



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIEL JOSÉ DO NASCIMENTO

**A DESPENALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E SUAS IMPLICAÇÕES
NEGATIVAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

BARBACENA
2015

GABRIEL JOSÉ DO NASCIMENTO

**A DESPENALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E SUAS IMPLICAÇÕES
NEGATIVAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Wanderley Oliveira

**BARBACENA
2015**

Gabriel José do Nascimento

**A DESPENALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E SUAS IMPLICAÇÕES
NEGATIVAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Wanderley José Miranda
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof^ª. Esp. Geisa Rosignoli Neiva
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof^ª Esp. Josilene Nascimento Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Wanderley José Miranda, pela paciência, compreensão e dedicação dispensada nesta monografia.

A professora Débora Gomes Messias do Amaral pelos ensinamentos e colaboração na elaboração deste estudo.

A professora Josilene Nascimento Oliveira pela coorientação, dedicação, compreensão e imenso auxílio.

A coordenadora do curso de Direito Geisa Rosignoli Neiva, pelo apoio incondicional em todos os momentos de minha fase acadêmica.

Aos professores, componentes da banca examinadora, pelos importantes apontamentos e observações apresentadas.

E a todos que contribuíram de alguma forma para a construção desta obra.

Dedico primeiramente a Deus por me dar saúde e a sabedoria necessária para poder concluir este estudo.

À minha noiva Brintia e meus grandes amigos e irmãos, pelo incentivo e companheirismo nas horas de cansaço e nos momentos de desmotivação.

À minha digníssima Mãe Maria do Carmo, que me educou e me ensinou todos os grandes valores da vida.

Aos parentes que já se foram minhas homenagens e saudades.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar a despenalização do porte de drogas para uso próprio e suas consequências para a sociedade. Inicia com o surgimento da palavra droga, suas origens nas civilizações grega e romana, bem como na Idade Média. Em seguida é abordada a ideia de proibicionismo, idealizado primeiramente pelos Estados Unidos, exemplificando as várias conferências pelo mundo as quais já lutavam pela proibição do uso de entorpecentes, citando desde o Código Penal de 1940, o Código Penal Militar, as legislações especiais que tratavam do assunto, até chegar à Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), não esquecendo das mudanças que esta trouxe para nossa sociedade. Este trabalho busca delinear as contradições do Poder Público, que dispensa um tratamento severo para aquele que for surpreendido dirigindo veículos automotores embriagado, despenalizou o uso de drogas ilícitas. São mencionadas as diversas legislações brasileiras que já se posicionaram acerca das drogas ilícitas. Trata-se de um tema que desperta a atenção o mundo, sendo que os países liberais já admitem erros na legalização. E por fim, é realizada uma análise do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral, o qual já teve o voto do Ministro relator Gilmar Mendes, posicionando-se para julgar inconstitucional o artigo 28 da Lei de Drogas, sendo que tal julgamento encontra-se suspenso, pois o Ministro Teori Zavascki pediu vistas do processo, porém com tendência a ser seguido o voto do relator, que se posiciona pela descriminalização do uso de drogas.

Palavras-Chaves: Uso de Drogas. Despenalização. Descriminalização.

ABSTRACT

This Project was made to debate the decriminalization of the drug use. It starts with explanations about the beginning of the use of the word “drugs” in ancient civilizations. Then it shows the idea of prohibition, first idealized by USA. It also goes through conventions made all over the world, until the drug law (law 11.343/2006) not forgetting the changes it has brought to our society. This project also seeks to outline the contradictions of the government, which asserts the penalties for anyone caught drunk and driving vehicles, but at the same time, try to decriminalize the use of illicit drugs. It clarifies the Brazilian legislation already positioned themselves regarding illicit drugs. It points out what's Criminal Law, its function, the concept of criminalization, decriminalization and legalization showing that it is an issue that threatens the world, and liberal countries now admit errors in legalization. Finally, it talks about the judgment of Extraordinary Appeal (RE) 635659, with general repercussion, which already had the vote of the Minister Gilmar Mendes, who voted to judge unconstitutional the Article 28 of the Drugs Law. However the trial is suspended because the Minister Teori Zavascki asked for time to analyse the process.

Keywords: Criminal Procedure. Precautionary measures. Detention precautionary. Preventive detention.

Lista de Ilustrações

Figura 01: Soldado colombiano em plantação de coca em meio a operação de pulverização da área.....	32
Figura 02: Pedras de crack.....	33
Figura 03: Folha de Maconha.....	34
Figura 04: Ecstasy.....	35
Figura 05: Heroína.....	36
Figura 06: Cartelas de LSD.....	37

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A ORIGEM DA PALAVRA DROGA	13
2.1 Análise social e histórica das civilizações Romana e Grega.....	14
2.2 A Idade Média.....	16
2.3 O surgimento do Proibicionismo (Os Estados Unidos).....	17
2.4 Os EUA e a Confêrencia de Xangai (1909).....	19
2.5 A ideia de Proibicionismo começa a ser legalizada nos EUA.....	19
2.6 Convenções Internacionais posteriores à criação da ONU.....	20
2.6.1 Convenção única de Nova York sobre entorpecentes (1961).....	20
2.6.2 Convenção sobre substâncias psicotrópicas de Viena (1971).....	22
3 DAS PREVISÕES LEGISLATIVAS BRASILEIRAS ACERCA	
DAS DROGAS.....	25
3.1 Do Código Penal de 40	25
3.2 Do Código Penal Militar.....	26
3.3 Das Legislações Especiais	27
3.3.1 Da Lei nº. 6368/76.....	27
3.3.2 Da Lei Nº. 10.409/02.....	27
3.3.3 Da Lei nº. 11.343/06.....	28
3.3.4 Breves considerações entre Lei Brasileira e demais Leis Mundiais	29
4 A EVOLUÇÃO DAS DROGAS.....	31
5 O DIREITO PENAL E SUA FUNÇÃO, DA CRIMINALIZAÇÃO,	
DA DESCRIMINALIZAÇÃO E DA DESPENALIZAÇÃO.....	40
5.1 O Direito Penal e sua função	40
5.2A Criminalização.....	43
5.3ADescriminalização e a Despenalização.....	45
6 A LEI N. 11.343/06 E AS MUDANÇAS POR ELA OCASIONADAS.....	47

7 AS CONTRADIÇÕES DO PODER PÚBLICO	50
8 DROGAS: A AMEAÇA QUE AMEDRONTA O MUNDO	52
8.1 O reconhecimento do erro cometido pela Holanda em ter legalizado a maconha.....	53
9 DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 635659.....	57
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possibilita uma reflexão acerca da Lei n. 11.343/06 (Lei de Tóxicos), que abrandou o apenamento relativo ao usuário de drogas e tornou mais severo as sanções no que diz respeito ao traficante.

Busca demonstrar os registros históricos das leis antidrogas, o surgimento de substâncias entorpecentes, salientando assim os motivos de estar despenalizada a conduta da posse de drogas ilícitas para consumo próprio e os malefícios destas medidas para a sociedade contemporânea.

Nos dias atuais, deparamo-nos com diversos problemas sociais os quais são ocasionados pelo uso de drogas, tais como problemas de ordem econômica bem como sentimental/social.

Diz-se sentimental, devido aos grandes transtornos que um usuário de drogas ilícitas traz para uma família, sendo a principal a morte real ou ficta do ente tão querido pelos familiares. Ela é real pelo fato de que um viciado em entorpecentes tem uma grande e verídica chance de morrer prematuramente, seja pelo fato de ser atingido por doenças oriundas do uso de drogas ou assassinado em conflitos entre gangues rivais, conflitos com policiais, ou mesmo por dívidas de drogas.

As razões de ela ser também ficta, giram nas consequências de uma codependência dos familiares, pois os mesmos acabam sofrendo ameaças por parte do usuário, o qual quer dinheiro a todo custo para satisfazer seu vício e também por parte de bandidos, com cobranças de valores os quais são de responsabilidade dos dependentes químicos. As famílias são ainda obrigadas a conviver com um ser humano que não tem mais apreço pelas preciosidades da vida, que não almeja conquistas e que não tem histórias para serem contadas.

Econômica na vertente de prejuízos financeiros para a sociedade, pois geralmente um dependente químico não participa da produção econômica do país, que está trabalhando e fazendo circular dinheiro e mercadorias. Ele acaba por se tornar uma pessoa neutra, que não acresce em nada para o desenvolvimento da nação. Em contrapartida, a sociedade fica mais fragilizada, pois tem que arcar com o financiamento por meio dos impostos, de clínicas médicas e psiquiátricas voltadas para o atendimento dessas pessoas, assumindo ela uma parcela de dever social muito alto que não contribui em nada para o desenvolvimento social.

Atualmente, é de fácil percepção que todas as classes sociais, sem exceção, possuem algum histórico de drogas. Todos nós podemos citar casos em que tivemos notícias por meio de amigos, ou mesmo familiares que se afundaram nesse mundo tão nefasto. O crack que

antes era utilizado somente por moradores de rua ou residentes de favelas, hoje já não mais tem fronteiras, ele alcança todas as classes sociais e diferentes profissões.

Muito se é discutido sobre a liberação da droga. Os debates são desenvolvidos no sentido de que se isto ocorrer, a violência diminuiria acintosamente. O principal movimento liberatório gira em torno da maconha, com alegações de que ela possui propriedades medicinais e não é prejudicial como demais entorpecentes. Países que aceitaram a liberação sofrem com sérias conseqüências na saúde pública, principalmente aumento de gastos. Em países desenvolvidos como a Holanda tal medida não foi produtiva, no Brasil não irá funcionar.

O que se busca aperfeiçoar com este estudo é que, apesar da posse de substâncias ilícitas não ter sido descriminalizada, permanecendo no capítulo da lei que trata “dos crimes e das penas”, não subsiste um apenamento que cumpra seu real dever de coibir o cometimento de ilícitos. Estando por si tal conduta despenalizada, devido ao fato de que as sanções previstas no artigo 43 do Código Penal Brasileiro, que nos exemplificam as medidas que podem ser sofridas, não abarcam todas as previstas na lei de drogas, que são relativamente mais brandas.

Depreende-se então, a possibilidade de se retroceder a penas mais severas, pois após o advento da Lei n. 11.343/06, muito se viu em relação ao aumento de crimes, pois como se sabe, grande parte deles tem envolvimento direto ou indireto com drogas ilícitas.

O estudo foi dividido da seguinte forma: o primeiro capítulo foi explanado acerca da origem da palavra droga, feitas considerações acerca das civilizações grega e romana, sobre o contexto histórico da idade média. Feito apontamentos sobre os Estados Unidos e o início do proibicionismo das drogas e algumas convenções que ocorreram pelo mundo no sentido de se proibir o uso indevido de entorpecentes.

Já no segundo capítulo foi discutido sobre as diversas legislações brasileiras comuns e especiais que tratam, ou em algum momento, trataram sobre o assunto. No quarto capítulo foi analisado sobre a evolução das drogas mais conhecidas e usadas no mundo.

No quinto foi analisado o Direito Penal e sua função, breves conceitos sobre criminalização, descriminalização e despenalização. Sexto capítulo trata mais diretamente da Lei 11.343/06 e as mudanças que ela trouxe para nosso cotidiano. No capítulo VII foi analisada a questão da droga no âmbito mundial e suas implicações para as diversas nações. No último capítulo foi abordado o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659, que está suspenso no Supremo Tribunal Federal, tendente a descriminalizar o porte de drogas para uso pessoal.

Enfim, o presente trabalho teve como objetivo demonstrar que a conduta da posse de drogas, embora despenalizada apenas, está sim descriminalizada, como ainda precoce entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do fato, o que certamente acarretará a necessidade do aumento de pena das condutas ilícitas dela decorrentes, de forma com que o Direito Penal exerça uma de suas principais funções que é a de evitar que o crime seja cometido reiteradamente.

"Não é a liberação das drogas que irá reduzir a dependência química". Papa Francisco

2 A ORIGEM DA PALAVRA DROGA

É difícil encontrar respostas em relação ao tema de drogas. Uma temática tão conturbada, não deixa que exista um consenso em relação a um assunto que divide opiniões como a descriminalização, a legalização e o uso de drogas ilícitas.

Pode-se entender então que toda a pessoa tem uma opinião formada em relação ao uso de drogas, não sendo levado em consideração o lado que elas estejam defendendo.

A palavra droga, além de ter o significado de coisa ruim, sem qualidade, teve origem na palavra “DROOG” (Holandês Antigo) que significa folha seca, pois antigamente todos os medicamentos eram feitos à base de vegetais.¹

As drogas começaram a ser utilizadas há cerca de cinco mil anos atrás, já nos remetendo a pensar que o homem tem uma longa história de relacionamento com substâncias psicotrópicas. Elas eram constantemente usadas em ritos indígenas e até mesmo em festas na Roma antiga (RODRIGUES, 2009).

Para o autor, por volta de cinco mil anos atrás, uma tribo de pigmeus saiu para caçar, no centro da grande África, sendo que, alguns destes ƒ notaram que javalis ƒ se comportavam de maneira estranha, após ingerirem algum tipo de planta em específico, tendo diversas reações, desde ficarem bem mansos, até mesmo ficarem rodando desorientados. Um dos pigmeus resolveu provar daquele arbusto, sentindo certo agrado ao provar da planta misteriosa, fato este que fez com que ele recomendasse a outros da vila, os quais se deslumbraram com o entorpecimento que tal planta gerou.

