita ter um sistema penitenciário muito bem estruturado para que a pena cumpra com a sua função. Nesse sentido, importante destacar as palavras de Rogerio Greco (2005, p.551):

Em um sistema prisional falido, como faremos para reinserir o condenado na sociedade da qual ele fora retirado pelo Estado? Será que a pena cumpre, efetivamente, esse efeito ressocializante ou, ao contrário, acaba de corromper a personalidade do agente? Busca-se produzir que tipo de ressocialização? Quer-se impedir que o condenado volte a praticar novas infrações penais, ou quer-se fazer dele uma pessoa útil para a sociedade?

A prevenção especial busca, além da intimidação com a cominação da pena privativa de liberdade, a ressocialização do delinquentes através da retirada desse indivíduo do seio social. Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2012, p.145), “O ideal ressocializador tem sido objeto de várias críticas”, muito em razão do sistema penitenciário, que é o local no qual deveria ocorrer essa reeducação.

Preceitua o art. 59 do Código Penal Pátrio, *in verbis*:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:[...]

O art. 59 do Código Penal Brasileiro adotou, como função da pena, a teoria unificadora, em que incorpora a repressão mediante a punição pelo ato delitivo e

também a prevenção, com a finalidade de evitar a futura prática delitiva (GRECO, 2005, p. 549)

A pena privativa de liberdade é a sanção estatal mais utilizada no Ordenamento Jurídico brasileiro como forma de buscar a reprovação pelo comportamento delinquente e de ressocializar esse agente transgressor para incorporá-lo de novo ao convívio social sem que cometa mais crimes. Segundo Paulo Queiroz (2008, p. 312), “a pena de prisão, como há mais de dois séculos, continua sendo a principal pena prevista nos Códigos Penais, de modo que ainda hoje é a espinha dorsal dos sistemas penais contemporâneos”.

3.1 FALÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O CONSEQUENTE AUMENTO DA CRIMINALIDADE

A pena privativa de liberdade já vem sendo duramente criticada há anos por grande parte da doutrina penalista, em razão da sua forma de cumprimento nos complexos penitenciários e presídios, que não possuem estruturas físicas e psíquicas para o fim preventivo para que foram desenvolvidas.

Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2012, p.162), “quando a prisão converteu-se na principal resposta penalógica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente”. A pena de prisão surgiu como um meio eficaz para cumprir as funções da pena, que é o temor aos transgressores das normas na sociedade e a reabilitação do delinquente. Entretanto, após anos de aplicação da pena privativa de liberdade, nota-se que a execução da pena nos sistemas prisionais tem ganhado contornos diversos do fim ressocializador da pena privativa de liberdade. (BITTENCOURT, 2012, p. 162)

A pena de privativa de liberdade, para grande parte da doutrina, está há muito tempo em crise, em razão da sua ineficácia em relação à ressocialização do delinquente. O ambiente das prisões impossibilita qualquer tipo de reabilitação social do marginal, ademais o delinquente convive com outros indivíduos antissociais, o

que dificulta sobremaneira uma possível ressocialização. Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 162), “o ambiente carcerário, em razão da sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso”.

A aplicação dos preceitos da prevenção especial resta impossibilitada também em razão do ambiente insalubre das penitenciárias. É impossível ressocializar um ser humano tratado em condições desumanas dentro dos sistemas prisionais, pois o efeito acaba sendo o inverso, gerando um espírito de revolta e vingança no marginal. Segundo ainda Cezar Roberto Bittencourt (2012, p.164), o ambiente hostil das penitenciárias e presídios não se restringe apenas às suas condições higiênicas, mas também em relação aos maus-tratos, muitas vezes acompanhados de torturas físicas e psicológicas, além da superlotação, o que impossibilita as atividades dentro dos prisões, da ausência de estrutura medico-hospitalar, entre outros problemas que tornam a pena privativa de liberdade ineficaz.

Em razão desses graves problemas que giram em torno dos sistemas penitenciários, pela forma totalmente atentatória à dignidade da pessoa humana em que a pena é executada e pelo alto índice de reincidência existente, entende-se que, de fato, a pena privativa de liberdade está em crise (BITTENCOURT, 2012, p. 164)

Importantes são as sustentações de Raul Cervini (1995, p.46) que ressalta:

O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno do contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agrava esse terrível panorama.

Outro problema importante que decorre dos sistemas penitenciários é a questão do seu efeito dissocializador. Nesse sentido, para elucidar esse posicionamento são relevantes as palavras de Cezar Roberto Bittencourt (2012, p.165): “considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade”.

Uma gama de fatores faz com que o ambiente carcerário torne-se diametralmente oposto ao fim pregado na pena privativa de liberdade, uma

verdadeira “escola do crime”, onde os delinquentes que ingressam saem piores do que entraram. São três fatores que determinam essa influência no delinquente: o material, o psicológico e o social. O fator material está relacionado ao ambiente insalubre em que os transgressores das normas são inseridos, em locais totalmente anti-higiênicos onde há grandes riscos de desenvolverem doenças. O fator psicológico diz respeito ao ambiente de dissimulação e mentira, é como se fosse uma comunidade social, na qual o delinquente acaba sendo inserido por meio de um controle social. Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 166), “sob o ponto de vista social, a vida que se desenvolve em uma instituição total facilita a aparição de uma consciência coletiva que, no caso da prisão, supõe a estruturação definitiva do amadurecimento do criminoso”. E, por último, há o fator social, que ocorre em razão do isolamento do agente do seu meio social e sua inserção em um ambiente de convívio com os diversos tipos de delinquentes, o que acaba influenciando para a formação de uma mente criminógena.

É muito difícil alcançar o fim ressocializador da pena privativa de liberdade, não só em razão da estrutura precária e decadente das prisões brasileiras como em relação aos efeitos que o isolamento em uma jaula causa em uma pessoa. Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 167), “é impossível pretender que a pena de privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento”.

Os altos índices de reincidências é um dado que reforça a tese de que a pena privativa de liberdade vem sendo ineficaz ao longo dos anos. Para Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 171) a reincidência seria uma realidade que de fato atestaria o fracasso da execução da pena privativa de liberdade, todavia, segundo o autor, esses dados não seriam robustos o suficiente para levar a crer que o retorno do delinquente ao crime seria somente em razão do ambiente prisional, pois outros fatores pessoais e sociais também estão relacionados.

Para se atestar a falência da pena de prisão, mister trazer a tona a recente crise do setor penitenciário brasileiro, que foi reconhecido após graves rebeliões que ocorreram nas penitenciárias de

4 A LEI Nº 11/343/06

4.1 MOTIVOS DA REFORMA DA LEI Nº 6.368/76

A Lei nº 6.368/76 era o antigo diploma regulamentador das drogas no Ordenamento Jurídico brasileiro e foi a continuação da normatização descodificada do controle das drogas ilícitas no território brasileiro, que se iniciou com o Decreto-lei nº 385/68 e se consolidou na Lei nº 6.368/76 (CARVALHO, 2010, p. 17)

A antiga Lei de Drogas passou a vigorar em território nacional a partir 21 de outubro de 1976 e por, aproximadamente, 30 anos, sendo revogada pela Lei nº 11.343/2006, atual Lei Nacional Antidrogas. As convenções internacionais promovidas pela Organização das Nações Unidas tiveram grande influência no desenvolvimento da Lei 6.378/76, sendo adotadas integralmente pela lei as medidas que foram impostas pelos tratados. Segundo Salo de Carvalho (2010, p.19), “a lei 6.378/76 instaura no Brasil modelo inédito de controle, acompanhando as orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais”.

A Lei nº 6.368/76 incorporou a ideologia da diferenciação de tratamento legal de controle dos agentes envolvidos com as drogas ilícitas, que surgiu com o advento da primeira convenção organizada sob a égide da ONU em 1961, mantendo o discurso médico-jurídico. O discurso da diferenciação formava, juntamente com o discurso político-jurídico, as bases ideológicas da antiga Lei Antidrogas, contudo havia uma sobreposição do discurso jurídico-político, na medida em que a Lei 6.368/76 instaurou uma forte política repressiva no Brasil (CARVALHO, 2010, p. 21)

O antigo diploma regulamentador das drogas no Brasil implementou um rígido regime de repressão em relação ao traficante de drogas ilícitas. As penas previstas para o tráfico de drogas na Lei 6.368/76 tiveram uma relevante majoração, passando de reclusão de 01 (um) a 06 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) salários mínimos (art. 281 do CPB/40), para reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos e o pagamento de 50 a 360 dias/multa (art. 12 da lei 6.378/76). Diante

disso, nota-se a maximização da repressão estatal ao traficante de drogas ilícitas no Ordenamento Jurídico brasileiro (CARVALHO, 2010, p. 19)

Segundo Salo de Carvalho (2010, p.25):

Embora a Lei 6.368/76 rompa com a lógica da Lei 5.726/71 e a do Decreto-lei nº 385/68, diferenciando o tratamento punitivo entre porte e comércio de drogas ilícitas, as alterações em matéria de penas evidenciam o aprofundamento da repressão.

A política alicerçada na repressão penal como forma de controle das drogas ilícitas começou a ser criticada em razão da sua ineficácia no combate às drogas ilícitas. A estratégia formulada no bojo das convenções internacionais, com a adoção de medidas de combate às drogas utilizadas pelas agências reguladoras, não logrou êxito para o fim a que se destinava, que era a extinção do comércio de drogas ilícitas e a redução do número de consumidores. A aceção da política criminal de drogas ilícitas desenvolvida pela Lei nº 6.368/76 tinha evidente direcionamento para garantir a eficácia da repressão em prol da prevenção (CARVALHO, 2010, p. 56)

A Assembleia Geral das Nações Unidas de 1999 teve um papel importante para a conscientização e discussão da ineficácia das estratégias utilizadas pelos países até então, quanto ao controle das drogas ilícitas. Diante desse quadro, surgiram duas linhas de pensamento: de um lado, os países que reconheciam o fracasso do modelo repressivo de controle elaborado pelas convenções anteriores e defendiam a implementação de uma política de redução de danos, como os países latinos e a maioria dos países da Europa; e, de outro, encabeçada pelos Estados Unidos, a linha de países conservadores, que defendiam a repressão como a única forma de controlar a questão das drogas ilícitas, podendo-se citar, entre eles, Colômbia, Vaticano, Rússia (CARVALHO, 2010, p. 57)

O Brasil passa a voltar mais sua atenção para a prevenção, implementando uma política de drogas com redução de danos e reconhecendo o fracasso do projeto encabeçado pelas convenções internacionais sobre *Um Mundo Livre das Drogas* em que imperava o repressivismo. Essa forma de atuação em relação às drogas, visando a prevenção, foi duramente criticada por muitos países conservadores, entre eles, os Estados Unidos, sob o discurso que essas medidas iriam aumentar a demanda do consumo de drogas (BOITEUX, 2009, p. 24)

Esse processo de mudança de direção em relação à forma de controlar a questão das drogas ilícitas, em que passaram a se destacar ações voltadas para a redução da oferta e da demanda de drogas, aplicando a prevenção de forma equilibrada, com a repressão como política, resultou na alteração da legislação interna brasileira de controle das drogas ilícitas. Segundo Luciana Boiteux (2009, p. 27) a política proibicionista em que impera a repressão como medida adotada, gera uma série de efeitos perversos que são potencializados pelos países onde há uma grande desigualdade social, como é o caso do Brasil.

Diante desse quadro sinóptico, a Lei nº 6.368/76 foi elaborada a partir da observação das medidas impostas pelas convenções internacionais de 1961, 1971 e 1988, em que a ideologia proibicionista repressiva conformava todo o modo de ação do governo estatal. E, com o reconhecimento da ineficácia dessas ações voltadas para a punição dos usuários de drogas, observa-se uma desconformidade da lei com as novas concepções políticas de controle de drogas visando a redução de danos (CARVALHO, 2010, p. 59)

Segundo João José Leal e Rodrigo José Leal (2010, p.23):

Após 30 anos de vigência e diversas tentativas de mudança, a Lei 6.368/76 acabou revogada. Para muitos penalistas, estava ela superada pelas mudanças ocorridas na sociedade brasileira e não servia mais como instrumento de controle penal eficaz e adequado para os fins que se propunha: prevenção, tratamento e repressão aos usuários e traficantes de substâncias entorpecentes.

Em razão da defasagem da Lei nº 6.368/76 aos fins almejados com a sua elaboração, era necessário se fazer uma reformulação da política de drogas no País. As medidas operacionais e as condutas tipificadas na antiga lei de drogas já não se coadunavam com a linha de pensamento adotada pelo Brasil em relação ao controle das drogas ilícitas, o que resultou na revogação da lei nº 6.368/76 com a elaboração da lei nº 10.409/02 (CARVALHO, 2010, p. 59)

O crescimento das críticas dos adeptos ao posicionamento antiproibicionista e a necessidade de adoção de outros meios de ações mais descriminalizantes e formas alternativas de penas aos usuários de drogas ilícitas culminaram na elaboração de um novo diploma regulamentador com o intuito de se adequar aos

novos anseios da política criminal de drogas, visando a redução de danos (CARVALHO, 2010, p. 59)

A Lei nº 10.409, de 11/01/2002, entrou em vigor buscando reformular as medidas ultrapassadas previstas na Lei nº 6.368/76. O Projeto de Lei nº 1.873/91 foi a base ideológica da Lei 10.409/02 e se denominava Projeto Murad, tendo sido elaborado com a finalidade de controlar a circulação das drogas ilícitas em território brasileiro, tipificando novas condutas criminosas relacionadas ao narcotráfico.

O diploma regulamentador nº 10.409/02 trouxe poucas inovações à política de drogas brasileira, continuando a tipificar como crime a conduta de consumo pessoal de drogas ilícitas, como dispõe o seu art. 20.

