

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A NOVA LEI DE DROGAS NO BRASIL E A DIFERENCIAÇÃO ENTRE USUÁRIO E
TRAFICANTE

ANTONIO RAFAEL ALMEIDA SILVA GOMES

RIO DE JANEIRO
2008

ANTONIO RAFAEL ALMEIDA SILVA GOMES

A NOVA LEI DE DROGAS NO BRASIL E A DIFERENCIAÇÃO ENTRE USUÁRIO E
TRAFICANTE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues

RIO DE JANEIRO
2008

Gomes, Antonio Rafael Almeida Silva

A nova lei de drogas no Brasil e a diferenciação entre usuário e traficante / Antonio Rafael Almeida Silva Gomes. - 2008.

58f.

Orientadora: Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 57-58.

1. Drogas – Monografias. 2. Nova lei de drogas no Brasil. 3. Direito Penal. I. Gomes, Antonio Rafael Almeida Silva. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título

CDD 341.5555

ANTONIO RAFAEL ALMEIDA SILVA GOMES

A NOVA LEI DE DROGAS NO BRASIL E A DIFERENCIAÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação : _____ / _____ / _____

Banca Examinadora:

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dra. Universidade Federal do Rio de Janeiro- Orientadora

Prof. _____

Prof. _____

RESUMO

Gomes, Antonio Rafael Almeida Silva. *A nova Lei de drogas no Brasil e a diferenciação entre usuário e traficante*. 2008. 0 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

No trabalho serão analisados os aspectos mais importantes da Lei 11.343/2006, as diferenças apresentadas de tratamento do usuário e do traficante. Assim serão abordados primeiramente os aspectos históricos do consumo de drogas, a influência norte-americana sobre o proibicionismo mundial e o histórico das leis de drogas no Brasil. Após disso se estudará os aspectos comparativos da Nova Lei de Drogas com relação a legislação antecessora (Lei 6.368/76) e o tratamento menos repressor aliado a questão da descarcerização das penas aplicadas aos usuários e dependentes de drogas. Serão também objeto de análise, o endurecimento da Lei em relação ao traficante de drogas e os novos tipos penais que a Lei trouxe. Em um terceiro momento analisa-se os aspectos positivos e negativos da nova legislação, tratando-se não só da subjetividade da tipificação do agente na conduta de uso de drogas para consumo pessoal ou tráfico de drogas, com também da aplicação das penas de multa nos crimes de tráfico. Por fim é focado o estudo sobre a possibilidade de apresentação de defesa preliminar do acusado de tráfico antes da apreciação da denúncia pelo juiz.

Palavras-Chave: Nova Lei; Drogas; Usuário; Traficante; Pena aplicada.

Resumen

Gomes, Antonio Rafael Almeida Silva. La nueva Ley de drogas en Brasil y la diferencia entre el usuario y el traficante. 2008. 0 f. Monografía (Graduación en Derecho) – Universidad Federal del Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

En el trabajo serán analizados los aspectos más importantes de la ley 11.343/2006, las diferencias en el tratamiento de los usuarios e de los traficantes. Así serán abordados en primer lugar los aspectos históricos del consumo de drogas, la influencia norte-americana sobre la prohibición mundial y históricas de las leyes de drogas en Brasil. En segundo se estudiará sobre los aspectos comparativos de la nueva ley de drogas y la legislación antecesora (ley 6.368/76) y el tratamiento menos represivo aliado a la polémica creada con la descarcerización de las penas aplicadas a los usuarios o dependientes de drogas. En este capítulo serán también objetos de análisis el endurecimiento de la ley en relación al traficante de drogas y los nuevos tipos penales que la ley ha traído. En un tercer momento analizase los aspectos positivos y negativos de la nueva legislación que examina la subjetividad de la clasificación de los agentes en la conducta del uso de drogas para el consumo personal o tráfico de drogas, como también la aplicación de las penas de multa en los crímenes del tráfico. En el fin es estudiado la posibilidad de presentación de la defensa preliminar del acusado antes de la apreciación de la denuncia por el juez.

Llave: Nueva ley, Drogas, Usuario, Traficante, Pena aplicada

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE DROGAS	9
1.1 A Introdução das drogas na sociedade.....	9
1.2 O proibicionismo norte-americano e sua influência mundial.....	10
1.3 Breve Histórico das leis de drogas no Brasil.....	13
2 ASPECTOS IMPORTANTES DA NOVA LEI DE DROGAS	26
2.1 Aspectos comparativos da Nova Lei de drogas em relação a Lei 6.368/76.....	26
2.2 A despenalização da conduta do usuário.....	29
2.3 O endurecimento das penas aplicadas ao traficante.....	36
3 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA LEI 11.343/2006	42
3.1 A tênua e subjetiva linha da tipificação de usuário e traficante.....	42
3.2 A crítica às penas de multa nos crimes de tráfico.....	45
3.3 A defesa preliminar antes do recebimento da denúncia.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo tratar da Nova Lei de drogas no Brasil, diante da importância do tema.

A Lei 11.343/2006 foi publicada em 24 de Agosto de 2006, entrando em vigor em 08 de Outubro de 2006, que trouxe nova regulamentação a respeito dos crimes e penas envolvendo o consumo e o tráfico de drogas.

O presente estudo não abordará todos os dispositivos do novo diploma legal, mas sim os pontos considerados de maior relevância e consequência para a sociedade brasileira.

A escolha deste tema teve como motivador primordial o medo e a violência conexos ao uso e comércio de drogas que assolam a população brasileira constantemente ao longo dos últimos anos e a necessidade de aprofundar a discussão sobre o tema das drogas para que se possa buscar mecanismos que consigam diminuir a violência e a insegurança.

A expectativa que cerca este trabalho é fazer com que se tenha uma visão mais clara a respeito da questão das drogas e tome uma postura crítica e consciente acerca do tema, não mais sendo um mero reprodutor do senso comum, onde o preconceito ainda é bastante enraizado.

Tal preconceito se refere principalmente ao fato de o usuário de drogas ainda ser visto como criminoso. Este estigma necessita ser criticado na medida em que a lei 11.343/2006 dispensa ao usuário um tratamento bem menos repressor e busca sua reinserção na sociedade com o auxílio da sua família e de programas públicos.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e a análise dos preceitos dispostos na referida lei como também de análise dos textos sobre o problema das drogas em geral e a nova legislação em específico. É importante salientar que os autores que mais influenciaram na realização deste estudo certamente foram Luiz Flávio Gomes, Salo de Carvalho e Luciana Boiteux.

A estrutura do trabalho pode ser definida da seguinte forma: o primeiro capítulo faz um breve resumo sobre a presença das drogas ao longo do tempo na sociedade, discorre sobre as drogas ao longo dos séculos e trata também sobre a questão do modelo

proibicionista norte-americano que acabou por influenciar toda a política de repressão às drogas no mundo. São abordados também os diferentes dispositivos legais e suas principais características no ordenamento jurídico brasileiro ao longo de sua história até a atual legislação.

O segundo capítulo trata dos principais aspectos previstos no novo dispositivo legal. Primeiramente é feita uma breve comparação da nova legislação com a lei que a antecedeu (Lei 6.368/76), mediante comparação dos principais aspectos entre as duas legislações e suas principais diferenças.

Após, são estudadas duas grandes polêmicas que a lei gerou: a primeira delas foi a despenalização do crime de porte de drogas para consumo pessoal, sendo expostos os posicionamentos doutrinários a esse respeito, e a segunda foi o aumento do rigor da pena do crime de tráfico de drogas e as novas modalidades de tipos penais relacionadas a estes crimes.

