



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS-UNIPAC
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

“A QUESTÃO DO USUÁRIO DE DROGAS SEGUNDO A NOVA LEI DE DROGAS”
(LEI Nº 11.343/06)

Por

ALESSANDRA DE SOUZA MEDEIROS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
À Universidade Presidente Antônio Carlos, como
pré-requisito para obtenção do grau de
Bacharelado em Direito
Orientador: Besnier Chiaini Villar

JUIZ DE FORA, 20 DE NOVEMBRO DE 2010

**Este trabalho, cujo conteúdo é de
Responsabilidade da autora,
Constitui propriedade da Faculdade de Ciências Jurídicas
Da Universidade Presidente Antônio Carlos,
Não podendo ser publicado no todo ou em parte,
Ou resumido, sem o consentimento do
Departamento de Graduação da Faculdade de Direito**

**Já não firmo uma opinião,
Um hábito ou um julgamento
Sobre outra pessoa.
Testei o homem.
É inconsistente.
(Albert Einstein)**

AGRADECIMENTOS

A Deus, que tudo nos concede.

A Nossas famílias que, com paciência e amor, entenderam nossos anseios na Realização deste trabalho.

Aos mestres, que tudo nos ensinaram, sempre com carinho e atenção.

A todos, uma só palavra não bastaria para expressar toda gratidão.

Mesmo assim, muito obrigado a todos!

SUMÁRIO

Introdução	06
1 – Aspectos Gerais	08
2 - Conceitos Importantes a Serem Definidos	13
2.1 – Distinção entre “Usuário”, “Dependente” e “Traficante”	13
3 – Princípios do Direito Penal	15
3.1 - Princípio da Legalidade	15
3.2 - Princípio da Anterioridade da Lei Penal	15
3.3 – Princípio da Intervenção Mínima	15
3.4 – Princípio da Fragmentariedade	16
3.5 – Princípio da Culpabilidade	17
3.6 – Princípio da Humanidade	17
3.7 – Princípio da Dignidade da Pessoa humana	17
3.8 – Princípio da irretroatividade da Lei Penal	17
3.9 – Princípio da Insignificância	18
3.10 – Princípio da Adequação Social	18
3.11 – Princípio do “In dubio pro réo”	18
3.12 – Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos	18
3.13 – Princípio da Efetividade	19
3.14 – Princípio da Proporcionalidade	20
3.15 – Princípio da Presunção da Inocência	20
3.16 – Princípio da Proibição de Incriminações Vagas	20
4 – Procedimento: Consumo Pessoal ou Tráfico de Drogas?	21
5 – Penas Alternativas(Medidas Educativas)	25
6 – Conflito de Leis Penais no Tempo	27
6.1 – Retroatividade da Lei Penal	27
7 – Aspectos Específicos Quanto ao Tráfico	30
7.1 – Circunstâncias Indicativas do Tráfico	31
7.2 – Sanção Penal Prevista para o Crime de Tráfico	32
8 – Há Hediondez no Tráfico Privilegiado?	35
Considerações Finais	39
Referências Bibliográficas	43

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.343/06, popularmente denominada “Nova Lei de Drogas”, hoje nem tão nova assim, teve sua publicação em 24 de Agosto de 2006, entrando em vigor em 08 de Outubro de 2006, tendo como “eixos centrais” a pretensão de introduzir no Brasil uma sólida política de assistência; reinserção social do “usuário” e de prevenção ao uso de drogas; eliminação da pena de prisão ao “usuário”, ou seja, a quem tem posse de drogas para o consumo pessoal; maior rigor punitivo contra o “traficante” e “financiador do tráfico”; clara distinção entre o “traficante profissional” e o “ocasional”; louvável clareza na configuração do rito procedimental e, finalmente, o inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando for o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas, sobretudo quando oriundos de traficância.

Para consecução de suas “premissas básicas” criou-se o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) e, para tanto, fez-se necessário distinguir “usuários” de “dependentes”, e estes, de “traficantes”, no intuito de melhor definição da pena a ser aplicada a cada um deles, justificando-se, assim o “tratamento diferenciado” aplicado a essas três categorias, haja vista que não seria justo dar tratamento igual a indivíduos completamente distintos. Esta foi a primeira vez que se fez uma lei voltada para tal distinção.

Apesar de ter havido apenas uma “descriminalização formal” no que diz respeito à conduta praticada pelos “usuários”, qual seja, a “posse de drogas para consumo pessoal”, que permanece ilícita e no âmbito de Direito Penal, quase nada tem resultado em termos práticos e de penalidades, pois com a introdução das chamadas “medidas alternativas”, preconizadas em seu artigo 28, estas jamais culminarão em “prisão”.

Em contrapartida, houve maior rigor punitivo para os “traficantes”, que tiveram sua pena aumentada, exceto em se tratando do chamado “tráfico privilegiado”, no qual a pena poderá ser até reduzida, desde que preenchidos alguns requisitos.

A “continuidade normativo-típica” se faz presente e assim, o que antes era proibido nos diplomas anteriores, continua proibido, retroagindo a lei apenas naquilo que for mais benéfico ao réu. Caso contrário, a lei prejudicial, jamais retroagirá no tempo.

Pela primeira vez, fez-se uma lei voltada para tal distinção entre o “usuário”, aqui considerado como mero possuidor de drogas para consumo pessoal, vítima do sistema, e o “traficante”, este sim, causador de grande parte das mazelas do mundo, devendo receber o merecido tratamento jurídico, qual seja, prisão e segregação social, mas não o confinamento em celas infectas e superlotadas, sem a menor chance de ressocialização, mesmo sendo este o real aliciador dos menores, bem como dos maiores também, os verdadeiros causadores de dependência química, tendo como único objetivo, o enriquecimento ilícito, ou seja, o “lucro”, às custas do vício e da desgraça alheios .

Claro que a nova Lei trouxe mais polêmica que soluções, mas suas inovações são de suma importância para o Direito Penal Brasileiro, porém para sua melhor compreensão, faz-se necessário esclarecer alguns pontos-chave e alguns conceitos específicos, que serão ao longo do estudo, amplamente discutidos, facilitando assim, a consecução de nosso objetivo maior, qual seja, “elucidar os prós e contras acerca da introdução desse novo procedimento penal em nosso ordenamento jurídico”, quanto ao “tratamento diferenciado” destinado àqueles considerados apenas “usuários” de drogas, permitindo-nos, assim, avaliarmos se tal introdução de fato contribuiu ou não para uma mudança positiva na relação “usuário” x “traficante”, bem como se esta propiciou, de fato, a esperada “redução do número de “usuários” e da criminalidade relacionada com as drogas”.

Nesta busca, se focará na questão do “tratamento diferenciado” aplicado a tais categorias, embasando-se em alguns “Princípios Norteadores do Direito Penal”, na distinção entre as categorias, procedimentos a serem seguidos e, apesar de não ser objeto deste estudo, a questão do tráfico de drogas, pela sua relevância com o tema proposto.

Espera-se contribuir, de alguma forma, para o esclarecimento de um tema tão polêmico quanto inovador. Tentaremos buscar respostas para as inquietantes questões sobre os “benefícios” e “prejuízos” trazidos por tal diploma legal, avaliando até que ponto o mesmo contribuiu para redução do número de “usuários” em nossa sociedade atual bem como se o mesmo, pelo contrário, somente contribuiu para disseminação das drogas em nossa sociedade em geral, aumentando assim, o número de “traficantes”.

1 – ASPECTOS GERAIS

Disciplinado pelos artigos.3º a 17 da Lei nº 11.343/06, mais o Dec.nº 5.912, de 27 de Setembro de 2006, a criação do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) foi ao encontro de uma política criminal de drogas mais consentânea com aquelas modernamente recomendadas para “prevenção” e “combate” ao uso de drogas.

A Lei nº 11.343/06 rompeu com suas precursoras , quais sejam, a Lei nº 6.368/76 e a Lei nº 10.409/02, ocupando-se mais detidamente com atividades voltadas para a “prevenção ao uso de drogas” apresentando atividades de “atenção e reinserção social” de usuários ou dependentes de drogas . Trouxe também nítida distinção entre “usuário”, “dependente” e “traficante”, ressaltando-se que grande parte dos que experimentam ou fazem uso eventual de drogas não se tornam necessariamente dependentes, contrariando-se o que se pensava.

Os tipos penais existentes na antiga Lei nº 6.368/76 foram mantidos e sofreram majoração significativa da pena. As “novas incriminações” ficam por conta da criação do tipo penal “tráfico privilegiado”, previsto no § 4º do seu artigo 33, no qual circunstâncias que demonstram um “menor desvalor da conduta”, levam à significativa “redução da punição” conforme descrito pelo artigo 33, em seus parágrafos 2º e 3º, e do “financiador do tráfico”, sendo o delito de financiamento de crimes de drogas descrito por seu artigo 36.

A nova Lei de Drogas utiliza a terminologia “droga”, no lugar de “substância entorpecente”, utilizada pelas leis antecessoras, eis que, de acordo com o conceito legal, significa “substâncias ou produtos capazes de causar dependência, especificadas em lei ou listas atualizadas, periodicamente, pelo Poder Executivo da União”. Trata-se, portanto, de uma “norma penal em branco”, isto é, exige um complemento normativo, que inexistindo, a figura típica não se completa, ou seja, não há tipicidade penal. Caso determinada substância não se encontre em conformidade com essas previsões, ainda que cause dependência, “não haverá tipicidade na conduta” de quem praticar as ações previstas nos artigos 33 a 39 do referido diploma legal, o mesmo ocorrendo quanto à aplicação das “medidas

alternativas” destinadas ao “usuário” e ao “dependente” previstas em seu artigo 28, às quais descreveremos mais a diante.