Art. 20: Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, em pequena quantidade, a ser definida pelo perito, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: penas e medidas aplicáveis no art. 21.

Art. 21: As medidas aplicáveis são as seguintes: I – prestação de serviços à comunidade; II – internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico; III – comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico; IV – suspensão temporária da habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo; V – cassação da licença para dirigir veículos; VI – cassação da licença para porte de arma; VII – multa; VIII – interdição judicial; IX – suspensão da licença para exercer função ou profissão.

A grande inovação proporcionada pela Lei 10.409/02 foi em relação à adoção de outras medidas punitivas, aplicando como procedimento o rito sumaríssimo da Lei nº 9.099/95 dos delitos de menor potencial ofensivo. Diante disso, há a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas alternativas descarcerizantes impostas pela Lei 9.099/95 em relação ao usuário de drogas ilícitas. Em relação ao tráfico de drogas ilícitas, o tratamento repressivo manteve-se o mesmo, apenas tipificando novas condutas relacionadas às organizações criminosas (CARVALHO, 2010, p. 60)

No período em que vigorou a Lei nº 10.409/02, houve a incidência de dois diplomas regulamentadores das drogas ilícitas no Ordenamento Jurídico brasileiro. Em razão do veto presidencial quanto à parte do direito material, que seria regulamentado pela Lei 10.409/02, passaram a ser aplicadas em âmbito nacional

duas leis de drogas. Na parte processual, seriam observadas as medidas previstas na Lei de 2002 e, em relação às condutas criminosas e das penas a serem aplicadas, incidiriam as regras da Lei nº 6.368/76 (CARVALHO, 2010, p. 60)

A insegurança jurídica, causada pela vigência, ao mesmo tempo, de dois diplomas regulamentadores das drogas no Brasil, fez com que surgisse a necessidade de se criar uma lei que unificasse em um só texto o procedimento processual penal aplicado pela Lei 10.409/02 e o direito material penal previsto pela Lei 6.368/76. Diante disso, o Congresso Nacional editou a Lei Antidrogas nº 11.343, promulgada em 23 de agosto de 2006 (LEAL, 2010, p. 24)

4.2 COMENTÁRIOS SOBRE A NOVA LEI Nº 11.343/2006

A nova Lei Antidrogas, de 23 de agosto de 2006, foi elaborada em razão da ausência de conceitos e operabilidade do anterior diploma regulamentador das drogas no Brasil, a Lei nº 6.368/76, ante as novas formas de controle das drogas ilícitas que apareceram no cenário mundial. A Lei nº 11.343/06 surge com a finalidade de incrementar e atualizar a política criminal de drogas brasileira, buscando ações de controle mais efetivas (CARVALHO, 2010, p. 59)

O novo diploma regulamentador de drogas do Brasil veio com um discurso inovador quanto às medidas a serem aplicadas no tratamento das drogas ilícitas no âmbito nacional, tanto em relação à área procedimental como material. Inobstante esse discurso de inovação, é possível identificar algumas falhas na lei, que geram efeitos negativos na sociedade e em relação à eficácia da política de controle das drogas ilícitas (MENDONÇA, 2008, p. 18)

Como já foi relatado, o surgimento do novo diploma regulamentador das substâncias psicotrópicas no Brasil se deu em razão da defasagem conceitual da Lei nº 6.368/76, na medida em que novas formas de controlar o problema das drogas ilícitas surgiam no cenário mundial. A elaboração da Lei nº 10.402/2002 foi um ponto fundamental para o surgimento da Lei nº 11.343/06, na medida em que os legisladores visaram, também, unir em um só texto o procedimento previsto na lei de

2002 e o direito material consubstanciado na Lei 6.368/76, que vigiam de forma simultânea no Ordenamento Jurídico brasileiro (CARVALHO, 2010, p. 68)

A Lei 11.343/06, apesar de ser elaborada no ambiente em que: a política de redução de danos surgia no cenário internacional, possui a sua base ideológica no sistema proibicionista, incrementando a repressão penal ao traficante de drogas e mantendo a criminalização do usuário. O traficante de drogas, na Lei nº 11.343/06, passou a ser penalizado com pena privativa de liberdade mínima de 05 (cinco) anos, aumento este que teve como objetivo manter o ideal jurídico-político de combate às drogas ilícitas (CARVALHO, 2010, p. 69)

Inobstante o discurso repressivo proibicionista em relação ao traficante de drogas, é possível se verificar o tratamento diversificado aos usuários de drogas ilícitas, desde que proporciona tratamento menos coativo, visando a concepção preventiva da política de redução de danos. Disso se infere que a Lei 11.343/06 continuou mantendo a diferenciação de tratamento para fins penais entre o traficante e o usuário de drogas ilícitas. Nesse sentido, ao traficante de drogas ilícitas seria aplicada a pena privativa de liberdade, e ao usuário seriam impostas outras penas alternativas descarcerizadoras (CARVALHO, 2010, p. 69)

Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 69) a Lei 11.343/06 equilibra a importância da resposta penal ao traficante e usuário de drogas ilícitas, estabelecendo duas formas de tratamento, mantendo o discurso da diferenciação presente no diploma anterior. O traficante de drogas ilícitas, estereótipo do criminoso, seria reprimido veementemente com pena de prisão, e o usuário de drogas, estereótipo do dependente, seria alvo de outras medidas punitivas. Segundo Andrey Borges de Mendonça (2008, p.20). “no campo do direito penal, o objetivo maior da lei 11.343/06 foi a separação de tratamento jurídico a ser dispensado ao usuário e ao traficante”.

A principal inovação da Lei 11.343/06 foi a previsão dos princípios que regeriam toda a política criminal de drogas ilícitas no Brasil. Entre os princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, podemos citar: o do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, o da diversidade, o da adoção de abordagem multidisciplinar, além da previsão da política de redução de danos como meta a ser desenvolvida em relação à prevenção. Segundo Luciana Boiteux (2009, p. 35), a positivação dos “princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre

Drogas, são importantes por refletirem uma nova abordagem, que marca um paradigma proibicionista moderado, com reconhecimento de estratégias de redução de danos”.

O diploma antidrogas que vigora atualmente no Brasil (lei 11.343/06), é organizado em seis títulos. O título I das disposições preliminares; título II, da previsão ao Sistema Nacional de Políticas Públicas; título III, sobre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; título IV, a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; título V, a cooperação internacional; e o título VI, as disposições finais e transitórias. (Mendonça, 2008, p. 21)

O título III e IV da lei 11.343/06, evidencia a diversidade de tratamento penal proporcionado pela lei ao traficante e ao usuário de drogas ilícitas, impondo a repressão ao tráfico ilícito de drogas e a prevenção buscando a redução de danos ao usuário de drogas ilícitas. Nesse sentido, clara são as indagações de Andrey Borges de Mendonça (2008, p.20):

Com efeito, a lei torna clarividente, desde a ementa, a designação dos títulos e o art. 1º, que o Estado pretende tratar a questão das drogas por ângulos diferenciados de atuação. Por um lado, tem a intenção de prevenir o uso indevido de drogas pela população, disciplinando os meios e as políticas que o Estado adotará para tanto. E por reconhecer que o uso de drogas é disseminado na sociedade, também pretende o Poder Público criar medidas para atender aos usuários e dependentes, bem como reinseri-los no meio social. Por outro lado, sabe-se que é preciso reprimir o tráfico e a produção de drogas por medidas severas, o que implica a necessária dotação de normas jurídicas que dêem lugar à efetividade das medidas a tomar nesse sentido.

4.3 A REPRESSÃO IMPRIMIDA AO TRÁFICO DE DROGAS PELA LEI Nº 11.343/2006: COMPARATIVO COM A LEI Nº 6.368/76

O crime de tráfico de drogas está expressamente previsto no título IV, art. 33 da Lei nº 11.343/06. E o que seria o Tráfico de Drogas? Segundo o texto do atual diploma legislativo regulamentador das drogas no Brasil, configura-se como traficante de drogas ilícitas aquele que importa, exporta, remete, prepara, produz, fabrica, adquire, vende, expõe a venda, oferece, tem em depósito, transporta, traz

consigo, guarda, prescreve, ministra, entrega a consumo ou fornece drogas, ainda que gratuitamente.

Há as figuras típicas no art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, além dos arts. 34, 35, 36 e 37, que a doutrina vem equiparando ao crime de tráfico de drogas ilícitas. Os dispositivos supramencionados dispõem em seus textos, *in verbis*:

Art. 33

§ 1º - nas mesmas penas incorre quem:

I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, tem em depósito, transporta, traz consigo, guarda, prescreve, ministra, entrega a consumo ou fornece drogas, 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 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.

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

Pena – detenção, de 01 (um) a 03 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias – multa.

§ 3º - oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias – multa.

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

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

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

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

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

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

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

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

A lei nº 11.343/06 traz em seu § 1º, incisos I,II e III condutas equiparadas ao delito de tráfico ilícito de drogas tipificado no caput do art. 33. A finalidade do legislador foi expandir as hipóteses de condutas a serem enquadradas como tráfico. O inciso I regulamenta o repasse da “matéria prima, insumo ou produto químico destinado à produção da droga” (Borges de Mendonça, 2008, p. 93). Nesse caso, houve uma ampliação do tipo da lei 11.343/06 em relação a lei nº 6.368/76 com a inclusão dos insumos e produtos químicos. O inciso II, dispõe sobre o cultivo de plantas que sirvam para a composição da droga. O inciso III, refere-se ao local para o tráfico, que pode ser tanto imóveis como móveis. (Borges de Mendonça, 2008, p. 93)

O § 2º do art. 33 da lei nº 11.343/06, tipifica a conduta de auxílio ao uso de drogas ilícitas, culminado pena muito inferior ao delito de tráfico ilícito de drogas previsto no art. 33, *caput*, e § 1º, sendo previsto pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos de detenção e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias – multa. Segundo Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 98) o § 2º do art. 33 da nova lei antidrogas “seria uma figura intermediária entre o traficante e o usuário de drogas ilícitas”. A lei 6.368/76, antiga lei regulamentadora de drogas no Brasil, equiparava ao crime de tráfico de droga ao incentivador e auxiliador do consumo de droga ilícita, impondo a mesma sanção aplicada ao traficante de drogas ilícitas.

O § 3º do art. 33 a doutrina vem classificando como o sendo de “tráfico ocasional” e o art. 33, *caput*, de “tráfico profissional”. Nesse sentido, discorre Luciana Boiteux :

Nos termos da lei vigente, se a entrega é eventual, feita a alguém do relacionamento do sujeito e sem objetivo de lucro, “para uso comum”, não é o caso de traficância profissional, justificando-se o abrandamento da sanção.” (Boiteux, 2009, p. 36)

A antiga lei de drogas previa em seu texto, no art. 12, artigo que tipificava as condutas de tráfico de drogas, o uso compartilhado, equiparando e imprimindo o

mesmo rigor estatal àquele que consumia de forma compartilhada a droga ilícita. A nova lei (11.343/06) tipificou a conduta do uso compartilhado, vulgarmente chamado da “roda de usuários”, em separado, culminando pena de detenção de 06 (seis) meses a 01 (um) ano e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias – multa. (Borges de Mendonça, 2009, p. 107)

O § 4º da lei nº 11.343/2006, estipulou uma causa de diminuição de pena para o delito de tráfico ilícito de drogas tipificado no art. 33, caput, e § 1º. A nova lei de drogas previu essa causa de diminuição de pena com a finalidade de diversificar o rigor punitivo aos traficantes que se enquadrem nos requisitos dispostos na lei. O § 4º traz como requisitos para o abrandamento da pena, “quando o agente for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organizações criminosas.”(Borges de Mendonça, 2009, p. 111)

O art. 34 da lei 11.343/06 tem a finalidade de regulamentar os atos de preparação da fabricação das drogas, sendo culminada pena de reclusão de 03 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias – multa ao agente que incidir em uma das condutas previstas no tipo. O art. 35 incrimina as hipóteses de associação ao tráfico, que pressupõe a vontade livre e consciente de se associar-se de forma estável para praticar alguns dos delitos tipificados no art. 33, caput, § 1º e art. 34 da lei 11.343/06. (Marcão, 2007, p. 281)

O art. 36 da lei de drogas tipifica como crime o financiamento do tráfico ilícito de drogas, sendo previsto uma pena rigorosa ao agente que incide em tal delito, impondo pena privativa de liberdade de reclusão de 08 (oito) a 20 (vinte) anos e pagamento de multa de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias – multa. Essa tipificação não existia na lei nº 6.368/76, mas já houvera sido prevista no projeto da lei nº 10.409/2002 que foi vetado parcialmente pelo executivo. (Borges de Mendonça, 2009, p. 134)

A lei nº 11.343/06 inovou no seu art. 37, quanto a tipificação em um tipo autônomo do informante eventual, que é aquele que presta auxílio a organizações criminosas, para a consumação do crime de tráfico ilícito de drogas. Para tal delito, a lei estipulou pena de reclusão de 02 (dois) a 06 (seis) anos e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias – multa. (Borges de Mendonça, 2009, p. 142/143)

Analisando o texto da lei que tipifica as condutas de tráfico de drogas, verifica-se que a figura do traficante de drogas ilícitas está ligada ao comerciante de drogas, ou seja, àquele que comercializa as substâncias psicotrópicas visando lucro. Quanto à penalização do tráfico de drogas, o Sistema Penal brasileiro imprime um forte rigor na punição de tal conduta típica, impondo pena privativa de liberdade e pecuniária, cominando com a pena de reclusão de cinco (05) a quinze (15) anos mais o pagamento de 500 a 1500 dias/multa.