No terceiro e derradeiro capítulo são expostos outros aspectos da Lei 11.343/2006 merecedores de uma reflexão mais aprofundada, dentre os quais é a falha que a lei apresentou com relação ao enquadramento nos tipos penais de porte de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas. Também foi merecedora de uma análise mais específica a previsão de pena de multa nos crimes de tráfico de drogas, que certamente é um dos grandes absurdos que a lei originou.

Por fim tem seu destaque a inovação que a lei apresentou com relação a possibilidade que o acusado de crime de tráfico tem de apresentar defesa preliminar antes da instauração da ação penal.

Contudo se torna importante salientar que a única saída para acabar de vez com os dogmas que circulam a temática das drogas é através do acesso a informação e do diálogo aberto, sendo de extrema importância estudos que se aprofundem no assunto e levem à reflexão a respeito do tema.

Assim, com este trabalho espera-se fazer com que ocorra uma discussão mais profunda sobre as drogas e que soluções eficientes sejam apresentadas para encarar o problema.

1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE DROGAS.

1.1 A Introdução das drogas na sociedade

Embora as drogas já serem consumidas a séculos pelo homem, o controle penal sobre as drogas ilícitas é um fenômeno relativamente recente, tendo seu início no começo do século passado com as primeiras previsões de crimes e penas. Assim o consumo de drogas como cocaína, ópio e maconha eram legais no começo do século XX, sendo usadas de maneira medicinal ou recreativa, até serem consideradas proibidas com o advento deste controle criminalizador.¹

O uso de plantas e ervas com efeitos alucinógenos pelas mais diversas culturas é milenar, visto que são poucas culturas que não se utilizavam psicotrópicos em seus rituais, principalmente os religiosos. Contraditoriamente é dentro desse contexto religioso que é nasce um dos pilares do proibicionismo moderno, com grande influência do protestantismo norte americano, respaldado em um conceito de busca da pureza através da abstinência, onde o uso de drogas não podia coexistir com tal ideal sublime.

Na Europa com o aumento do comércio das especiarias asiáticas, ocorreu o aumento do consumo de drogas, em caráter especial o ópio, pois devido a ruptura do modelo colonial feudal da Idade Média, muitos camponeses, passaram a vagar pelas cidades sem perspectivas, acabando por utilizar a droga como maneira de conforto da difícil realidade.²

Assim sob esse contexto, as drogas passaram a ter significativa importância na geopolítica mundial, gerando grandes riquezas, disputas e cobiça das nações européias, principalmente o ópio, que era receitado amplamente como analgésico.

Já a maconha, vem sendo utilizada desde os primórdios da humanidade, das mais diferentes formas, como medicamento, tempero, sendo as fibras do caule da planta (*cannabis sativa*) , bastante utilizadas para tecer roupas, além do óleo de suas sementes servir como componente de tintas. Atualmente ela é cultivada nas mais diversas regiões do planeta, na medida em que possui uma imensa capacidade de adaptação nas mais remotas áreas, sendo hoje umas das drogas ilícitas mais consumidas no mundo.³

¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006, p 26.

² Ibid. p. 28.

³ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no*

A coca, planta nativa dos países localizados na Cordilheira dos Andes, tem suas folhas consumidas pelos nativos da região a séculos, como forma de revigorador energético, sendo extraído dessas mesmas folhas a cocaína, droga amplamente consumida em todo o planeta, nos mais diferentes segmentos da sociedade, sendo indicada no final do século XIX como remédio contra dores e fadiga.⁴

É visível que as sociedades sempre conviveram com as drogas ao longo dos séculos e que o caráter ilícito destas, leva em consideração aspectos políticos, religiosos, econômico, sociais e médicos, sendo o este último aspecto, extremamente contraditório, uma vez que as drogas hoje proibidas, eram amplamente difundidas no passado e hoje vemos drogas consideradas lícitas possuírem efeitos tão ou mais devastadores que as proibidas.⁵

1.2 O Proibicionismo Norte-Americano e sua influência mundial.

O proibicionismo internacional tem como base o modelo imposto pelas Nações Unidas, defendido pelos EUA, através de tratados internacionais, os quais os países se viram obrigados a aderir sob pena de sofrerem sanções econômicas. Esta postura vai de encontro a política adotada até o início do século passado onde o consumo de drogas era amplamente aceito.

Como vimos anteriormente, as drogas hoje proibidas, já foram usadas sem nenhum tipo de restrição, da mesma forma que substâncias como o álcool e tabaco hoje amplamente consumidas já foram alvo de restrição no passado.

Principalmente no caso do álcool que sofreu por dez anos, proibições de consumo e comércio com a Lei Seca norte-americana, que perdurou por dez anos, não conseguindo conter a cultura enraizada na sociedade norte-americana de consumir bebidas alcoólicas, o que acabou aumentando ao máximo o consumo e o comércio ilegal do álcool.

Assim motivado pelo total fracasso na política de coerção de tal lei o governo se viu obrigado a liberar o consumo, voltando suas forças ao combate para as drogas

sistema penal e na sociedade. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006, p 30.

⁴ Loc. cit.

⁵ Ibid. p. 32.

consideradas ilegais.⁶

A postura punitiva do comércio das drogas consideradas ilícitas, tem como base a crença de que a única saída para acabar com a problemática das drogas é através da proibição de seu uso e coerção para quem não respeitar tal preceito. Com isso é esperado que o indivíduo passe a adotar a abstinência, uma vez conhecendo o caráter ilícito de tal prática.

Tal ótica é extremamente descabida, uma vez que, devido ao aumento de consumo de drogas ao longo dos últimos anos, se torna cada vez mais evidente que criminalizar a conduta em nada irá adiantar para conseguir diminuir o consumo, pois o usuário não deixa de consumir determinada substância somente por ser considerado crime.

Assim o proibicionismo é extremamente autoritário e ditatorial, não respeita hábitos culturais e tenta fazer com que todos adotem esta política de combate excessivo ao uso e ao comércio de drogas.

O proibicionismo se iniciou em território norte-americano, com a publicação do Estatuto de 1914, que proibia qualquer uso de psicotrópicos sem finalidade medicinal, controlando de maneira extremamente rígida a comercialização do ópio e cocaína.⁷

Tal dispositivo legal não só caracterizava a figura do traficante, o qual produzia e comercializava a droga e deveria ser preso a qualquer custo, como também a figura do dependente, aquele consumidor que não tinha permissão médica para consumir tais substâncias, necessitando de cuidados médicos de maneira compulsória. Assim era delegado exclusivamente aos médicos ministrar tais substâncias.⁸

Na mesma época, os países da América Latina, principalmente os andinos, sob influência da política norte-americana, aprovaram suas primeiras leis anti-drogas, sob o argumento de adequação de suas legislações nacionais, aos dispositivos internacionais.⁹

Assim, ao longo do tempo, a política repressora norte-americana foi se intensificando e se difundindo amplamente, principalmente a partir da elaboração da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre entorpecentes, de 1961, cujos preceitos foram inspirados na política dos EUA de criminalização das drogas.

⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006, p. 2.

⁷ Ibid. p. 6.

⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006, p. 6.

⁹ Loc. cit.

Objetivando o fim do consumo e do tráfico de drogas esta convenção influenciou nações do mundo todo, inclusive o Brasil, a aderir esta política repressora.

Entretanto, na década de 70, ocorreu significativo aumento no consumo de drogas no território norte-americano, ao contrário do que o governo planejava, assim a nova tentativa de diminuir o consumo foi dirigida ao combate aos traficantes colombianos, os quais eram os grandes fornecedores do mercado norte-americano.¹⁰

O governo norte-americano preferiu reunir inúmeros esforços para conseguir acabar com os fornecedores de drogas, esquecendo de focar sua política também para o imenso mercado consumidor instalado em todo seu território.