Então, o curandeiro da tribo avisou a todos seus companheiros que havia uma divindade dentro da planta sagrada. Assim, todos passaram a venerar a planta desconhecida. Desta forma, eles começaram a fazer rituais periódicos, louvando o Deus que teriam descoberto, rituais estes que foram espalhados a outras tribos e são feitos até os dias atuais. Tabernanthe iboga, conhecida por iboga, é usada para fins lisérgicos em cerimônias com adeptos no Gabão, Angola, Guiné e Camarões (RODRIGUES, 2009).

Segundo Escohotado (2004, p. 9) não existem indícios históricos das primeiras experiências humanas com plantas e seus princípios ativos, mas, ainda que de forma especulativa, algumas referências podem ser encontradas em antigas lendas de diversas civilizações, que associavam determinados frutos à idéia de paraíso.

¹http://www.cebrid.epm.br/folhetos/drogas_.htm Acesso em 18/11/15

Para o autor, há muitos milênios, o homem já se utiliza de drogas vegetais, tais como a iboga. O historiador grego Heródoto no ano de 450 a.C., fez relatos que a *Cannabis sativa*, planta que dá origem à maconha, era queimada em saunas para dar alucinações e êxtase em freqüentadores dos locais. “O banho de vapor dava um gozo tão intenso que arrancava gritos de alegria.”

No fim do século 19, esses produtos foram transformados em laboratórios, se constituindo em drogas sintetizadas, sendo objetos de estudo por cientistas e médicos, como Sigmund Freud.

Porém, fato curioso é que somente do século 20, em todo o globo terrestre, é que se iniciou o surgimento de não permissão de uso de substâncias entorpecentes. O primeiro relato foi nos Estados Unidos, no ano de 1948 e, logo após, no ano de 1961, dando um total de mais de 100 países adeptos à proibição do uso de tais substâncias, estando o Brasil dentre eles, após uma Convenção Mundial da ONU (SPENCE, 2000).

A Lei n. 11343/06, objeto desse estudo, é uma norma penal em branco, a qual não repassa o significado de Droga, significado este que é preciso buscar na Portaria do Ministério da Saúde n. 344/98, a qual “Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.”, estabelecendo quais são as substâncias ilícitas para o comércio e utilização, nos seguintes termos:

Art. 1º Para os efeitos deste Regulamento Técnico e para a sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições:

Droga - Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária.

Entorpecente - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico.

2.1 Análise social e histórica das civilizações Romana e Grega

Na Antiga Grécia foi apresentada a definição de droga, que foi genericamente aceita durante muito tempo. O que podia se afirmar realmente, era que a dose administrada, suas condições de uso, a pureza da substância e as razões para utilizá-la, determinavam o efeito de uma droga além das normas culturais que regiam o seu uso. Dessa forma, Galeno e Hipócrates, fundadores da medicina científica, definiram que droga seria toda a substância que, não sendo vencida pelo corpo humano, teria a capacidade de o vencer (Escohotado,2004)²

Mais de mil feiticeiros foram honrados e respeitados membros da sociedade, mas na realidade eram vendedores de drogas clássicas que raramente revelavam que seus poderes derivavam dos seus extensos conhecimentos sobre drogas, e os efeitos das mesmas eram vistos como mágica naquele tempo, em que magia e drogas eram um só. Era necessário saber como extrair as substâncias químicas desejadas a partir de plantas. A ingestão de quantidade errada ou a extração errada poderia matar. Por exemplo, mandrake em doses mínimas poderia gerar euforia e estimular a libido, em baixas doses, foi um anestésico, e em doses regulares era letal.²

Desta forma, a beladona, a mandrágora, o cânhamo dentre outras plantas e as respectivas substâncias produzidas a partir delas passaram a não mais serem tratadas como sobrenaturais, mas sim mecanismos para a cura bem como fins lúdicos.

O uso de certas drogas para os gregos e romanos estava inserido nos costumes locais, como misturar a droga com vinho, o que dava um alcance completamente diferente nas grandes mentes como Sócrates e Platão, que debateram e desenvolveram as suas teorias sobre as grandes questões filosóficas na qual a civilização da Grécia influenciou de sobremaneira a cultura ocidental. Estados alterados de consciência eram vistos divinamente. Foi quando Platão escreveu: Mas aquele que, sem loucura divina vem às portas das Musas, confiante de que ele será um bom poeta pela arte, reúne-se, sem sucesso, e a poesia do homem são desaparece no nada antes que os loucos inspiraram (The Chemical Muse, 2008 p. 177)

Nota-se que o consumo de drogas pelos romanos e gregos era bastante comum, tanto de forma recreativa quanto na modalidade de medicamentos. Porém, para estas civilizações tais fenômenos não trariam problemas sociais, jurídicos ou políticos.

Para Escotado “os entorpecentes nas antigas civilizações não representavam problemas sociais, pois estavam diretamente ligadas aos costumes dessas sociedades.”

Esclarece o citado autor:

Este formidável consumo não cria problemas de ordem pública ou privada. Embora se contem aos milhões, os consumidores regulares de ópio não existem nem como casos clínicos nem como marginais de sociedade. O costume de tomar esta droga não se distingue de qualquer outro costume – como madrugar ou tresnoitar, fazer muito ou pouco exercício, passar a maior parte do tempo dentro ou fora de casa -, e daí que não haja em latim expressão equivalente a ‘opiômano’, ainda que exista pelo menos uma dúzia de palavras para designar o dipsômano ou alcoólico (ESCOHOTADO, 2004, p. 45).

² Disponível em: < <http://suburra.com/blog/2009/11/16/classical-drug-use-greek-and-roman-drug-freedom/>> Acesso em 19/11/15

Ainda segundo Escotado (2004), o juízo de valor negativo das sociedades em análise recaiu sobre o álcool, que absorveu toda a nocividade social e individual que, atualmente, recai sobre drogas como maconha, inalantes, solventes, estimulantes, cocaína e crack.

As convicções acerca da neutralidade das drogas e dos benefícios da automedicação, características dos cultos pagãos, começam a entrar em colapso com o processo de cristianização do Império romano. O cristianismo surge à época do alto Império romano, proveniente da religião judaica. Durante os três primeiros séculos da era cristã, os adeptos dessa nova religião foram perseguidos por questionarem os valores e as instituições de Roma (CARNEIRO, 2005).

2.2 A Idade Média

Na Alta Idade Média as “bruxas” eram raras, porém na Baixa Idade Média foi quando se começou a suspeitar da existência de rituais pagãos coletivos com recurso às drogas, considerado heresia nesta extensa época. Em 1277, existiam já publicações nas quais se assegurava que um terço das mulheres francesas praticavam bruxaria, havendo conhecimento de um uso considerável de certas substâncias com origem nas plantas.³

Neste período citado, várias pessoas foram então perseguidas, sendo acusadas de praticarem ritos contrários aos ideais cristãos quais estabeleciam normas e comportamentos. O cristianismo contribuiu para diminuir o uso ritual de drogas alucinógenas, considerado “feitiçaria”. Os alquimistas neste cenário foram cruciais para preservar conhecimento sobre drogas antigas perseguidas na Idade Média em que a Igreja cristã alcançou o posto de maior instituição feudal do Ocidente europeu.

Escotado (2004, p. 48) descreve os meios empregados contra os “infiéis”:

Perante tais evidências, o uso de drogas diferentes do álcool castiga-se com tortura e pena capital, tanto se for religioso como se for simplesmente lúdico. Ao mesmo tempo, as drogas não são corpos precisos, mas uma coisa entre aspiração infame e certa pomada. (...); isto permitia ser queimado vivo por guardar uma pomada para luxações, sempre que a pessoa parecesse suspeita ou tivesse inimigos; igualmente possível era que, noutro domicílio, a presença de pomadas muito psicoativas fosse considerada inocente. Mas elaborar plantas e beberagens parecia às autoridades aproximar-se demasiado da abominação, e punha em perigo o seu relato dos fatos; a

³ <http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/449/1/230-237FCHS04-15.pdf> p. 234 Acesso em 19/11/15

saber, que o mundo – castigado por Deus – estava cheio de bruxas com poderes sobrenaturais, devido à sua aliança com Satanás.

Segundo Carneiro (2005), as transformações sociais, políticas e econômicas que tiveram início na baixa Idade Média, representadas principalmente pela reforma religiosa, absolutismo político e expansão comercial, deram azo ao movimento denominado Renascimento cultural, ocorrido entre os séculos XIV e XVI.

O autor nos repassa então que o Renascimento teve sua inspiração na Antiguidade clássica, voltada ao antropocentrismo, com princípios relativos à nova realidade comercial e urbana.

De acordo com Filho (2009), com essa volta de valores pagãos, as drogas retomam seu lugar de destaque como substâncias terapêuticas, passando a ser utilizadas principalmente por médicos e boticários europeus e como meio recreativo, constatando-se também um aumento significativo no consumo de bebidas.

Diante de tal situação, de forma a se eliminar as perseguições dos inquisidores, devido ao uso de produtos elencados como contrários aos princípios cristãos, surgiu a necessidade de se fazer a separação do que era considerado mágico do que era farmacologia.

2.3 O surgimento do Proibicionismo (Os Estados Unidos)

Em 1860, no século XIX, a cocaína foi sintetizada pela primeira vez, e em 1884 já havia um aumento da prescrição da mesma para tratamentos de depressão e ansiedade. Por fim se tornou costumeira entrando até em composição de bebidas. E assim durante um longo período permaneceu, com o incremento do ópio que foi muito útil na Guerra da Cesseção no Estados Unidos da América, pois a morfina que é um de seus alcalóides foi usada nos feridos que originou a “doença do exército” pelas dependências graves criadas. Diante da química ainda foram feitas conseqüentemente a codeína e a heroína.⁴

Tais drogas foram amplamente divulgadas por meios publicitários, sendo consideradas como a solução para problemas dos mais variados, dentre eles os relativos à saúde. Assim, começaram a ser indicadas como analgésicos ou mesmo estimulantes, capazes de eliminar desde uma simples tosse, até a mais forte dor, sendo comercializadas de forma livre em farmácias.

⁴ Disponível em: <<http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/449/1/230-237FCHS04-15.pdf>> p. 235 Acesso em 19/11/15

Mesmo não sendo então considerada um problema de ordem política ou mesmo jurídica, já é iniciado um debate e movimentação de forma contrária às drogas, sobretudo por parte dos norte-americanos, os quais extremamente pautados em princípios éticos e morais, atrelam a essas substâncias, que alteram plenamente o comportamento das pessoas, uma causa de início de degradação social,

O fato mais importante a ser citado, que levou a sociedade americana a debater o assunto, foi o alto consumo de entorpecentes pelas diversas classes sociais, porém sendo ele associado diretamente às classes mais simples, não só o consumo como também o aumento da violência.

Falando sobre o assunto, Escohotado (2004, p. 52) nos repassa acerca do início do pensamento do proibicionismo:

As diferentes drogas associam-se agora a grupos definidos por classe social, religião ou raça; as primeiras vozes de alarme sobre o ópio coincidem com a corrupção infantil atribuída aos chineses, o anátema da cocaína com ultrajes sexuais dos negros, a condenação da marijuana com a irrupção de mexicanos, e o propósito de abolir o álcool com imoralidades de judeus e irlandeses. Todos estes grupos representam o ‘infidel’ – por pagão, por papista ou por verdugo de Cristo -, e todos se caracterizam por uma ‘inferioridade’, tanto moral como econômica. Outras drogas psicoativas supertóxicas – como os barbitúricos – não chegam a vincular-se a marginais e imigrantes, e carecerão de estigma para o reformador moral.

Ainda segundo Escohotado (2004), com a intensificação dos brados proibicionistas, surge no seio da sociedade civil norte-americana um grande número de sociedades e ligas que lutam pela moralização dos costumes e pela abolição do consumo de álcool e demais drogas, entre elas o Partido Proibicionista (*Prohibition Party*), criado em 1869, a Sociedade Nova-Iorquina para supressão do vício, em 1868, e a Liga Anti-Saloon (*Anti Saloon League*), fundada em 1895.

Outros profissionais, como os médicos e os farmacêuticos, por meio de suas associações, de forma a tentar monopolizar a prescrição das drogas, fizeram com que tal ideia de proibição chegasse até a esfera política.

Porém, mesmo antes de se legislar ou aprovar alguma norma, os Estados Unidos dão início ao intenso combate, por meio de reuniões por vários países do mundo, iniciando sua caminhada na China, país este que passava dificuldades em relação ao ópio.

2.4 Os EUA e a Conferência de Xangai (1909)

No final do século XIX, observou-se um aumento considerável no consumo de ópio nos EUA que provocou o surgimento de "casas de ópio" na maioria das cidades européias. Foi no início do século XX que começaram a tentar proibir o uso do ópio. Charles Henry Brent, o bispo americano nas Filipinas, inicia uma campanha moralista contra o ópio, tendo uma grande aceitação. Também na China se fazem notar movimentos anti-ópio, que são vistos com desconfiança pela Inglaterra e Holanda, as principais beneficiárias dos lucros deste comércio.⁵

As relações comerciais entre tais países tornaram-se complicadas, daí o então presidente Franklin Roosevelt, iniciou a convocação de diversos países, totalizando 13 participantes, para que se ocorresse a Conferência de Xangai no ano de 1909.