O antigo diploma regulamentador das drogas ilícitas no Ordenamento Jurídico brasileiro, a Lei nº 6.368/76, já impunha um forte rigor penal direcionado ao tráfico de drogas. Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 69) na antiga Lei de Drogas brasileiras, havia uma sobreposição da repressão penal em relação ao atual diploma regulamentador. O crime de tráfico de drogas era previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76 e trazia em seu texto:

Art. 12. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena – Reclusão, de 03 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

A Lei 11.343/06 traz um rigor maior para o crime de tráfico de drogas ilícitas, atuando de forma mais concentrada em relação às medidas de repressão ao traficante de drogas. Na nova lei há um equilíbrio maior das ações estatais, o Estado passa a dar maior atenção aos usuários de drogas ilícitas, constituindo duas formas de tratamento penal diferenciada. A dura repressão penal recairia em cima do comerciante de psicotrópicos, punindo-o com pena de prisão, e, aos usuários, incidiria medida preventivas, descarcerizante (CARVALHO, 2010, p. 69)

O Ordenamento Jurídico brasileiro deu mais severidade ao tratamento imposto ao traficante de drogas, aumentando a pena privativa de liberdade e de multa cominada ao tráfico em relação ao diploma anterior, mostrando uma resposta ao aumento da criminalidade relacionada às drogas.

Segundo Luciana Boiteux (2009, p.35) a pena mínima, cominada ao traficante de drogas ilícitas pela nova Lei de Drogas, passou de 03 (três) para 05 (cinco) anos de Reclusão, com a finalidade de proibir a incidência de penas

alternativas descarcerizantes, já que, segundo o Código Penal Brasileiro, no seu art. 44, inciso I, é expressamente vedada a aplicação de penas alternativas quando os delitos não tiverem pena superior a 04 (quatro) anos. Ademais, o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federativa do Brasil dispõe expressamente que o crime de tráfico ilícito de entorpecente é inafiançável. Conforme a citada autora, o fim de se evitar a aplicação de penas alternativas em relação ao tráfico de drogas “constitui um retrocesso”.

O núcleo do art. 33 da Lei nº 11.343/06 traz praticamente as mesmas condutas tipificadas no art. 12 da Lei nº 6.368/76 relacionadas ao tráfico, apenas retirou, das condutas incriminadas como tráfico de drogas, o porte para consumo pessoal, dando tratamento diversificado ao traficante de drogas, que passou a ser enquadrado no art. 33 da Lei 11.343/06, e ao usuário de drogas, que passou a ser uma figura regulamentada pelo art. 28 do mesmo diploma legislativo.

A Lei 11.343/06 trouxe uma relevante mudança em relação à diferenciação entre a figura do “traficante profissional” e a do “traficante ocasional”, conforme o 4º §, do art. 33 da citada lei:

Art. 33.

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

O 4º§ do art. 33 prevê uma causa de diminuição de pena em relação ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, que a doutrina denominou de “traficante ocasional”, que seria aquele que repassasse a droga ilícita a uma pessoa do quadro afetivo social do agente, de maneira eventual e sem o objetivo de lucro (BOITEUX, 2009, p. 36)

O conceito de tráfico ilícito de drogas não é bem delimitado pela atual legislação pátria antidrogas. O conceito jurídico-penal do que seja tráfico de drogas não é descrito pela Lei nº 11.343/06. O diploma regulamentador das drogas apenas descreve condutas que se enquadram como tráfico de drogas, mas não há uma figura típica que se denomine como tráfico ilícito de entorpecentes. Segundo João José Leal (2010, p. 76) tanto na lei anterior de drogas (6.368/76) como na atual

(11.343/06), não há indicações de qual conduta atenda pelo *nomen juris* de Tráfico ilícito de Drogas.

A ausência de um conceito bem delineado do que seja o crime de Tráfico de Drogas torna-se evidente quando, ao analisarmos o texto do art. 33 da Lei nº 11.343/06, verificamos uma multiplicidade de condutas proibidas e taxadas como de tráfico de drogas. Segundo João José Leal (2010, p. 77) essa variedade de condutas tipificadas como crime de Tráfico de Drogas traz grandes dificuldades para se identificar o sentido e o espaço da proibição imprimida pelo tipo.

Os reflexos na justiça penal quanto a essa diversidade de ações enquadradas como Tráfico Ilícito de Entorpecentes são grandes, devido à dificuldade de se identificar o dolo necessário para se configurar o crime de Tráfico. O dolo é figura imprescindível para a configuração de um crime, pois sem dolo não há crime. O dolo é a consciência da ilicitude da conduta e, segundo Paulo Queiroz (2008, p.189) o agir dolosamente depende da consciência do agente em saber e ter a vontade do que faz e de que está realizando uma figura tipificada como crime.

Segundo Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 91) o delito de Tráfico de Entorpecente é por essência doloso, e, para que o agente seja punido como traficante de droga, deve agir com a consciência de acordo com os verbos descritos pelo tipo penal que regulamenta a figura do traficante. Nessa senda, não há crime de tráfico ilícito de drogas culposo, ou seja, se a pessoa incidir em algumas das condutas por imprudência, imperícia ou negligência será repreendida com aplicação das penas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06.

No art. 33 da Lei nº 11.343/06, a ausência de um dolo específico traz uma gama muito extensa de interpretação e, muitas vezes, o delito estaria caracterizado, mesmo não estando presente a intencionalidade da comercialização ilícita dos entorpecentes. Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 203) vem-se consolidando, pelos órgãos aplicadores do direito, a visão de que, para a configuração do crime de Tráfico de Drogas, seria prescindível a mercancia e a efetiva entrega da droga.

Uma parte da doutrina entende que, inobstante o intuito comercial não ser o principal fator configurador de todas as condutas tipificadas no art. 33 da atual Lei de Drogas, o dolo específico do tipo seria a vontade livre e consciente de transferir os entorpecentes para serem consumidos, ou seja, a comercialização ligada à ideia de

transferência onerosa ou gratuita ilícita das drogas a terceiros seria o elemento caracterizador do tipo penal, tendo em vista que o repasse gratuito da droga também é tipificado pelo art. 33 da Lei 11.343/06 como tráfico.

Segundo Luciana Boiteux (2009, p. 37), “a diferenciação do delito de tráfico para o de consumo de drogas ilícitas continua a ser feita caso a caso, sem a possibilidade de uma distinção legal apriorística. O elemento subjetivo, por isso, é apontado como fundamental”.

É de fundamental importância fazer uma análise sobre os dezoito verbos da descrição típica do crime de Tráfico de Drogas previstos no art. 33 da Lei nº 11.343/06. O referido tipo penal abrange diversas condutas que conjuntamente formam o crime de Tráfico de Entorpecentes, frise-se, que são comportamentos diversificados, e cada um apresenta um grau de lesividade aos bens jurídicos tutelados pela Lei Antidrogas. Todavia, a Lei 11.343/06 estabelece o mesmo tipo de repressão a todas as ações tipificadas no art. 33 da *lex*, o que acaba interferindo na eficácia da lei ao combate dos verdadeiros traficantes.

4.3.1 Análise dos Elementos do Tipo

O art. 33 da Lei nº 11.343/06 dispõe, *in verbis*:

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.

Importar significa introduzir os entorpecentes no território nacional, ou seja, adentrar as fronteiras brasileiras com a substância entorpecente; *exportar* é a saída do território nacional das drogas, é enviar para fora do País as substâncias ilícitas; *remeter* é encaminhar à droga mediante remessa ao destino, se consumando essa conduta apenas com o envio da droga; *preparar, produzir e fabricar* possuem sentidos muito parecidos, o que gera uma certa confusão interpretativa na identificação no caso concreto. O objetivo da lei em incriminar essas condutas que

têm praticamente o mesmo sentido é a de ganhar uma maior amplitude ao alcance da lei penal. Segundo João Jose Leal (2010, p. 88), “o que se observa na prática, é o uso indistinto destes verbos para incriminar o agente que manipule ou opere substâncias com potencial tóxico ou entorpecente para obter determinado tipo de droga”.

A doutrina vem entendendo que a diferença entre os verbos-nucleares do art. 33 – preparar, produzir e fabricar – é que *preparar* seria um processo que envolve manipulações químicas, é a manipulação da matéria-prima para dar existência à substância entorpecente; *produzir* é a manufatura da droga; *fabricar* é operacionalizar a criação da droga, criar um sistema integralizado de criação da droga. Já *adquirir* é tomar para si a droga, que pode ser mediante o pagamento de uma quantia ou gratuitamente, sem contraprestação; *vender* é comercializar a droga mediante o pagamento de uma contraprestação; *expor à venda* é colocar à disposição para alienação a substância entorpecente, é como se fosse uma “vitrine do tráfico”; *oferecer* possui o mesmo sentido semântico de expor à venda, mas a doutrina vem entendendo que seria a ação de disponibilizar a droga ilícita para o aceite. Nesse ponto, importante se fazer menção ao pensamento de João José Leal (2010, p. 90) segundo o qual, a lei, nesse caso, almeja a situação de negociações de rede de vendas de drogas em que há o repasse gratuito da droga a fim de ampliar ou criar um futuro mercado de consumo.

Ter em depósito é a conduta de depositar provisoriamente a droga, objetivando uma futura transferência; *guardar*, inobstante a confusão semântica com o verbo ter em depósito, seria a ocultação da droga; *transportar* é locomover a droga ilícita a destinos variados; *trazer consigo* é a ação de carregar a droga com próprio dono. Importante destacar nessa conduta delituosa as ações das “mulas do tráfico”, que são aqueles contratados pelos traficantes para realizarem o transporte da droga, muitas vezes dentro do interior do próprio corpo, da cavidade abdominal, o que é um risco muito grande para os carregadores, em face da lesividade que a droga tem em relação ao organismo humano.

A utilização dos transportadores, que são popularmente denominados como “mulas do tráfico”, é uma arma muito vantajosa para os traficantes que buscam enviar as drogas aos seus destinatários. Já muita da “mão de obra” utilizada são

peessoas que não possuem nenhuma ligação com a organização criminosa, o que, por sua vez, não gera suspeitas na fiscalização e por serem facilmente descartados.

Prescrever é a conduta que, segundo a doutrina, possui como sujeito ativo o profissional da medicina ou odontologia, que tem autorização legal de receitar ou indicar medicamentos; *ministrar* significa aplicar a droga ao consumidor, como nos casos em que os usuários aplicam uns nos outros a droga, tomando como exemplo a heroína; *entregar ao consumo ou fornecer drogas* é o ato de entrega da droga ao terceiro, é a tradição da entrega para o terceiro; *fornecer* está ligado à ideia de abastecer continuamente o terceiro.

A partir da análise do tipo penal, notam-se claramente condutas diversificadas e possuindo um grau diferenciado de ofensividade social. O art. 12 da Lei nº 6.368/76, antiga Lei de Drogas, também previa diversas condutas que a lei estabelecia como tráfico de drogas, ensejando, muitas vezes, punições a outras pessoas que não possuem correlação com o tráfico. Essa linha foi repetida pelo art. 33 da atual Lei Antidrogas, contudo com um problema maior devido ao aumento de repressão estabelecida pela nova lei.

A expressão utilizada pelo art. 33 da Lei 11.343/06, “ainda que gratuitamente”, gera certa instabilidade em se identificar de fato o traficante, já que retira a comercialização objetivando o lucro como o núcleo da atividade do tráfico de drogas. Segundo João Jose Leal (2010, p. 79) a identificação da figura do traficante é observar se houve a efetiva transferência da droga. Diante disso, pergunta-se: a roda de usuários, em que há o repasse de um para o outro para o consumo, se configuraria como crime de Tráfico? O fato é que essa variedade de condutas descritas pelo art. 33 como atividades taxadas como tráfico de drogas gera uma série de problemas aos aplicadores do direito, que, por sua vez, se forem seguir uma linha mais positivista, aplicando a letra o texto da lei, acabariam dando margem a punições injustas.

A justiça penal deve ter a maior prudência possível na aplicação do art. 33 da Lei de Drogas, pois, a ausência de critérios claros na lei em identificar o verdadeiro agente do tráfico resulta em uma grande insegurança jurídico-social. Diante dessa incongruência da lei, o mecanismo a ser utilizado para dirimir os problemas que surgem na aplicação da lei é o juízo de proporcionalidade (CARVALHO, 2010, p. 206)

O princípio da proporcionalidade, largamente utilizado pelo Direito Penal brasileiro juntamente com o da ofensividade e adequação, tem como fundamento alcançar uma justa aplicação do direito, na medida em que almeja uma repressão proporcional ao crime praticado. O magistrado, ao aplicar o direito penal, deve realizar uma ponderação a fim de atingir uma pena justa ao grau de culpabilidade do agente. A proporcionalidade se subdivide em: abstrata, realizada na elaboração do dispositivo legal, com a pena cominada; e concreta, que é a exercida pelos aplicadores do direito, adequando a punição do agente de acordo com o caso concreto (QUEIROZ, 2008, p. 46)

O doutrinador Rogerio Greco (2005, p.82) afirma que o princípio da proporcionalidade: “[...] exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)”.

O juízo de proporcionalidade utilizado na aplicação do art. 33 da Lei nº 11.343/06, ante a ausência de literalidade do referido artigo, é a concreta ou judicial. Os operadores do direito devem, ao aplicar as medidas repressivas, observar em cada caso concreto se a sanção prevista no texto da lei é adequada à conduta do agente do crime. A proporcionalidade realizada na aplicação do art. 33 da Lei Antidrogas tem a função de corrigir as imperfeições do texto da lei, já que há uma nítida violação à razoabilidade. Segundo Salo de Carvalho (2010, p.209), “outra não poderá ser a constatação senão a da substancial violação ao postulado da razoabilidade em decorrência da desproporção entre os meios empregados (penalização isonômica de condutas com diferente capacidade de lesão do bem jurídico) e o fim visado”.