Na década de 80, na medida em que aumentava o rigor na política norte-americana, o mercado consumidor interno crescia, vendo no tráfico ilícito a forma mais rápida para conseguir ter acesso a droga, instaurando assim os pilares do narcotráfico internacional como conhecemos hoje.¹¹

Neste contexto é que na década de 90, o narcotráfico é instituído como organização criminosa transnacional, ameaçando permanentemente a sociedade mundial, com diversas ramificações, associando a figura do traficante com o terrorismo e violência.¹²

Assim, a postura dos EUA é adotada pela maioria das nações mundiais, onde a identificação de um vilão externo se incorpora na figura do grande narcotraficante merecendo ser combatido a qualquer custo, aumentando assim a repressão e a intromissão nas políticas internacionais, para atender os objetivos do governo norte-americano.¹³

Contudo, vale ressaltar que esta política proibicionista continuará a não trazer resultados satisfatórias, porque esconde a real causa do problema que envolve as drogas, o crescente consumo, o qual não pode ser tratado com a criminalização e sim com políticas que venham a acenar para maneiras mais sensatas de tratamento dos usuários e dependentes, os entendendo de maneira mais equilibrada e buscando formas alternativas para tratar da questão das drogas.

¹⁰ Ibid. p. 10.

¹¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006, p. 10.

¹² Loc. cit.

¹³ Ibid. p. 10-11.

1.3 Breve histórico das leis de drogas no Brasil

No nosso ordenamento jurídico, a criminalização do porte tanto para uso, quanto para o comércio de substâncias entorpecentes se iniciou através da instituição das Ordenações Filipinas, onde ficou expresso, que ninguém poderia portar nem vender substância consideradas venenosas na época.¹⁴

Já no código penal do Império (1830), nada era abordado ou previa proibição do uso ou comércio de entorpecentes. Entretanto após a instauração da República, com a edição do Código Penal de 1890, começou a ocorrer a regulação dos crimes contra a saúde pública.¹⁵

Como vimos anteriormente, no início do século passado, ocorreu aumento significativo do consumo de ópio e haxixe, principalmente na altas classes sociais, ensejando assim a criação de novos dispositivos que regulamentaram o uso e a venda de substâncias psicotrópicas.

Assim, com a Consolidação das Leis Penais, em 1932, houve uma nova disciplina acerca do tema, tendo como objetivo primordial o aumento e a complexidade das condutas contra a saúde pública.

É acrescentado assim a pena de prisão para tais crimes, ficando a venda e ministração destas substâncias subordinadas às determinações do Departamento Nacional de Saúde Pública, dando assim base para uma política mais repressiva no combate as drogas no Brasil.¹⁶

Neste contexto Salo de Carvalho afirma que:

[...] a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de *política proibicionista sistematizada*. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito.¹⁷

¹⁴ CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p. 11.

¹⁵ CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p. 12.

¹⁶ Loc. cit.

¹⁷ Loc. Cit. p. 12-13.

Isso ocorre com os Decretos 780/36 e 2.953/38, posteriormente tendo como base significativa o ingresso no país no modelo internacional de controle e combate as drogas com o Decreto-Lei 891/38.

Este dispositivo legal foi redigido de acordo com os ordenamentos da Convenção de Genebra de 1936, assim regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, proibindo assim a circulação de várias substâncias consideradas entorpecentes pelo referido tratado internacional.¹⁸

Com o advento do Código Penal, através do Decreto-Lei 2.848/40, a matéria relativa a substâncias entorpecentes sofre recodificação, sendo previsto no artigo 281, que dizia:

Art.281.Decreto-Lei 2.848/40 - importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Essa nova recodificação teve como objetivo tentar preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e aplicação da lei codificada.

Entretanto, a partir do Decreto-Lei 4.720/42, que versava sobre o cultivo, e com a publicação da Lei 4.451/64 (que inclui ao artigo 281 a conduta de plantar), é iniciado no ordenamento jurídico brasileiro amplo processo de descodificação no que tange as substâncias entorpecentes em geral.

Na década de 50 é implementado o primeiro discurso relativamente objetivo sobre drogas ilegais e a necessidade de um controle repressivo, haja vista que o consumo de drogas, em particular o ópio, até aquele momento, estava restrito aos indivíduos considerados a margem da sociedade (ao contrário do começo do século XX).¹⁹

Assim o estigma social do usuário de drogas em nosso país deriva dessa época, pois tais sujeitos eram consideradas devassos e degenerados, caracterizando o esteriótipo moral do consumidor em nossa sociedade.²⁰

Embasado por este espírito segregador e repressor, é que o Brasil ingressa em definitivo na luta internacional de combate às drogas, através da aprovação da Convenção Única sobre Entorpecentes, ocorrida em Nova Iorque em 1961(como vimos anteriormente,

¹⁸ CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p. 13.

¹⁹ Ibid.p.14

²⁰ Loc.cit.

esse dispositivo foi criado sob forte influência da política repressora norte-americana) pelo Decreto 54.216/64, já sob o regime da Ditadura Militar.²¹

No referido contexto político, de nosso país nos anos 60, houve uma sensível modificação no tratamento das drogas com a publicação do Decreto-Lei 385/68.

De acordo com os ministros do Supremo Tribunal Federal da época, o artigo 281 do Código Penal era taxativo, somente era punido aquele que comercializava drogas, visto que, não sendo estendida tal punição ao usuário.

Assim tal ausência de punição ao usuário não era interpretado com satisfação pelo governo da época, que desenvolvia uma crescente preocupação com a não repressão destes indivíduos.

Sob esses contexto o Decreto-Lei 385/68 alterou o artigo 281 do Código Penal, criminalizando o usuário com a mesma pena imposta ao traficante. Incluindo um novo parágrafo, o qual dizia que “ *nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.* ”

A estigma do usuário se estabeleceu de vez em nossa sociedade com a igualdade de usuário e traficante na mesma categoria, independente da finalidade destinada a droga.

Após o período de três anos de vigência do Decreto-Lei 358/68, surge a Lei 5.726/71, a qual adequava a política repressiva nacional aos preceitos internacionais, fixando em caráter definitivo, a descodificação da temática das drogas.

A nova lei remodelou as condutas ilícitas e mudou o rito processual, sendo inovadora no que diz respeito aos métodos de repressão aos entorpecentes e não mais caracterizando o dependente como criminoso.²²

Apesar da expectativa de todos que a lei fosse mais benéfica com relação ao usuário e que não previsse pena de prisão para este, o novo preceito legal continuava a igualar o usuário ao traficante, impondo a esse pena privativa de liberdade de 01 (um) a 06 (seis) anos.²³

Contudo, o novo preceito legal apesar de marginalizar de maneira absurda e preconceituosa o usuário, o comparando a um criminoso perigoso e considerar o traficante

²¹ CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p. 14-15..

²² Ibid. p. 18.

²³ Loc.cit.

inimigo público e grande vilão social , apresentou avanços com relação ao devastador Decreto-Lei 358/68.

Começou assim um processo de mudança no modelo repressivo, ganhando consolidação com o advento da Lei 6.368/76.

A Lei 6.368/76 inicia no Brasil um modelo de controle acompanhando as determinações dos países centrais, as quais foram refletidas nos tratados e convenções internacionais.