Nos anos 90, havia prevalência de duas correntes acerca dos rumos a serem seguidos para a questão das drogas no Brasil: a “corrente norte-americana”, muito repressiva, “proibicionista”, que previa a redução da oferta e da demanda por meio da intervenção penal, visando a total abstinência e a “corrente européia”, mais prevencionista”, voltada para a redução dos danos causados pelas drogas.

A nova Lei, abarcava as duas tendências, aplicando a corrente “proibicionista” contra a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas e a “prevencionista”, para os “usuários” e “dependentes”, porém atentando-se para as políticas de atenção e de reinserção social do “usuário” e do “dependente”, visando garantir a estabilidade e o bem-estar social.

Apesar da “descriminalização penal do consumo de drogas”, haja vista que não mais se impõe prisão ao “usuário” ou ao “dependente”, tal conduta permanece ilícita, recaindo sobre estas as conseqüências previstas no artigo 28, permanecendo as autuações policiais, sobretudo quanto à apreensão das drogas em poder do agente infrator.

Como assinala Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (2006. p.237), *in verbis* :

“...do ponto de vista da saúde pública, a proibição dificulta o estudo do fenômeno da droga, as estatísticas são pouco precisas e os dependentes de drogas são tratados ora como criminosos ora como doentes. Os discursos médico, jurídico e militar foram sobrepostos ao da saúde pública, o que fez com que usuários de drogas injetáveis tenham sido um dos grupos mais afetados pela epidemia da AIDS, graças à clandestinidade do compartilhamento de seringas”.

A produção de droga é “excepcionalmente” permitida quando houver interesse medicinal ou científico, dependendo de “licença prévia da autoridade competente”. Há casos em que a prescrição da droga dirigida a alguns tratamentos de dependentes, é menos prejudicial à saúde, além de propiciar a substituição de uma droga mais danosa, como o “*crack*”, por outra que cause menos efeitos até se chegar à total abstinência, como por exemplo, a “*maconha*”.

Para Luiz Flavio Gomes (2008), diversos são os profissionais com argumentos demonstrando os “efeitos funestos da penalização”, sendo os principais

e mais freqüentes: a) o fruto proibido resulta atrativo sobre os jovens; b) a ilegalidade do ato torna a mercadoria excessivamente cara, o que passa a ser um rendimento altamente lucrativo para alguns, fazendo até com que se proporcionem, gratuitamente, as primeiras doses, a fim de se obter dependentes; c) proporciona o contato dos jovens com os traficantes; d) usuários acabam delinquindo para poder adquirir dinheiro para financiar o hábito, inclusive, realizando o tráfico; e) na busca pela droga, arriscam-se, muitas vezes, a um constante perigo de morte e de enfermidade; f) em relação aos demais cidadãos: de 1/3 (um terço) à 1/2 (metade) de todos os delitos violentos contra a propriedade são cometidos por drogados que delinqüem para financiar seu hábito, ou se devem a conflitos entre grupos rivais de traficantes de drogas, ou se realizam no transcurso da importação e distribuição de drogas ilegais; g) é uma causa básica de corrupção policial; h) não há controle de qualidade da mercadoria, o que produz, muitas vezes, danos irreparáveis aos consumidores; i) deve-se aceitar a derrota e entender que inexiste ação capaz de eliminá-lo; j) na prisão, o consumo e o tráfico continuam existindo.

Porém, a “legalização pode gerar custos”, sob os seguintes argumentos: a) perigo evidente de um aumento da utilização das drogas; b) queda dos preços, permitindo que alguns consumidores possam comprar mais, possibilitando atrair novos consumidores; c) a legalização pode ser interpretada como uma aprovação, o que permitiria originar um incremento das cifras obscuras. Quanto a este último argumento, é possível que esteja ocorrendo o processo inverso: a proibição servindo de fomento para a utilização da droga.

Além de “descriminalizar o consumo”, a nova política de prevenção ao uso indevido de drogas vem sedimentada em “três básicas estratégias”, de importância vital para uma real alteração do quadro sobre as drogas no Brasil: a) a redução dos fatores de vulnerabilidade; b) redução dos fatores de risco; c) promoção e fortalecimento dos fatores de proteção.

A “vulnerabilidade” abrange a reduzida ou inexistente capacidade do indivíduo ou grupo social de decidir sobre a sua situação de risco, encontrando-se diretamente relacionada a fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e biológicos.

Quanto à “redução dos fatores de risco”, para Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (2006. p. 205, 251-252), *in verbis*:

“Percebe-se a estreita ligação entre a situação econômico-social do Brasil e a criação de condições favoráveis à manutenção dos mercados ilícitos. O círculo vicioso se fecha: consumidores compram drogas, traficantes vendem, os excluídos do sistema se empregam na indústria ilícita com salários melhores; traficantes precisam comprar armas, o comércio ilegal quer vender armas; os lucros dos tráficos (de drogas e de armas) são exorbitantes; as altas esferas do poder têm representação na indústria, e absorvem parte do lucro; o dinheiro sujo circula e precisa ser lavado; as instituições financeiras lavam o dinheiro; a indústria do controle do crime quer vender segurança, a população aterrorizada quer comprar segurança; a “guerra às drogas” é cara, mas o dinheiro é público(...)”.

Em conformidade com Túlio Kahn (2002. p. 14), *in verbis*:

“Na análise da situação social brasileira, a face mais perversa do desemprego se caracteriza pelo fato de que “o contingente atual de criminosos é engrossado pela massa de jovens que jamais ocuparam uma vaga no mercado formal de trabalho”, que constituem o grupo social mais vulnerável a ser utilizado pelo tráfico”.

Logo, além das atividades voltadas para a “promoção dos fatores de proteção”, a Lei novel preocupou-se em fortalecê-los, voltando-se para a “manutenção das condições que visam proteger o indivíduo dos fatores de risco”, fazendo assim, da “prevenção” sua estratégia primordial, preocupações estas expressas nos artigos 19 a 26 da referida Lei.

O “investimento em prevenção” é o que pode alcançar resultados mais positivos, atentando-se sempre para os princípios e diretrizes descritos detalhadamente nos incisos de I a XIII do artigo 19, haja vista que o tema “drogas” extrapola as questões individuais, causando dano não somente à saúde do “usuário”, mas engloba, igualmente, toda a sociedade, uma vez que é sabido que, ao buscar satisfazer seu vício, o “usuário” ou “dependente” de drogas, geralmente envolvem-se com a criminalidade, o que afeta não somente as classes mais baixas como também as classes com alto poder aquisitivo, configurando-se verdadeiro problema social, cujo bem jurídico mediato protegido é a “saúde pública”. Além disso, é problema universal, uma vez que são pouquíssimas as culturas que não se utilizaram, ou até mesmo ainda se utilizam, de alucinógenos.

Segundo Alba Zaluar (2004. p.30), esta foi a primeira vez em que houve preocupação com o “envolvimento da família na problemática do uso indevido de drogas”, servindo como apoio para a reversão do problema e como incrementadoras deste. É preciso desmistificar a relação “pobreza e criminalidade”, haja vista que

somente uma pequena minoria dos desprivilegiados comete crimes, conforme pode ser comprovado em pesquisa realizada em 2004 por Alba Zaluar, que calculou que o percentual de pobres da comunidade de Cidade de Deus, no Rio de Janeiro, que optaram pela carreira criminosa não chegou a 1%.

Conforme Mary Garcia Castro (2001), a UNESCO realizou, entre 2000 e 2001, pesquisa em 10 Estados brasileiros (Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo, compreendendo, principalmente, as capitais) como o intuito de identificar e mostrar em detalhes experiências inovadoras nas áreas de educação para a cidadania, cultura, lazer e esporte com jovens que vivem em situação de risco ou pobreza, apontando os seguintes “aspectos fundamentais”, tais como: falta de opções de lazer para os jovens pesquisados é marcante; comparando-se com as capitais, São Paulo é onde ocorre maior número de mortes de jovens relacionados à violência, sendo Recife a que ocupa o segundo lugar neste índice; o desemprego leva muitos jovens a declararem que o tráfico de drogas é uma opção concreta de sobrevivência e de *status*. Ao lado do desemprego está a discriminação racial, de gênero e por classe social, como também pelo fato dos jovens viverem em bairros estigmatizados como lugares de violência; os depoimentos de vários jovens confirmam que a alternativa de participação em atividade de cultura, esporte e lazer, funcionam, para eles, como espaços alternativos à violência. Contrapõem-se referências alternativas - ouros heróis, outros projetos - , colaborando com a prevenção e desarmando a violência na mente dos jovens; as experiências pesquisadas mostram que são capazes de aumentar as possibilidades de conseguir emprego nas áreas para as quais foram capacitados; em Fortaleza (CE), registrou-se uma melhoria da renda familiar de cerca de 70 crianças e adolescentes, por meio de bolsa de estudo oferecida aos integrantes do corpo de baile , ampliando assim, o poder aquisitivo das famílias beneficiadas por um programa social denominado EDISCA.

É óbvio que tais políticas deverão contar com “amplo planejamento” e “disponibilidade orçamentária e financeira” dos entes envolvidos, pois de nada adiantaria uma Lei prever políticas de “reinserção e prevenção” sem, contudo, fornecer recursos para sua implementação.