Esta Conferência então é considerada o ponto inicial da preocupação internacional em relação ao consumo de drogas e, a partir deste momento, várias outras Conferências foram realizadas. Contudo, mesmo não se obtendo nenhum resultado sólido que era almejado a partir da primeira reunião, foram elaboradas normas iniciais de proibição de entorpecentes.

2.5 A Ideia de Proibicionismo começa a ser legalizada nos EUA

Em 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial, entrou em vigor nos EUA a primeira lei norte-americana visando o controle sobre a produção, fornecimento e posse de ópio, morfina e cocaína: a Lei Harrison (*Harrison Act*), com suas restrições para a comercialização do ópio, cocaína e derivados.⁶

Já 1920 ficou marcado pela conquista da ideologia do proibicionismo, a partir da promulgação da lei federal criada pelo país, intitulada Lei Seca (*Volstead Act*) que teve forte apoio popular, proibindo a venda e consumo de álcool em todo o país. A Constituição foi emendada onde ficaram proibidos a produção, importação e exportação, bem como o transporte de bebidas com bases alcoólicas em todo território americano.

⁵ Disponível em: < http://www.psicologia.pt/instrumentos/drogas/ver_ficha.php?cod=opio> Acesso em 19/11/15
⁶ Disponível em: < http://funag.gov.br/loja/download/1028-Questao_das_Drogas_nas_Relacoes_Internacionais_A.pdf> Acesso em 19/11/15 p. 94 e 95

Porém, no tempo em que a lei vigorou, cerca de doze anos, a corrupção passou a assolar o país, se expandindo de formas inimagináveis, acabando por proliferar a criação de centenas de organizações criminosas, com o cunho de angariar altas quantias em dinheiro com o comércio de bebidas, sendo então tal lei revogada. Não obstante, com a liberação do álcool, tais criminosos migraram para outras substâncias também proibidas, principalmente morfina e cocaína.

Em 1924, o Congresso tornou ilegal todo o uso e produção doméstica de heroína. Foi a vitória da cruzada moralista no país. Iniciou-se desse modo a Era da Proibição de Drogas, que se estende até os dias de hoje.

2.6 Convenções Internacionais posteriores à criação da ONU

No Pós-Guerra em 1946, saídos do conflito mundial, os EUA influenciaram ainda mais a partir de então na construção da nova estrutura internacional de controle de drogas. A recém-inaugurada Organização das Nações Unidas (ONU) sucedeu a Liga das Nações que além de atualizar acordos anteriores, restringiram a produção de ópio exclusivamente para uso médico.⁷

2.6.1 Convenção única de Nova York sobre entorpecentes (1961)

A ONU dedicou-se à tarefa de simplificar o arcabouço legal de controle do comércio de drogas que havia sido criado ao longo de meio século e que estimulava uma rede de obrigações entre os Estados complexa e plena de brechas e limitações. Desse modo, os seis tratados e três protocolos de emendas foram fundidos na Convenção Única de 1961, em vigor até os dias de hoje representando o mais completo documento internacional de pretensões proibicionistas que se tornou a nova base do regime internacional de controle.⁸

Tal Convenção serviu como padrão para fixação da competência da Organização das Nações Unidas no sentido de fiscalização dos entorpecentes em âmbito internacional.

De forma a esclarecer os objetivos que a norma criada na Convenção estabelecia, cabe ressaltar o que o preâmbulo do documento nos remete, haja vista que ele esclarece quais eram as reais intenções dos Estados que faziam parte, de forma a se ressaltar a necessidade

⁷ < http://funag.gov.br/loja/download/1028-Questao_das_Drogas_nas_Relacoes_Internacionais_A.pdf > p. 106
Acesso em 19/11/15

⁸ Ibid, p. 108

da cooperação internacional no combate ao uso de drogas:

Preâmbulo – 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 seu dever de prevenir e combater êsse 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 da Nações Unidas em matéria de controle de entorpecente e desejosas de que os órgãos internacionais a êle 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 a fins médicos e científicos estabelecendo uma cooperação a uma fiscalização internacional permanente para a consecução de tais finalidades e objetivos.⁹

Analisando-se o texto e a intenção da convenção, percebe-se a necessidade do controle acerca das drogas, a qual vem a se consolidar mundialmente a partir da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena (1971) que, ao entrar em vigor, restou por anular as legislações anteriores, de forma a se ter um único documento regulando as formas de fabricação, importação e exportação, fabricação, comércio, posse e uso de substâncias alucinógenas.

A Convenção buscou estabelecer medidas a serem tomadas pelos países envolvidos, citando inclusive coordenações de ações contra o tráfico ilícito com assistências mútuas na severa luta contra às drogas.¹⁰

Esse é o ponto inicial de controle dos problemas médicos, sanitários e jurídicos de pessoas com envolvimento com drogas, se baseando na distinção entre traficante e consumidor.

Assim afirma Carvalho (2006, p. 76):

⁹ <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 21/10/15

¹⁰ <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 21/10/15

Sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico do qual se extrai o estereótipo criminoso do corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico consolidado pela perspectiva sanitarista em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo da dependência.

Na Convenção de 1961, no artigo 38, temos uma exemplificação da diferença de tratamento entre os dependentes e traficantes:

Tratamento de Toxicômanos. 1. As partes darão especial atenção à concessão de facilidades para o tratamento médico, o cuidado e a reabilitação dos toxicômanos. 2. Se a toxicomania construir um problema grave para uma das Partes, e se seus recursos econômicos o permitirem, é conveniente que essa Parte conceda facilidades adequadas para o tratamento eficaz dos toxicômanos.

A Lei estabelece medidas que os países signatários poderiam tomar internamente, respeitando primeiramente suas legislações constitucionais processuais e penais, ressaltando em seu artigo 36, inciso III, que os condenados no estrangeiro pelos mesmos delitos, teriam seus crimes considerados para reincidência.

No Brasil, a Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 54.216 de Agosto de 1964.¹¹

2.6.2 Convenção sobre substâncias psicotrópicas De Viena (1971)

De forma a se definir e enquadrar novas substâncias psicoativas e aumentar os mecanismos de controle e fiscalização, as Nações Unidas solicitaram que uma nova Convenção fosse convocada, tendo sido realizada na data de 21 de fevereiro de 1971 em Viena, denominada Conferência sobre Substâncias Psicotrópicas.¹²

A primeira mudança no texto foram as mudanças nos conceitos utilizados para se denominar as Substâncias proibidas. “Entorpecente” passou a ser denominado “substância psicotrópica”, abrangendo assim mais produtos ilícitos, tanto de origem sintética como natural.

¹¹<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-norma-pe.html>> Acesso em 21/10/15

¹² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm> Acesso em 21/10/15

Os órgãos internacionais não foram alterados, mas foi melhorado o sistema de fiscalização e controle, da exportação e importação, da produção, fabricação uso, comércio e posse.

Assim, efetivou-se nos países participantes a ideia de controle às drogas ilícitas, com participação plena e fervorosa dos Estados Unidos. O discurso antidrogas começa a influenciar outros países, mudando as políticas de segurança pública de nações da América Latina.

Porém, mesmo com a implantação da política contras as drogas, surge a partir daí uma nova premissa a se preocupar: as organizações criminosas internacionais passaram a se associar com o tráfico ilícito. Foi exigido então que o combate às drogas se intensificasse, por meio de cooperações internacionais, pois a erradicação do tráfico começa a se pautar em responsabilidade coletiva de todas as Nações.

A discussão acerca do assunto já é iniciada no preâmbulo da Convenção:

As Partes nesta Convenção, Profundamente preocupadas com a magnitude e a crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, que representam uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade,
Profundamente preocupadas também com a sustentada e crescente expansão do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas nos diversos grupos sociais e, em particular, pela exploração de crianças em muitas partes do mundo, tanto na qualidade de consumidores como na condição de instrumentos utilizados na produção, na distribuição e no comércio ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, o que constitui um perigo de gravidade incalculável,
Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados,
Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a mais alta prioridade,
Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis,
Decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade,
Interessadas em eliminar as causas profundas do problema do uso indevido de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, compreendendo a demanda ilícita de tais drogas e substâncias e os enormes ganhos derivados do tráfico ilícito,
Considerando que são necessárias medidas para o controle de determinadas substâncias, tais como precursores, produtos químicos e solventes que são utilizados na fabricação de entorpecentes e substâncias psicotrópicas e que, pela facilidade com que são obtidas, têm provocado um aumento da fabricação clandestina dessas drogas e substâncias,
Decididas a melhorar a cooperação internacional para a supressão do tráfico ilícito pelo mar,

Reconhecendo que a erradicação do tráfico ilícito é responsabilidade coletiva de todos os Estados e que, para esse fim, é necessária uma ação coordenada no nível da cooperação internacional,

Reconhecendo a competência das Nações Unidas em matéria de fiscalização de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas e desejando que os organismos internacionais interessados nessa fiscalização atuem dentro do quadro das Nações Unidas,

Reafirmando os princípios que regem os tratados vigentes sobre a fiscalização de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas e o sistema de fiscalização estabelecido por esses tratados,

Reconhecendo a necessidade de fortalecer e complementar as medidas previstas na Convenção Única de 1961 sobre Entorpecentes, emendada pelo Protocolo de 1972 de Modificação da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, e na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, a fim de enfrentar a magnitude e a expansão do tráfico ilícito e suas graves conseqüências,

Reconhecendo também a importância de fortalecer e intensificar os meios jurídicos efetivos para a cooperação internacional em matéria penal para suprimir as atividades criminosas internacionais do tráfico ilícito,

Interessadas em concluir uma convenção internacional, que seja um instrumento completo, eficaz e operativo, especificamente dirigido contra o tráfico ilícito, levando em conta os diversos aspectos do problema como um todo, particularmente os que não estão previstos nos tratados vigentes, no âmbito dos entorpecentes e das substâncias psicotrópicas.

Desta forma, a Convenção de 1988 propõe aos membros que adotem sanções penais no combate à conduta de posse de entorpecentes para uso pessoal, podendo também ser atribuído medidas de educação acompanhamento e tratamento. O que se repassa pode ser encontrado no item 2 do artigo 3º da convenção e também em sua alínea “d”:

[...]

2 – Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

[...]

d) As Partes poderão, seja a título substitutivo de condenação ou de sanção penal por um delito estabelecido no parágrafo 2 deste Artigo, seja como complemento dessa condenação ou dessa sanção penal, propor medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinqüente.

3 DAS PREVISÕES LEGISLATIVAS BRASILEIRAS ACERCA DAS DROGAS

As Constituições Brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 não se abstiveram em tratar acerca do assunto das drogas. A Constituição de 1967 fez relatos acanhados sobre o assunto, ao repassar a atribuição da repressão à Polícia Federal. O Texto de 1967 relata em seu Capítulo II, a competência exclusiva da União, citando assim:

Art. 8º - Compete à União:
VII - organizar e manter a polícia federal com a finalidade de prover:
b) a repressão ao tráfico de entorpecentes;

No ano de 1969, foi percebido pelos legisladores da norma Constitucional de 1967, que faltava previsão legislativa sobre prevenção, de tal forma, o assunto foi incorporado à norma. O texto foi ampliando de forma a alcançar drogas afins. Seguindo tal mudança:

Art. 8º Compete à União:
VIII - organizar e manter a polícia federal com a finalidade de:
b) prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes e drogas afins;

Nossa Constituição que vigora desde 1988, criou os chamados direitos fundamentais, onde foi positivado pelo legislador aquilo que se acreditava ser de fundamental importância para a existência do ser humano, ficando eles descritos em seu artigo 5º. Assim sendo, está descrito no art. 5º, XLIII, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

3.1 Do Código Penal de 1940

No dia 1º de janeiro de 1942, entrava em vigor o nosso Código Penal de 1940. ele teve como base o projeto de Alcântara Machado, o qual foi submetido a análise e revisão por uma comissão formada pelos mais célebres doutrinadores da época, estando dentre eles Roberto Lira e Nelson Hungria. Podemos analisar em princípio o artigo 281, que era previsto com o título “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente”, o qual

estava tipificado no capítulo que nos remete aos "Crimes contra a saúde pública", onde citava como crime as seguintes condutas:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar 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.¹³

3.2 Do Código Penal Militar

A legislação castrense possui tratamentos diferentes da legislação comum no que se trata dos delitos de drogas. As definições de crimes militares encontram-se descritas no artigo 9º do Decreto-Lei nº. 1001/69. Já no que diz respeito às drogas, os delitos de tráfico e uso estão restritos a um único artigo (artigo 290), do Capítulo III, dos crimes contra a saúde pública, de acordo com a descrição citada abaixo:

Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar.

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.

1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:

I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

II - o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.¹⁴

Tal delito é classificado como impropriamente militar, pois além de ser previsto no Código Penal Militar, ele é previsto na legislação comum (Lei de Drogas), adquirindo essa condição, pois ocorre em lugar sujeito à administração militar.

O Juiz Militar, senhor Gilmar Luciano Santos, da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, nos ensina desta Forma (2013, p. 68): “Crime militar impróprio é o

¹³:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 21/10/15

¹⁴ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm,> Acesso em 18/10/15

delito que está tipificado tanto no CPM quanto no Código Penal Comum, mas torna-se militar por se enquadrar em alguma das hipóteses previstas no art. 9º do Código Penal Militar.”