Assim a Lei de Tóxicos revogou o artigo 281 do Código Penal fazendo com que as leis de drogas ficassem sintetizadas em somente uma única lei especial. Tal opção de descodificação da legislação anti-drogas tinha como objetivo a adoção de uma política repressora e despreocupada com as garantias individuais, que buscava aumentar o controle sobre as drogas.²⁴

É importante ressaltar que as condutas tipificadas na Lei 6.368/76 não eram muito diferentes das tipificadas nas leis que a precederam, Entretanto, apresentou diferenças no que concerne à graduação das penas, cujo efeito foi refletido na definição do modelo político-criminal configurador do esteriótipo do narcotraficante.²⁵

Assim tal lei manteve como base o discurso médico-jurídico, diferenciando consumidor e traficante, concretizando de maneira robusta os estigmas de consumidor-doente e traficante- delinquente.

Esta classificação, fez com que o traficante fosse considerado gradativamente o grande inimigo interno, justificando assim os aumentos de pena na quantidade e na execução, que ocorreram a partir do final da década de setenta.²⁶

Sob este contexto, no final da década de setenta, aconteceu a união de duas bases ideológicas diferenciadas, que criaram o modelo repressivo que serviu como base para proibicionismo nacional. Assim, segundo Salo de Carvalho:

No que diz respeito à estrutura normativa, a idéia de Defesa Social permeará o imaginário legislativo, adquirindo forte impacto em sua aplicação judicial; quanto ao sistema de segurança pública, o modelo de Segurança Nacional determinará lógica militarizada, a qual será transferida às agências civis de controle do desvio punível.²⁷

²⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006. p.147.

²⁵ CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. ed Lumen Juris, 2007, p. 21.

²⁶ Ibid. p. 23.

²⁷ Ibid, p. 25.

Assim, com o advento da Lei 6.368/76 foi formalizada a diferenciação do tratamento dispensado ao usuário e ao traficante. Enquanto que o primeiro recebeu um tratamento embasado em uma lógica médico-psiquiátrica, o segundo recebeu um tratamento jurídico-político.²⁸

Ficou claro assim que a referida Lei ganhou um corpo preponderantemente alarmista, baseado em um discurso de medo, totalmente fora da realidade, tendo em vista que, no final da década de 70, os indicadores de comércio e consumo de drogas ilícitas no território nacional, não eram propriamente elevados²⁹ se comparados com os índices dos Estados Unidos e dos outros países ocidentais.

Segundo o capítulo inicial da Lei 6.368/76, no tocante a prevenção, é dever de toda pessoa física ou jurídica, ajudar a prevenir o consumo de drogas e a combater o tráfico.

Porém, esta aparente mobilização que o texto da lei passa, na verdade mascara uma política voltada a um autoritarismo excessivo de combate militarizado às drogas, fazendo com que em nome desta aparente política preventiva tivesse como efeito uma intensificação no sistema de repressão.

No tocante ao usuário, a Lei dispensa um tratamento de coerção compulsório, que fica evidente no seu artigo 10 que dizia que “o tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de sua manifestações psicopatológicas assim o exigirem.”, excluindo os casos de tratamento de regime extra-hospitalar, realizado com assistência de técnicos do serviço social (art.10, parágrafo 1º, lei 6.368/76).

Este autoritarismo da Lei também é evidenciado na previsão de imposição do tratamento, mesmo nos casos em que o indivíduo não tivesse cometido crime algum, demonstrando assim uma ótica médica completamente inadequada.³⁰

Esta visão médica inadequada tratava o usuário como um indivíduo doente e fraco, que não apresentava controle sobre si mesmo.

Assim, acreditava-se que somente com o tratamento médico obrigatório seria capaz de curá-lo, visto que representava um grande perigo para a sociedade e esta seria a maneira de recuperá-lo.

²⁸ Ibid, p. 26.

²⁹ Loc. cit.

³⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006. p.148.

Entretanto, havia previsão de uma causa específica de inimputabilidade do usuário, a qual estava prevista no artigo 19, que dizia:

Art.19. - É isento de pena o agente que, em razão da dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou de força maior, era ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É notório que o artigo acima transcrito é muito semelhante ao artigo 26 do Código Penal de 1940. Assim é possível constatar que a Lei 6.368/76 dispensava para a dependência de drogas um tratamento semelhante a de uma doença mental e reconhecer tal inimputabilidade significava impor ao usuário medida de segurança para tratamento da dependência química. Já a dependência parcial prevista no parágrafo único do mesmo artigo, levava à redução da pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).³¹

Este dispositivo que na teoria traria benefícios ao dependente, na prática sofria uma restrita interpretação por parte da jurisprudência, pois se justificativa que somente a dependência de drogas, mesmo nos casos em que o autor tinha o domínio de seus atos comprometido, não seria causa de inimputabilidade, desde que, no exato momento da conduta praticada, este ainda tivesse capacidade de discernimento da realidade.

Assim, na maioria dos casos os dependentes de drogas não tinham extinta a sua punibilidade, reforçando assim o caráter de repressão da Lei.³²

Fica claro que a Lei de Tóxicos em nenhum momento se preocupou com o fato de que nem todos os usuários eram viciados ou dependentes de drogas, necessitando de tratamento médico, muitos às vezes consumiam droga eventualmente, evidenciando assim o caráter proibicionista da lei.

Esta postura criminalizadora da lei contribuiu e muito para a segregação destes na sociedade, visto que eram considerados criminosos e doentes, visão que ainda continua a existir nos dias de hoje.

Assim, tal postura médico-jurídica sanitarista³³ em nada ajudou os usuários a deixar o consumo de drogas, pelo contrário, fez com que em muitos casos despertasse medo em expor o problema e conseqüentemente gerou um aumento no consumo, pois os indivíduos tentavam diminuir suas angústias através das drogas.

³¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006. p.148.

³² Loc. cit.

³³CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. ed Lumen Juris, 2007, p. 27.

Sob esta postura punitiva Salo de Carvalho faz uma crítica afirmação:

[...] a lógica sanitária, ao ampliar os espaços de intervenção e aproximar o sistema de saúde das práticas punitivas de repressão, abre espaços para outra perigosa associação, qual seja, do usuário como adicto em potencial, regulando a imposição de tratamentos aos não-dependentes, o que pode ser visto como aplicação de medida de segurança atípica sem a instauração do devido (e necessário) processo penal.³⁴

Com relação ao comércio de drogas ilícitas a lei 6.368/76 aprofundou e muito a repressão.

Fato que fica claro no seu artigo 12, o qual caracterizava uma séria de modalidades de conduta, que dizia:

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.

Desta maneira, o artigo 12 não se restringiu apenas à importação e venda, verbos principais do revogado tipo penal do art. 281 do Código Penal, acrescentou diversas outras modalidades de condutas puníveis, dispensando para tais um rígido tratamento penal com grande margem de discricionariedade judicial para sua fixação (pena de reclusão de 03 a 15 anos).

Uma outra crítica que se mostra pertinente a tal artigo foi a generalização de condutas previstas em seu texto, não sendo possível uma descrição precisa das condutas puníveis, gerando assim tipos penais muito abertos.

Tal amplitude deste dispositivo embasou a “repressão penal dos primeiros operadores dos programas de prevenção de danos que, ao distribuírem seringas limpas aos usuários de drogas injetáveis, foram acusados de incentivar o uso de drogas.”³⁵

O rigor de punibilidade para as condutas de tráfico é estendido com a criação das causas de aumento de pena, dispostas abaixo no artigo 18:

Art.18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):

I - no caso de tráfico com o exterior ou de extra territorialidade da lei penal;

II - quando o agente tiver praticado o crime prevalecendo-se de função pública

³⁴ Loc. cit.

³⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006. p.150.

relacionada com a repressão à criminalidade ou quando, muito embora não titular de função pública, tenha missão de guardar vigilância;

III - se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação;

IV - se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino ou hospitalar, de sede de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de estabelecimentos penais, ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, sem prejuízo de interdição ou do local.

Fica evidenciado com o artigo acima transcrito a preocupação do legislador em punir o tráfico de com rigor, confirmando assim a influência proibicionista internacional de combate ao tráfico de drogas utilizando-se da criminalização.

Outro ponto que merece destaque sobre a da tipificação do crime de tráfico de drogas na referida lei, foi a sua total ausência de critérios de ponderação para seu enquadramentos nos casos concretos.

Isso porque todos os agentes envolvidos no comércio de drogas ilícitas, sendo estes grandes traficantes ou meros revendedores eram condenados com base na sanção prevista no artigo 12, o qual era a resposta penal para todas as hipóteses de comércio ilegal de drogas.

Assim, sob tal falha da Lei, Salo de Carvalho diz:

A redação das majorantes do artigo 18, sem qualquer previsão de causas especiais de diminuição de penas para condutas de menor potencial danoso ao bem jurídico tutelado (saúde pública) [...] junto a não elaboração de tipo autônomo ou de especificação de formas e modalidades menos significativas de comércio de drogas, permite perceber que a única possibilidade de enquadramento do pequeno vendedor de drogas na Lei 6.368/76 seria no artigo 12. Assim, suas elevadas penas conglobam o comércio ilegal indistintamente, não diferenciando efeitos penais quanto ao poder de venda no atacado ou no varejo.³⁶

Assim esta generalização dos diversos níveis de traficância fez com que na prática ocasionasse grandes equívocos, pois muitos magistrados acabaram aplicando penas severas demais, sem levar em conta a condição do agente, que na maioria dos casos acabava sendo o indivíduo pobre, que fazia do pequeno varejo a fonte de subsistência sua e de sua família.³⁷

Contudo vale ressaltar que a Lei 6.368/76 com tal generalização, ajudou ainda mais a segregar a população jovem e pobre da sociedade brasileira, pois com o aumento do

³⁶ CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p. 28- 29.

³⁷ Ibid. p. 29.

uso de drogas estas pessoas acabaram sendo rotuladas com o estereótipo de criminosos fornecedores de drogas. Isso se deve por serem estes a ampla maioria dos condenados por tráfico de drogas no Brasil.³⁸

Ainda analisando a Lei 6.368/76 também foi tipificada a conduta de associação para o tráfico, no artigo 14, o qual previa:

Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Tal tipificação objetivava incriminar o concurso de pessoas que visavam praticar reiteradamente o comércio de drogas ilícitas, com previsão de pena que podia chegar a 10 anos.

Entretanto, se torna importante ressaltar que de acordo com tal artigo, já seria tipificado em tal crime, a simples associação eventual de duas pessoas para o comércio de drogas ilícitas, podendo ser aplicadas penas superiores as previstas no crime de bando ou quadrilha, o qual é composto por quatro pessoas visando a prática de roubo.³⁹

Porém, nos casos concretos a jurisprudência entendeu que para a aplicação de tal dispositivo, seria necessário o vínculo associativo, excluindo assim o crime nos casos de mera eventualidade, quando então era aplicada a majorante do artigo 18, parágrafo III.

Já com relação a punição destinada aos usuários de drogas, notou-se a presença de um elemento subjetivo, que ficou caracterizado no artigo 16 pelo uso da expressão “para uso próprio”. Assim o referido artigo previa:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o 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 (vinte) a 50 (cinquenta) dias multa.

A presença de tal elemento subjetivo no artigo transcrito acima permitiu uma melhor interpretação do artigo 12, visto que neste era ausente a previsão da conduta de usar drogas.

Assim grande parte da jurisprudência nacional passou a entender que as

³⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecente*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n.167, p 08-09, out. 2006.

³⁹ Loc.cit.

condutas previstas neste mesmo artigo 12, caso fossem praticadas visando o uso para consumo próprio da droga, constituíam o crime previsto no artigo 16.⁴⁰

O artigo 37 também fixava critérios para uma tipificação mais correta da conduta, os quais eram :

Art. 37 – Para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Apesar de redação que estereotipava o autor da conduta, uma vez que levava em conta condições pessoais do agente para determinar o fim a que se destinava a droga, tal previsão também contribuiu para uma interpretação mais garantista⁴¹ do crime praticado pelo agente, tendo em vista o caráter extremamente repressor da lei tocante ao tráfico.

A lei 6.368/76 também considerava crime, o cultivo de plantas destinadas a preparação de drogas, assim tal prática podia ser equiparada como tráfico.

Esta classificação gerou nos tribunais pátrios questionamentos com relação a tal tipificação, originando sentenças que desclassificavam o crime para o previsto no artigo 16, isto caso fosse comprovado que o cultivo se destinava para uso próprio, embora a referida lei não fizesse tal separação.⁴²

É importante ressaltar que durante o vigor da Lei de Tóxicos a doutrina classificou seus crimes como sendo de perigo abstrato, pressupondo o perigo de lesão à saúde pública.

Assim, o legislador, ao caracterizar os crimes de drogas nesta categoria, reforçou o próprio caráter proibitivo da lei, tendo em vista que em muitos casos concretos, a defesa do acusado se via impedida de provar a falta de perigo da conduta do acusado à saúde pública.⁴³

Contudo, talvez a grande mudança que a lei 6.368/76 propiciou foi a criação de um crime autônomo ao uso de drogas (artigo 16), onde a pena previa detenção 6 meses a 2 anos e multa, diferenciando assim da pena prevista no crime de tráfico.

Constituindo assim “ um marco na mudança de rumos da política de drogas no

⁴⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006. p.149.

⁴¹ Loc.cit.

⁴² Ibid. p.150

⁴³ Loc.cit.

Brasil, muito embora ainda tenha mantido o controle penal sobre os usuários por meio da imposição de pena ou tratamento.”⁴⁴

Assim com relação a Lei 6.368/76 Salo de Carvalho faz pertinente comentário:

A conclusão que se pode chegar após visualizar o tratamento penal dos comerciantes varejistas e dos usuários de substâncias ilícitas na Lei 6.368/76 é o da criação de rede de controle na qual o direito penal atua com rigor mesmo em casos de hiato de punibilidade (criminalização do uso) ou de baixa danosidade ao bem jurídico tutelado (comércio de drogas ilícitas em pequena quantidade).⁴⁵

Contudo, no ano de 1977, entra em vigor em território nacional, através do Decreto 79.383/77, a Convenção das Nações Unidas sobre Drogas Psicotrópicas de 1971.

Este tratado internacional determinou de forma expressa aos países signatários a pena de prisão para os crimes envolvendo drogas. Embora permitisse como alternativa à tal pena, tratamento médico, mesmo que de maneira forçada. Assim, tal adesão fez com que o Brasil se enquadrasse por completo no modelo proibicionista internacional de combate às drogas.⁴⁶

2 ASPECTOS IMPORTANTES DA NOVA LEI DE DROGAS

2.1 Aspectos comparativos da Nova Lei de drogas em relação a Lei 6.368/76

É notório que a nova lei de drogas apresentou mudanças com relação a lei anterior, entretanto sua base ideológica mantém inalterada a sistemática proibicionista enraizada pela lei 6.368/76, uma vez que:

O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes, manifesta a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmias (ideal de abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado e potencializa o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou

⁴⁴ Ibid. p. 151.

⁴⁵CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p. 30.