2 - CONCEITOS IMPORTANTES A SEREM DEFINIDOS

Para adentrar no foco deste trabalho, faz-se necessária a abordagem de alguns temas, no intuito de melhor esclarecer alguns conceitos que, se confundidos entre si, podem comprometer a abordagem em foco. São eles:

2.1 – Distinção entre “usuário”, “dependente” e “traficante”

O Capítulo III, integrante do Título III da Lei nº 11.343/06, denominado “Dos Crimes e das Penas”, volta sua atenção para o “usuário” e/ou “dependente” de drogas, entre os artigos 27 a 30, não cuidando, neste capítulo, do “traficante” de droga, que somente foi detalhadamente descrito a partir do art.31 da Lei em estudo, mas que, apesar de sua relevância, não é objeto principal de nosso estudo. Antes, porém, é preciso distingui-los prontamente uns dos outros.

Conforme artigo 28 da Lei nº 11.343/06, para fins penais, “usuário” de drogas é aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, “para consumo pessoal”, qualquer tipo de droga proibida. Não se confunde, de modo algum, com o “traficante”, financiador do tráfico, haja vista que este “vive do lucro oriundo da exploração de tal atividade criminosa”, sendo que, geralmente, o traficante não é sequer usuário. Aliás, ser o traficante também usuário de drogas, pode comprometer o “negócio”, porém, no caso brasileiro é muito comum que o traficante seja também usuário, ainda que ocasionalmente.

O “usuário” pode, muitas vezes, se utilizar da droga apenas “ocasionalmente”, sem ser um viciado contumaz, o que não costuma ocorrer com o “dependente”, que faz da droga um “meio de sobrevivência”, pois seu organismo já se tornou dependente químico de tais substâncias.

Para distinguir o “usuário” do “dependente” de drogas faz necessário um diagnóstico mais específico, inclusive, mais clínico, uma vez que, geralmente, o “dependente” de drogas é aquele indivíduo que necessita da droga para sua sobrevivência, pois o seu organismo depende do uso regular dessas drogas para se manter funcionando, ao passo que o “usuário”, apesar de sempre querer buscar meios para seu consumo, consegue manter-se vivo, por muito tempo, caso não a consiga. Para o “dependente” de drogas, sua falta gera “crises de abstinência” capazes de levá-lo a cometer verdadeiras atrocidades na busca descontrolada de

satisfazer seu vício, o que pode, inclusive, levá-lo à “morte”, tanto à sua própria como a de qualquer outro ser que o impeça de atingir seu objetivo, qual seja, adquirir a droga para consumi-la “compulsivamente”. Ambos necessitam de tratamento para “desintoxicação”, principalmente o dependente de drogas.

Nem sempre, o usuário torna-se dependente porque, ser usuário não significa ser “tóxico-dependente”, sendo esta, qualidade essencial do dependente. Tal distinção é fundamental para o efeito de se descobrir qual medida alternativa será a mais adequada ao caso concreto.

Portanto, há dois “sistemas legais” para identificar se o agente envolvido com a posse ou porte de droga é “usuário” ou “traficante”: a) sistema da quantificação legal, no qual fixa-se um quantum diário para o consumo pessoal e, até esse limite legal não há que se falar em tráfico e b) sistema do reconhecimento judicial ou policial, cabendo ao “juiz” ou à “autoridade policial” analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico, sendo do juiz a última palavra, sempre. A lei brasileira adota este segundo critério.

3 - PRINCIPIOS DO DIREITO PENAL

Os princípios doutrinários do Direito Penal revelam um conjunto de regras de que este se serve, traçando suas regras e razão fundamental. São os “elementos vitais do Direito Penal”, ponto de partida no auxílio ao entendimento do instituto penal, que por sua vez é constituído com base em princípios constitucionais, norteadores de sua construção e existência devendo, conseqüentemente, serem respeitados. Configuram-se plataforma mínima sobre a qual se pode elaborar o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

Desta feita, as normas penais deverão estar em consonância com os princípios, sobretudo com os constitucionais, caso contrário, não terão nenhum valor, ainda que votadas, promulgadas e publicadas.

Dentre os diversos princípios existentes no Direito Penal brasileiro, alguns se aplicam diretamente à nova Lei de Drogas, devido à sua extrema ligação com seus preceitos e objetivos. São “Princípios Norteadores do Direito Penal”, os quais serão esclarecidos a seguir.

3.1 - Princípio da Legalidade

Também conhecido como “Princípio da Reserva Legal”, é consagrado pela máxima “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, constituindo uma “efetiva limitação ao poder punitivo do Estado”. Significa que não haverá crime se não houver lei escrita definindo a infração penal e impondo-lhe conseqüente pena, ou seja, “não há crime sem lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 1º do CP). Assegura que ninguém será punido por fato “atípico”, consagrando a lei penal como fonte exclusiva de aplicação e de criação dos delitos e das penas, não sendo permitido recorrer a analogias, costumes e princípios gerais do direito para instituir delitos ou penas.

3.2 - Princípio da Anterioridade da Lei Penal

Praticamente, idêntico ao princípio anterior. Por expressa previsão na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXIX, e o Código Penal em seu art. 1º, preconizado pela máxima “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Por meio deste princípio, a lei baliza o comportamento do cidadão mesmo antes de este se verificar, traçando normas e regulando a sua conduta sendo esta predeterminada pelo legislador.

3.3 - Princípio da Intervenção Mínima

Também conhecido como “*ultima ratio*” pelo fato de que o Direito Penal deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e na própria sociedade. Somente se deve socorrer do Direito Penal quando forem insuficientes todos os meios de controle estatal ou jurídicos.

A sanção penal é um meio extremo, porque se constitui na intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado. O recurso à pena supõe impossibilidade de garantir proteção suficiente do bem jurídico através de outros instrumentos à disposição do Estado. O bem jurídico está submetido à “dupla garantia”: protegido pelo Direito Penal e protegido ante o Direito Penal.

3.4 - Princípio da Fragmentariedade

Cumprir esclarecer que nem toda lesão ou ameaça de lesão são proibidos penalmente, e nem tudo é protegido pelo Direito Penal. Tal intervenção limita-se a fatos de maior gravidade e de maior importância, com caráter seletivo de ilicitude.

O Direito Penal somente protege contra violações os bens jurídicos mais importantes intervindo somente nos casos de maior gravidade, protegendo apenas um fragmento dos interesses jurídicos. Daí sua fragmentariedade.

3.5 - Princípio da Culpabilidade

Pelo princípio do *“nullum crimen sine culpa”*, atua como limitação do *“ius puniendi”*, na determinação e individualização da pena, onde a responsabilidade penal é sempre pessoal. Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. Cada agente deve ser punido na medida de sua culpabilidade somente.

3.6 - Princípio da Humanidade

Veda para o poder punitivo estatal, a aplicação de penas cruéis e infames, como a pena capital e a prisão perpétua, como sanções que venham a atingir a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição fisiopsíquica dos condenados. Recomenda-se que a execução penal seja adequada à ressocialização dos condenados e não a sua degradação.

3.7 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Elevado a fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, foi previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, “a dignidade da pessoa humana”, o homem antes de ser considerado como cidadão passa a valer como pessoa.

A defesa da dignidade do ser humano visa protegê-lo de ações arbitrárias e indevidas por parte do Estado ou daquele que detém poder sobre outrem. A intervenção jurídico-penal jamais deve servir-se de instrumento vexatório ou repugnante, mesmo que seja contra o pior dos delinqüentes, devendo sobremaneira agir com a razão para tratar da criminalidade e não com a emoção.

3.8 - Princípio da Irretroatividade da Lei Penal

Uma lei não alcança fatos ocorridos antes de sua vigência, consagrando o princípio do *“tempus regit actum”*. Contudo, tal princípio vigora somente em relação

a lei mais severa, admitindo a retroatividade da lei mais favorável, em conformidade com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XL, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Essa regra é um dos princípios maiores e mais importantes do Estado de Direito, pois proíbe que normas que regulam um fato criminoso sejam modificadas posteriormente em prejuízo da situação jurídica do agente.

3.9 - Princípio da Insignificância

Também chamado de “Princípio da Bagatela”, analisa a proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a necessidade da intervenção estatal.

Para que haja crime, exige-se lesão a um bem juridicamente protegido pela norma penal. Em alguns casos a lesão é tão insignificante que não há interesse para o Direito Penal, configurando os chamados “crimes de bagatela”, sendo estes fatos atípicos.

3.10 - Princípio da Adequação Social

Só devem ser tipificadas condutas de relevância social, excluindo-se aquelas consideradas socialmente adequadas, permitidas ou toleradas. Tal princípio implica uma seleção de comportamentos e ao mesmo tempo uma valoração dos mesmos.

3.11 - Princípio do “*In dubio pro réo*”

O acusado da prática de uma infração penal por ocasião de seu julgamento final, havendo dúvida acerca de sua conduta deverá ser absolvido.

Corolário do campo das provas, tal princípio deve ser aplicado quando houver dúvida, acatando a interpretação mais favorável ao réu. É preferível absolver um culpado, a condenar um inocente.

3.12 - Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos

Tal princípio nasce com a ocorrência da lesão ou ameaça de lesão a determinado bem jurídico penalmente protegido por lei, sendo conhecido também como “Princípio da Lesividade, Ofensividade ou Danosidade”.