4.3.2 A Proporcionalidade como Mecanismo para se Identificar o Dolo nas Condutas do Art. 33, *Caput*, e 28, *Caput*, da Lei Nº 11.343/06

O art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 dispõe em seu texto que são condutas que se enquadram no delito de tráfico de drogas ilícitas, 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. O art. 28, *caput*, da mesma lei, tipifica como usuário de

drogas ilícitas o agente que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas (MARCÃO, 2007, p. 57/132)

Ao realizar a análise comparativa dos verbos núcleos dos delitos de porte para consumo pessoal e tráfico de drogas ilícitas, é possível se observar uma semelhança muito grande entre as condutas delitivas, o que gera um grande problema processual, em relação à apreciação dos juízes no caso concreto, o real enquadramento do agente ao tipo correto (CARVALHO, 2010, p. 202)

Esse é um grande problema para os operadores do direito, em reconhecer, em cada conduta tipificada nos arts. 28 e 33, o dolo do agente, para aplicar corretamente a lei penal. O crime de porte para consumo pessoal possui, como dolo específico, o fim de consumir a substância psicotrópica. Diante disso, cabe ao magistrado no caso concreto identificar se houve a efetiva vontade do agente em consumir a droga ilícita. Todavia, em relação ao crime de tráfico ilícito de drogas, por não se exigir o fim comercial, pois, conforme entendimento doutrinário, o delito se consuma. Independentemente do fim mercantil e pelas condutas serem muito semelhantes às previstas para o delito de porte para consumo, há uma grande dificuldade na prática forense em diferenciar e identificar, no caso concreto, o enquadramento legal (CARVALHO, 2010, p. 203)

A criminalização é uma estrutura formada por três fases que se concatenam de maneira direta. Em um primeiro momento, o legislador dá previsibilidade legal às condutas que serão enquadradas como crime, é a primeira fase da criminalização. Em um segundo momento, cabe a autoridade policial selecionar os infratores da lei penal, aqueles que incidem nas condutas delitivas previstas pelos elaboradores do direito; e a terceira e última fase consiste no processamento e julgamento dos supostos criminosos (MACHADO, ano, p. 1100)

A diversidade de condutas tipificadas como tráfico ilícito de drogas no art. 33, *caput*, da Lei nº 11/343/06, com graus de lesividade distintos à saúde pública, que é o bem a que a norma penal visa proteção, gera um grande problema na aplicação da lei pelos operadores do direito, principalmente por serem verbos-núcleos que se aproximam muito dos previstos para o crime de porte para consumo do art. 28 do mesmo diploma. Não obstante haver variadas condutas no tipo, verifica-se que a sanção cominada a todas é a mesma, que é a pena de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos e multa de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos)

dias/multa. Em razão disso, o papel do juiz na aplicação da lei penal é muito importante, a fim de evitar que usuários sejam julgados e apenados com as sanções previstas para o tráfico de drogas ilícitas (CARVALHO, 2010, p. 204)

O princípio da proporcionalidade, constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, tem sido largamente utilizado para buscar o dolo nas condutas dos agentes que incidem em uma das ações tipificadas no art. 33 da Lei 11.343/06, ligado também ao princípio da ofensividade. A proporcionalidade tem como premissa, aplicar a pena adequada à efetiva lesão do bem jurídico. Segundo Paulo Queiroz (2010, p. 48), “o castigo deve guardar proporção com a gravidade do crime praticado”.

Segundo Salo de Carvalho (2010, p.208), *in verbis*:

Importante, portanto, no caso em análise, verificar se o mecanismo escolhido pelo legislador, qual seja, identificação no mesmo tipo penal de condutas distintas cuja ofensividade ao bem jurídico é nitidamente diferenciada, impondo idêntica consequência sancionatória, é idôneo para obtenção do fim almejado (tutela ao bem jurídico). Mais: se a opção do legislativa causou a menor restrição necessária aos direitos fundamentais dos sujeitos incriminados.

Para o célere doutrinador, a proporcionalidade utilizada sob um juízo de ponderação pelos aplicadores do direito é de suma importância no processamento e julgamento do delito tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343.06, em razão da sua amplitude semântica. Nessa senda, verifica-se nitidamente a não observância da proporcionalidade no art. 33 da Lei Antidrogas, ao passo que impõe a mesma medida coercitiva a condutas que possuem graus diferenciados de lesividade ao bem jurídico tutelado, que é a saúde pública (CARVALHO, 2010, p. 209)

Diante desse amplo rol de condutas incriminadas no art. 33 e da dificuldade em se identificar o dolo nos verbos-núcleos adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo, e que também estão tipificadas no art. 28 do mesmo diploma legislativo, faz-se necessário utilizar o princípio da proporcionalidade e lesividade para alcançar o correto enquadramento penal e a pena a ser aplicada. Para Salo de Carvalho (2010, p. 212) ao analisar o caso concreto, o magistrado deve-se ater a vislumbrar o intuito mercantil do agente. Caso não seja possível se identificar tal dolo, o operador do direito, em observância aos princípios da

proporcionalidade e lesividade, deve enquadrar a conduta no tipo do art. 28 da Lei 11.343/06.

4.4 TRATAMENTO AO USUÁRIO DE DROGAS NA LEI Nº 11.343/06 (ART. 28) EM COMPARAÇÃO COM O ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76

O usuário de drogas é aquele que possui, porta a droga para o consumo pessoal, sendo uma figura regulamentada pela Lei nº 11.343/06, atual diploma legal dos entorpecentes no Ordenamento Jurídico brasileiro. O art. 28 da Lei 11.343/06 dispõe expressamente que o uso de substâncias entorpecentes é fato típico, conforme se verifica, *in verbis*: “quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para o consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas; I – advertência sobre os efeitos da droga; II – prestação de serviços a comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

Os verbos-núcleos do art. 28 da Lei 11.343/06 estão diretamente ligados ao elemento que caracteriza o tipo penal em questão, que é o consumo pessoal. Todos os verbos que estão presentes no referido artigo devem ser direcionados a alcançar o dolo do tipo que é o consumo pessoal do entorpecente. Analisando detidamente o tipo penal que regulamenta o usuário de droga, fica evidente que os verbos-núcleos formadores do tipo possuem sentidos semânticos muito parecidos, o que torna difícil a diferenciação das ações para fins de enquadramento penal. Segundo João José Leal (2010, p. 52) o objetivo dessa amplitude legal quanto aos verbos dispostos no art. 28, assim como no art. 33 do mesmo diploma legislativo que regulamenta o tráfico ilícito de drogas, tem a finalidade de: alcançar as mais variadas situações fáticas relacionadas às substâncias entorpecentes.

Caracteriza-se como usuário de drogas, segundo o texto do art. 28 da Lei nº 11.343/06, aquele que adquire de forma onerosa ou gratuita a droga para ser consumida pessoalmente, ou guarda e tem em depósito, que são duas ações de difícil diferenciação no caso concreto, pois possuem sentidos semânticos muito parecidos. Na mesma linha, seguem os verbos transportar e trazer consigo, já que

quem transporta a droga também, de uma forma indireta, a traz consigo, assim como quem a adquire, poderá ter a droga em sua guarda até ser consumida. Ante o exposto, verifica-se que o atual diploma legislativo antidrogas possui uma confusão semântica nas descrições das ações que configuram o uso ilegal de drogas, mas, de certa maneira, o fundamental é que se constate a finalidade do uso pessoal (LEAL, 2010, p. 52)

O critério utilizado pela lei para se determinar, no caso concreto, se o agente do crime é um usuário ou traficante, está previsto no § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06, que dispõe:

[...] 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 a conduta e os antecedentes.

O fato é que o juiz, para saber se o indivíduo no caso concreto é um usuário ou um traficante, utiliza critérios que não fornecem um embasamento de convencimento forte o suficiente para se ter certeza de que aquela pessoa é de fato um usuário ou um traficante de drogas. Os antecedentes criminais não fornecem muita contribuição prática para diferenciar essas duas figuras no caso concreto. Segundo Andrey de Mendonça (2008, p. 48) se somente forem utilizados os antecedentes, seria impossível diferenciar o usuário do traficante de drogas, sob pena de retorno ao Direito Penal do autor.

O critério pessoal, referente aos antecedentes criminais, para diferenciar essas duas figuras emblemáticas da Lei 11.343/06, deve ser valorado juntamente com outros critérios, sendo os antecedentes um guia interpretativo se utilizado conjuntamente com a análise do local, as circunstâncias da ação, o modo de acondicionamento.

O fato é que a justiça penal brasileira, assim como a polícia pátria, se utiliza de um critério que não fornece nenhuma segurança na identificação do usuário e do traficante de drogas, que é a questão da quantidade de drogas apreendida. Se for apreendida uma quantidade de droga a mais do que o legalmente estipulado para o crime de consumo, o agente é enquadrado como traficante de drogas, o que gera uma insegurança jurídica muito grande.

Precisas são as palavras de João José Leal (2010, p. 56) em afirmar que a realidade tem demonstrado a dificuldade de se identificar “se a conduta típica configura a hipótese de porte para o consumo pessoal ou de tráfico de pequena quantidade de drogas”.

O usuário de drogas pela Lei nº 6.368/76 era uma figura regulamentada no art. 16 do referido dispositivo, cujo texto expressa:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

Pena – Detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Analisando o art. 16 do texto da Lei nº 6/368/76, verifica-se que havia uma sobreposição da repressão estatal no controle das drogas ilícitas, tanto no que tange ao usuário como ao traficante. Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 21), a Lei 6.368/76 foi o período em que houve um predomínio da ideologia jurídico-político com o fortalecimento da repressão penal.

O usuário de drogas era penalizado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro no diploma regulamentador das drogas anterior com pena de privativa de liberdade, fugindo do modelo da diferenciação pregado na Convenção Única de Estupefacientes de 1961, que estabelecia tratamentos diferenciados para usuários e traficantes de drogas. O que se observa é a redução quanto ao grau de pena imposta ao usuário em relação à prevista para o traficante. O usuário era penalizado com pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e o traficante, com pena de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos; em ambos os casos, era aplicada a pena privativa de liberdade.

A Lei nº 10.409/02 proporcionou um avanço na questão do controle das drogas no Ordenamento Jurídico brasileiro, ao estabelecer o procedimento da lei dos crimes de menor potencial ofensivo, Lei nº 9.099/95, para instruir o processo referente ao crime de consumo pessoal de drogas. Essa medida proporcionou uma descarcerização da figura do usuário de drogas, que passou a ser apenado com penas alternativas (CARVALHO, 2010, p. 60)

A Lei nº 11.343/06 vedou a incidência da pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, estabelecendo penas descarcerizadoras, seguindo a linha da política de redução de danos voltada para a prevenção. Formam-se, no Ordenamento Jurídico brasileiro dois estatutos distintos em relação ao traficante e ao usuário de drogas ilícitas; manteve-se a repressão penal ao traficante de drogas, inclusive com o aumento significativo da pena de prisão imposta; e diminuiu a coerção estatal ao usuário de drogas, estabelecendo-se outras medidas de penas direcionadas para a prevenção (CARVALHO, 2010, p . 69)

4.4.1 A Cessação da Pena de Prisão ao Usuário de Drogas: Descriminalização ou Despenalização

O atual diploma regulamentador das drogas no Brasil teve um grande avanço quanto à penalização da figura do usuário de drogas, que, até a lei anterior (Lei nº 6.368/76), criminalizava a figura do usuário de drogas, impondo o mesmo tipo de pena do traficante de drogas ilícitas, imprimindo a pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção, mais o pagamento de 20 (vinte) até 50 (cinquenta) dias-multa. Atualmente, o usuário de drogas não é mais alvo de penas carcerizadoras, corrobora essa linha menos repressiva Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 46) ao afirmar que o art. 28 da atual Lei de Drogas (11.343/06) é um grande avanço para a política criminal de drogas, já que tratou de acabar com a pena de prisão imposta ao usuário de drogas.

A Lei 11.343/06 modificou o panorama da política criminal em relação aos usuários de drogas. Segundo João José Leal (2010, p. 43) a mudança na forma de reprimir o usuário de drogas, extinguindo a pena de prisão, foi o ponto mais relevante da Lei 11.343/06. O fato é que o principal intuito da Lei foi evitar a repressão ao usuário de drogas com a aplicação da pena de prisão, pois essa medida de combate não tem nenhuma efetividade para um problema que não está atrelado ao direito penal repressor.

Neste sentido, a justificativa do Senado Federal à Lei nº 11.343/06, publicada em 06/07/2006 no *Diário do Senado Federal*, é de grande relevância para a sustentação do presente estudo:

[...] o maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão ao usuário é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer.

A Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais) é o diploma que regulamenta o trâmite processual do agente que é enquadrado no art. 28 da Lei 11.343/06, delito que foi equiparado, pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, a crime de menor potencial ofensivo, para justamente retirar a medida prisional ao usuário de droga. A Lei dos Juizados Especiais criminais contém medidas repressivas que não comportam penas privativas de liberdade, justamente por ser direcionadas a crimes de menor potencial ofensivo, que são aqueles que possuem pena máxima de dois anos. As palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2005, p. 559) são claras quanto a esse posicionamento, ao afirmar que “a lei nº 9.099/95 prevê hipóteses expressas em que a imposição de pena privativa de liberdade não será a melhor solução para o caso penal”.

Conforme preceitua Júlio Fabrine Mirabete (2004, p.626), “o Juizado especial criminal tem competência para as infrações de menor potencial ofensivo, consideradas como tais as contravenções penais e a lei que comine pena máxima não superior a um ano”. Continua preceituando o referido autor: “o processo deve se orientar pelos critérios de oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando sempre, que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de penas não privativas de liberdade”(MIRABETE, 2004, p. 627).