O delito inclui-se entre os que ofendem a incolumidade pública, sob o particular aspecto de sua saúde pública. Portanto, trata-se de delito de perigo abstrato.

3.3 Das Legislações Especiais

3.3.1 Da Lei n. 6368/76

Com um tempo superior a 20 anos em que se foi tratado do assunto de tóxicos no Código Penal Brasileiro no artigo 281, nossos legisladores perceberam que o problema não seria solucionado somente com uma tipificação e uma tentativa de solução poderia ser encontrada com uma legislação especial.

Desta forma, no dia 21 de outubro de 1976, surge a Lei nº. 6368, prevendo somente crimes sobre drogas e estabelecendo o procedimento para referidos delitos.

Assim, o artigo 12 da citada Lei, definia as condutas que configuravam o tráfico ilícito de drogas e já no artigo 16 tipificava a conduta de posse de substâncias entorpecentes para o uso:

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

Pena - reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

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

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa

3.3.2 Da Lei n. 10.409/02

Em janeiro de 2002, entrou em vigor a Lei nº. 10.409, a qual tinha a função de revogar integralmente a Lei nº. 6.368/76. Porém, ela apresentava muitos problemas técnicos, inclusive relacionados a conteúdo, o que acarretaria grande insegurança

jurídica, sendo batizada juridicamente como o “Frankenstein Jurídico” ou cortina de fumaça brasileira.

Devido a esses problemas, o Poder Executivo vetou o Capítulo III da respectiva lei, que tratava especificamente dos Crimes e das Penas. Desta forma, a lei não definia os crimes, contendo apenas um procedimento penal que passou a ter aplicação para os crimes da lei anterior (Lei nº. 6368/76).

Em termos de legislação, havia duas leis em pleno vigor no Brasil, por um espaço de tempo, uma definindo os tipos penais e uma outra fixando o rito processual.

Tal situação foi solucionada com o advento da Lei n. 11.343 de agosto de 2006.

3.3.3 Da Lei n. 11.343/06

Com a promulgação da Lei n. 11.343/06, a incerteza jurídica que foi causada com as leis anteriores teve término, pois elas foram expressamente revogadas pela atual Lei de Drogas, definindo em seu texto os tipos penais, as políticas de prevenção, o atendimento, a reinserção e tratamento de dependências, os princípios e objetivos, o procedimento penal e as medidas de apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

Tais novidades legislativas fazem parte do que no Brasil convencionou-se se chamar de justiça terapêutica, ou medida de redução de danos em relação aos usuários de drogas.

Para o ilustre Professor Luiz Flávio Gomes houve a despenalização da posse de droga para consumo pessoal, mas a conduta descrita no artigo 28 da Lei nº. 11.343/06 continua sendo ilícita - uma infração, mas sem natureza penal, instituindo-se no Brasil o que se chama de infração *sui generis*.

Pela legislação atual, a conduta continua proibida, porém as discussões giram em torno das penalidades, que são brandas para o cidadão usuário, havendo a despenalização do crime.

3.3.4 Breves considerações entre Lei Brasileira e demais Leis Mundiais

Desde a Lei n. 6368/76 foram adotadas no Brasil políticas preventivas, repressivas e terapêuticas. Porém, o que se verifica é somente uma tentativa de repressão, pois o traficante que, por sua infração à lei, acaba por destruir famílias e sempre é acometido por benefícios de nossa legislação processual, dentre tais a progressão de regime e o livramento condicional.

Os excelsos Doutrinadores Gomes e Cunha (2010) nos informam que na atualidade, de forma geral e mundial, possuímos em suma quatro tendências político-criminais em relação às drogas.

Começaremos a esclarecer do mais brando ao mais radical. De acordo com os doutrinadores citados, um primeiro modelo é o liberal radical (liberalização total) dentre outros defensores, destaca-se a famosa Revista inglesa *The Economist* que, com base nos pensamentos de Stuart Mill, vem nos enfatizando a necessidade de liberar totalmente a droga, sobretudo frente ao usuário; salienta que a questão da droga provoca distintas consequências entre ricos e pobres, realçando que somente estes últimos vão para a prisão.

Existe no ordenamento europeu, o modelo de “redução dos danos”, onde deve ocorrer a descriminalização gradual dos entorpecentes em consonância com uma política de controle educacional, sendo que nesta vertente, a questão das drogas tem haver com uma política de controle educacional.

Temos de ressaltar a justiça terapêutica como terceiro tópico, que viabiliza suas ações no tratamento, de forma a cuidar dos dependentes químicos sendo tratados como verdadeiros doentes.

E por finalizar cabe-se citar a visão norte americana, tratando as drogas como problema policial e militar, e de forma a se solucionar os conflitos relativos ao tema, adota-se o encarceramento de qualquer um que esteja envolvidos com substâncias psicotrópicas proibidas. Tal modelo prega a tolerância zero e a abstinência.

Assim, podemos verificar que, com o advento da Lei n. 11/343/065, o modelo políticocriminal adotado pelo legislador foi em consonância com a política europeia de redução de danos, conforme será abordado a seguir.

Tal modelo não permite em hipótese alguma a prisão do usuário, optando pela redução de danos e políticas terapêuticas. Aquele que possui droga para uso pessoal, somente pode sofrer advertência, prestar serviços comunitários ou mesmo comparecer em programas de reabilitação de viciados, como o Narcóticos Anônimos, conforme versa o artigo 27 da atual legislação.

Podemos então dizer que a política acerca da repressão atualmente se demonstra ineficaz e locais adequados para tratamento de dependentes são praticamente inexistentes.

Muitas famílias esbarram nos problemas financeiros para conseguir uma internação em clínicas particulares, onde o custo dos tratamentos se demonstra altíssimo.

Brasil e Argentina muito se parecem no que diz respeito à política repressiva ao narcotraficante, porém a Argentina teve avanços muito mais significativos em sua legislação, na medida em que a Lei n. 23.737/89, mais precisamente para o autor que faz financiamentos para grandes organizações criminosas, a pena pode chegar a 20 anos de prisão. O Brasil praticamente fez uma reprodução da legislação de nosso país vizinho, criando igualmente o crime de financiamento do tráfico no artigo 36 da Lei 11.343/06, apenando identicamente o crime como o é na Argentina, porém com difícil aplicação.

Após tantas cópias da legislação da Argentina, o Brasil poderia ter feito o mesmo no que diz respeito à política de enfrentamento ao usuário de drogas, pois ela está muito mais avançada neste quesito.

Isto porque, se alguém é condenado lá pela posse ínfima de drogas, lhe é dado a opção de ir para a cadeia por um período de dois anos ou sem internar em clínicas de recuperação criadas pelo governo. Pode-se afirmar então, que se tal pena fosse aplicada no Brasil, teríamos muitos menos casos de delitos relacionados ao tráfico e uso de substâncias estupefacientes. O condenado que fizer a opção do tratamento, ao sair deste inteiramente recuperado, fica considerado como se nunca tivesse se envolvido com drogas, continua com status de primário e sem antecedentes, facilitando imensuravelmente sua reinserção no mercado de trabalho.

Já no Brasil, caso o usuário não cumpra as medidas prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, não possui a Justiça alguma forma eficaz de fazer com que o mesmo as obedeça.

4 A EVOLUÇÃO DAS DROGAS

Segundo Venâncio e Carneiro (2005), à proporção que foi se intensificando a ação do ser humano sobre a natureza, foram surgindo dentro das antigas sociedades, alguns grupos familiares que ficavam maiores a cada dia, tornando-se assim cada vez mais complicado os relacionamentos no âmbito de tais organizações, fixando-se dessa forma as bases para a criação de grandes civilizações.

Nessas sociedades, quando se fazia o uso de algumas substâncias, tais ritos se relacionavam a ritos de passagem e de iniciação à maturidade e a rituais que buscavam satisfazer os mais variados deuses.

Em relação ao uso ritualístico de certas substâncias psicotrópicas, cabe transcrever um pequeno texto da obra de Escohotado (2004, p. 87):

As culturas de caçadores-coletores – sem dúvida as mais antigas do planeta – têm em comum uma pluralidade aberta ou mesmo interminável de deuses. Atualmente sabemos que numa proporção muito elevada dessas sociedades os sujeitos aprendem e reafirmam a sua identidade cultural passando por experiências com alguma droga psicoativa. [...] Antes de o sobrenatural se concentrar em dogmas escritos, e de castas sacerdotais interpretarem a vontade de qualquer deus único e onipotente, o fulcro de inúmeros cultos era o que se percebia em estados de consciência alterada, e foi-o precisamente a título de conhecimento *revelado*. As primeiras hóstias ou formas sagradas eram substâncias psicoativas, como o peyotl, o vinho ou certos cogumelos.

O livro da Bíblia Gênesis relata um episódio de bebedeira de Noé em 10.000 a.C. Existem evidências de que, no início da agricultura, já se cultivavam plantas como tabaco, café e maconha em 7.000 a.C.

Segundo um relatório mundial sobre drogas, publicado pela Organização das Nações Unidas em 2014, há cerca de 243 milhões de usuários de drogas ilícitas no planeta, número este que corresponde a 5% da população mundial, contando apenas a faixa etária de 15 aos 64 anos. Podemos então tirar por base que este número é ainda maior e mais assustador, pois vemos diariamente nos jornais televisivos, rádios e jornais impressos, notícias que nos informam acerca de crianças e adolescentes abaixo dos 15 anos, os quais fazem o uso de drogas e cometem delitos de forma a sustentar seu vício.

O estudo indica, no entanto, que o consumo permanece estável, aumentando proporcionalmente com o crescimento da população. A divulgação do relatório foi feita em Viena (Áustria) no dia 26 de Junho de 2014, de forma a repassar o estudo juntamente com o Dia Internacional contra o Abuso de Drogas e Tráfico Ilícito.

Carneiro (2005) afirma que ao longo da história, as drogas tiveram usos múltiplos que alimentaram e espelharam a alma humana. Elas deram origem a religiões, percorreram o planeta com o comércio, provocaram guerras, mudaram a cultura, música e moda.

FIGURA 1 - Soldado colombiano em plantação de coca em meio a operação de pulverização da área



Fonte: FOLHA DE SÃO PAULO, 2015¹⁵

De acordo com Silva (1997), quando chegaram à América, os espanhóis perceberam que os índios da região tinham adoração pela folha da coca. Pragmáticos, passaram a distribuí-la aos escravos para estimular o trabalho. Acontece que os brancos também tomaram gosto pela coisa e as folhas foram parar na Europa.

No Velho Continente, a planta era utilizada na fabricação de vinhos. Um deles, o Mariani, criado em 1863, era o preferido do Papa Leão XIII, que deu até medalha de honra ao produtor da bebida. Foi nessa mesma época que o químico alemão Albert Niemann isolou o alcalóide cloridrato de cocaína. Como tantos outros cientistas, ele usou o corpo como cobaia: aplicou a droga na veia e sentiu a força do efeito (SILVA, 1997).

Ainda de acordo com o autor, o psicanalista Sigmund Freud investigou o uso da droga. Achava que ela serviria como remédio contra a depressão e embarcou na experiência: “O efeito consiste em uma duradoura euforia. A pessoa adquire um grande vigor”. Até que um dos pacientes, Ernst Fleischl, extrapolou e morreu de overdose. Freud, então, abandonou a

¹⁵ < <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/05/1624368-apesar-de-conversas-de-paz-cultivo-de-coca-crece-39-na-colombia-em-2014.shtml> > Acesso em 27/10/15

droga.

Era normal laboratórios fazerem propaganda sobre a cocaína. Dizia-se que era “excelente contra o pessimismo e o cansaço” e, para mulheres, dava “vitalidade e formosura”. Somente no começo do século XX é que políticos puritanos começaram a lutar pela proibição da droga, que praticamente sumiu do país. Só voltaria no fim da década de 1970, quando a cocaína refinada na Bolívia e Colômbia entrou nos EUA. E, mesmo proibida, não saiu mais (SILVA, 1997).

FIGURA 2 – Pedras de crack



Fonte: JORNALISMO DIGITAL, 2015¹⁶

De acordo com Filho (2009), feita pela mistura da pasta de cocaína com bicarbonato de sódio, leva em segundos a um estado de euforia intenso que não dura mais do que 10 minutos. Assim, quem usa quer sempre repetir a dose. O nome crack vem desse efeito rápido, que surge como estalos para o usuário.

O consumo de crack explodiu no meio dos anos 80, como alternativa barata à cocaína. Mas a droga aparecia também em festas de universitários e até de políticos. Um desses casos ficou famoso. Em janeiro de 1990, o prefeito de Washington, Marion Barry, foi preso numa operação do FBI quando estava num quarto de hotel com uma antiga namorada, cooptada pelos policiais. Assim que ele começou a usar crack, os agentes entraram no lugar e o prenderam. Barry renunciou e ficou detido por 6 meses numa prisão federal (FILHO, 2009).