⁴⁶RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006. p.151.

psíquica.⁴⁷

Assim, o pensamento repressor iniciado na década de 70 se confirma no novo dispositivo legal, indo de encontro com as políticas alternativas embasadas na ideologia de redução de danos, bastante adotadas nas nações européias, onde ficou confirmado que é possível adotar medidas mais humanas e garantistas, dentro de uma sistemática proibicionista.

A lei 11.343/06, mesmo tendo sua base ideológica igual a lei 6.368/76, entrelaçada no proibicionismo, apresenta profundas distinções entre a legislação anterior. Na lei anterior a política criminal repressora tinha grande destaque com relação a política médico sanitária, visto que a postura de guerra ao tráfico era tida como prioridade.

Sob este contexto ocorreu uma majoração da repressão ao comércio ilícito de drogas e conseqüentemente uma diminuição da repressão aos usuários e dependentes, principalmente após a criação da Lei dos Juizados Especiais (lei 9.099/95).

Já o novo dispositivo legal dá uma igual importância entre o tratamento penal dispensado para usuários e traficantes, originando assim dois dispositivos extremamente diferentes entre si : para o traficante, imposição de dura punibilidade(pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos) e para usuário enquadramento menos repressor, com a aplicação de penas descarcerizadoras.

A nova lei não só mantém o caráter repressor ao comércio de drogas, como também aumenta sensivelmente as penas impostas a seus autores, restringindo ao máximo as hipóteses de incidência dos substitutos penais (adoção de penas restritivas de direito).Tal postura é extremamente errada e ineficaz, já que:

(...) as políticas contra drogas na América Latina têm seguido os passos da 'guerra contra as drogas' proposta pelos EUA. Por esta abordagem, os governos pretendem livrar as sociedades das drogas com medidas repressivas. Após décadas de experiência, essa política colheu um retumbante fracasso. Mesmo assim, seus seguidores não cansam de propor doses mais fortes do mesmo remédio.⁴⁸

Com relação ao porte para uso pessoal , a nova lei despenalizou a conduta, mas “(..) conserva mecanismo penais de controle (penas restritivas e medidas de segurança inominadas), como similar efeito moralizador e normalizador, obstruindo a implementação de políticas públicas saudáveis.”⁴⁹, apesar de não prever expressamente pena restritiva de

⁴⁷ Ibid , p. 71-72

⁴⁸ CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p. 72.

⁴⁹ CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007. p.73.

liberdade para os sujeitos envolvidos com drogas.

A nova lei inovou também tipificando condutas que não eram previstas na lei anterior, como as tipicadas nos artigos: 33, parágrafo 3º, 36 e 37.

O artigo 33, parágrafo 3º tipifica o fornecedor de drogas que age sem finalidade de lucro e de forma eventual, visando, inclusive, o consumo da droga oferecida a pessoa de seu relacionamento, tendo assim sua pena mais abrandada, de menor potencial ofensivo (até 1 ano de detenção) .

Tal agente, na lei anterior era enquadrado no tipo penal previsto no artigo 12 (tráfico comum), visto que tal tipificação não existia na lei anterior.

O artigo 36 da lei prevê a figura do financiador do tráfico, como sendo aquele que de alguma forma contribui, ou com bens ou com dinheiro, para o custeamento com o objeto de dar todo o aparato possível para a realização do tráfico de drogas.

Já na lei 6.368/76 o comportamento previsto neste artigo era punido com a mesma pena do tráfico (3 a 15 anos), agravado pelo artigo 62, inciso I do Código Penal, que diz que:

Art. 62 . Código Penal.- A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

No artigo 37 a lei descreve que aquele que participa como informante, colaborando assim para as atividades do tráfico de drogas. Prática que na vigência da legislação anterior era tipificada como partícipe do tráfico, respondendo com a mesma pena do traficante (3 a 15 anos), de acordo com a sua culpabilidade, segundo o artigo 29 do Código Penal que diz:

Art. 29. Código Penal. - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Assim a nova lei busca dar ao usuário um tratamento mais humano e menos repressor que a lei anterior previa, visando uma maior responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas, fato que fica evidenciado no seu artigo 19 que prevê:

Art. 19. Lei 11.343/06 . As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:
III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

Já com relação ao tratamento dispensado ao traficante, a lei 11.343/2006 buscou fazer com que o controle penal se torne extremamente enrijecido, haja visto que as penas foram aumentadas, o que irá gerar uma maior segregação social.

Isso porque o novo dispositivo legal proíbe qualquer benefício para aqueles que são condenados por tráfico, assim estes deverão ficar muito mais tempo presos e mais distantes de melhores perspectivas de vida além do retorno ao tráfico.

2.2 A despenalização do usuário

É notório, que com o advento da nova lei foi dado um tratamento menos repressor ao usuário e ao dependente de drogas. Este fato se confirma com a total impossibilidade de pena de prisão para estes, sendo certamente o maior avanço que essa nova legislação nos trouxe com relação à legislação passada. Entretanto, se faz mister diferenciar de maneira correta o usuário do dependente de drogas.

Não é em todos os casos que o usuário se torna dependente de drogas. Uma pessoa usuária de drogas, na maioria dos casos, não é uma tóxico-dependente. Tal distinção se torna de extrema importância, para que se possa descobrir qual medida será mais adequada para aplicar em cada caso.

Assim, com o advento da lei 11.343/2006, a questão do consumo de drogas ganhou um tratamento não tão repressor quanto na legislação anterior (Lei 6.368/76), devendo assim ser a questão discutida e tratada com atenção e prevenção. Tal pensamento é confirmado por Luiz Flávio Gomes, que diz:

Educação antes de tudo. E que os pais e professores, dentre tantos outros, assumam sua responsabilidade de orientação e conscientização. Se o sujeito não cuida dele mesmo ou do seu filho, não deve esperar que o direito penal faça isso por ele e muito menos que essa tarefa seja desempenhada pelas autoridades policiais, que não contam com o mínimo preparo para cuidar de quem necessita de atenção, reinserção, compreensão, não de prisão.⁵⁰

Tal tratamento menos repressor se encontra amparado na lei no seu artigo 28, uma vez que diz que aquele que as penas as quais o usuário será submetido em caso de posse

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2007.p.115

de drogas para consumo pessoal são:

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.

Tal dispositivo legal afasta expressamente a pena de prisão para o usuário de drogas, mesmo em caso de reincidência, conduta que era punida com pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa de acordo com o artigo 16 da lei 6368/76.

Assim “considera-se que o objetivo (a mentalidade) da nova lei é mais no sentido de cuidar (não punir) do usuário de droga.”⁵¹

É importante ressaltar que o crime de posse drogas para consumo pessoal será julgado pelos Juizados Especiais Criminais, fato que já ocorria na vigência da lei anterior, não sendo mais possível a prisão em flagrante no caso de porte de drogas para consumo pessoal

Tal previsão é expressa no artigo 48, parágrafo 2º da referida Lei, que diz:

Art. 48 - § 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

Assim, na vigência da atual legislação, será lavrado o termo circunstanciado e não mais o termo de prisão em flagrante. Assim, o termo circunstanciado será enviado ao Juizado, podendo ocorrer a transação penal, caso o agente manifeste concordância.

Contudo, em caso de não ocorrer transação, será iniciada a ação penal, a qual é pública e incondicionada, onde em caso de condenação será imposta ao autor uma ou mais penas a previstas no artigo 28 acima transcrito.

É importante destacar que, caso o agente venha a praticar algumas das condutas descritas no referido artigo e já tiver outra condenação por algum outro crime, não será prejudicado nem terá sua pena agravada em nenhum aspecto.