Nem tudo o que não é ético ou imoral é protegido pelo Direito Penal. O bem jurídico pode apresentar-se das mais diferentes formas (vida, integridade física, honra, propriedade, liberdade sexual, etc.).

Ao Direito Penal somente interessa a conduta que implica dano social relevante aos bens jurídicos essenciais à coexistência. A autorização para submeter as pessoas a sofrimento através da intervenção no âmbito dos seus direitos somente está justificada nessas circunstâncias. É o princípio que justifica (ou legitima) o Direito Penal; o direito penal somente está legitimado para punir as condutas que implicam dano ou ameaça significativa aos bens jurídicos essenciais à coexistência, não interessando se as condutas individuais, sejam pecaminosas, escandalosas, imorais ou "diferentes", somente podendo ser objeto de apreciação jurídica o comportamento que lesione direitos de outras pessoas, e não as condutas puramente internas .

Não está legitimado a impor padrões de conduta às pessoas apenas porque é mais conveniente, ou adequado. Ninguém pode ser punido pelo Estado somente porque convém. O objeto de proteção é o “bem jurídico” que é a relação de disponibilidade entre as pessoas e coisas protegidas pelo Estado através de normas cuja desobediência implica “sanção”.

Conseqüentemente, tal princípio proíbe a incriminação de atitudes internas; a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; a incriminação de simples estados ou condições existenciais e a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

3.13 - Princípio da Efetividade

O referido princípio preconiza que o Direito Penal, quando chamado a intervir, deverá ser eficaz, devendo ser, via de regra, “preventivo” e, se necessário for, também “repressivo”. Tal princípio também é conhecido como “Princípio da Eficácia, ou da Idoneidade”.

3.14 - Princípio da Proporcionalidade

Endereçado, num primeiro momento, ao “legislador”, onde na criação da norma prevendo um fato em abstrato, deva levar em consideração a “cominação de uma pena proporcional à prática do fato antijurídico”.

Num segundo momento, à figura do “aplicador” da lei penal ao caso concreto, ou seja, ao “Estado-juiz”, devendo, à margem de arbítrio possível, aplicar, dentro dos critérios objetivos e subjetivos, a “pena proporcional ao injusto praticado”.

Num Estado Social e Democrático de Direito, sustentado por um “princípio antropocêntrico”, não teria cabimento algum a cominação ou a aplicação de pena flagrantemente desproporcional à gravidade do fato”.

3.15 - Princípio da Presunção de Inocência

Previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Diante disso, o Direito Penal afastou a presunção de culpabilidade.

3.16 – Princípio da Proibição de Incriminações Vagas

A Lei deve ser “certa”, vedada a indeterminação ou a imprecisão. É o chamado “mandato de certeza”. A Lei incriminadora não deve conter as denominadas “cláusulas gerais do tipo”, que são expressões ambíguas ou vazias de conteúdo, devendo sua redação refletir o “Princípio da Tipicidade” e “definir” a conduta ilícita. Algumas Leis Penais incriminadoras apresentam um “preceito incompleto”. Nestes casos, fala-se em “Lei penal em Branco”, que são leis cujos preceitos exigem complementação, ou seja, remetem a uma outra norma jurídica.

4 - PROCEDIMENTO: CONSUMO PESSOAL OU TRÁFICO DE DROGAS?

Para determinar se a droga é destinada, ou não, ao consumo pessoal, o juiz analisará a “natureza” e a “quantidade da substância apreendida”, o “local” e as “circunstâncias” em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias “sociais” e “pessoais”, bem como a “conduta” e os “antecedentes do agente”, conforme preconizado pelo artigo 28.

Para o “usuário”, a Lei 11.343/06 não previu tratamento compulsório. Esse “tratamento” pode ser: a) espontâneo: a nova Lei disciplina, em seu artigo 22 o tratamento espontâneo, mas com a natureza de medida administrativa, que será multiprofissional e, sempre que as circunstâncias permitirem, com a assistência da família; b) obrigatório: para os casos de inimizabilidade (§ único do artigo 45); c) substitutivo: para o caso do semi-imizável (artigo 47). Nenhum tratamento compulsório, salvo caso de inimizável, conta com grandes chances de sucesso.

A grande questão é se deve ser adotada uma política puramente “repressiva”, só “preventiva” ou “repressivo-punitiva” em relação ao “usuário”, pois, nos EUA onde foi aplicada a linha “repressiva”, não foi possível diminuir o tráfico nem o número de consumidores de drogas. Na Europa continental foi priorizada a “prevenção e redução de danos”, que por sua vez se coaduna com o modelo de justiça restaurativa, obtendo-se algum êxito no combate ao tráfico.

Por ora, o que se pode afirmar é que há certo “consenso” quanto ao “tráfico de drogas”, que se constitui uma das múltiplas facetas do processo de globalização do planeta, devendo continuar sendo “crime”, gerando toda a polêmica em torno da “posse de drogas para o consumo pessoal” sendo, pois a “prevenção”, a prioridade. Educação antes de tudo, através da adoção de uma política educativa responsável. Afinal, para as drogas, o melhor caminho é o da “educação”, e não o da prisão.

A postura da legislação penal brasileira, sofrendo forte influência dos EUA, tradicionalmente, sempre tratou o “usuário” de drogas como criminoso quando o certo seria enfocá-lo, às vezes como “vítima” (“usuário dependente”), carecendo assim de atenção especial e tratamento, outras como “simples cidadão” que, num determinado momento optou livremente por fazer uso momentâneo de uma

substância entorpecente qualquer, prejudicando-se somente a si próprio, sem prejudicar a terceiros (“usuário ocasional”).

A antiga Lei nº 6.368/76 reputava ao “usuário” como “criminoso”, punindo-o com pena de detenção de 06 meses a 2 anos, mais multa, normalmente sendo “preso em flagrante”, nesta situação permanecendo até que se pagasse “fiança” ou fosse “liberado pelo juiz”. Instaurava-se “inquérito policial” e o Ministério Público oferecia a “denúncia”, normalmente sendo-lhe concedida a “suspensão condicional do processo”.

O limite para as “infrações de menor potencial ofensivo” passou a ser de 02 (dois) anos, tanto na Lei nº 10.259/01 quanto na antiga Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76), em seu artigo 16, de competência dos “Juizados Criminais”. Tal situação consolidou-se com a Lei nº 11.343/06, que alterou a redação do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, não sendo aplicada a pena de prisão para o simples “usuário” e pretendendo-se que o assunto sequer passasse pela polícia, sempre que possível.

Sendo o agente, diretamente encaminhado aos “Juizados Criminais”, salvo onde existam Juizados de plantão, o que é uma utopia, não há sequer Inquérito Policial, e sim “Termo Circunstanciado”, no qual o agente se compromete a comparecer ao Juizado Criminal, oportunamente, não sendo possível a prisão em flagrante, justamente por esta razão.

A “competência” para aplicação das “medidas alternativas” previstas no artigo 28 é dos “Juizados Criminais”, sendo que, na audiência preliminar é possível a “transação penal”, proposta pelo Ministério Público, que, caso não seja aceita pelo agente, seguirá o rito “Sumaríssimo” da Lei nº 9.099/95, sendo que, de modo algum, lhe será imposta pena de prisão ao final.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2008.p.119), “a nova posição legislativa sobre o usuário” caracteriza-se pelo seguinte, *in verbis*:

“a) não associação do uso de drogas com a “demonização política e social” (leia-se: o usuário de droga não deve ser visto como um “demônio”; b) a sobrevivência da sociedade não depende só da política repressiva; c) a política do uso controlado, como o álcool, pode dar bom resultado; d) o uso de droga não é assunto prioritário da polícia (sim, de saúde pública). A nova legislação brasileira, no que se relaciona com o “usuário”, representa um avanço (ao não puní-lo com pena de prisão) e está tendencialmente em consonância com a política européia de redução de danos”.

Desta forma, houve “descriminalização” da posse de drogas para o consumo pessoal, apenas no âmbito “formal”, que ocorre quando o fato deixa de ser crime, mas continua dentro do Direito Penal, ou seja, tal ocorrência deixou de ser “crime”, no sentido técnico, não sendo esta a posição adotada pelo Superior Tribunal Federal (STF), que vê no “usuário” apenas um “tóxico delinqüente”.

A conduta descrita no artigo 28, continua sendo “ilícita”, porém não houve, concomitantemente com a “descriminalização formal”, a legalização da posse de drogas para consumo pessoal. Assim, a posse para consumo pessoal deixou de ser formalmente “crime”, mas sem perder seu conteúdo de infração, de ilicitude, tratando-se mais de uma hipótese de “despenalização”, pois descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, passando o fato descrito na lei penal como infração penal e a não mais ser considerado como “crime”.

No caso da “descriminalização formal”, o fato passa a ser um ilícito “sui generis”, como é caso do artigo 28 posto que retira-se da conduta a etiqueta de “crime”, embora permaneça a ilicitude, mas sem legalização da droga. A “descriminalização substancial”, concomitantemente, legaliza a conduta.

O fundamento de tal afirmação encontra-se na definição de “crime” existente no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal que o considera como a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente, com a pena de multa; “contravenção”, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente, conforme Dec.- Lei nº 3.914/41.