Em São Paulo, o crack ainda hoje é a droga mais vendida em favelas e entre os sem-

¹⁶ < <http://www.jmais.com.br/policia-apreende-97-pedras-de-crack-em-tres-barras/> > Acesso em 27/10/15

teto. No Rio, demorou muito mais para circular. “A disseminação do crack é fruto de ação do vendedor de cocaína no varejo, que produz as pedras em casa. No Rio, a estrutura do tráfico não permitia essa esperteza”, afirma Myltaíno Severiano da Silva, autor de *Se Liga! O Livro das Drogas*. Quem vendia crack era assassinado. Mas, em crise por causa de apreensões de drogas pela polícia, os chefões do tráfico passaram a permitir a venda de crack no Rio no fim da década de 1990

FIGURA 3 – Folha de Maconha



Fonte: GROWROOM, 2014¹⁷

Segundo Pitombo (2009), a *Cannabis sativa*, originária da Ásia Central, é consumida há mais de 10 mil anos. Os primeiros sinais de uso medicinal do cânhamo, outro nome da planta, datam de 2300 a.C., na China, numa lista de fármacos chamada *Pen Ts'ao Ching* – um estudo encomendado pelo imperador Chen Nong (a maconha servia tanto para prisão de ventre como para problemas de menstruação). Na Índia, por volta de 2000 a.C., a *Cannabis* era considerada sagrada.

A planta apareceu no Brasil com escravos africanos, que a usavam em ritos religiosos. O sociólogo Gilberto Freyre anotou isso no clássico *Casa Grande & Senzala*, de 1933: “Já fumei macumba, como é conhecida na Bahia. Produz a impressão de quem volta cansado de um baile, mas com a música nos ouvidos”. No Brasil, até 1905, podia se

¹⁷ < <http://growroom.net/maconha/> > Acesso em 27/10/15

comprar uma marca de cigarros chamada Índios. Era maconha com tabaco. Na caixa, um aviso curioso: “Servem para combater asma, insônia e catarros”.

De acordo com Pitombo (2009), no século 19 a erva foi receitada até para a rainha inglesa Vitória. Ela fez um tratamento à base de maconha contra cólicas menstruais, indicado pelo médico do palácio. Hoje, há uma cultura em torno da droga que se mantém com revistas especializadas, sites e ongs defendendo seu uso. A maconha tem até torneio anual, na Holanda: a *Cannabis Cup*, que avalia a qualidade da droga de todos os continentes. O país, aliás, não permite o comércio livre da erva. A droga pode ser vendida apenas nos *coffee shops* e o limite por pessoa é de 5 gramas – suficiente para 5 cigarros.

FIGURA 4 – Ecstasy



Fonte: DRUG AWARE, 2015¹⁸

Segundo Pitombo (2009), em 1912, um químico que investigava moderadores de apetite para a empresa alemã Merck desenvolveu uma droga de nome impronunciável: metilenedioxianfetamina, ou MDMA. Experimentou, sentiu uma leve euforia, mas arquivou a descoberta. Na década de 1960, o cientista americano Alexander Shulgin procurava um

¹⁸ < <http://drugaware.com.au/Drug-Information/Ecstasy/Effects-And-Risks.aspx> > Acesso em 27/10/15

remédio que estimulasse a libido. Encontrou os papéis da pesquisa da Merk e incluiu o MMDA na lista de mais de 100 substâncias que ele testou em tratamentos psiquiátricos. A que fez mais sucesso foi justamente a MMDA, que ganhou a fama de “droga do amor”. Os pacientes diziam que ela os ajudava a ser mais carinhosos – hoje, sabe-se que a droga estimula a produção de serotonina no cérebro, responsável pela sensação de prazer.

Não surpreende, portanto, o nome que fez a substância famosa: “ecstasy”, de êxtase mesmo. Em 20 anos, as pastilhas da droga estavam circulando nas ruas. Eram combinadas com o som da música eletrônica em festas chamadas raves, que atravessavam o dia e só terminavam à tarde. Em 1988, o ecstasy foi a febre no verão inglês, que acabou batizado de Summer of Love, ou “verão do amor”, mesmo nome que os hippies deram ao ano de 1967, quando eles se entupiram de LSD. A comparação não era exagerada: as duas drogas estiveram por trás de boa parte da produção cultural jovem de suas épocas (PITOMBO, 2009).

FIGURA 5 – Heroína



Fonte: REVISTA EXAME, 2013¹⁹

Segundo Pitombo (2009), a substância foi descoberta em 1874, a partir de um aprimoramento na fórmula da morfina. Os trabalhos de pesquisa nessa área já haviam levado, por exemplo, à invenção da seringa, criada em 1853 por um cientista francês que procurava maneiras de melhorar a aplicação da morfina. Batizado de heroína, o novo remédio começou a ser vendido em 1898 para curar a tosse. A bula dizia: “A dose mínima faz desaparecer qualquer tipo de tosse, inclusive tuberculose”. O nome fazia referência às aparentes

¹⁹ <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/consumo-de-heroina-aumenta-nos-eua>> Acesso em 27/10/15

capacidades “heróicas” da droga, que impressionou os farmacêuticos do laboratório da Bayer.

Logo descobriram também que, injetada, a heroína é uma droga de efeito veloz, poderoso e que provoca dependência rapidamente. Viciados em crise de abstinência têm alucinações, cólicas, vômitos e desmaios. Assim, a heroína teve sua comercialização proibida em 1906, nos EUA. Em 1913, o fabricante alemão parou de produzi-la, mas ela manteve intensa circulação ilegal na Europa e, principalmente, na Ásia. A droga voltou a aparecer nos EUA somente no começo dos anos 70, quando soldados servindo na Guerra do Vietnã começaram a consumi-la com asiáticos. Estima-se que cerca de 10% dos veteranos voltaram para casa viciados (PITOMBO, 2009).

FIGURA 6 – Cartelas de LSD



Fonte: GLOBO.COM, 2014 ²⁰

Segundo Pitombo (2009), o químico alemão Albert Hofmann trabalhava no laboratório Sandoz, em 1938, investigando um medicamento para ativar a circulação. Testava a ergotamina, princípio ativo do fungo do centeio, que ele sintetizou e chamou dietilamida. Tomou uma dose pequena e sentiu um efeito sutil. Somente em 19 de abril de 1943 Hofmann resolveu testar uma dose maior. O químico, então com 37 anos, voltou para casa de bicicleta. Teve a primeira viagem de ácido de que se tem notícia: “Vi figuras fantásticas de plasticidade

²⁰ < <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/06/dois-homens-sao-presos-com-cerca-de-13-mil-pontos-de-bsd-em-itajai.html> > Acesso em 27/10/15

e coloração”, contou. Apresentou o LSD (iniciais em alemão de ácido lisérgico) a amigos médicos. Hofmann hoje tem 100 anos e é um dos integrantes do comitê que escolhe o Prêmio Nobel.

Afirma Pitombo (2009) que o americano Timothy Leary se encarregou de ser um dos embaixadores do LSD pelo mundo. Doutor em psicologia clínica de Harvard, ministrava a droga para seus pacientes e a recomendava a alunos do campus – até ser expulso pela universidade, em 1963. Na época a cidade de São Francisco começava a se tornar capital da cultura hippie. Uma das principais atrações eram shows de rock para uma platéia encharcada de ácido fabricado em laboratórios clandestinos. Os frequentadores pregavam o amor livre, a vida em comunidade e veneravam religiões orientais. O lema deles você conhece: “paz e amor”.

Em 1967, o movimento era capaz de reunir até 100 mil pessoas num parque. As farras lisérgicas muitas vezes acabavam em sexo coletivo. Não é à toa que o ano tenha entrado para história como Summer of Love, o “verão do amor”.

A respeito da tolerância, Venâncio e Carneiro (2005) afirmam que é quando o corpo promove uma resistência aos efeitos da droga e no decorrer do tempo, com o uso regular, o organismo necessita de doses cada vez maiores. Existem pessoas que chegam a usar doses até 50 vezes maiores que a dose inicial, para sentir o mesmo efeito da primeira dose, podendo causar assim a overdose (morte súbita por parada respiratória ou parada cardíaca). Pelo alto preço da droga, é só imaginar o que custa usar quando se obtêm a tolerância; por aí se tem uma idéia da dificuldade de quem faz do uso de drogas uma parte fundamental da sua existência.

No que diz respeito à overdose, os autores atentam para o fato de que os efeitos ocorrem, quando a pessoa introduz, no seu corpo, uma quantidade excessiva de drogas e o seu organismo não resiste e pára de funcionar, causando: falta de ar: a droga afeta o cérebro, com isso, a pessoa não consegue controlar a respiração, começando a sentir uma falta de ar que aumenta lentamente, ficando sem oxigênio; tontura: a falta de ar no sangue afeta o cérebro, a pessoa fica ainda mais desregulada; não controla mais algumas funções (como o equilíbrio), ficando tonta e caindo; = Dor: a pessoa sente uma forte dor no peito; o cérebro já não consegue controlar o coração; ele passa a bater fora de ritmo, falha e acaba parando; a dor aumenta, porque a pessoa faz muito esforço para respirar; convulsões: durante a crise, a pessoa enrola a língua, revira os olhos, fica debatendo-se no chão e sente dores em todo o corpo; quando a convulsão dura mais que 03 (três) minutos, ela sofre lesões irreparáveis no cérebro, podendo

chegar à morte.

Rodrigues (2009) atenta para os dois tipos de dependência: física e psíquica. Para o autor a dependência física ocorre quando o organismo do usuário torna-se tão acostumado com as drogas que só funciona normalmente sob efeito delas. As drogas que mais causam dependência física são as depressoras. Quando a pessoa está dependente fisicamente e quer sair do vício, ela pode sofrer a síndrome de abstinência.

Todas as drogas causam dependência psicológica; a droga passa a ser tão importante para a pessoa, que é difícil parar de usar ou mesmo de pensar nela. Uma pessoa para curtir a vida ou uma festa, não precisa usar drogas, quem usa, é uma pessoa pobre de espírito, pois ela acha que sem a droga nada é possível e nada tem graça.

Rodrigues (2009) define a síndrome de abstinência como sendo o efeito que causa quando a pessoa já está dependente fisicamente da droga, o organismo sente a falta da droga apenas algumas horas depois da última dose; e este efeito é comparado a uma forte ressaca; dependendo da droga, o efeito pode chegar até duas semanas de sofrimento, causando fortes dores de cabeça, violenta diarreia, vômitos, cólicas intensas. Como o viciado tem medo dessa síndrome, ele é tentado a fazer o possível e o impossível para conseguir a droga: rouba, mata, se prostitui. Esta síndrome é um dos principais motivos que levam os usuários a continuarem na droga, isso não quer dizer que se alguém tomar alguma bebida alcoólica vai ficar assim, tudo depende da constância e da quantidade de droga ingerida.

Para o autor as drogas podem ser: naturais, semi-sintéticas ou sintéticas.

Naturais: São as drogas encontradas diretamente na natureza. Ex.: ópio = papoula; maconha = cannabis.

Semi-sintéticas: São as drogas naturais que são modificadas através de processos químicos. Ex: Heroína, Cocaína.

Sintéticas: São as drogas totalmente feitas em laboratórios. Ex.: Anfetaminas – São estimulantes. Ex.: “Arrebites”, são os comprimidos que os caminhoneiros usam para fazer longas viagens. Barbitúricos – São depressores. Ex.: comprimidos para dormir, calmantes.

5 O DIREITO PENAL E SUA FUNÇÃO: DA CRIMINALIZAÇÃO, DA DESCRIMINALIZAÇÃO E DA DESPENALIZAÇÃO

5.1 O Direito Penal e sua função

Primeiramente temos de entender que o Direito Penal é um ramo do Direito Público o qual atende primordialmente ao interesse geral, vindo ele então a regular as condutas de um indivíduo qualquer em conformidade com a sociedade, não havendo, portanto, uma composição de vontades. O Estado faz o uso de seu *Jus Imperii* que nada mais é do que o direito de mandar, de exercer autoridade, de governar, é o poder jurisdicional de que goza o Estado.

O *Jus Imperii* pode ser dividido em objetivo e subjetivo. O objetivo traz definições dos crimes e determina as respectivas sanções, sendo representado pelo ordenamento jurídico penal. Em contrapartida o subjetivo tem sua base no direito de punir (*Jus Puniendi*), sendo o titular o Estado que fica com o monopólio da aplicação da lei penal, sofrendo limitações pelo próprio Direito Penal objetivo.

Dessa forma, tem-se a definição dada por José Frederico Marques *apud* Damásio E. de Jesus:

Direito Penal é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também outras relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado. (MARQUES, 1991, p. 56)

Nesta mesma vertente, o ensinamento de Eugenio Raúl Zaffaroni é bastante esclarecedor:

Com a expressão “direito penal” se designam – conjunta ou separadamente – duas entidades diferentes: 1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal. (ZAFFARONI, 2011, P. 83)

Considerando tal duplicidade, de forma que não é pretendido dar definições, somente noções acerca do dissertado, tem-se que o a legislação penal é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos e que determinem o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito” e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor.

Em segundo plano o saber do direito penal trata-se do sistema de compreensão ou interpretação da legislação penal como um todo.

Entende-se que o Direito Penal em uma análise mais crítica, faz utilização do Estado no sentido de formar um conjunto de normas baseadas nos bons costumes, na moral e também na cultura. Assim, tipifica algumas condutas consideradas ofensivas e impõe sanções para os que se portem em desacordo com estas.

Conforme Franz Von Liszt: “O direito penal é o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência .”(LISZT, 1899, P.1)

De tal forma, estando circundado o conceito de Direito Penal, podemos tratar acerca da criminalização, não deixando de observar as explicações pelas quais condutas nocivas necessitam ser tipificadas como delitos.