Tal afirmativa ganha respaldo no artigo 28, parágrafo 4º, que prevê que:

⁵¹ Ibid. p.151

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

Entretanto, sendo ele reincidente no crime de posse de drogas para consumo pessoal, sua pena não poderá passar de dez meses e caso não seja reincidente, não poderá cumprir mais de cinco meses de pena.

Nos casos onde o usuário tenha posse de uma quantidade mínima de droga, é correto aplicar o princípio da insignificância, o qual se configura pela ausência de lesividade que a droga pode gerar a saúde do usuário, tendo em vista sua ínfima concentração de tal droga.

A consequência para tal prática é a atipicidade do fato, não configurando assim uma conduta penalmente punível.

Nesse sentido, Salo de Carvalho afirma que:

[...] tendência doutrinária e jurisprudencial passou a considerar o porte (trazer consigo) de pequena quantidade de entorpecente como conduta atípica, em face da insignificância. A quantidade inexpressiva de substância entorpecente não teria a potencialidade de produzir dependência física e/ou psíquica (elemento formal) ou de ofender o bem jurídico saúde pública tutelado na Lei de Drogas (elemento material).⁵²

Entretanto, ainda segundo o renomado autor, há ainda uma grande resistência por parte de nosso judiciário a aplicação do princípio da bagatela (insignificância):

No entanto, apesar da pacificação da tese na doutrina e da recepção por parte da jurisprudência, ainda se verifica na aplicação do princípio da insignificância no caso de porte de drogas para uso próprio em nossos Tribunais pátrios, notadamente em decorrência da abstração do bem jurídico saúde pública, da negativa de assunção da saúde individual e da exclusão da análise da relevância e da potencialidade da droga em causar dependência física ou psíquica.⁵³

Logo após que a lei 11.343/06 entrou em vigor, ocorreram dúvidas com relação a interpretação do artigo 28, se teria havido descriminalização do porte de drogas para o consumo pessoal, diante da ausência de penas restritivas de liberdade, ou mera despenalização.

Talvez esta foi a pergunta de maior relevância que os doutrinadores e juristas se fizeram e a maior polêmica que a nova lei gerou, de forma a originar posições bastante

⁵² CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p. 261

⁵³ Ibid. p. 263

diversas acerca do tema. Entretanto, tal questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal em um caso concreto, tendo como relator do caso, o Ex-Ministro Sepúlveda Pertence.

Assim, o posicionamento pioneiro e diferenciado, é do professor Luiz Flávio Gomes, o que entende que houve uma descriminalização “formal” da posse de drogas para consumo pessoal, ou seja, a prática deixou de ser formalmente um crime, porém não acenando para a legalização, e sim se mostrando uma infração penal *sui generis*, sofrendo despenalização simultaneamente, sendo assim, ainda sob a ótica do Direito Penal.⁵⁴

Para o autor, a prática descrita no artigo 28 continua sendo ilícita, mas não passa a ser mais um crime e sim ilícito *sui generis*, ou seja, “[...] retira-se da conduta a etiqueta de “crime”(embora permaneça a ilicitude).”⁵⁵

Assim, segundo ele não se deve confundir tal descriminalização formal com a legalização, nem com a despenalização.

Enquanto que para a descriminalização formal o fato somente perde a investidura de crime, continuando a ser um ilícito penal, na legalização, há uma descriminalização substancial, a qual resulta da saída do fato da ótica penal por completo, deixando de caracterizar um ilícito, não admitindo nenhuma punição.⁵⁶

Já a despenalização se molda pela diminuição do caráter sancionador da medida aplicada ao fato, cujo, continua mantendo sua característica de ilícito, sendo assim um crime.⁵⁷ Tal diferenciação se mostra notória com relação o exposto a seguir:

A lei 11.343/2006 (art 28), de acordo com nossa opinião, aboliu o caráter “ criminoso” da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou legalmente considerado “ crime” (embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização “ formal”, mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial).⁵⁸

Tal entendimento é embasado pela interpretação do artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal (Decreto Lei 3.941/41), o qual diz o seguinte:

Art 1º, Decreto Lei 3.914/41(Lei de Introdução ao Código Penal) – considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa , ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2007.p.120

⁵⁵ Loc.cit.

⁵⁶ Ibid. p. 121

⁵⁷ Loc. cit.

⁵⁸ Loc.cit.

Assim, segundo Luiz Flávio Gomes, não se pode classificar tal fato como crime, pois não prevê pena de reclusão ou detenção, nem, como contravenção, nem prisão simples ou multa isolada.

Para outros doutrinadores, o referido artigo da Nova Lei de Drogas, seria uma contravenção penal, já que seria infração penal não prevendo punição com reclusão, nem detenção.

Assim, em caso de descumprimento das penas previstas, poderá acarretar a aplicação de pena isolada e multa, o que justificaria tal infração penal a natureza de contravenção penal.

Há posições mais radicais, como de Salo de Carvalho, que consideram o artigo 28 como inconstitucional, uma vez que a conduta ali disposta é considerada como auto lesiva, em nada prejudicando a saúde ou a vida de terceiros.

Entretanto, o legislador sob uma visão proibicionista buscou tipificar tal conduta sob uma justificativa de busca do bem estar da saúde pública e acabou ferindo os princípios da lesividade, igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, princípios estes expressos na Constituição Federal no artigo 5º, inciso X, que versa que:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Neste contexto Salo de Carvalho diz:

Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforcem concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre seus atos, desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima.⁵⁹

Já para ampla maioria da doutrina, o que foi observado é que o polemizado artigo se mantém seguindo a linha do Supremo Tribunal Federal. Tal afirmativa tem como fundamentação, em primeiro plano, o fato de que as medidas que deverão ser impostas aos agentes que estiverem na posse de drogas para consumo pessoal são denominadas pela

⁵⁹ CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p . 256

própria lei 11.343/2006 como “penas”.

A segunda razão é mais robusta, se mostra porque “ efetivamente traz à colação o fato de que uma vetusta lei ordinária (Decreto - Lei 3.914/41 – Lei de Introdução ao Código Penal) não pode limitar os contornos das infrações penais no atual estágio da legislação brasileira, inclusive em face de inovadores preceitos constitucionais que versam sobre o tema.”⁶⁰

Assim, como exposto anteriormente, tal divergência foi resolvida com decisão do Supremo Tribunal Federal , o que decidiu em caráter de Recurso Extraordinário (RE 430.105, j.13.02.2007), seguindo o voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, caracterizando . Segue abaixo alguns trechos importantes do voto do ministro relator :

[...] Afasto, inicialmente, o fundamento de que o art. 1º do Decreto-lei 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a Lei 11.343/06 criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção.

A norma contida no art. 1º do LICP — que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária — se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção.

Nada impede, contudo, que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime — como o fez o art. 28 da Lei 11.343/06 — pena diversa da “*privação ou restrição da liberdade*”, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela “*lei*” (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

[...] De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade

[...]O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento — antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º); e Lei 9.605/98, arts. 3º; 21/24) — da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.

[...] Esse o quadro, resolve a questão de ordem no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (Código Penal, art. 107, III).

Assim, com tal posicionamento, nossa Suprema Corte pacificou os juristas, caracterizando assim a conduta de porte de drogas para uso pessoal como crime. Entendendo ter havido despenalização do crime.

Esta posição é mais acertada, visto que tal conduta continua sob o prisma do Direito Penal, continuando a ter toda a ritualística do processual penal, onde o juízo competente para aplicar tais sanções é o do Juizado Especial Criminal.

⁶⁰ Loc. cit.