Se legalmente, no Brasil, “crime” é a infração penal punida com reclusão ou detenção, quer isolada, cumulativa ou alternativamente com multa, não resta dúvida que a posse de drogas para consumo pessoal, com a introdução da nova Lei de Drogas, deixou de ser crime do ponto de vista formal porque as sanções impostas para esta conduta, descritas no artigo 28 da nova Lei de Drogas, quais sejam, “advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos” não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal, haja vista que esta se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa.

Desta forma, o “usuário” de drogas já não pode ser chamado de “criminoso”, pois é autor de um ilícito, pois a posse da droga não foi legalizada. Caso contrário, cairia por terra toda a preocupação preventiva e não punitivista da Lei, em relação ao simples “usuário”. Não foi por acaso que o legislador intitulou o Cap. III do Título III como “Dos Crimes e das Penas”.

A “posse de drogas para consumo pessoal” é também um ilícito penal “sui generis” porque o art. 28 não foi retirado do mundo do direito penal. É “sui generis” também porque, além de suas penas cominadas não conduzirem à prisão, normalmente a transação penal imposta impede outra no lapso de cinco anos, o que não acontece em relação ao “usuário”, pois este pode fazer “várias transações penais, dentro desse lapso, em razão do consumo de drogas”. O que muda, no caso de “reincidência”, é o tempo de cumprimento das penas, que aumenta de cinco para dez meses.

Logo, se o legislador aboliu tão-somente o caráter “criminoso” da posse de drogas para consumo pessoal, deixando esse fato de ser considerado “crime”, embora continue sendo um ilícito penal, contrário ao direito, havendo assim, uma “descriminalização formal” somente, e não legalização da conduta, não há que se falar em “abolitio criminis” pelo simples fato de que tal conduta não foi retirada do direito penal e porque o fato somente foi transformado de crime para “infração penal sui generis”.

Infelizmente, para o Supremo Tribunal Federal (STF), o “usuário” continua sendo visto apenas um “tóxico-delinquente” e a “posse de drogas para consumo pessoal” trata-se de um “crime”, punido com penas alternativas, indo de encontro a tudo o que a Lei nº 11.343/06 não queria, posto que a Lei nova está voltada para uma política de “prevenção” e de “redução de danos”.

Apesar disto, algumas mudanças já vêm ocorrendo, a passos curtos, mas, acreditamos que muito em breve tal enquadramento será revisto pelo STF, como tem ocorrido com os TJ's de todo o País, e com o STJ.

5 - PENAS ALTERNATIVAS (MEDIDAS EDUCATIVAS)

No caput do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, o legislador menciona a palavra “penas”, porém em seu § 1º aborda a palavra “medidas” e, no § 6º menciona a locução “medidas educativas”, todas objetivando a substituição da pena de prisão por “medidas alternativas”, buscando-se como objetivo maior a “prevenção” e a “reinserção” sobretudo daqueles que detêm a “posse de drogas para consumo pessoal”. As penas previstas neste artigo são assim denominadas, justamente por serem “Medidas Alternativas” à prisão.

As “sanções” aqui descritas, valem tanto para a “posse de drogas para consumo pessoal” quanto para a “conduta de semear, cultivar ou colher plantas tóxicas”, desde que destinadas ao consumo pessoal.

As “medidas alternativas”, descritas nos incisos I a III do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, são:

Advertência: refere-se aos efeitos das drogas, não por razões moralísticas ou religiosas. Sua razão é jurídica, haja vista ser uma sanção legal. Deve-se abordar seus efeitos deletérios, não somente para o próprio usuário como para sua família. Esta modalidade pode ocorrer no próprio Juizado Criminal.

Prestação de Serviços à Comunidade: consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, conforme aptidões deste, pois é preciso haver razoabilidade na medida, não podendo jamais ser ofensiva à dignidade da pessoa, de acordo com o princípio da proibição da pena indigna.

Seu tempo de cumprimento segue a mesma regra do artigo 46, § 3º do CP, consistindo em uma hora de tarefa por dia de condenação e não gera qualquer vínculo empregatício. Quando este tipo de medida funciona como pena substitutiva (artigo 46, CP), limitando-se sua aplicação quando a sanção imposta for superior a seis meses, somente valendo para a situação específica do artigo 46.

Na Lei de Drogas a disciplina jurídica da prestação de serviços à comunidade é distinta e, como se sabe, lei especial derroga lei geral. Como pena substitutiva é também condição da suspensão condicional do processo (artigo. 89 da Lei nº 9.099/95), sendo condição “*sine qua non*” que o réu em questão esteja solto, eis que totalmente incompatível com relação ao agente preso.

O local de seu cumprimento é determinado pelo juiz das execuções, sendo efetivada em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. Caso inexistam na comarca, nada impede que a medida seja executada em qualquer outra entidade, mesmo que não cuide dos usuários, devendo-se respeitar o rol estabelecido no §. 5º.

Normalmente seu descumprimento autoriza o oferecimento da denúncia contra o agente que não cumpriu a pena alternativa, sendo esta a posição consolidada pelo STF e STJ, embora inexista lei específica para tanto. Porém, no caso de “usuário” de drogas que descumpra a transação penal acordada, nada pode ser feito, pois não poderá haver prisão, em hipótese alguma. No máximo, o juiz poderá substituir a pena de prestação de serviços à comunidade pela de multa, sendo a renda revertida para as instituições anteriormente descritas.

Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo: cabe ao juiz fixar com precisão o programa ou curso educativo ao qual o agente deve comparecer, determinando inclusive a frequência na sentença proferida.

Cumprir ressaltar que a imposição de uma pena não impede uma segunda e, no caso de “reincidência” de usuário surpreendido com drogas destinadas ao consumo pessoal, o prazo passa de cinco para dez meses de cumprimento máximo de pena.

6 – CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO

Quando há uma efetiva sucessão de leis penais no tempo do crime e do processo, da sentença ou da execução, como ocorre quando comparamos a “antiga lei” com a “nova lei” de drogas, por exemplo, fala-se em “conflito de leis penais no tempo” ou “sucessão de leis penais”. Neste caso, faz necessário saber qual legislação será aplicável ao caso concreto.

Para solução do assunto, recorrer-se-á a dois princípios básicos: “irretroatividade da nova lei penal mais severa” ou “retroatividade da nova lei penal mais benéfica”, além da aplicabilidade de dois outros correlatos: “ultra-atividade da lei penal anterior mais benéfica” e “não ultra-atividade da lei penal anterior mais severa”.

Ao conjunto de regras e princípios que regulam o conflito de leis penais no tempo dá-se o nome de “Direito Penal Intertemporal”. Tal conflito recentemente tornou a acontecer com o advento da lei em comento.

Ao compararmos a antiga Lei nº 6.368/76 com a nova Lei de Drogas, nota-se que, em muitos pontos, a nova Lei ora é mais favorável, ora é mais severa. Em todos os pontos em que for mais favorável, retroage para beneficiar o réu. Do contrário, quando prejudicial, não retroage.

6.1 - RETROATIVIDADE OU IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Quanto à questão acerca da retroatividade da nova Lei, ou não, a “sucessão de leis penais” ou “conflito de leis penais no tempo” rege-se por dois princípios básicos: 1) irretroatividade da lei penal nova mais severa; 2) retroatividade da lei penal nova mais benéfica, de onde podemos concluir que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, conforme preconizado pelo artigo 5º, XL, da Constituição Federal de 1988, ressaltando-se que mesmo raciocínio vale para a questão referente ao “tráfico” de drogas.

Note-se que o artigo 28 da nova Lei de Drogas, a Lei nº 11.343/06, é indiscutivelmente mais benéfico para o agente que o anterior artigo 16 da antiga Lei

6.368/76, pois tal artigo contemplava um “crime”, punido com pena de detenção, porém na prática, todas as infrações eram dirimidas nos “Juizados Criminais”.

Ocorre que a disciplina dos Juizados Criminais é mais severa que a nova Lei, haja vista que, conforme já abordado anteriormente, tal ordenamento jurídico não permite ao infrator nova transação penal num lapso de cinco anos, o que não acontece com os delitos envolvendo “usuários” com relação à “posse de drogas para consumo pessoal”. Não há nenhum impedimento para uma “nova transação penal”, segundo § 4º do artigo 28 da nova Lei de Drogas. Logo, naquilo em que a nova Lei for mais benéfica, retroagirá sempre, caso contrário, não retroagirá nunca, em qualquer situação.

Outra situação em que esta nova Lei terá retroatividade, por ser mais benéfica ao agente, encontra-se no fato de não ser permitida “denúncia” quando houver “descumprimento de uma transação penal”, conforme § 6º do mesmo artigo. Tal descumprimento não autoriza sequer a aplicação do artigo 44, § 4º do CP, ou seja, “conversão da pena restritiva de direitos em prisão”, podendo ser oferecida “nova transação penal” para esses casos, “uma vez que lei especial derroga a lei geral”, segundo Luiz Flávio Gomes.

Além desses dois Princípios de Direito Penal, no caso específico de “posse de quantidade ínfima de drogas destinadas ao consumo pessoal”, o correto é não fazer incidir qualquer uma das penas alternativas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, mas sim o “princípio da insignificância”, que é uma das “causas de exclusão da tipicidade material” do fato, pois a quantidade de droga é tão insignificante que seria incapaz de causar mal até mesmo ao próprio agente, quem dirá a terceiros.

Portanto, a aplicação de tal princípio justifica-se pela exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade, pois tal fato é “atípico”, seja porque não há desaprovação da conduta, devido à sua insignificância, seja porque não há um resultado jurídico desvalioso, haja vista que o “resultado é ínfimo”.