Primeiramente, antes de elucidar o estudo da função do Direito Penal, ressalta-se que não é o finalidade deste trabalho uma discussão aprofundada acerca da função, nem mesmo será ela conceituada de forma crítica e sim será feita uma abordagem mais célere sobre críticas da doutrina envolvendo a questão.

A função do Direito Penal se edifica na justificativa da criminalização, ou seja, tendo como vertente primordial a diminuição do cometimento de delitos, de forma a se gerar um bem-estar da sociedade. Porém, parte da doutrina afirma que tal função não passa de um simbolismo, em que os indivíduos de classes econômicas elevadas têm uma sensação errônea de proteção pelo Estado.

Neste sentido tem-se o entendimento de Alice Bianchini:

O que importa para a função simbólica, é manter um nível de tranqüilidade na opinião pública, fundado na impressão de que o legislador se encontra em sintonia com as preocupações que emanam da sociedade. Criam-se, assim, novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representem perspectivas de mudança do quadro que determinou a alteração (ou criação) legislativa. Produz-se a ilusão de que algo foi feito. (BIANCHINI, 2002 p. 24).

Pode ser percebido que a autora faz uma crítica no que diz respeito à criação de novos tipos penais por nossos legisladores, os quais ao invés de se limitarem apenas a incluir novos tipos penais ou aumentar a pena dos que já estão previstos em lei, deveriam sim procurar os motivos que ensejam os altos índices de criminalidade e combater os severamente.

De tais afirmações, depreende-se que tal conduta do Poder Público é idealizada no sentido de apenas gerar uma falsa sensação de segurança perante nossa sociedade, não reduzindo nenhum fator de criminalidade, dessa forma exercendo uma função estritamente simbólica.

Assim, pode-se cotar uma lição de Zaffaroni:

A lógica interna dos abolicionistas parece-nos incontestável: se o sistema penal é simbólico, apenas tendo por função assegurar a hegemonia de um setor social, com efeitos, no geral, negativos, melhor é a sua eliminação, suprimindo a própria hegemonia social ou substituindo a forma de sustentação por outro sistema menos negativo (mais racional). (ZAFFARONI, 1996 p. 77)

A corrente abolucionista, como o nome já indica, trabalha no sentido de extinguir o Direito Penal. Afirma-se que este não alcança a sua função, gerando somente índices cada vez mais acentuados de violência, seja pelo caráter ressocializador das penas ineficaz ou mesmo formando novos criminosos nas penitenciárias, ficando a pena com caráter infimamente retributivo, prejudicando a sociedade em toda a sua diversidade.

Porém, em confronto com as teorias abolucionistas, condutas ilegais devem configurar ilícitos penais, sendo que, de acordo com o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve ser a última fronteira no controle social, uma vez que seus métodos são os que atingem de maneira mais intensa a liberdade individual. O Estado, portanto, sempre que dispuser de meios menos lesivos para assegurar o convívio e a paz social, deve deles se utilizar, evitando o emprego da pena criminal. O Direito Penal deve ser a *ultima ratio* e jamais a *prima ratio*.

Diante disso, conclui-se que o Direito Penal deve de toda forma aumentar o seu raio de atuação, sempre de forma coerente e enquadrado em nossos preceitos constitucionais, não podendo de forma alguma se tornar estático às mudanças em nossa sociedade. Tal posicionamento é o mesmo do Doutor Raúl Cervini (2002):

É hora de o Direito Penal sair do plano das abstrações para atender as necessidades reais dos homens. Em atenção a essa questão, faz-se necessário entender o malefício de certas condutas que acompanham a mudança, mas, fundamentalmente, deve-se “dessacralizar” o Direito Penal e superar certos temores irracionais, motivo pelo qual alguns setores se fecham ante soluções alternativas à penal, caminhos que com maior efetividade e menor custo poderiam empregar-se para atacar muitos conflitos

Diante das considerações analisadas, seguimos o pensamento desta última corrente, em que o Direito Penal é de suma importância para o ideal convívio em sociedade,

demonstrando-nos a maneira correta de se agir. Deve-se ter em mente que a sociedade não tolera o uso indiscriminado de substâncias tóxicas e a partir do momento que uma conduta é considerada crime, tem que ser realmente punida para que não volte a ocorrer.

5.2 A Criminalização

Como é sabido, desde o início da humanidade o homem vivia em pequenos grupos, sendo de sua natureza uma busca incessante pelo convívio social. O homem em sua magnitude necessita de relacionamento com seus pares, de forma a atingir os objetivos tanto da sociedade que o circunda quanto seus objetivos pessoais.

Nesta direção, comunidades foram sendo formadas após um lapso temporal, desenvolvendo-se assim até chegarmos aos dias atuais. Porém, a situação trouxe consigo a necessidade de que as regras fossem codificadas de forma a regular-se a convivência entre os seres humanos.

Podem ser citados vários Códigos que regulam as condutas sociais como o próprio Código Penal, o Código Eleitoral, o Código Tributário dentre outros, que impõem sanções para seu descumprimento.

Quando uma sanção é atribuída a uma determinada conduta, pode-se ser afirmado que a criminalização teve sua formação completa. Pode-se concluir que a criminalização é o ato do Estado o qual tipifica certas condutas as tornando assim ilícitas, vez que o homem vive em sociedade e para o bem estar da coletividade, a criação de normas jurídicas acaba por se tornar imprescindível para a harmonia social.

Deve-se então analisar o Princípio da personalidade ou individualidade, o qual nos remete que a pena não pode passar da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, XLV, da Constituição Federal). Isso significa que as sanções aplicadas pelo Juiz-Estado recaem sobre o indivíduo que praticou o delito e, dessa forma, o Poder Público em busca do bem estar comum exerce o controle social, pois a sanção a que se são atribuídas penas tem caráter repressivo e, principalmente, preventivo acerca da contenção do cometimento de delitos.

Necessário se faz nesse sentido exprimir uma conceituação acerca de delito, sendo que

seria a conduta humana a que o legislador atribuiu uma pena. Especificando de melhor forma seria uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável, sendo a pena a consequência previamente estabelecida.

Porém, a definição de delito não atende a pretensão daquele que busca identificar o real motivo de certa conduta ser definida como crime e ter uma pena, pois a intenção do legislador é fazer com que a aplicação de uma sanção não repasse dúvidas acerca de sua legalidade, mas sim demonstrar ao indivíduo que se ele infringir o que está estabelecido, será punido de acordo com o que está preconizado em nossos códigos.

Em análise crítica, Zaffaroni discorre o seguinte:

Nestas condições, tem-se total impressão de que “o delito” é uma construção destinada a cumprir certa função sobre algumas e a cerca de outras, e não uma realidade social individualizável. Já que veremos se esta impressão é verdadeira, mas o certo é que, com esta constatação tão simples, ninguém mais pode contentar-se com meras respostas formais ao encarar a pretensão de saber “algo” a respeito do direito penal. (ZAFFARONI, 2011, p. 62)

O Direito Penal não deve preocupar-se em tipificar condutas que não ferem os bens jurídicos fundamentais, bem como aqueles de ordem exclusivamente moral ou nos casos de delitos sem vítima. É o que nos versa o princípio da ofensividade ou lesividade. É certo que o legislador somente deve penalizar as condutas que tenham relevância social e que incidam de forma mais grave e danosa os bens jurídicos da sociedade.

Neste sentido, tem-se o entendimento de Alice Bianchini:

A existência concreta de perigo é, minimamente, o que se deve exigir da conduta criminalizada. Além disto, somente bem jurídico de elevada dignidade penal pode ser objeto de punição a tal título, sob pena de a criminalização da conduta representar um ato atentatório à dignidade do agente que eventualmente venha a sofrera imposição de sanção por tê-la praticado. (BIANCHINI, 2002, p. 68)

Deve-se ressaltar que a partir do momento em que um crime é tipificado, lhe aferindo uma punição no caso do cometimento do ilícito, já demonstra claramente a intenção do legislador de nos demonstrar que aquela conduta não é condizente com o que a sociedade aceita, onde ele tem respaldo no princípio citado, pois no que concerne ao tema deste trabalho, a conduta do uso de drogas é proibida, pois traz problemas para a sociedade, no que diz respeito à saúde pública.

O uso de drogas ilícitas em uma primeira análise pode nos repassar que tal delito, fere somente o indivíduo que consome a substância, porém, se fizermos uma análise de casos freqüentes, facilmente perceberemos que a grande maioria dos crimes acontece após o autor se encorajar sob efeitos de entorpecentes.

Ao analisarmos o conceito do Princípio da alteridade ou transcendentalidade, ele nos repassa que o Direito Penal somente pode incriminar comportamentos que produzem lesões a bens alheios. De acordo com o princípio, fatos que não prejudiquem terceiros, apenas o próprio agente, são irrelevantes penais. Porém, neste ponto que entra o grande problema citado no parágrafo anterior. O infrator acaba por se incitar ao cometimento do delito quando está sob domínio de alucinógenos, muitas das vezes, em busca de quantias em dinheiro de forma a comprar mais drogas, trazendo assim grandes malefícios a toda a sociedade

De acordo com o analisado, a intenção de se tipificar determinadas condutas e aplicar sanções se consubstancia no conceito de criminalização, sendo que após estas citações, pode-se adentrar no tema que se refere à função do direito penal, entendendo assim a sua finalidade.

5.3 A Descriminalização e a Despenalização

Diante das alegações, faz-se importante ressaltar considerações acerca da descriminalização, haja vista que a sociedade, de acordo com novos paradigmas jurídicos e sociais, deve adaptar-se a tal situação, de forma a enquadrar os tipos penais às condutas ilícitas, tanto para criminalizar condutas que não eram antes previstas, da mesma forma que tornar lícitas as que já não mais vigoram como ilegais. Exemplo a ser citado é o adultério, que já foi previsto como crime, hoje não mais sendo tratado assim por nossa legislação.

Para início de análise, deve-se salientar que existem duas formas em que se dá o controle social, sendo o formal e o informal e o nosso sistema penal enquadra-se então na esfera do controle social formal.

Como já citado, a sociedade se demonstra em constante transformação, impondo assim ao Direito Penal fazer tipificações somente das condutas que necessitam serem configuradas como ilícitos penais, ou seja, aquelas condutas que quando praticadas ferem algum bem que juridicamente fundamental.

De acordo com o citado, destacamos assim o entendimento de Alice Bianchini:

A legitimidade da tutela penal somente se completa quando se conclui pela sua eficácia, pois caso se verifique que ela não se realiza, deixa de existir justificativa para a intervenção penal, visto que é a própria capacidade de diminuir a violência informal (protegendo bens jurídicos fundamentais para o bem viver em comunidade) que a justifica. (BIANCHINI, 2002).

Para maior elucidação acerca do assunto, cabe fazer-se a diferenciação de despenalização e descriminalização.

A descriminalização pode ser analisada sob três prismas: a formal, a substitutiva e de fato. A formal ocorre quando as normas existentes já não mais se correlacionam com a realidade, de forma que a sociedade evoluiu no sentido de que a conduta que era considerada ilegal, teve seu contexto modificado passando a ser aceitável pela sociedade. A descriminalização substitutiva, a própria nomenclatura nos remete que as penas serão então substituídas por sanções diversas de outra natureza, de forma com que os delitos de mera relevância penal, sejam transfigurados em infrações fiscais ou administrativas, sendo puníveis nestes casos com multas. Tendo por término, encontra-se o entendimento sobre a descriminalização de fato, que se identifica por demais com a despenalização do que com a descriminalização propriamente dita, assim sendo o sistema penal continua a vigorar, entretanto não se é aplicada de forma efetiva uma pena.

Novamente citando Zaffaroni, este nos elucida: “A descriminalização é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal.” (ZAFFARONI, 2002 p. 36)

Referido entendimento é o que é proposto pelo Comitê Europeu para a descriminalização em relação a alguns delitos que se tornaram ínfimos: furtos falimentares, furtos em grandes lojas, pequenos furtos em fábricas pelos empregados, etc.

A descriminalização pode ser “de fato”, quando não mais atua o Direito Penal e também formalmente já não possui mais competência para tal, sendo mais puro exemplo seria o adultério. Havendo por sim a descriminalização, o Estado passa a figurar de modo não punitivo, aplicando sanções diversas das penas.

De forma diversa, uma diminuição ou supressão de penas podem ser entendidas como a despenalização, pois o crime continua previsto, ocorrendo sua redução. Nesse sentido, são as lições de Zaffaroni:

[...] é o ato de “degradar” a pena de um delito sem descriminalizá-la, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações, etc.). (ZAFFARONI, 2004, p. 340)

6 A LEI N. 11.343/06 E AS MUDANÇAS POR ELA OCASIONADAS

A descriminalização do uso de drogas é tema altamente debatido nos dias atuais. Muito se discute em relação à legalização do uso de drogas e à proibição do uso da mesma.

O principal efeito da Lei n. 11.343/2006 foi diferenciar o traficante do mero usuário. Com distanciamento entre ambos, atenua as condutas dos usuários e dependentes e agrava a situação penal dos traficantes e dos agentes responsáveis pela disseminação de drogas.

Passa ela a ser muito mais branda para o usuário, trazendo medidas educativas, tanto de tratamento, quanto de reinserção ao convívio social. Com isso, não mais possibilita a prisão do usuário ou dependente. Passa, assim, a ser tratado como um doente, como realmente o é, e não mais como um criminoso. Assim que, abolidas as penas privativas de liberdade, busca-se, de logo, medidas educativas para os comportamentos de dependências ou toxicomanias. Porém, será que podemos realmente chamar essas medidas educativas de punição, se a função da pena é reprimir que o crime seja novamente cometido, além de prevenir?