O art. 48 da Lei nº 11.343/06 regulamenta o procedimento processual penal dos delitos previstos na referida lei, conforme dispõe, *in verbis*: “o procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste título rege-se pelo disposto neste capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal”. Quanto ao delito de consumo pessoal de drogas, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06, o parágrafo 2º do mesmo diploma legal é claro em ressaltar que não

cabe a prisão em flagrante do usuário de drogas, conforme se extrai da transcrição do referido §: “tratando-se de conduta prevista no art. 28 desta lei, não se imporá pena de prisão em flagrante, devendo o autor ser imediatamente encaminhado ao juízo competente para ser lavrado o termo circunstanciado”.

Segundo Andrey Borges de Mendonça (2008, p.218) os delitos de porte e cultivo para consumo pessoal, compartilhamento e prescrição culposa devem ser tramitados pelo rito dos juizados especiais criminais, conforme previsto na Lei nº 9.099/95, por se enquadrarem como crimes de menor potencial ofensivo.

A grande discussão que gira em torno da figura do usuário de drogas ilícitas na Lei nº 11.343/06, que é enquadrado no art. 28 da referida lei, está em saber se houve a descriminalização ou despenalização do consumidor de drogas na nova Lei Antidrogas. A doutrina pátria diverge em posicionamentos: uma parte entende que houve a descriminalização formal do usuário de drogas, e outra parte da doutrina posiciona-se no sentido de que ocorreu a despenalização do crime de uso de drogas ilícitas, na medida em que retirou a pena privativa de liberdade dessa figura.

Segundo Salo de Carvalho (2010, p.109) a descriminalização de determinada conduta sofre processos distintos para sua efetivação. O primeiro é quanto à descriminalização em sentido restrito, em que se retira a figura típica da previsão na lei penal (*abollitio criminis*); a segunda é a descriminalização parcial, substitutiva e setorial, em que há dois processos que podem ocorrer: a incorporação da conduta tipificada pelo direito penal anteriormente por outro ramo do direito, ou quando se verificam alterações, na forma procedimental da lei, quanto às penas, ao rito.

A Lei nº 11.343/06 não descriminalizou a figura do usuário de drogas, pois, como se verifica no art. 28 do referido diploma regulamentador da drogas no Brasil, continua a ser tipificado como crime o consumo de drogas ilícitas. O que ocorreu com o advento da nova Lei Antidrogas, não foi nem a descriminalização nem a despenalização do crime de consumo pessoal de drogas ilícitas e, sim, a descarcerização dessa conduta típica, com a revogação da pena de prisão imposta anteriormente e a previsão de penas alternativas. “Ocorre, portanto, com o ingresso da lei nova no cenário jurídico, explícita descarcerização dos delitos relativos ao uso de drogas” (CARVALHO, 2010, p. 110)

Para Flávio Gomes (2007, p.147) portar drogas ilícitas para a utilização pessoal é conduta que não é mais passível de pena privativa de liberdade em razão disso houve uma descriminalização formal. A conduta de posse de drogas para consumo pessoal é uma infração *sui generis*, sendo previsto para tal conduta penas alternativas, que serão aplicadas sob a égide do procedimento previsto na Lei nº 9.099/95. Ainda ressalta o autor “Depois que a infração do art.16 passou para os juizados criminais, nenhum usuário mais foi condenado à pena de prisão, salvo em casos excepcionalíssimos”.

4.4.4.1 Aplicação da Lei nº 9.099/95 ao crime de consumo de drogas ilícitas

Para o usuário de drogas ilícitas, com o advento da Lei nº 10.409/02, que estabeleceu o procedimento processual penal aos crimes de tráfico e consumo de drogas ilícitas, o crime de porte para consumo, tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/06, passou a ser regulamentado pela Lei nº 9.099/95 que rege os delitos de menor potencial ofensivo (MENDONÇA, 2008, p. 222)

O STJ firmou entendimento de que é competência dos Juizados Especiais Criminais apreciar o delito de porte para consumo de substâncias psicotrópicas, conforme a jurisprudência abaixo:

A controvérsia acerca da competência para o processamento e julgamento de feito no qual o réu foi denunciado por porte de entorpecentes para uso próprio foi dirimido pela entrada em vigor da lei nº 11.343/06 que fixa, em seu art. 48, a competência do Juizado Especial Criminal, nos termos dos arts. 60 e ss., da lei nº 9.099/95. (STJ – Resp. 882.502/MG – Rel. Mn. Gilson Dipp – 5ª T. – J. Em 05.12.2006 – DJ 05.02.2007, p. 375)

O usuário de drogas passou a ser processado e julgado com o rito dos juizados especiais criminais em que não existe a aplicação de pena privativa de liberdade, o que acarretou a descarcerização do crime de uso de drogas ilícitas. O art. 48, parágrafos 1º e 2º da Lei nº 11.343/06, dispõe claramente que o rito a ser aplicado aos delitos tipificados no art. 28 será o dos juizados especiais criminais.

Os parágrafos 1º e 2º do art. 48 da Lei 11.343/06 expressam, *in verbis*:

Art. 48

§ 1º - o agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os juizados especiais criminais.

§ 2º - tratando-se das condutas previstas no art. 28 desta lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessárias.

O delito de consumo de drogas ilícitas passou a ser tratado processualmente como delito de menor potencial ofensivo. Os delitos de menor potencial ofensivo são processados e julgados perante os Juizados Especiais Criminais, que são regidas pelo quanto determinado nos artigos da Lei nº 9.099/95. Segundo o art. 61 da referida lei classifica os delitos de menor potencial ofensivo, como aqueles a que a lei comine pena igual o inferior a 2 (dois) anos (TOURINHO FILHO, 2010).

No procedimento dos juizados especiais criminais, não há a imposição da pena privativa de liberdade, pois, no lugar da prisão em flagrante, se tem o termo circunstanciado e, no da pena privativa de liberdade, as penas alternativas. O termo circunstanciado, o qual é composto pela qualificação dos envolvidos e pela síntese dos fatos, é lavrado pela Autoridade Policial que o encaminha ao juízo (TOURINHO FILHO, 2010, p. 717)

O Ordenamento Jurídico brasileiro teve um grande avanço em relação à política criminal de drogas ao enquadrar o delito de consumo de drogas ilícitas ao rito da Lei nº 9.099/95. Inobstante a pena cominada ao delito de porte para consumo (art. 28 da Lei 11.343/06) ser superior aos delitos de menor potencial ofensivo, o art. 48 da Lei nº 11.343/06 expressamente estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o processamento e julgamento do delito tipificado no art. 28 da mencionada lei (LEAL, 2010, p. 71)

Há um questionamento se seria possível a aplicação da Suspensão Condicional de Processo, procedimento previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, aos delitos de porte e cultivo para o consumo de drogas ilícitas. Segundo Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 223) apesar de a lei nada dispor sobre o benefício, não há nenhum óbice à aplicação do *sursis* processual aos delitos do art. 28 da Lei 11.343/06, sob pena de ir na contramão do princípio da proporcionalidade. As

medidas impostas pela Suspensão Condicional do Processo não podem ser mais rigorosas que as culminadas para o próprio delito, conforme estabelece o art. 28 da Lei 11.343/06. Nesse sentido, caberia aos juízes analisar e ponderar a aplicação de cada medida no caso concreto (MENDONÇA, 2008, p. 223)

Em relação à transação penal conforme disposto no art. 48, § 5º, da Lei nº 11.343/06, que seria uma proposta de aplicação imediata das penas tipificadas no art. 28 da referida lei, Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 241) se posiciona ressaltando as benesses que o instituto prevê ao usuário de drogas ilícitas, quanto à manutenção da primariedade do apenado, se cumpridas integralmente as medidas impostas no acordo processual. Em posição diametralmente contrária e acertada, posiciona-se Salo de Carvalho (2010), [p.286-287] em sustentação à inconstitucionalidade do art. 48, § 5º, da Lei 11.343/06, diante da violação do princípio da *nulla poena sine iudicio*. Para o doutrinador, na medida em que são aplicadas as penas cominadas no art. 28 do mesmo diploma legislativo ao usuário, sem a devida instrução processual, isso estaria contrariando o direito de defesa do apenado.

4.4.2 As Sanções Aplicadas ao Consumidor de Drogas na Lei nº 11.343/06

O art. 28 da Lei 11.343/06, nos incisos I, II e III, dispõe sobre as medidas repressivas a serem tomadas aos agentes que cometam a infração penal tipificada no referido artigo. O usuário de drogas, como já foi largamente discutido, possui uma repressão estatal muito mais branda do que o traficante de drogas, por já restar sedimentado no ordenamento jurídico brasileiro que o consumidor dos entorpecentes não é um criminoso, merecendo tratamento diversificado.

Os incisos I, II e III do art. 28 da Lei Antidrogas prescrevem que as penas a serem impostas à infração de porte para consumo pessoal são: “ I – advertência sobre os efeitos da droga; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa educativo”.

Inicialmente, o Projeto de Lei denominava as sanções impostas ao usuário de drogas de “medidas educativas”, sendo posteriormente modificado na Câmara dos Deputados por penas. Segundo Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 56) a

modificação de última hora na denominação das sanções a serem impostas aos usuários de drogas foi em decorrência de que a expressão medidas educativas pudesse ser interpretada como uma descriminalização do porte para o consumo de entorpecentes.

As penas de advertência sobre os efeitos das drogas, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento em programa educativo podem ser cumuladas e devem ser aplicadas de acordo com o § 2º do art. 28 da lei 11.343/06. Devem ser levados em conta, a natureza e a quantidade da droga, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias pessoais e sociais, bem como os antecedentes e a conduta do agente.

A pena de advertência se caracteriza por ser uma advertência feita pelo juiz sobre os efeitos do uso das drogas. Segundo João Jose Leal (2010, p.59):

Parece que, escolhida essa sanção penal ou medida educativa, o juiz desempenhará o papel de um terapeuta ético- jurídico, cabendo-lhe a função de conscientizar o portador-usuário sobre as consequências nocivas para a sua saúde pessoal e sobre a inconveniência familiar, profissional e social decorrente do uso indevido de drogas.

Essa medida punitiva, a advertência, é um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, é aplicada em audiência admonitória designada pelo juiz e pode contar com o auxílio de outros profissionais especializados na área, tais como médico, psicólogo, sociólogo, entre outros. Importante salientar que a pena de advertência sobre os efeitos nefastos da droga possui dupla natureza: a repressiva, por ser uma medida punitiva adotada para aquele que comete a infração de consumir a droga, e também a preventiva, pois visa coibir o uso ilícito de entorpecentes, reeducando o agente.

A pena de advertência, segundo a linha de pensamento de Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 57) não possui efetividade tanto na prevenção como na repressão à conduta delitiva tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343/06, posto que não possui nenhum caráter coercitivo na medida em que não restringe qualquer bem jurídico do condenado e, além de não prevenir a ocorrência da reincidência, funciona até como um incentivo a ela, já que o agente terá a consciência de que não sofrera qualquer reprimenda de caráter aflitivo.

A segunda pena prevista para o usuário de drogas é a de prestação de serviços à comunidade, estabelecida no inciso II, do art. 28 da Lei 11.343/06, e seus contornos jurídicos estão previstos nos arts. 43 a 48 do Código Penal brasileiro. Para a pena de prestação de serviços à comunidade, a lei determina o seu cumprimento em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos. É mister salientar que essa pena imposta ao usuário de drogas, diferentemente do que preceitua o Código Penal, é a pena principal e não substitutiva de pena privativa de liberdade prevista no Código.

As atividades de prestação de serviços possuem uma peculiaridade quando imposta a usuários de drogas, que é a prestação do trabalho comunitário em entidades que tenham como finalidade a prevenção do consumo ou a recuperação de usuários e dependentes de drogas, sob um período máximo de 5 (cinco) meses.

A terceira pena imposta ao usuário de drogas é a de comparecimento a programa educativo, previsto no inciso III, art. 28 da Lei 11.343/06. É uma pena inédita no sistema jurídico brasileiro. Ao impor essa pena como medida sancionatória ao consumidor do entorpecente, este deverá comparecer a um programa reeducativo determinado pelo juiz, para que o agente seja orientado, por profissionais ligados à área das drogas, sobre os efeitos dos entorpecentes.

Essa sanção imposta ao usuário de drogas não tem um período máximo nem mínimo estipulado legalmente, ficando a cargo do juízo, todavia vem-se consubstanciando, a partir da análise do § 3º, do art. 28 da Lei 11.343/06, que essa medida punitiva não poderá se estender por mais de 5 (cinco) meses. Segundo João José Leal (2010, p.62), essa norma se caracteriza por ser mais uma “norma programática”, pois é uma medida que é e será pouco utilizada pelos magistrados, diante das dificuldades que giram em torno da medida.

O art. 27 da Lei nº 11.343/06 afirma que poderão as penas cominadas no art. 28, incisos I, II e III do mesmo diploma legal, serem aplicadas cumulativamente ou isoladamente aos usuários de drogas. Segundo Salo de Carvalho (2010, p.280) seria uma nítida inconstitucionalidade, já que o Ordenamento Jurídico brasileiro tem como padrão incriminatório a cominação de uma única pena da mesma natureza ao delinquente. A opção que tem o magistrado em aplicar cumulativamente as sanções

impostas no art. 28 da Lei nº 11.343/06 aos usuários de drogas é uma nítida ofensa ao princípio do *bis in idem*, pois configura uma dupla punição pelo mesmo fato.