Cabe assinalar que praticamente toda a jurisprudência brasileira tem admitido o “princípio da insignificância” como corretivo da abstração e generalidade do tipo penal.

O mesmo raciocínio vale para as condutas descritas no § 1º do artigo 28, desde que tais condutas, quais sejam: semear, cultivar ou colher plantas tóxicas, sejam destinadas ao consumo pessoal somente, preenchendo assim, seu “requisito subjetivo especial”, delimitando essa infração da prevista no artigo 33, § 1º, II. Não se pode equiparar uma plantação de vários alqueires de maconha, ou de qualquer outra droga, com o cultivo ou colheita de um pé de maconha. Fatos distintos merecem tratamento diferenciados.

A definição do que seja “pequena quantidade” para enquadramento neste artigo, fica a cargo do “bom senso do juiz”, considerando, dentre outros fatores, a quantidade de droga que a planta pode gerar, a quantidade de plantas, dentre outras.

7 – ASPECTOS ESPECÍFICOS QUANTO AO TRÁFICO DE DROGAS

Mesmo não sendo a questão do tráfico de drogas o foco principal deste estudo, faz-se necessário abordar tal temática, devido à sua relevância e estreita relação para com a questão do “usuário” como um todo. Portanto, não se aprofundará demais em tal questão, apenas debatendo aspectos pertinentes ao objeto deste trabalho.

O artigo 31 da Lei em estudo, preconiza que para escapar da condição de ilicitude, incidindo assim na categoria “tráfico” de drogas, é indispensável a “licença prévia” da autoridade competente para as condutas previstas no Título IV, em geral, cabendo a “destruição do material ilícito às autoridades de polícia judiciária”, após “exame pericial” e confecção de “Auto Circunstanciado”, em conformidade com a legislação vigente e com os artigos 31 e seguintes da referida Lei, que prevê inclusive a “expropriação das glebas cultivadas com plantações ilícitas”, de acordo com o artigo 243 da nossa Carta Magna, dando-lhes “finalidade social”. O artigo 33 e seguintes, descrevem detalhadamente quais “condutas delituosas” se enquadram na categoria “tráfico”. Logo, do texto constitucional extrai-se como finalidades, o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e o aproveitamento das glebas para a política de reforma agrária.

Comparando-se a nova lei de drogas com suas precursoras, vislumbra-se que os “dezoito verbos” contemplados no artigo 12 da lei anterior, qual seja, a Lei 6.368/76, foram mantidos na nova Lei de Drogas, sem inovação. São eles: 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”. Para alguns doutrinadores tais condutas se enquadrariam melhor naquelas antes descritas no artigo 12 da Lei anterior se destinadas a “consumo próprio”, privilegiando a conduta do agente.

Para outros, a “inexistência do lucro como objetivo final”, por questão de equidade, melhor se moldava ao antigo artigo 16 da Lei anterior, que preconizava o “porte para uso”, atual artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

A nova Lei resolveu tal questão prevendo o tipo específico no § 3º do artigo 33, de “menor potencial ofensivo”, tal como ocorre com os “usuários”, para o agente que oferece droga, “eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”.

7.1 – Circunstâncias Indicativas do Tráfico

O enquadramento do agente na categoria “tráfico”, baseia-se nas condutas previstas, sobretudo no artigo 33 do diploma legal em questão. No caso do “usuário”, a posse de drogas, em pequena quantidade, para consumo pessoal, não configura-se “crime”, e sim “infração penal” punida com “medidas alternativas” e jamais podendo ser punida com pena de prisão. O mesmo, porém não se aplica ao “tráfico” de drogas.

Para se concluir pela prática do “crime de tráfico”, deve-se atentar não somente para a “quantidade”, ou “qualidade”, da droga apreendida, mas também para outros fatores, tais como o “local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa”, as “circunstâncias da prisão”, a “conduta”, a “qualificação e os antecedentes do agente”, conforme demonstrado pelo artigo 52, I deste diploma legal e até mesmo sua “condição econômica”. Ressaltamos que o crime de tráfico somente será punível quando praticado na forma “dolosa”, isto é, quando o agente, com “consciência e vontade, pratica as condutas descritas no tipo, ciente de que explora substância entorpecente proibida (“droga”), sem autorização ou determinação legal ou regulamentar. Caso contrário configurar-se-á o chamado “erro de tipo” que é “excludente do dolo”, logo, da “tipicidade”.

Sua consumação se dá com a prática de qualquer um dos núcleos, porém o contido no tipo, não sendo exigidos efetivo ato de tráfico. A conduta do agente deve, contudo, ser capaz de “lesar os bens jurídicos envolvidos”, apesar de não se exigir uma vítima concreta, por se tratar de um “crime de perigo concreto indeterminado”. Logo, é fundamental a “comprovação da idoneidade lesiva da conduta para os bens jurídicos envolvidos”, por exemplo, vida, integridade física, dentre outros.

Quanto ao “plantio para uso próprio”, muito se discutia acerca do tratamento dispensado às condutas descritas no inciso II do § 1º do artigo 33, quais sejam, semear, cultivar, colher plantas que se constituam em matéria prima para a preparação de drogas ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, para uso próprio, sem a devida autorização prévia ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Como o “tipo não exige finalidade especial do agente”, tais condutas “equiparam-se ao tráfico”, porém faz-se necessário averiguar os “requisitos” tais como, “quantidade” e “finalidade”.

Com a nova Lei, tratando-se de “pequena quantidade”, as mesmas conseqüências para o “usuário” são aplicadas àquele que praticar tais condutas, para seu consumo pessoal. Se “média ou grande a quantidade”, sendo estas consideradas aquelas superiores ao necessário para o consumo próprio de viciados, responde o agente nas penas do artigo 33, § 1º, II, ou seja, por “tráfico por equiparação”.

Quando tais condutas destinam-se à “preparação de drogas” que serão “consumidas de forma compartilhada”, Abel Fernandes Gomes, Flávio Oliveira Lucas e Frederico Valdez Pereira (2006. p 86), concluem, *in verbis*:

“O § 3º deste artigo (33) somente prevê o fornecimento da droga para “pessoa de seu relacionamento” para fim de consumo compartilhado, dando uma idéia de que este não seja futuro, mas que ocorra imediatamente após o oferecimento da droga”.(...). “Por outro lado, o crime do artigo 28, § 1º repudia o fornecimento ou a intenção de fornecimento para terceira pessoa”.(...). “Parece-nos que, por analogia benéfica, a solução mais correta será seu enquadramento no tipo do art. 33, § 3º, desde que não haja a intenção de venda da droga, que ela se destine à preparação de droga para consumo compartilhado com pessoa de relacionamento do agente e que esta seja plantada em pequena quantidade, tudo a revelar uma mera “plantação de fundo de quintal”.

7.2 – Sanção Penal Prevista para o Crime de Tráfico

Conforme pode ser verificado, com a introdução da novel Lei de Drogas a pena para o crime de “tráfico” foi aumentada de três a quinze anos de reclusão, e multa de trinta a trezentos e sessenta dias-multa para de cinco a quinze anos, acrescida do pagamento de multa de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa,

revelando-se assim, uma “*novatio legis in pejus*” aplicando-se somente aos fatos ocorridos durante a sua vigência, sendo vedada sua retroatividade.

Em se tratando de crimes “permanentes”, como por exemplo, trazer consigo, manter em depósito, etc., diante da nova pena mais gravosa, a Súmula 711 do STF preceitua que, *in verbis*: “*A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência*”.

Em conformidade com o § 1º do artigo 33, incorrem nas mesmas penas qualquer pessoa que praticar qualquer das condutas descritas nos incisos de I a III do referido artigo, com a destinação neste descrito, ressaltando-se que a expressão “matéria-prima” compreende não somente as substâncias destinadas exclusivamente à preparação da droga, como também aquelas que, eventualmente, se prestem a esta finalidade.

Como dito anteriormente, para que haja o “crime” é indispensável a prática das condutas incriminadoras sem que haja autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sendo este, “elemento normativo do tipo”, equivalendo-se à ausência de autorização o seu desvio, ainda que regularmente concedida, além de exame pericial comprovando a materialidade do crime através de laudo definitivo, atestando que o produto apreendido serve, ainda que eventualmente, como matéria-prima, insumo ou substância química para a produção de entorpecentes, melhor dizendo, “drogas”, de acordo com a nomenclatura introduzida com a nova Lei de Drogas.

No delito de “tráfico”, artigo 33, caput, e nas formas equiparadas, § 1º, as penas poderão ser “reduzidas de um sexto a dois terços”, desde que o agente seja “primário, não reincidente, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os “requisitos” apresentados são “subjetivos e cumulativos”, isto é, faltando um deles inviável a benesse legal.

A simples leitura do § 4º do artigo em tela pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz, porém, é um “poder-dever”, ficando sua discricionariedade limitada à fração minorante, orientada pela “quantidade e/ou espécie da droga apreendida”.

Por tratar-se de inovação benéfica para o réu, deve retroagir, “incondicionalmente”, para alcançar os fatos pretéritos, ainda que em fase de execução, aplicando-se nesses casos, a pena antiga que, anteriormente era de três a quinze anos, da mesma forma como ocorre com o “usuário”.

Para Rogério Greco (2005. p. 128), *in verbis*:

“Somos da opinião de que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a lei anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na lei posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados”.