O defensor público de São Paulo Vitore André Zilio Maximiano assumiu a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad), vinculada ao Ministério da Justiça e ressaltou a seguinte frase: “vou dar continuidade à discussão sobre a descriminalização. Mas, o Brasil não tem condições por agora de alterar a lei e descriminalizar o usuário, como ocorreu em Portugal, onde a venda continua a se configurar tráfico e crime. Sou antipático à repressão. No campo das drogas, acho que o usuário não deve ser tratado com repressão”.²¹

Hoje a corrente majoritária é favorável à liberação do uso das drogas, porém tal situação pode acarretar consequências drásticas para a população brasileira, pois o Brasil não tem condições de se portar dessa maneira e suportar o que pode vir com tal postura.

De acordo com Theodoro (2012), a legislação vigente não permite que o Estado obrigue o internamento do usuário de drogas, uma vez que esta atitude poderia ser considerada como ferir o princípio da individualidade da pessoa e sua dignidade, porém, observa-se que com o crescente número de usuários de drogas torna-se difícil uma conduta que proteja ele próprio e a sociedade deste mal que a cada dia se multiplica.

Theodoro (2012, p. 54) afirma que:

²¹ <<http://oglobo.globo.com/brasil/brasil-nao-esta-maduro-para-descriminalizacao-diz-novo-secretario-nacional-de-drogas-8219172>>

Tal postura representa uma das falibilidades na Lei Antidrogas que dificultam a atuação do Estado em relação ao usuário. Pelo motivo de não se permitir a coerção deste a um tratamento ou intervenção médica, isso faz com que as autoridades fiquem limitadas em seu poder repressivo e preventivo, pois não podem ir além daquilo que a norma lhes autoriza.

Desta forma, qualquer tipo de ajuda ao usuário de drogas deve ser feito de acordo com seu consentimento, o que dificulta ao Estado e a própria sociedade sanar os malefícios causados pela droga na sociedade.

Outro fator que colabora para este quadro são as jurisprudências criadas pelos Tribunais, as quais aplicam o princípio da insignificância em caso de porte de drogas, o que é visto por Theodoro (2012) como uma permissividade que tira do Estado a oportunidade de intervir em tais casos, muitas vezes perdendo a oportunidade de também evitar pequenos crimes como furtos e roubos.

Assim, observa-se acórdão da 2ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais do DF (2012):

1. Submete-se às penas do artigo 28 da lei nº 11.343/06 quem, por vontade livre e consciente, guarda ou traz consigo, para uso pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 2. Não há falar em atipicidade do delito, por haver pouca quantidade da substância entorpecente, já que o crime descrito no artigo 28 da lei nº 11.343/06 é de perigo abstrato para a saúde pública - por ser capaz de gerar dependência físico-química -, de maneira que o legislador entendeu por bem manter a tipicidade da conduta, ainda que sem aplicação de penas restritivas de liberdade. 3. "Numa sociedade que criminaliza psicoativos e associa experiências de alucinógenos à marginalidade, o consumo de drogas provoca uma séria questão ética: quem consome é tão responsável por crimes quanto quem vende. Ao cheirar uma carreira de cocaína, o nariz do cafungador está cheirando automaticamente uma carreira de mortes, consciente da trajetória do pó. Para chegar ao nariz, a droga passou antes pelas mãos de criminosos. Foi regada a sangue". (...) é proposital [no filme "O Dono da Noite", de Paul Schrader] a repetição ritualística de cenas que mostram a rotina do entregador, encerrado numa limusine preta e fúnebre. Nesse contexto, a droga não cumpre mais a função social das antigas culturas. Ela é apenas um veículo de alienação e autodestruição". (FILHO, 2001, p. 259).

O que se entende é que é necessário é que se repense a posição do Estado em relação a este problema, garantindo um direito fundamental do indivíduo, que é a saúde, bem como à proteção da sociedade, a qual vive sobressaltada com o risco que corre, devido às condutas dos usuários de drogas que enveredam por um caminho onde, para eles, tudo é permitido para sustentar seu vício.

Observando a legislação, nota-se que a punição para o usuário de drogas tomou uma postura mais branda. Assim prescreve o art. 28 da Lei 11.343/06:

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

[...]

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

Observa-se com isso que os usuários de drogas atualmente não têm mais qualquer receio em utilizar ou portar drogas, uma vez que a lei perdeu sua força retributiva e preventiva, não possuindo assim a eficácia que se espera de uma norma penal.

7 AS CONTRADIÇÕES DO PODER PÚBLICO

Pelo que já se foi analisado, podemos perceber que grande se é a discussão acerca da liberação do uso recreativo de drogas. De fácil percepção é que as políticas públicas para o enfrentamento das drogas são quase ineficazes, sendo que, em outra vertente o Poder Público caminha para a legalização das mesmas, o que grande parte de nossa sociedade condena. As campanhas de que nossos governantes se utilizam somente nos dão a sensação de que não foram criadas para alcançarem o objetivo almejado.

A discussão acerca da descriminalização é algo muito mais complexo do que imaginamos. Mesmo com os mais ferrenhos adeptos da ideia de se descriminalizar, alegando que a droga possui finalidades terapêuticas, temos de ter em mente que toda forma de consumo traz prejuízos, seja para a saúde, para a segurança pública, para a família ou mesmo a sociedade com um todo.

Nossa sociedade neste momento encontra-se dividida, alguns defendem o uso e o comércio, outros os condenam. O fato é que o assunto é delicado, demandando extremo conhecimento, imparcialidade, responsabilidade e competência no que diz respeito a se estabelecer qualquer tipo de norma aplicável a toda a sociedade.

A verdade é que cada um possui sua opinião sobre o tema, porém, todos já tiveram notícias, ou mesmo puderam presenciar convívio de viciados com seus familiares, o quão triste este se torna. Pais em uma luta interminável no anseio de que seus filhos se salvem deste grande mal. Quem conhece uma família assim, ou mesmo já vivenciou situação parecida tem um pouco de noção do que as drogas causam no seio de uma família, quem dirá seus reflexos na sociedade.

Com campanhas e leis completamente contraditórias é alertado quanto aos perigos do consumo de cigarros, porém a venda e o consumo são livres, resguardados apenas o uso a alguns lugares específicos. Várias são as demonstrações do quanto a bebida alcoólica nos traz malefícios, do quão destrutiva pode ser para uma família e para a sociedade, como exemplos podemos citar, acidentes terríveis de trânsito, desarmonias familiares, violência desenfreada, mas como o tabaco, tem sua venda e consumo legalizados. Porém, mesmo nos alertando de todos esses males, já está no sentido de se descriminalizar o porte de drogas para uso pessoal.

No mínimo estranho se torna para alguns de nós, que conhecemos bem de perto os danos que usuários desenfreados trazem para suas famílias, vemos um ministro do Supremo Tribunal Federal nos repassar que o Brasil deve “legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real”. Creio que o ilustre ministro, em sua grande sabedoria e experiência,

não fala acerca da realidade de nossa sociedade. A droga está em todos os cantos de nossa nação, becos, ruas, vielas. É comercializada a céu aberto, muitas vezes o próprio Poder Público não consegue fazer frente a ela, exemplo notório são nossas cracolândias espalhadas pelas grandes cidades.

A grande pergunta que me faço neste momento é: Existe mesmo um interesse de nossos governantes em proibir o uso daquilo que temos certeza que mata e faz mal para toda uma sociedade?

Tivemos recentemente o agravamento da pena de se conduzir veículo em via pública após ter ingerido bebida alcoólica. A pena de multa foi majorada e as sanções estão muito mais pesadas. Por força da Lei n. 11.705/08, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro passou a ter a seguinte redação:

Art. 306

Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º. As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º. A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º. O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

(Redação dada pela Lei nº. 12.971, de 2014)²²

Constata-se que o Estado tem feito opções contraditórias. Como que em um sentido ele deixa penas mais pesadas para substâncias permitidas, sendo que em outro sentido ele cogita a liberação do uso de substâncias entorpecentes ainda ilícitas com efeitos análogos?

²² <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm> Acesso em 21/10/15

8 DROGAS: A AMEAÇA QUE AMEDRONTA O MUNDO

A droga não tem limites nem fronteiras. Com sua característica transnacional, demonstra que nenhum país consegue por suas próprias forças fazer o combate repressivo, necessitando de um combate integrado entre entes, de forma a se ter políticas eficazes para a promoção da paz social.

É necessário então que se intercepte as rotas do tráfico, de forma a buscar o desenvolvimento social cooperativo entre governos, a fim de quebrar todo o ciclo do crime organizado.

Já existem organizações de cooperação mútua entre países, que visam exterminar o tráfico de entorpecentes, de forma que tais nações aderem a Convenções e Tratados Internacionais. O Conselho de Segurança da ONU abordou a questão como uma ameaça à segurança internacional, onde o Secretário Geral, Ban Ki-moon advertiu que:

"O tráfico de drogas está se tornando uma ameaça cada vez mais grave, que afeta todas as regiões do mundo, ainda mais em regiões nas quais as Nações Unidas estão envolvidas em missões de reconstrução pós-conflito (como o Afeganistão, Guiné-Bissau, Haiti, Libéria e Serra Leoa).

O tráfico de drogas não respeita fronteiras, disse o Secretário-Geral. A natureza transnacional da ameaça significa que nenhum país pode enfrentá-la sozinho. Contudo, até o momento, a cooperação entre governos está muito aquém da cooperação entre redes do crime organizado."²³

Os Estados são convocados a criar um fortalecimento da cooperação internacional, compartilhando a responsabilidade na luta mundial contra as drogas. O crime organizado cresce mundialmente em um ritmo intenso, com numerosos fatores que influenciam, podendo ser citado como principal, a fragilidade de fiscalização nas fronteiras, pois fraco é a adoção de políticas de controle e utilização dos recursos existentes, bem como são baixos os investimentos em tal setor.

Com o controle das fronteiras enfraquecido, o comércio ilícito internacional aumentou significativamente, havendo uma dilatação do tráfico de drogas e armas dentre outros objetos de crime.

²³ <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2009/12/18-conselho-de-seguranca-da-onu-debate-o-impacto-devastador-do-trafico-de-drogas.html>> Acesso em 25/10/2015

8.1 O reconhecimento do erro cometido pela Holanda em ter legalizado a maconha

Recentemente foi veículo no site Jusbrasil, uma reportagem noticiada pela revista VEJA no ano de 2008, nos remetendo a um debate muito interessante.

A Holanda, após intensos estudos, constatou que foi um grande erro ter legalizado a prostituição e o uso de maconha, iniciando desde já alterações no sentido de resolver tal situação. Enquanto isso aqui em nosso país, podemos perceber por diversas vezes passeatas no sentido de se requerer a legalização da droga.

É de conhecimento de todos que a Holanda é um dos países mais liberais de todo o velho continente. Alguns comportamentos inimagináveis em alguns países, não se configuram em nenhum tipo de tabu para aquele país, podemos citar dentre alguns a prostituição, a eutanásia, o aborto, o casamento gay e o uso de maconha.

Em sua capital, são vendidos em coffee shops, que são um tipo de bares especiais, pequenas porções de maconha, bem como prostitutas ficam expostas como mercadorias em vitrines, sendo uma tradição em Amsterdã. Neste município, existe um bairro conhecido por “o bairro da luz vermelha”, chamado assim pelos guias turísticos (de nome De Wallen) o qual era um bairro tranquilo antes da liberação dessas culturas.

A prostituição foi legalizada na Holanda no ano de 2002. E com essa extrema mudança o país se modificou severamente. Havia comércios de luxo bem como elegantes restaurantes, os quais foram substituídos por hotéis e bares baratos, que eram as diversões procuradas pelos novos frequentadores. A região do bairro de De Wallen se afundou em criminalidade e num grande processo de degradação, tendo, portanto, o governo local decidindo dar um basta na situação que se instalou.

No início de 2008, alguns dos bordéis mais famosos da cidade tiveram suas licenças revogadas, bem como os coffee shops foram proibidos de vender cogumelos alucinógenos e bebidas alcoólicas, estando eles também com um processo legislativo, de forma a se proibir que eles funcionem a menos de 200 metros das escolas. O governo municipal chegou ao ponto de comprar imóveis com o custo de 25 milhões de euros, onde estavam localizados dezoito prostíbulos.

Todos os prédios adquiridos foram reformados, de forma a se resgatar o que a cidade viveu em épocas vindouras. Foram abertas galerias de arte, lojas de artigos de luxo e ateliês de design. Todos os esforços da prefeitura estão na remodelação do bairro de forma a se atrair turistas com mais porte financeiro e bem alinhados no quesito de educação.

O antigo bairro é centro de bordéis desde o século XVII, época que a Holanda era uma das grandes potências navais. Nas duas últimas décadas, a administração dos prostíbulos saiu das mãos dos cafetões e cafetinas holandesas passando para os criminosos do Leste Europeu, os quais estão envolvidos em tráfico de mulheres e lavagem de dinheiro. Cita-se então, que grande parte dos problemas holandeses são conseqüências do excesso de liberalidade.