O professor Salo de Carvalho (2010, p.281-282) afirma ainda ser

[...] importante lembrar ainda que essa estrutura de punição da lei de drogas que agrega pena (restritiva de direitos ou advertência) e medida (educativa) revive o sistema do duplo binário revogado com a reforma penal de 1984. A retomada a estrutura do duplo binário as modalidades de porte para o consumo pessoal de drogas demonstra a exaustão os efeitos da perigosa associação, na esfera legislativa ou no plano discursivo (dogmático), entre consumidor e dependente. Em realidade, o sistema opera com dúplice pressuposição de periculosidade do usuário, mesmo eventual: a) a periculosidade social em face da possibilidade de expansão do consumo de drogas para terceiros, afetando o bem jurídico saúde pública; b) periculosidade individual decorrente da percepção do consumidor como potencial dependente.

Dispositivo que recebe muitas críticas doutrinárias é a pena de admoestação imposta aos usuários de drogas. A admoestação é a sanção aplicada ao consumidor de drogas, consistente na advertência verbal sobre os malefícios que o uso das drogas pode trazer para vida social e para saúde individual. Trata-se de uma verdadeira censura oral, segundo Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 64) o magistrado adverte o usuário sobre as possíveis consequências que a sua atitude pode desencadear.

A multa prevista no art. 29 da Lei nº 11.343/06 trata-se verdadeiramente de uma multa coercitiva, que poderá ser aplicada pelo magistrado caso o usuário venha a descumprir as penas impostas pelo porte para o uso pessoal de drogas. O valor da multa que poderá ser imposta pelo juiz, será por um período de no mínimo 40 (quarenta) dias/multa e máximo de 100 (cem) dias/multa, e fixada de acordo com a capacidade econômica do usuário de drogas.

É fundamental entender qual a natureza jurídica dessa multa prevista no art. 29 da Lei 11.343/06, e, nesse sentido, é importante destacar o entendimento de Andrey Borges de Mendonça (2008, p.67):

[...] meditando sobre o tema, entendemos que a referida multa possui natureza extrapenal, pois sua finalidade é coagir o agente a cumprir a pena imposta e não retribuir o fato ilícito praticado. Não é, portanto, pena. Realmente, somente pode ser caracterizada como pena, uma medida imposta como retribuição ao fato delituoso praticado pelo agente, não podendo se equiparar a tanto uma medida que se volta à recalcitrância do agente em cumprir a pena imposta e não ao delito propriamente dito.

Nessa senda, verifica-se, que a pena de multa não pode ser utilizada pelo magistrado como medida punitiva ao indivíduo que incide no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, já que as sanções previstas para o delito de porte para o consumo pessoal estão elencadas nos incisos I,II e III do art. 28 do referido diploma legal. A pena de multa somente é passível de incidência caso o delinquente, já submetido à sanção legal imposta pelo aplicador do direito, descumpra a pena que lhe foi imposta, evidenciando-se a nítida ausência da função retributiva da pena.

4.5 OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA LEI Nº 11.343/06 PARA DIFERENCIAR O TRAFICANTE DO USUÁRIO DE DROGAS ILÍCITAS

A lei enquadra o traficante e o usuário de drogas ilícitas em dois tipos distintos, imprimindo uma repressão diferenciada entre essas duas figuras. Ao traficante de drogas, cabe a incisiva repressão estatal, sendo culminada pela pena privativa de liberdade de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, mais multa pecuniária de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias/multa. De outro giro, o consumidor de drogas ilícitas é sancionado pelo Estado de uma forma mais branda, sendo impostas penas alternativas, como a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa educativo (MENDONÇA, 2007, p. 56-89)

Segundo Luiz Flávio Gomes (2006, p.147) o delito de porte pessoal para consumo deixou de ser crime com a publicação da Lei nº 11.343/06, em virtude da retirada da aplicação da pena de prisão ao usuário de drogas ilícitas. Para o supracitado autor, que detém um posicionamento minoritário, houve a descriminalização formal do delito tipificado no art. 28 da nova Lei Antidrogas. O delito de porte para consumo passa a ser uma infração *sui generis*.

As condutas tipificadas nos arts. 28 e 33 da Lei Antidrogas, nos quais estão elencadas ações que caracterizam o crime de porte para o consumo (art. 28) e tráfico ilícito de drogas (art. 33), no que se refere a algumas condutas, tais como adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo, são idênticas e tipificadas nos dois tipos penais. O que diferencia, no caso concreto, o usuário do

traficante para fins de enquadramento penal é o dolo. O dolo para o crime de porte para consumo pessoal de drogas ilícitas seria a vontade livre e consciente de portar à droga ilícita para consumo. Em relação ao delito de tráfico de drogas ilícitas, o dolo seria a vontade de repassar a droga, até mesmo sem fins lucrativos, como dispõe a Lei 11.343/06 no seu art. 33: “ainda que gratuitamente” (apud CARVALHO, 2010, p. 203).

Segundo Salo de Carvalho (2010, p.213):

Para além do problema da identificação do fim do agir, diversa interrogação exsurge: se existem descrições de condutas empíricas idênticas nos tipos do art. 28 e 33, quais critérios concretos (circunstâncias do tipo objetivo) de diferenciação a serem utilizados?

Essa ausência de um dolo específico para a configuração do delito de tráfico ilícito de drogas gera consequências negativas na política criminal de drogas e na correta aplicação da lei penal. Segundo Salo de Carvalho (2010, p. 203), “no que diz respeito ao art. 33, por não existir referência específica à intencionalidade da ação, estaria caracterizado o delito independentemente de sua destinação ao comércio ilícito”.

O único elemento distintivo entre as condutas ilícitas de porte para o consumo e tráfico de drogas ilícitas é a destinação da droga. No primeiro delito, a destinação é voltada para o consumo da substância psicotrópica, no que tange ao crime de tráfico, não é possível se identificar no que consiste o fim da conduta do agente. (Nicory, Daniel, 2013, p. 55)

Segundo Daniel Nicory (2013, p.55) “ corroborando com o entendimento de que a destinação da droga é desnecessária para caracterizar o tráfico, a Lei de Drogas se preocupa em fixar os critérios apenas para a verificação do consumo pessoal”

O art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06 traz os critérios legais que o juiz deverá observar para identificar, no caso concreto, se o agente será enquadrado como traficante ou usuário de drogas ilícitas. Dispõe o referido dispositivo, *in verbis*:

Art. 28, § 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. (Júnior, 2007, p. 29)

Em virtude de algumas condutas possuírem o mesmo sentido semântico nos crimes de tráfico e de uso de drogas ilícitas e em razão da ausência do dolo específico para configuração do delito de tráfico de drogas, a Lei Antidrogas, no § 2º do art. 28, criou critérios objetivos para tal identificação.

Os elementos previstos no art. 28, § 2º da Lei 1.343/06, nortearão o juiz para identificar, no caso concreto, qual o tipo de delito, se de porte para consumo ou de tráfico de drogas ilícitas. Segundo Luiz Flávio Gomes (2006, p. 161), “cabe ao juiz (ou autoridade policial) reconhecer se a droga encontrada era para destinação pessoal ou para o tráfico”.

Os antecedentes criminais, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias pessoais e sociais e a conduta do agente permitirão o correto enquadramento penal.

Segundo Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 47) os antecedentes criminais como critério para se identificar, no caso concreto, se o delito é de tráfico ou de consumo de drogas ilícitas é uma forma perigosa. O fato criminoso deve ser observado de forma objetiva, e a análise subjetiva do agente pode desencadear uma aplicação errônea da lei. Para o autor, os antecedentes devem ser utilizados de forma conjunta com os demais critérios previstos pela lei, pois, caso fossem utilizados individualmente, se estaria aplicando o Direito Penal do Autor.

Esses critérios relacionados ao indivíduo – circunstâncias pessoais e sociais, conduta e antecedentes – figuram como uma abertura normativa muito perigosa, que favorece a seletividade penal e como consequência, o errado enquadramento dos vulneráveis no tipo de tráfico de drogas.

O célebre doutrinador Luiz Flávio Gomes (2006, p.161), dispõe:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema de quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema de reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou a autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é judicial, de qualquer modo, é

certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e traficante.

A forma imprimida pela legislação Anti – Drogas nacional para fixar normativamente a figura do traficante do usuário de drogas, ante a similitude dos verbos núcleos de cada tipo e da ausência de destinação específica para configuração do tráfico, exigindo da autoridade a observância do tipo de droga, da conduta do agente e o próprio acusado, fornece um perigoso poder discricionário as autoridades competentes.

Conforme o celebre doutrinador e especialista na área, Daniel Nicory (2013, pg. 56) “ pode-se observar que a técnica legislativa empregada dá uma aparência de completude e de segurança, mas, na prática, representa um amontoado de critérios mais ou menos abertos e que oferecem considerável poder discricionário á autoridade competente”.

A lei estabeleceu que o juiz e a autoridade policial devem identificar, no caso concreto, se o delito posto em questão é de tráfico ilícito de drogas ou porte para consumo pessoal. O art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06 estabelece esses critérios diferenciadores, contudo, verifica-se que se trata de critérios objetivos que não proporcionam uma segurança jurídica na aplicação da lei penal. Essa competência estabelecida para o juiz e a polícia, e com os meios que são traçados para a real identificação, resulta na maioria das vezes uma seletividade do direito (MACHADO, 2010).

4.5.1 A Seletividade do § 2º do Art. 28 da Lei 11.343/2006

Segundo Nara Borgo Cypriano Machado (2010, p.1098) os critérios que o legislador elencou no § 2º do art. 28 da nova Lei Antidrogas, para identificar o usuário e o traficante, ensejam a seletividade do Direito Penal.

A Lei 11.343/2006 no seu § 2º, na medida em que estabelece como critérios objetivos de diferenciação, a natureza e quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e

peçoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente, proporciona uma margem muito grande de erro para o juiz e a autoridade policial no reconhecimento do traficante e dos usuários de substâncias psicotrópicas.

O magistrado e a autoridade policial vão analisar as circunstâncias objetivas em que se desenvolve o fato delituoso, o tipo de substância psicotrópica apreendida e as características subjetivas do agente. A verificação incide sobre a quantidade da droga apreendida, qual o seu tipo, a forma como aconteceu a ação delituosa, além de se ater às características pessoais do possível traficante ou usuário (GOMES, 2006, p. 163)

Nesse sentido, preceitua Luiz Flávio Gomes (2006, p.182):

É importante saber: se se trata de droga “pesada” (cocaína, heroína, etc.) ou “leve” (maconha); a quantidade dessa droga (assim como qual é o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente, etc.); profissão do sujeito, antecedentes, etc.

A quantidade de droga ilícita apreendida é um dos critérios mais utilizados pela autoridade policial e judicial no sentido de diferenciar o usuário do traficante de drogas ilícitas. Nesse sentido, importante se destacar um trecho do entendimento da jurisprudência pátria: “a apreensão de quantidade pequenas de tóxicos leva ao entendimento de destinar-se ao uso pessoal e não ao tráfico” (Marcão, 2007, p. 93). O texto da Lei 11.343/06, no seu art. 33, faz referência à desnecessidade do intuito mercantil para a configuração do crime de tráfico ilícito de drogas, o que gera uma dificuldade muito grande em se estabelecer, a partir da quantidade e dos outros critérios previstos na Lei, se o agente apreendido é traficante ou usuário de drogas ilícitas.

Os critérios estipulados no art. 28, § 2º da Lei nº 11.343/06 para a diferenciação do usuário do traficante de drogas ilícitas, acarretam a utilização seletiva do direito penal (MACHADO, 2010, p. 1098). A seletividade seria a aplicação de um tratamento desigual aos agentes sociais, utilizando-se do direito penal para tanto. O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 impõe que “todos são iguais perante a lei”, diante disso, qualquer forma desigual e discriminatória de tratamento legal deve ser afastada do Ordenamento Jurídico.

Nesse sentido, sábias são as palavras de Dirley da Cunha Júnior (2009, p.658):

O direito à igualdade é o direito que todos têm de serem tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

A seletividade do direito penal revela-se em duas formas, uma quantitativa em relação à quantidade de condutas criminosas e aos autores desses delitos, e outra qualitativa, que diz respeito a uma seleção de condutas que serão enquadradas como delituosas. A sociedade brasileira rotula as pessoas com poucas condições financeiras de criminosas. Segundo Norma Machado (2010, p. 1100), “a verificação que as condenações judiciais incidem mais quanto aos crimes de roubo e furto, contribui para o entendimento que a seletividade penal é realidade no Brasil”. Em continuação, a autora sustenta que a nova Lei Antidrogas se mostra seletiva no estabelecimento dos critérios diferenciadores do traficante e usuário de drogas ilícitas.

Destaque-se as brilhantes palavras de Daniel Nicory (2013, p. 60), “in verbis”:

No caso dos crimes relacionados às drogas, a seletividade habitual do sistema, associado a um critério distintivo muito vago entre duas situações jurídicas diametralmente opostas e a um clamor social pela repressão ao tráfico – adequadamente chamado de “pânico moral” nos casos mais extremos – levou à captura de milhares de indivíduos que correspondem ao estereótipo criminoso e, evidentemente, dentre as alternativas possíveis – tráfico ou porte para uso – foi-lhes dispensado o tratamento jurídico – penal mais severo.

A diferenciação se inicia com a abordagem policial, no momento da prisão em flagrante ou da condução do usuário à delegacia, onde a autoridade policial lavrará o auto de prisão em flagrante ou o termo circunstanciado. O Brasil, com a seletividade presente no Direito Penal, criou um estereótipo de criminoso, que são aqueles que possuem menos condições financeiras. Nesse sentido, em virtude dessa característica peculiar estabelecida pelo Direito para se identificar o criminoso, na maioria das vezes, o pobre sempre será enquadrado como traficante, mesmo que todos os critérios apontem-no como consumidor (MACHADO, 2010, p. 1104)

A seletividade se mostra evidente no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06 quando se verifica que são observados como critérios diferenciadores o local do fato e as características pessoais do agente. É mister salientar que a maioria das apreensões de indivíduos na posse de drogas ilícitas são realizadas em favelas, nas denominadas “bocas de fumo”, onde os frequentadores, na maioria, são de pessoas pobres e sem condições, que muitas vezes são encontradas desarmadas, portando pouca quantidade de drogas e não possuem antecedentes.