O STJ, no HC 87.464/RS (j. 13.12.2007), decidiu o assunto, admitindo a retroatividade benéfica, com limites. Ao alcançar “fatos pretéritos”, a pena reduzida deve respeitar um “saldo mínimo de um ano e oito meses de reclusão” (resultado da nova pena mínima abstratamente cominada ao crime – cinco anos – reduzida de dois terços).

Sendo mais benéfica ao réu, a norma penal deve retroagir à luz do artigo 5º, XL, da Constituição Federal (“*novatio legis in melius*”), tal como ocorre com o “usuário”.

No que tange à “vedação de penas restritivas de direito”, com a redução da pena privativa de liberdade ao “primário” e de “bons antecedentes”, preenchidos estariam todos os requisitos permissivos da substituição da reprimenda por restritivas de direitos (artigo 43 e seguintes do CP). Contudo, o mesmo §4º logo vedou esta possibilidade, impedindo a “conversão”, proibição essa repetida no artigo 44 desta Lei.

Com o advento da Lei nº 11.464/2007 questiona-se a constitucionalidade dessa vedação. Porém, tal questão, apesar de sua inquestionável relevância para a temática ora abordada, não é objeto de nosso estudo.

08 – HÁ HEDIONDEZ NO TRÁFICO PRIVILEGIADO?

O Presidente da República, por intermédio do Decreto nº 6.706/08, concedeu o indulto previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 aos condenados pelo crime de “tráfico privilegiado”, sob determinadas condições, quais sejam, ausência de antecedentes criminais e não dedicação a organizações criminosas, haja vista que a combinação do artigo 33, caput, com o seu § 4º, não pode ser tida como hediondo pelas seguintes razões:

I) “privilégio” não se harmoniza com “hediondez”. Pelo contrário, além de incompatíveis, são ontologicamente inconciliáveis, razão pela qual o legislador modificou consideravelmente a originária reduzindo-a de um sexto a dois terços por entender que o “tráfico privilegiado” merece resposta penal mais branda, justamente pelo envolvimento “ocasional” do agente com esta espécie delituosa, “não registrando antecedentes criminais” e “não usufruindo, diuturnamente, dos lucros desta atividade ilícita”.

II) a pena mínima para o crime privilegiado é de um ano e oito meses, não sendo razoável que o “tráfico privilegiado” seja considerado crime hediondo, tendo em vista a ausência de gravidade que o justificasse.

III) o legislador, ao elencar os crimes hediondos e assemelhados a hediondo na Lei 8.072/90, não previu a figura a figura híbrida ao “tráfico privilegiado”, assim como não o fez no caso do homicídio qualificado-privilegiado, não sendo, portanto considerado “hediondo” este último, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, quase unânimes, pelo fato de que o rol apresentado na Lei dos Crimes hediondos é taxativo.

Na época de sua introdução, prevaleceu o magistério de Damásio Evangelista de Jesus in FRANCO, José Henrique Kaster (2009), *in verbis*:

“...para efeito de qualificação legal do crime, o reconhecimento do privilégio descaracteriza o homicídio qualificado. Assim, quando o inciso I do artigo 1º da lei nº 8.072 menciona o “homicídio qualificado”, refere-se somente à forma genuinamente qualificada. Não ao homicídio qualificado-privilegiado. Tanto que, entre parênteses, indica os incisos I a V do § 2º do artigo 121. Supunha-se um homicídio eutanásico cometido mediante cometido mediante

estuprador da filha. Reconhecida a forma híbrida, não será fácil a tarefa de sustentar a hediondez do crime. Como disse o Ministro Assis Toledo, do STJ, “seria verdadeira monstruosidade essa figura: um crime hediondo cometido por motivo de relevante valor moral ou social. Seria uma contraditio in terminis. Tanto mais quando, havendo bons argumentos em favor das duas posições, tratando-se de norma que restringe o direito subjetivo de liberdade, o intérprete deve dar preferência a que beneficia o agente”

IV) se o homicídio qualificado-privilegiado não é considerado crime hediondo, não há motivo para que o “tráfico privilegiado” receba tratamento disforme, haja vista que a pena mínima para o crime de homicídio qualificado-privilegiado é de oito anos de reclusão, com sacrifício do bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico, a vida.

V) o legislador não inclui, na norma do artigo 44 da Lei 11.343/06, o “tráfico privilegiado”, descrevendo como “inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória” somente os crimes descritos no artigo 44 que diz: “os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Se a norma do artigo 44 abarcasse o “tráfico privilegiado”, não haveria a necessidade do legislador expressar a mesma vedação no artigo 33, § 4º: “nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Ressalta-se que “a intenção foi a de dar tratamento específico a um crime específico, isto é, ao “tráfico privilegiado”. Embora as penas sejam marcadamente reduzidas, e não esteja incluído no rol dos crimes assemelhados a hediondos, entendeu-se por bem vedar a substituição por penas restritivas.

VI) afronta o princípio da proporcionalidade e da igualdade tratar, com respostas penais semelhantes, pessoas que estejam em situações tão díspares. O “mula” ou o “aviãozinho”, bem como o simples “usuário”, não podem ter a mesma

pena que um “traficante”, pois as penas devem ser compatíveis com o grau de culpabilidade de cada indivíduo.

Beccaria, em 1764, in Franco, José Kaster (2009), lecionava que:

“os meios de que se utiliza a legislação para impedir crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas”.

VII) tanto a doutrina quanto a jurisprudência apontam a necessidade de afastar do “tráfico privilegiado” a pecha da hediondez, posição defendida pelos professores Sérgio Salomão Shecaira, professor assistente da Faculdade de Direito da USP, e seguramente, um dos maiores penalistas da atualidade, e Pedro Luiz Bueno de Andrade, in Franco, José Henrique Kaster, in verbis:

“Podere-se, por fim, que a própria legislação vigente recomenda, em algumas hipóteses e circunstâncias, a adoção de penas mitigadas (artigo 33, § 4º c/c artigo 42), por entender desnecessária a pena do caput do artigo 33 nas hipóteses em que não se reconheça no agente do delito a condição de traficante contumaz, mas de mero “passador” eventual. Se assim é, porque persistir a condição de hediondez também nessas hipóteses?”

Na parte jurisprudencial, sublinha-se julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

PENAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA – REGIME ABERTO – RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. O § 4º DO ARTIGO 33, da nova lei de drogas, cuida da figura do tráfico privilegiado, que não está elencado no rol dos crimes hediondos ou a ele equiparados (...). TJMG, A petição Criminal nº 1.0112.08.076426-2/001, relator Desembargador Hércio Valentim, publicado em 09.12.2008).

VIII) Dados estatísticos revelam que, ao invés de “chefões” ou “barões” da droga, para os quais a rigidez da lei é merecida, a realidade penitenciária mostra um amontoado de jovens, na sua maioria com menos de vinte e cinco anos, pobre e de cor, analfabetos totais ou funcionais, e que custam ao Estado, por mês, cerca de R\$1.200,00 a R\$1.500,00.

Portanto, é justo que o agente envolvido “ocasionalmente” na prática do delito seja punido tal qual qualquer outro criminoso comum, e é justo que lhe seja aplicada pena privativa de liberdade – conforme exige o artigo 33, § 4º - até mesmo no regime inicialmente fechado (cujá necessidade o magistrado saberá, caso a caso, aquilatar), mas sem os extremos reservados àqueles crimes que afetam sobremaneira a vida em sociedade, taxados como hediondos ou seus equiparados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, a Lei nº 11.343/06 trouxe mais polêmica que soluções, mas suas inovações são de suma importância para o Direito Penal.

Uma das principais mudanças trazidas pela referida Lei é o fim da prisão de “usuários” de drogas, então substituída pelas “medidas alternativas” que, além de não terem nenhum efeito punitivo, não passam de um “paliativo” e abrem espaço para a “reincidência”, devido ao seu abrandamento exacerbado, que muito pouco, ou quase nada, tem contribuído, efetivamente, para a redução do número de “usuários” e, reflexamente, da criminalidade, uma vez que os mesmos não vêem nestas uma forma de sanção por um ato ilícito. Pelo contrário, acreditam que a “posse de drogas para consumo pessoal” foi, literalmente, legalizada, o que não é verdade, pois o que houve foi apenas uma “descriminalização formal”, mas não legalização de tal conduta, que continua ilícita. O que foi abolido foi, tão somente seu caráter “criminoso”, passando de “crime” a “infração penal” somente.

No entanto, a nova legislação é mais rigorosa para os “traficantes”. A punição mínima aumentou de três para cinco anos de prisão, podendo chegar a quinze anos, sem direito a fiança ou benefícios como, por exemplo, à liberdade provisória. Apesar de seu “caráter punitivista”, outra inovação importante diz respeito à introdução de dois novos tipos penais, quais sejam, o “tráfico privilegiado” e o “financiador do tráfico”, sendo que no primeiro caso, a nova lei contemplou uma sensível diminuição de pena de 1/6 a 2/3, a critério do juiz, vedada a conversão em pena restritiva de direitos, desde que preenchidos alguns requisitos e, no segundo, previu uma punição de 8 a 20 anos de reclusão.

Porém, na verdade, muito pouco avançamos quanto à consecução dos objetivos inicialmente propostos pelo SISNAD, pois o número de “usuários” e o tráfico de drogas continua aumentando, englobando não somente as camadas mais baixas da população, mas assolando também as classes média e alta da sociedade, permeando parcelas jamais imaginadas da população, quais sejam, camadas de altíssimo nível, com alto poder aquisitivo e prestígio social. Portanto, drogas não é mais apenas uma questão de camadas pobres da sociedade, de favelados, mas sim, uma questão de saúde pública.