A legalização da prostituição teve um objetivo célebre: dar maior segurança às mulheres. Porém, não aconteceu da forma como pensavam as autoridades, pois houve um imenso aumento do número de bordéis e um aumento significativo na demanda pela procura de prostitutas. Começaram a ser trazidas de regiões mais pobres, como o Leste Europeu, a África e a América Latina e nem sempre essa “importação” era com o advento das mulheres que chegavam ao país.

No início dos anos 70, foi iniciada a tolerância em relação ao consumo e venda de maconha. Porém, esta veio com um paradoxo: os bares podem fazer a comercialização de até cinco gramas da droga por consumidor, porém, a importação e o plantio ainda continuam proibidos, fato este que foi um dos grandes incentivos ao narcotráfico.

O maior objetivo utilizado pelos holandeses para descriminalizar a maconha era o de diminuir o consumo das outras drogas mais pesadas. Os holandeses estavam supondo que ao tornar legal a compra, não mais as pessoas precisariam recorrer aos traficantes, que ao oferecem a maconha acabavam por oferecer outras drogas. Em parte deu certo, pois apenas três em cada 1.000 nacionais fazem uso de drogas mais pesadas, isso significa menos da metade da média de países vizinhos como a Inglaterra, Dinamarca e Itália.

Um dos grandes problemas é que a capital alemã, conhecida mundialmente por seus coffee shops, acaba por atrair vários turistas em busca de drogas fáceis e de forma legal, porém os mesmos chegam ao país em busca de consumir de tudo, não somente a maconha. Ou seja, tal medida proliferou o narcotráfico pelo bairro citado, sendo que os preços da cocaína, heroína e ecstasy na Holanda estejam entre os mais baixos de toda a Europa.

“Hoje, a população está descontente com essas medidas liberais, pois elas criaram uma expectativa ingênua de que a legalização manteria os grupos criminosos longe dessas atividades”, disse a VEJA (2008) o criminologista holandês Dirk Korf, da Universidade de Amsterdã. Ver com professor de Metodologia como fazer a citação

Na Suíça, mais precisamente em Zurique, onde também estava legalizado o uso de maconha e a prostituição, foi necessário se percorrer o caminho contrário na experiência frustrada. O bairro de Langstrasse tornou-se território sob posse do crime organizado, onde

estava tolerado os bordéis e o uso aberto de drogas. A prefeitura de forma a solucionar a questão, impôs regras rígidas à prostituição, vindo também a proibir o uso público de entorpecentes. Outra solução foi comprar os prédios utilizados para prostituição, sendo então transformados em residências para estudantes, fato este que atraiu para o local bares e cinemas.

Na capital da Dinamarca, Copenhague, existia uma comunidade alternativa denominada Christiania desde o ano de 1971. A venda de maconha era feita em feiras ao ar livre e totalmente tolerada pelos moradores e autoridades, fato que fez com que fosse repensada a situação e a polícia começou um trabalho de forte repressão ao tráfico de drogas na localidade, fechando o cerco contra a Christiania, o que se dissipou por todas as cidades da Dinamarca em relação à tolerância para o uso das drogas.

9 DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 635659

De acordo com tais alegações, se torna imprescindível que a sociedade brasileira acompanhe a decisão que tomará o Supremo Tribunal Federal acerca de um Recurso Extraordinário interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, o qual visa seja reconhecida a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, por ofensa ao princípio da lesividade, que servirá de marco histórico para a sociedade brasileira.

Tal recurso já começou a ser julgado, sendo que, na sessão do dia 20 de agosto deste ano, o relator ministro Gilmar Mendes, apresentou seu voto na vertente de prover o recurso declarando assim a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, pois na avaliação do mesmo ”a criminalização estigmatiza o usuário e compromete medidas de prevenção e redução de danos, bem como gera uma punição desproporcional ao usuário, violando o direito à personalidade”.²⁴

Na sessão do dia dez de setembro de 2015, o referido ministro ajustou seu voto original de forma a declarar a inconstitucionalidade, reduzindo desta forma o texto original, na parte do artigo 28 que prevê a pena de prestação de serviços à comunidade, por se tratar de pena restritiva de direitos.

Há de se citar que atualmente encontra-se suspenso o julgamento, pois o ministro Teori Zavascki pediu vistas do Recurso Extraordinário, com repercussão geral. Na sessão do dia dez de setembro de 2015, os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso proclamaram seus votos, nos seguintes termos:

Em voto-vista apresentado ao Plenário, o ministro Fachin se pronunciou pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal, restringindo seu voto à maconha, droga apreendida com o autor do recurso. O ministro explicou que, em temas de natureza penal, o Tribunal deve agir com autocontenção, “pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais”.

O ministro Roberto Barroso também limitou seu voto à descriminalização da droga objeto do RE e propôs que o porte de até 25 gramas de maconha ou a plantação de até seis plantas fêmeas sejam parâmetros de referência para diferenciar consumo e tráfico. Esses critérios valeriam até que o Congresso Nacional regulamentasse a matéria.²⁵

²⁴ <<http://jota.info/drogas-a-integra-do-voto-do-ministro-gilmar-mendes>>. Acessado em 25/10/15

²⁵ <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299484>> Acessado em 25/10/2015

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se pela pesquisa realizada que a lei Antidrogas não promove a ressocialização nem tão pouco reprime a utilização de drogas ilícitas, o que faz com que a sociedade sinta-se à mercê dos usuários e traficantes, levando à prática de pequenos crimes como furtos e roubos.

Uma das falhas observadas na lei Antidrogas é o fato de o Estado não poder obrigar o indivíduo viciado a tratar-se, fragilizando e banalizando desta forma o Poder Judiciário. A nova Lei trouxe mudanças de paradigmas no que diz respeito ao trato de pessoas usuárias de drogas, no entanto não se tem observado eficácia no combate às drogas.

É preciso que o Direito, através de seus legisladores tome alguma atitude que modifique este quadro. Para isso devem ser adotadas medidas que regule condutas, além de normas mais rígidas, que juntamente com políticas públicas adequadas possam ser a forma mais eficaz de se lidar com o problema das drogas.

É necessário amenizar as deficiências da lei Antidrogas, as quais foram observadas no decorrer deste trabalho.

Estamos à beira de um precipício chamado droga, pois ela destrói e enche de conseqüências danosas os usuários e seus familiares, tornando-se um perigo para as atuais e futuras gerações, sendo um mal que necessita de políticas públicas para ser vencido.

Um dos grandes empecilhos é que, enquanto especialistas no assunto discutem medidas a serem tomadas para se resolver o assunto, no que concerne às medidas preventivas ao uso, repressões ao tráfico de drogas, outros se reúnem em defesa da descriminalização da droga, notadamente da maconha.

Temos de ter em mente que o tráfico ilícito de drogas movimenta cifras milionárias, sendo que tais quantias são utilizadas para chefiar ações delituosas, tornando-se desta forma uma grande ameaça para toda a população do mundo.

A punição para o traficante deve ser exemplar, tanto para o grande quanto para o pequeno, pois dessa forma conseguimos evitar que nossos jovens entrem para o mundo nefasto do crime, utilizando para tal prevenção políticas públicas destinadas a recuperar as pessoas que não foram abarcadas pela prevenção.

O grande trunfo que uma sociedade pode utilizar é a prevenção, não nos esquecendo

que ela começa com um grande investimento na educação, pois esta se demonstra uma grande arma no combate ao uso das drogas. Não se pode deixar de considerar que a lei também resolve os problemas sociais, existindo como principal fonte de combate.

Nossas normas jurídicas que nos remetem para os casos de entorpecentes estão destinadas ao insucesso. Elas não possuem efeitos penais práticos, o Poder Público não consegue implementar políticas públicas para auxiliar os dependentes químicos, bem como os traficantes se beneficiam da brecha da Lei, pois comercializam drogas em pequena quantidade para que não se enquadrem no crime de tráfico de drogas, sendo considerados também como usuários, não tendo penalidades para os delitos cometidos.

Hoje alguém que é localizado portando porção ínfima de drogas para uso próprio não é considerado criminoso, não se permitindo aplicação de penas privativas de liberdade. Mesmo não enquadrando-se como criminoso, a conduta ainda é proibida, tendo como sanções brandas as medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Caso a Suprema Corte acompanhe o voto do Relator Gilmar Mendes, o que aparentemente é o que irá ocorrer, nos trará a certeza de que não mais é crime o porte de droga para uso próprio, deixando a questão para ser resolvida através do sistema de saúde, com implementação de políticas para tratamento do usuário já tão desgastado.

Portanto, o não provimento do Recurso Extraordinário pelo STF se mostra a melhor solução. Ou por fim tornar de conhecimento da população aquilo que todos já são cientes, que as medidas previstas no artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, não têm efeitos penais.

Mesmo que o STF decida pela descriminalização, ficará cada vez mais difícil para o Estado enfrentar a questão das drogas, citando-se aqui os casos das crackolândias das capitais paulistas, já que todos terão a ciência de que tal conduta não lhe implicará uma sanção.

REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. **Comentários ao Código Penal Militar**, Parte Geral, Editora Juruá, 1ª Edição. pág 36

BARROSO, L. R. **Suspenso julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299484>> Acesso em 25/10/15

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

BOTELHO, J. **Tráfico e Uso Ilícitos de Drogas**. Uma Atividade Sindical Complexa e Ameaça Transnacional. Editora JHMizuno. SP.

BRASIL, **Código Penal**. Documento on-line. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 21/10/15

_____. **Código Penal Militar**. Documento on-line. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm,> Acesso em 18/10/15

_____. **Código de Trânsito Brasileiro**. Documento on-line. Disponível em: < BRASIL,

Código Penal Militar. Documento on-line. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm,> Acesso em 21/10/15

_____. **Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <[http://e-](http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=9480)

[legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=9480](http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=9480)>. Acesso em 21/10/2015

_____. **Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm> Acesso em 21/10/15

CARNEIRO, H. **Pequena enciclopédia da história das drogas e bebidas**. São Paulo: Elsevier, 2005.

CERVINI, R. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESCOHOTADO, A. **O livro das drogas**. São Paulo: Dynamis, 2004.

FILHO, A. G. **A palavra naufraga** - ensaios sobre cinema. São Paulo: Cosac & Naify, 2001.

GALEANO, E. **As veias abertas da América Latina**. São Paulo: Papiro, 1978.

HILLMAN, D. C. A, **The Chemical Muse: Uso de Drogas e as raízes da civilização ocidental.** (2008)

KI-MOON, B. **Conselho de Segurança da ONU debate o "impacto devastador" do tráfico de drogas.** Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2009/12/18-conselho-de-seguranca-da-onu-debate-o-impacto-devastador-do-trafico-de-drogas.html>> Acesso em 25/10/2015

LISZT F. **Tratado de direito penal alemão**, trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, v. 1, p. 1

MARQUES J. F **Direito penal: parte geral.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 5. 1 Op. cit. p. 56

MAXIMIANO, Vitore, **“Brasil não está maduro para a descriminalização”, diz novo secretário nacional de drogas**, Disponível em: <oglobo.globo.com/brasil/brasil-nao-esta-maduro-para-descriminalizacao-diz-novo-secretario-nacional-de-drogas-8219172> Acesso em 18/11/15.

MENDES, G. F. **Drogas: a íntegra do voto do ministro Gilmar Mendes.** Disponível em: <<http://jota.info/drogas-a-integra-do-voto-do-ministro-gilmar-mendes>>. Acesso em 25/10/15

MIRANDA, F. **Drogas: contradição nas campanhas públicas não beneficia quem deseja se livrar do vício.** Disponível em: http://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/233348191/drogas-contradicao-nas-campanhas-publicas-nao-beneficia-quem-deseja-se-livrar-do-vicio?utm_campaign=newsletter-daily_20150918_1992&utm_medium=email&utm_source=newsletter> Acesso em 21/10/15

NUNES, L. M.; JÓLLUSKIN, G. **O uso de drogas: Breve análise histórica e social.** Disponível em: <<http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/449/1/230-237FCHS04-15.pdf>> Acesso em 19/11/15

PITOMBO, H. **Meu bem, meu mal. Aventuras na História.** São Paulo: Elsevier, 2009.

SANTOS, G. L. **Prática forense para o juiz militar.** 1. ed. Minas Gerais: Editora Inbradim , 2013, p. 68

SILVA, A. O. **A Holanda reconhece: legalizar maconha foi erro.** Disponível em:< http://adeilsonfilosofo.jusbrasil.com.br/noticias/239200069/a-holanda-reconhece-legalizar-maconha-foi-erro?utm_campaign=newsletter-daily_20151005_2062&utm_medium=email&utm_source=newsletter> Acesso em 25/10/15

SILVA, L. L. **A questão das drogas nas relações internacionais**, Brasília, Editora Fundação Alexandre Gusmão, 2013. Disponível em: < http://funag.gov.br/loja/download/1028-Questao_das_Drogas_nas_Relacoes_Internacionais_A.pdf> Acesso em 19/11/15

SPENCE, J. D. **Em busca da China moderna: quatro séculos de história.** Rio de Janeiro, Vozes, 2000.

VENÂNCIO, R. P.; CARNEIRO, H. **Álcool e drogas na história do Brasil**. Belo Horizonte: Puc Minas, 2005.

VICENTINO, C. **História geral**: ensino médio. São Paulo, Elsevier, 2006.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2.^a ed., 1996.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 : parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. — 9. ed. rev. e atual. —São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. P 62.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 340.