Importante destacar o pensamento de Norma Borgo Cypriano Machado (2010, p.1.105), oportunidade em que sustenta, *in verbis*:

Neste sentido, se uma pessoa de classe média, num bairro também de classe média, for encontrada com determinada quantidade de droga, poderá ser mais facilmente identificada como usuário (e, portanto, não será submetida à prisão) do que um pobre, com a mesma quantidade de droga, em seu bairro carente.

Essa seletividade proporcionada pela nova Lei Antidrogas causa efeitos negativos na política criminal brasileira na medida em que focaliza suas ações repressivas em um campo errado, desviando a atenção das grandes organizações criminosas, para punir os jovens pobres, com poucos recursos financeiros.

Tal realidade, se mostra ainda mais presente após a despenalização do delito de porte para consumo, tipificado pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que, aliado ao fato da desnecessidade de se atestar a destinação comercial da droga, vem descambando no enquadramento indevido do usuário como traficante de drogas.

4.6 O CONSEQUENTE AUMENTO DA CRIMINALIDADE EM FACE DA FALTA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE DIFERENCIAR, NO CASO CONCRETO, O TRAFICANTE DO USUÁRIO DE DROGAS NA LEI 11.343/06

A Lei nº 11.343/2006, como já foi largamente discorrido nos itens anteriores, fornece ao aplicador do direito, no art. 28, § 2º, critérios para diferenciar, no caso concreto, o traficante do usuário de drogas ilícitas, em razão da semelhança de algumas condutas tipificadas como crime nos dois artigos que regulamentam a figura do usuário (art. 28) e a do traficante (art. 33).

Isso ocorre, em razão do ordenamento jurídico brasileiro ter adota o critério da quantificação judicial, o que traz para a mãos do juiz a competência para no caso concreto se determinar se a droga apreendida era destinada ao uso ou ao tráfico. (Lima, Renato Brasileiro, 2014, pg. 697)

A lei penal deve fornecer critérios claros e eficientes para que o juiz identifique, na situação fática delitiva, qual tipo penal deverá ser aplicado, em razão da disparidade de tratamento estatal quanto à figura do traficante e do usuário de drogas ilícitas. Segundo Salo de Carvalho (2010, p.214) esses critérios estabelecidos pela nova Lei Antidrogas seguem a mesma linha da antiga Lei nº 6.368/76 quanto aos critérios diferenciadores do traficante e dos usuários de drogas ilícitas, e não devem ser mais admitidos.

O doutrinador Salo de Carvalho (2010, p.214) preceitua nesse sentido:

Neste quadro, os dados apresentados como idôneos à classificação da conduta pela autoridade judicial previstos no art. 28, § 2º, da lei de entorpecentes, tais como quantidade, local e antecedentes, podem apenas sugerir e indicar a incidência dos tipos penais do art. 33 ou art. 28. Nunca, porém, definir o juízo de imputação como se tais critérios fossem únicos e exclusivos, exatamente por se tratar de elementos objetivos do tipo.

Os critérios previstos na lei não devem ser utilizados para indicar se o agente envolvido com o fato delitivo se enquadra como traficante ou usuário de drogas ilícitas em virtude da ausência de segurança que possibilite a verdadeira e efetiva identificação. Segundo Salo de Carvalho (2010, p.217), o disposto no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006 deve ser analisado pelo magistrado como indícios de uma possível tipificação legal dos arts. 28 e 33 do referido diploma, sendo fundamental aliar esses critérios a outros elementos: “à vontade, à previsibilidade, à representação e à consciência”.

A ausência de embasamento legal para identificar, no caso concreto, a correta tipificação legal para o usuário e o traficante de drogas ilícitas acarreta

consequências negativas para a criminalidade, pois pode levar à aplicação errada da lei. Como já visto, o traficante de drogas ilícitas é rigorosamente apenado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, com pena de prisão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e mais multa pecuniária de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias/multa. De outro giro, ao usuário de drogas ilícitas cabe a aplicação de penas alternativas de advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, evidenciando-se o abrandamento estatal quanto a essa figura (MARCÃO, 2007, p. 57-133)

As penas de prisão cominadas ao traficante de drogas ilícitas são cumpridas nas penitenciárias e nos presídios brasileiros, que, como já visto, possuem uma precária estrutura física e apoio psicológico. O ambiente carcerário é o local em que habitam todos os tipos de criminosos. Para Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.165), “considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade”. A estrutura das prisões brasileiras acarreta a formação de uma verdadeira “Escola da Criminalidade” onde diversos tipos de pessoas convivem, trocam experiências e, muitas vezes, se filiam para a prática de futuros delitos. Nesse sentido, preceitua Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 166), “a aprendizagem do crime e a formação de associações delitivas são tristes consequências do ambiente penitenciário”.

Em razão dessa realidade é que a aplicação da lei penal de forma errada, direcionada a pessoas que não possuem a índole delitiva, pode piorar a situação da criminalidade na sociedade. A ausência de critérios na nova Lei Antidrogas para diferenciar o usuário do verdadeiro traficante de drogas ilícitas conduz pessoas que não são merecedoras da rígida sanção estatal, ao ambiente carcerário, local no qual o indivíduo sofre influências para se inserir no mundo do crime.

Segundo Norma Borgo Cypriano Machado (2010, p. 1104) a nova lei antidrogas (11.343/06) conduz a falsa impressão de que os portadores de drogas ilícitas para consumo não serão mais alvo da pena privativa de liberdade, mas ao analisar o texto da lei, nos arts. 28 e 33 da lei nº 11.343/06, verifica-se que dificilmente uma pessoa será enquadrada como consumidora de droga.

Em virtude da seletividade presente no Direito Penal brasileiro, em que seleciona como criminosos pessoas sem condições financeiras, de classe social mais baixa, mesmo que estejam fazendo uso da droga ilícita, serão na maioria das

vezes taxadas como traficante de drogas. A lei nº 11.343/06 imprime um rigor punitivo muito grande ao crime de tráfico ilícito de drogas, todavia, a realidade demonstra que o traficante de drogas na sociedade brasileira é segundo Norma Borgo Cypriano Machado (2010, p. 1104) “um jovem, pobre, preso com pequena quantidade de drogas”.

As ações ineficazes do Estado no combate ao tráfico de drogas ilícitas, em que concentra o combate às drogas nas favelas e comunidades carentes, acarretam o crescimento da criminalidade, pois, leva a sanção estatal àqueles que na verdade são meros usuários ou agentes do tráfico. O estado tem que direcionar suas medidas de combate aos líderes das grandes organizações criminosas e do narcotráfico, que são os verdadeiros traficantes de drogas, responsável por mover e financiar a máquina do tráfico.

O art. 28, § 2º, da lei nº 11.343/2006 não fornece critérios claros de distinção de quem seria o verdadeiro traficante de drogas ilícitas, situação que piora em razão da seletividade presente no direito penal brasileiro. Nesse sentido, preceitua Norma Borgo Cypriano Machado:

Na verdade, apenas 14, 8% dos condenados por tráfico de drogas nos estados do Rio de Janeiro e no Distrito Federal foram apreendidos com uma quantidade que variava entre 100 gramas e 1 Kilo de droga ilícita, o que significa que por muito menos de 100 gramas os moradores de favelas, pobres, são considerados traficantes de drogas. (MACHADO, 2010, p. 1106)

É imperioso trazer a baila, dados empíricos sobre a real situação do crescimento vertiginoso da população carcerária do Brasil após o endurecimento da repressão ao tráfico de drogas, política encabeçada pelas convenções internacionais. Conforme dados do INFO – PEN (Sistema de Informações Penitenciárias, em 2007 as pessoas em cárcere nos presídios e penitenciárias brasileiras chegava a 422.373 (quatrocentos e vinte dois e trezentos e setenta e três mil); e em 2012, estava nos inacreditável patamar de 548.003 (quinhentos e quarenta e oito mil e três) pessoas, sendo que em relação especificamente ao tráfico, de 65.494 (sessenta e cinco mil e quatrocentos e noventa e quatro) passou para 138.198 (cento e trinta e oito mil, cento e noventa e oito) presos. (Nicory, Daniel, 2013, pg. 59)

Verifica-se que com o advento da lei nº 11.343/2006, houve um aumento muito grande do número de pessoas presas sob acusação de tráfico de drogas, representando 57,87% do aumento da população carcerária. Ou seja, a lei atual Anti drogas, de viés extremamente repressivo ao delito de tráfico, demonstra a ineficácia da política internacional voltada ao combate. (Nicory, Daniel, 2013, pg. 60)

O quadro mais alarmante é o fato de que a grande maioria das pessoas encarceradas sob a acusação de Tráfico ilícito de substâncias psicotrópicas, são na sua grande maioria usuários de drogas ou pequenos traficantes. Isso, ocorre, em razão da vagueza e falta de critérios de diferenciação adotado pelo artigo 28, § 2º da lei nº 11.343/2006.

A realidade brasileira demonstra que o traficante, pessoa perigosa, que, em tese, alicia jovens ao crime organizado, comandante das grandes organizações do narcotráfico, que move milhões de dinheiro, na realidade é um jovem, pobre, negro na maioria das vezes, morador de favelas e que também não passam de meros agentes do crime organizado. A nova lei antidrogas, por não conter critérios para diferenciar o verdadeiro traficante de drogas ilícitas do mero usuário, acaba por contribuir para a seletividade do direito penal e aumentar a criminalidade na medida em que impõe a repressão bélica a pessoas que não merecedoras de tal sanção.

Para finalizar o capítulo, indaga-se, o verdadeiro traficante de drogas, que são os líderes de organizações criminosas, estão sendo enquadrados dentro do dispositivo legal (lei 11343/2006) de forma correta?

5 FALHA DO ENQUADRAMENTO LEGAL DO “VERDADEIRO” TRAFICANTE DE DROGAS PELA LEI 11.343/2006

A lei nacional de combate às drogas ilícitas traz como dispositivo para criminalizar o tráfico ilícito de drogas o artigo 33, considerando como traficante àquele 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 ilícitas”, culminando para essas condutas delitivas uma pena privativa de liberdade exorbitante de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Todavia, a partir da leitura do artigo 36 da Lei nº 11.343/2006, extrai-se que o verdadeiro traficante de drogas ilícitas, que como já dito, são os narcotraficantes que se organizam em grandes redes, deveriam ser enquadrados no referido dispositivo. Tanto é, que a referida lex, estabelece no preceito secundário do artigo, uma penal superior ao do art. 33, vejamos:

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

Pena – reclusão de 08 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias- multa” (Lima, Renato Brasileiro, 2014, p. 758)

Da leitura do dispositivo acima em destaque, se conclui que a figura do Traficante de Drogas, merecedor da repressão estatal pregado pelo discurso médico – jurídico, deveria ser enquadrado no referido dispositivo, devendo o artigo 33 ter sua pena diminuída e ser direcionado aos operadores da rede do narcotráfico ou aos traficantes varejistas, que são facilmente descartados ou substituídos pelos líderes das grandes organizações criminosas (verdadeiro traficante).

A realidade fática é que os traficantes de substâncias psicotrópicas são aqueles agentes que financiam e custeiam a rede do narcotráfico, é através deles que se move o mercado negro das drogas. Contudo, esses grandes narcotraficantes nunca são alcançados pela repressão estatal, figurando como alvo do estado, os pequenos traficantes, operadores da rede, que praticam os verbos núcleos do artigo 33 da lei antidrogas, assim como os usuários, em face da ausência de critérios para diferenciar esses operadores (pequenos traficantes/soldados do tráfico) dos usuários de drogas ilícitas.

Se o Ordenamento jurídico Brasileiro adotou a postura de repressão máxima ao tráfico, mediante a utilização do Direito Penal, majorando as penas privativa de liberdade e multa, a interpretação que se extrai do retro dispositivo em comento é que o referido artigo é direcionado ao verdadeiro traficante de drogas, e o artigo 33, deve ser aplicado aos operadores das grandes organizações.

6 NOVOS PROJETOS DE LEI

Tramitam pelo Congresso Nacional, diversos projetos de lei que tem a finalidade de tentar estabelecer uma política criminal eficaz de controle ou combate às drogas ilícitas. Combate ou controle porque os projetos apresentados possuem divergências quanto a ideologia empregada, alguns mantem e recrudescem o discurso de combate repressivo, outros tentam imprimir uma nova política de controle.

6.1 Projeto de Lei nº 7.663/2010

O projeto de lei 7.663 é encabeçado pelo Deputado Federal Osmar Terra e revisado pelo Deputado Givaldo Carimbão, pretende alterar a lei Anti – Drogas nacional. Dentre as inovações elencadas pelo referido projeto, encontra-se a previsão do aumento da duração das penas alternativas direcionadas ao delito de Porte para consumo pessoal de drogas ilícitas, assim como o recrudescimento do acompanhamento e controle da sua execução.