O fato é que o SISNAD não funciona e, ainda que funcionasse, no Brasil, além de não ser compulsório o tratamento terapêutico para os “usuários” e “dependentes”, não é fácil conseguir uma vaga para desintoxicação de drogas em hospitais públicos, para a população de baixa renda.

Como “vantagens” apresentadas pelos defensores da lei se relacionam com a questão da superlotação dos presídios que, se pretende reduzir, já que um menor número de contingente será presa pelo simples fato de deter a posse ou fazer uso das drogas. Antes da Lei nº 11.343/06 entrar em vigor, “traficantes”, “usuários” e “dependentes químicos” eram presos juntos, sem qualquer distinção. Não seria justo dar tratamento igual a casos completamente distintos.

Justo também se mostra a punição do agente envolvido apenas “ocasionalmente” com o tráfico de drogas tal como qualquer outro criminosos comum, sendo-lhe aplicada pena privativa de liberdade, conforme exigido pelo artigo 33, §§ 4º da Lei 11.343/06, ainda que em regime inicialmente fechado, cuja necessidade caberá ao magistrado, caso a caso, aquilatar, porém sem os extremos reservados àqueles crimes que afetam sobremaneira a vida em sociedade, taxados como hediondos ou seus assemelhados.

Para alguns especialistas em uso de drogas, o principal problema na lei brasileira, que configura a principal “desvantagem” de tal Lei, é o tipo de pena aplicada ao “usuário”, cujas punições são demasiadamente brandas e geram uma falsa impressão de legalidade. A crítica consiste, basicamente, na falta de acompanhamento em relação aos processos judiciais.

Para a maioria da população, o Governo Brasileiro erra ao punir os “usuários” com menor rigor em relação a quem comercializa as drogas e alguns, mais radicais, defendem a idéia de que o “usuário é sócio do traficante”. Muitos concordam com tal posicionamento e seguem na mesma linha de condenação ao “usuário”, haja vista que o mesmo sabe que sua conduta é errada. Sabe que o dinheiro dele está financiando a violência, o “tráfico” e acabando com muitas vidas. A responsabilidade de ambos é a mesma.

É preciso acabar com a hipocrisia de que “usuário” é “doente”, vítima do sistema, sem contudo, nada de concreto ser feito, por parte das autoridades

competentes, para propiciar a esses “doentes”, um tratamento eficaz, digno e adequado aos mesmos, bem como aos seus familiares, que acabam adoecendo junto com os “usuários” e “dependentes químicos”. Ambos precisam de tratamento, e não de cadeia, que são nada mais do que verdadeiros “depósitos de gente”, incapazes de ressocializar alguém no Brasil.

Claro que o tratamento tem que ser diferenciado, afinal o cidadão já é portador de uma doença grave e, em vez de receber tratamento médico e psicológico por parte do Estado, é tratado como um “criminoso”.

Analisando-se, ainda que superficialmente, a questão carcerária brasileira, o que se tem verificado é que, ao invés de “chefões” ou “barões” do tráfico de drogas, para os quais a rigidez da lei é merecida, a realidade penitenciária revela é um amontoado de jovens, na sua esmagadora maioria com menos de 25 anos de idade, pobres e de cor, analfabetos totais ou funcionais, e que custam muito caro ao Estado.

A percepção da maioria é que o “usuário” de drogas financia o “tráfico” e deveria ter uma punição tão dura quanto o bandido que a comercializa, o que é uma visão errônea e preconceituosa. É óbvio que quem consome drogas financia o tráfico. Isso é um fato. Além disso, normalmente quem consome também trafica, ainda que indiretamente e em menor quantidade, sendo prática muito comum no meio das drogas um “amigo” adquirir o produto em uma “boca de fumo” qualquer e, posteriormente repassa-la para um outro. Tráfico é tráfico. A diferença é que os “traficantes” do morro, da favela, matam, formam quadrilhas e fazem desse ramo de atividade criminosa, sua fonte de renda, seu meio de subsistência e ostentação. Mas o crime de tráfico é o mesmo.

Apesar de tudo o que já foi dito, reprimir o “usuário” é uma forma de combater o tráfico. Porém, a forma como se conduz a política penal é que é desvirtuada. Uma solução razoável seria dar uma pena alternativa em sua primeira condenação e, numa eventual reincidência, a prisão em entidade própria para o tratamento de dependência. Caso nenhuma destas opções surtisse efeito, o “usuário” deveria cumprir pena de reclusão, mas somente em último caso. Somente assim, o uso de drogas seria de fato desestimulado.

“Usuários” de drogas sempre existiram em nossa sociedade e, talvez sempre existirão. Querer lutar contra o consumo através da repressão, pura e simples, e de cadeia é uma mentalidade medieval. O consumo é caso de saúde pública e deve ser tratado como tal. Campanhas educativas, tratamento aos “dependentes” e repressão à entrada das drogas no País, pelas fronteiras, e combate ao tráfico internamente seriam um outro caminho bastante razoável.

Enquanto os governantes e legisladores se ocuparem apenas em tratar as consequências advindas do tráfico, sem preocuparem-se com as suas causas, os “traficantes” continuarão a reinar impunemente e a contaminar todas as camadas da sociedade. É preciso prevenir, educar, vigiar e punir.

Espera-se ter contribuído, de alguma forma, para o esclarecimento de um tema tão polêmico quanto inovador. A questão das “drogas” sempre existirá, resta-se cuidar para que suas consequências sejam cada vez menos nocivas, e que atinjam cada vez menos vítimas na sociedade.

Cabe, não somente à sociedade civil organizada cuidar de tais questões tão prejudiciais a todos os cidadãos, mas, principalmente aos governantes buscarem incentivos às políticas públicas que de fato busquem os objetivos preconizados pelo SISNAD, posto que não seria justo, sobretudo após a implantação de uma Lei voltada para a “repressão ao tráfico” e “reinserção social do usuário” buscando sobretudo a prevenção ao uso de drogas e preconizando “maior rigor punitivo” para o “traficante”, dar tratamento igual para indivíduos completamente distintos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Eduardo Luiz Vieira de. Limites do artigo 33 da Lei 11.343/06 e suas causas de diminuição de pena nos crimes regidos pela Lei 6.368/06. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 22 fev. 2008.

BITTENCOURT, Cezar Roberto e **PRADO**, Luiz Régis. Princípios Fundamentais do Direito Penal, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, p. 82.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, v.1, 8. ed., 2005.

_____, Fernando. Legislação Penal Especial. São Paulo: Ed. Saraiva. Damásio de Jesus, v.2, 5. ed., 2006.

CAROLLO, João Carlos. Artigo: “Sucintos Comentários à Lei 11.343/06”. Outubro/2006. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br.

CASTRO, Mary Garcia et alii. Brasil Telecom, Fundação W. K. Kellogg: Ed. UNESO BID. 2001

CLARET, Martin. Dos Delitos e das Penas. São Paulo; 2000, p.68-9.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p.84.

FILHO, Vicente Greco. Tóxicos Prevenção e Repressão. Comentários à Lei 11.343/2006. Lei de Drogas. 13ª edição: Editora Saraiva.

FRANCO, José Henrique Kaster. Tráfico Privilegiado: a Hediondez das Mulas. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2031, 22 jan. 2009.

GOMES, Luiz Flávio et all. Lei de Drogas Comentada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3. ed., 2008.

_____, Luiz Flávio. Nova lei de tóxicos: qual procedimento deve ser adotado?. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 1154, 29 ago 2006.

_____, Luiz Flávio. Nova lei de tóxicos não prevê prisão para usuário. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 1141, 16 ago 2006.

_____, Luiz Flávio. DONATI, Patricia. Lei nº. 11.343 /06 versus lei nº. 11.719 /08: qual procedimento deve prevalecer? Disponível em <http://www.lfg.com.br> 15 junho. 2009.

GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Ímpetus, v.1, 7. ed., 2006.

_____; Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 5 ed. Niterói: Ímpetus, 2005. p.128.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. Manual de Sentença criminal.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 10.

KAHN, Túlio. Cidades Blindadas: Ensaios de Criminologia. SP: Sicurezza, 2002. p.14

NUCCI, Guilherme. “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”. 3. ed, rev.atual. e ampl. SP: RT, 2008

RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. Controle Penal sobre as Drogas Ilícitas: o Impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. SP. 2006. p. 205, 251-252.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Sistemas Penales y Derechos Humanos en America Latina. Informe Final, 1986. Retirado em 12.10.2007 na página: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1994/5.pdf>

ZALUAR, Alba. Integração Perversa: Pobreza e Tráfico de Drogas. RJ: FGV, 2004. p.30

O homicídio, crime hediondo. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 22, out de 1994

STF, Tribunal Pleno, **HC 77.528-0/SP**, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 22.02.1999.

Lei dos Crimes Hediondos.:Lei 8072/90

A lei de drogas e o crime de tráfico. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, nº 177, p.2-3, agosto de 2007. Cite-se também a obra, de substância, de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller:

Legislação Penal Especial. São Paulo: Premier Máxima, 2008, 5ª edição, p.857. Ainda: **PERES**, César. Tráfico de drogas ilícitas é sempre crime "hediondo"? Disponível em www.ibccrim.org.br.

Nova Lei Antidrogas. Niterói: Ímpetus, 2006. p.86