O projeto pretende elevar a repressão imposta ao Traficante de substâncias psicotrópicas, tanto ao do caput do art. 33 como das figuras equiparadas do § 1º, do art. 34 e 35, da lei 11.343/2006, o que configura um retrocesso, ante a ausência de critérios seguros fornecidos pela lei para se diferenciar o traficante do usuário de drogas ilícitas. (Nicory, Daniel, 2013, p. 93)

A pena referente ao crime de Tráfico de Drogas ilícitas se elevaria ao patamar de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, se equiparando a pena do crime de financiamento e custeio do tráfico, corrigindo uma incoerência da lei ao estabelecer uma pena menor ao traficante e maior a o financiador. Ademais, o projeto visa acrescentar mais duas novas causas de aumento de pena, nas hipóteses em que o crime de Tráfico é cometido mediante concurso de duas ou mais pessoas ou há mistura de mais de um tipo de droga.

O projeto de lei nº 7.663/2010 traz uma mudança significativa para o chamado tráfico privilegiado tipificado pelo § 4º do art. 33 da lei 11.343/2006, pretendendo diminuir os requisitos cumulativos para a aplicação da causa de

diminuição de pena. O atual texto, estabelece como requisitos para o agente se enquadrar na figura do tráfico privilegiado: a primariedade, possuir bons antecedentes, não seja contumaz na prática delitiva e nem faça parte de Organização Criminosa. O projeto pretende reduzir a o único requisito de ser o agente primário, todavia, congela o patamar de redução a 1/6 (um sexto).

O projeto de lei foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados, entretanto, sofreu importantes alterações, diminuindo o efeito ainda mais pernicioso que traria na política criminal das drogas. Foi mantido o aumento considerável da pena imposta ao tráfico ilícito de drogas, passando a pena a ser de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, contudo, tal pena seria aplicada apenas aos líderes de organizações criminosas.

As mudanças apresentadas pelo projeto do deputado Osmar Terra vão de contramão a nova ideologia de controle das drogas ilícitas, visando a redução de danos. Verifica-se que o projeto não supri a falha mais expressiva da lei 11.343/2006, que é a fixação de critérios para diferenciar o traficante do usuário de drogas.

Em nada mudou o panorama vivenciado pela ineficácia da política de drogas, apenas corrigiu um erro legislativo em não apenar mais severamente o “verdadeiro traficante de drogas” (líderes de organizações criminosas).

Segundo Daniel Nicory:

“É perceptível que a segunda versão do PL 7663/2010 se impõe como uma resposta dos setores mais conservadores do Congresso Nacional às recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que admitem a aplicação de penas alternativas aos condenados por tráfico e, mesmo em caso de prisão, a adoção de regime inicial de cumprimento de pena mais brando do que o fechado. Assim, a posição estabelece como pena mínima de diversos delitos o patamar de 08 (oito) anos de reclusão, com o objetivo de eliminar a possibilidade de o apenado iniciar o cumprimento da sentença em regime semiaberto ou aberto.” (Nicory, Daniel, 2013. p. 93)

6.2 Projeto de Lei nº 236/2012

O PLS 236 de 2012 em tramitação perante o Senado Federal, que visa a reforma do Código Penal, também propõe alterações significativas na lei 11.343/2006, sendo a mais importante a descriminalização do crime de porte de

drogas para consumo pessoal, bem como, tipificar a conduta ilícita de Tráfico no art.212 do novo Código Penal.

O novo projeto, antevendo uma possível explosão no consumo de drogas com a descriminalização, prevê uma nova figura típica que é o crime de uso ostensivo de drogas. Esse novo delito, tem o fim de controlar um possível crescimento do consumo de substâncias psicotrópicas em logradouros públicos e na presença de crianças e adolescentes. (Nicory, Daniel, 2013, p. 68)

Importante inovação legislativa seria o art. 212, § 4º do Novo CP, que discorre: “salvo prova em contrário, presume-se destinação da droga para consumo pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde”

O referido artigo, visa fixar o critério objetivo da quantidade para diferenciar o traficante do usuário de drogas, o que não altera o panorama da ineficácia da política criminal de drogas brasileira. É um critério perigoso, pois fixa um critério absoluto de identificação.

O PL 236/2012, prevê no seu artigo 56 um rol de crime considerados hediondos, estabelecendo para o Tráfico ilícito de Drogas, uma importante ressalva ao tráfico privilegiado, retirando tal delito dos crime considerados hediondos. Verifica-se que a lei visa sistematizar a posição legal e jurisprudencial, vez que o Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/2013 já sedimentou o entendimento de que o § 4º do art. 33 da lei 11.343/2006, não é considerado crime hediondo.

A novel proposta de alteração legislativa traz alguns avanços relevantes, todavia, não irá alterar os erros e a ineficácia da política criminal proibicionista e repressiva de combate às drogas desenvolvida até então. De nada adianta descriminalizar a conduta do porte para consumo pessoal, se a legislação não fornece critérios seguros e eficazes para diferenciar a figura do usuário e traficante.

7 CONCLUSÃO

Em síntese de tudo que foi exposto no presente trabalho de pesquisa, pode-se concluir que a Política de Drogas brasileira segue como premissa o proibicionismo, criminalizando o tráfico e o porte para consumo das drogas que

foram socialmente taxadas como ilícitas em razão dos danos causados a saúde pública.

A repressão estatal é a marca registrada da política nacional de drogas, o estado volta as suas ações para efetivar a repressão, punindo de forma rigorosa o traficante de drogas, aplicando sua sanção mais severa que é a pena privativa de liberdade. Essa política de combate desenvolvida pelo Brasil em lidar com a questão das drogas ilícitas se deve as influências internacionais, principalmente com a promoção, sob a iniciativa da ONU, das convenções internacionais, em que ficou findado como modelo a ser seguido o de combate às drogas ilícitas.

A partir do surgimento do modelo médico – jurídico em que levantou a necessidade de diferenciar o tratamento estatal em relação ao usuário do traficante de drogas ilícitas, o consumidor passou a ter uma penalização mais branda do que o traficante de drogas. Nessa senda, sobre o portador de droga para consumo recairia um tratamento mais brando e sobre o traficante de drogas ilícitas, estereotipo do criminoso, incidiria a dura repressão estatal.

A lei nº 6.368/76, antigo diploma regulamentador das drogas no Brasil no artigo 12 tipificava o delito de tráfico ilícito de drogas, culminando pena privativa de liberdade de 03 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de multa de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias – multa. O crime de porte para o consumo era previsto no art. 16 da referida lei, sendo aplicado ao usuário pena de prisão de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias – multa. A atual lei antidrogas nº 11.343/2006, em virtude da influência da política de redução de danos, retirou a pena privativa imposta anteriormente ao usuário de drogas ilícitas substituindo por penas alternativas. De outro giro, em relação ao delito de tráfico ilícito de drogas, houve um aumento do rigor estatal, sendo majorado a pena mínima imposta ao traficante de 03 (três) para 05 (cinco) anos de prisão.

Restou demonstrado que a semelhança de algumas condutas delitivas presente nos arts. 28 e 33, referente ao porte para consumo e tráfico ilícito de drogas e a ausência de uma definição clara do especial fim de agir no crime de tráfico acarretam para os aplicadores do direito uma tormentosa tarefa em diferenciar no caso concreto o correto enquadramento penal das figuras envolvidas com o tráfico e o consumo de drogas ilícitas.

A lei nº 11.343/2006 criou um mecanismo destinado a evitar uma confusão na identificação do usuário e traficante de drogas ilícitas, que já existia na antiga lei de drogas nº 6.368/76. O art. 28, § 2º, da referida lei traça critérios externos que em tese deveriam auxiliar o magistrado em identificar na situação fática, se o agente deve ser enquadrado no delito de tráfico ou de porte para consumo de drogas ilícitas. O § 2º do art. 28 da lei 11.343/2006 preceitua que deverá analisar o local e as condições em que se desenvolveu o ato delitivo, à natureza, à quantidade de drogas apreendida e às condições pessoais do agente.

A lei antidrogas ao fornecer esses tipos de critérios e as formas como o definem, na diferenciação do usuário e traficante de drogas ilícitas ensejam na seletividade do direito penal. A realidade brasileira é que o estereotipo do criminoso é aquele jovem, com poucas condições financeiras e que reside em favelas e a lei 11.343/06 ao fixar os critérios previstos no § 2º, do art. 28, confirma e potencializa essa seletividade.

O que se verificou, foi a ausência de critérios claros que forneça ao juiz no caso concreto meios de distinguir corretamente o usuário do verdadeiro traficante de drogas, o que acaba levando a uma errônea aplicação da lei penal, reprimindo de forma errada quem não merece tal penalização.

O estereotipo do criminoso criado na sociedade brasileira, contribui para o enquadramento, pelo magistrado, do pobre, apreendido na favela, mesmo com pouca quantidade de droga ilícita, como traficante de drogas. Esse indivíduo será penalizado com a pena privativa de liberdade que será cumprida no precário sistema prisional brasileiro, onde ira se misturar e ingressar em grandes organizações e associações criminosas.

Como já foi discorrido ao longo do trabalho de pesquisa, os presídios e penitenciárias brasileiras é um ambiente que, segundo Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 165) “considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade”. Diante do exposto, é notório que as penitenciárias brasileiras são na verdade uma “escola do crime”.

A falta de critérios objetivos em identificar o traficante e o usuários de drogas ilícitas, traz consequências negativas para a criminalidade, na medida em que

concentra a suas ações em pequenos traficantes e até sobre meros usuários de drogas, enquadrados como traficante, ao invés de voltar o dispêndio estatal às grandes organizações criminosas. A realidade brasileira revela que o traficante de drogas, alvo da dura repressão estatal, que alicia jovens para integrar-se nas organizações criminosas, na verdade não passa de um jovem, pobre, negro, morador de favelas e que não passam de meros “bonecos” das organizações narcotraficantes.

É notório que a o modelo de lidar com o tráfico e o consumo de drogas ilícitas fracassou, pois o que se verificou foi um cenário totalmente diverso do que pretendido pela ideologia da “guerra às drogas”. Não cabe uma política de repressão ao traficante de drogas em um estado em que a seletividade do Direito Penal se encontra presente, panorama que se agrava com a falta de critérios objetivos para se diferenciar o traficante do usuário.

O surgimento da campanha “Lei de Drogas: é preciso mudar”, aliado a explosão da população carcerária relacionada ao crime de Tráfico, com o aumento do consumo e da traficância evidenciam a falha do sistema de combate às drogas ilícitas. Algumas mudanças legislativas foram propostas no Congresso Nacional, contudo, as modificações legais não atingem o ponto crucial da falha legislativa, que é o direcionamento da repressão penal ao “verdadeiro traficante de drogas”, que são os grandes líderes das organizações, em detrimento do operadores do tráfico ou varejistas, que são facilmente substituídos.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Prado, Daniel Nicory. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador. Juspodium, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Comentada**. 2ª Edição. São Paulo: Método, 2008.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Nova Lei de Drogas Anotada e Comentada**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle Penal das Drogas**. Curitiba: Juruá, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Edição. Salvador: Jus Podium, 2009.

Lima, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª Edição. Salvador: Juspodium, 2014

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16ª Edição. São Paulo: Atlas S.A, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição da República Federativa do Brasil: de 5 de outubro de 1988**. 29ª Edição: Atlas S.A, 2008.

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

JÚNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **Comentários à Lei Antidrogas: Lei nº 11.343, de 23.8.2006**. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

FILHO, Fernando Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVORA, Nestor; ANTONI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Jus Podium, 2010.

MENDONÇA, Norma Borgo Cypriano de. **Usuário ou Traficante? A seletividade Penal na Nova Lei de Drogas**, 2010: Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>. Acesso em: 28 maio de 2013.

BOITEUX, Luciana. **Controle Penal Sobre às Drogas ilícitas: O impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade**. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo: faculdade de Direito, 2006. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/files/controlepenalsobredrogasilicitas.pdf>. Acesso em: 10 março de 2013.

BOITEUX, Luciana. **Série Pensando o Direito: Tráfico de Drogas e Constituição**. Disponível em: http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando_Direito.pdf. Acesso em: 20 abril. 2013

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Discriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 (trad. da 2ª edição espanhola).

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada: Lei nº 11.343, de 23 de outubro de 2006**. 2ª Edição. Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de outubro de 2006. Brasília, Df. Disponível em: [ww.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)

BRASIL. **Lei 10.409**, de 11 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm

BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm

Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas no Brasil. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/enfrentandocrack/publicacoes/material-informativo/serie-por-dentro-do-assunto/legislacao-e-politicas-publicas-sobre-drogas-no-brasil>. Acesso em: 19 março, 2013.

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 8ª Edição: São Paulo, 2009.

ARAÚJO, Tarso. **Dossiê: Maconha**. Revista Galileu, Rio de Janeiro, nº 258, Janeiro, 2013.

REUTER, Peter. **Avaliação da Política sobre Drogas dos Estados Unidos**. Universidade de Maryland. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: bdd.org.br/pt/files/2009/10/Peter_Reuter_CLADD1_Port.pdf. Acesso em: 03 março de 2013.

DOLLIN, Benjamin. **Política Nacional de Drogas: Estados Unidos da América**. 2001. Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.parl.gc.ca/content/sen/committee/371/ille/library/dolin2-e.htm&prev=/search%3Fq%3Dlaw%2Bon%2Bdrugs%2Busa%26client%3Dsafari%26rls%3Den%26biw%3D1066%26bih%3D631>. Acesso em: 25 maio de 2013.

Guerra às Drogas: **Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas**, 2011. Disponível em : http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/themes/gcdp_v1/pdf/Global_Commission_Report_Portuguese.pdf. Acesso em: 20, maio de 2013.

SICA, Leonardo. **Funções Manifestas e latentes da Política de War on Drugs**. Apud. JÚNIOR, Miguel Reale. 1ª Edição: Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TORON, Alberto Zaccharias. **Deve a Cannabis Sativa permanecer na Lista IV da Convenção Única de Entorpecentes, de 1961, da ONU?**. Apud. JÚNIOR, Miguel Reale. 1ª Edição. Rio de Janeiro: 2005.