Entretanto é salutar lembrar que mesmo com a ausência de pena de prisão com relação ao porte de drogas para o consumo pessoal, a nova lei não tira do usuário o estigma social de pessoa criminosa.

No caso, ajuda a diminuir um pouco, mas continua expondo o mesmo a uma marginalização desnecessária, medida essa que vai de encontro com as recentes políticas mundiais de redução de dano e prevenção ao uso de drogas.

As experiências passadas conseguiram mostrar a sociedade internacional que adoção de uma política proibicionista em nada reduz o número de usuários, pelo contrário, o número de usuários de drogas aumentou consideravelmente nos últimos anos.

O proibicionismo é falho, uma vez que o consumo não diminui e aumenta a violência com relação ao problema das drogas, mostrando assim que para tentar diminuir tal situação é necessário a adoção de medidas alternativas a simples proibição.

É necessário que usuários e dependentes não sofram mais o estigma social de criminosos perigosos, haja vista que são pessoas que necessitam de apoio, respeito e compreensão de todos.

Tal preconceito em nada os auxilia em vencer o vício, pelo contrário, faz com que se sintam isolados, ausentes do apoio social, o que muitas vezes acaba por fazer com que mergulhem ainda mais no vício, fazendo com que fiquem dependentes da droga ainda mais.

Contudo, a Lei 11.343/2006 busca diminuir tal estigmatização, com a ausência de pena de prisão para o crime de porte de drogas para uso próprio, entretanto ainda está longe de ser a medida ideal para solucionar a questão do uso de drogas e sua diminuição.

2.3 O endurecimento das penas aplicadas ao traficante

Diferentemente do que aconteceu com os usuários que receberam um tratamento não tão repressor pela nova lei, o de tráfico de drogas recebeu um tratamento bem mais rigoroso.

A conduta na lei anterior (lei 6.368/78) era tipificada em seu artigo 12 e tinha como pena 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão, bem como pagamento de 50 (cinquenta) a

360 (trezentos e sessenta) dias- multa, já na lei 11.343/2006, o tráfico de drogas está tipificado em seu artigo 33 sob a seguinte redação:

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

Importante notar que a pena mínima prevista para o tráfico de drogas foi aumentada de 3 (três) para 5 (cinco) anos de reclusão, bem como o pagamento de dias-multa, que antes era de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias- multa, passando para 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Entretanto a Lei prevê causas especiais de diminuição da pena mínima de tráfico de drogas. Tal disposição está presente no parágrafo 4º do mesmo artigo 33, que diz:

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.

Apesar de tal diminuição, no geral ocorreu um rigor maior a tal crime. Pertinente se mostra expressar que tal endurecimento, não é benéfico, uma vez que gera um grande abismo entre o usuário e traficante.

Assim acaba ocorrendo uma terrível estigmatização daqueles que são enquadrados por tráfico e que na verdade não são os grandes e principais traficantes de drogas. Esses indivíduos são em sua maioria pobres que necessitam desta atividade para

poder sustentar a si e a sua família, visto que não possuem muitas perspectiva de vida, além daquela proporcionada pelo tráfico.

Tal posição é adotada por Luciana Boiteux, que confirma nossa tese:

Mas muito pior, sem dúvida, será a condenação de pequeno traficantes a penas de, no mínimo, cinco anos, por retirar os pequenos traficantes do seu convívio familiar, integrando-os nas facções criminosas, além de submetê-los à estigmatização, humilhação e violência dentro das prisões. Ao deixarem a penitenciária, com atitudes violentas e sem opções de trabalho, tornar-se-ão ainda mais vulneráveis à reincidência, seja no tráfico, seja nos crimes patrimoniais, como resultado do aprendizado da delinquência na cadeia.⁶¹

Outra crítica se dá pelo fato de que o novo preceito legal mantém “[...] a inafiançabilidade do delito, proibida a concessão de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, bem como a conversão da pena em restritiva de direitos, o que fará com que os presos por tráfico fiquem encarcerados um tempo ainda maior.”⁶²

Tal endurecimento está previsto na lei 11.343/2006 em seu artigo 44, que diz:

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

Este tratamento tão repressor se justifica também pelo fato do crime de tráfico de drogas estar equiparado a hediondo (lei 8.07/90), não sendo possível até pouco tempo a aplicação de substitutos penais ou progressão de regime.

Fato que foi pacificado com recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (HC nº 84.414/SP rel. Marco Aurélio, j. 14.09. 04, E HC nº 84.928 rel.Cezar Peluso, j. 27.09.05), e também com o advento da lei 9.714/98, a qual ampliou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não vedando assim sua aplicabilidade aos crimes hediondos e equiparados.⁶³

Uma das inovações da Lei 11.343/2006, está expressa no parágrafo 3º do artigo 33, a qual tipifica a figura daquele agente que oferece a droga a uma pessoa de relacionamento próximo, para juntos consumirem, sem objetivo de lucro.

Fazendo assim, que tal prática recebera um tratamento menos repressor, tendo

⁶¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecente*.

Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.167, p 08-09, out. 2006.

⁶² Ibid.

⁶³ MARONNA, Cristiano Ávila. *Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n167, p 4 , out. 2006.

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

Este agente, na vigência da lei anterior, gerava bastante divergência por parte dos tribunais e doutrinadores, uma vez que havia uma corrente que acreditavam que tal conduta se enquadrava no crime de tráfico (artigo 12) deixando de fazer a distinção do tipo com a finalidade visada com o oferecimento da droga.⁶⁴

Tal postura é bastante equivocada, uma vez que o agente não tinha objetivo de lucrar com tal cessão, assim não podendo ser equiparado a traficante.

Já a outra corrente, na falta de uma previsão legal para tal conduta, por uma questão de equidade, enquadrava tal conduta t no artigo 16 da Lei 6.368/76 , atual artigo 28 da Nova Lei de Drogas.⁶⁵

Uma outra conduta que ganha tipificação com a vigência da nova lei é a de financiar crimes de tráfico de drogas, a qual está expressa no artigo 36 da referida lei, o qual diz que:

Art. 36.lei 11.343/2008 - Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Antes na vigência da lei 6.368/76, aquele que financiava o tráfico de drogas respondia pelo mesmo crime que o traficante.

É importante ressaltar que não é nenhuma contribuição financeira que poderá ser enquadrada no artigo 36, visto que sua penas são bastante rigorosas (reclusão de 8 (oito) a 20 (vinte) anos), mas aquelas de caráter primordial para o desenvolvimento do tráfico, a qual sua ausência, tornaria complicado o desenvolvimento da atividade criminosa em questão. Contudo se torna mister observar que tal financiamento tem de ocorrer com habitualidade e com intenção (dolo) de custear o tráfico de drogas.⁶⁶

Outra inovação da recente lei em questão, é a tipificação do informante, expressa no artigo 37 que prevê que:

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

⁶⁴GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 180.

⁶⁵ Ibid. p. 181.

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2007.p. 209-210.

desta Lei:

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

É importante salientar que na vigência da legislação anterior, tal agente era apenas um partícipe de menor relevância, ganhando agora tipificação autônoma.

Esse tipo penal se enquadra a qualquer pessoa, que de alguma maneira, se personifique como tal. Entretanto, para personificar tal dispositivo, o agente deve agir com dolo e necessariamente tal ação deve ser eventual mediante remuneração ou qualquer outra vantagem.⁶⁷

Contudo caso não sejam configuradas tais características, sendo a informação de caráter permanente e estável, se configura crime associação para o tráfico.⁶⁸

No geral, o tratamento dispensado pela nova lei no caso do traficante de drogas, foi extremamente duro, uma vez que a lei endureceu o rigor já previamente estabelecido na lei 6.368/76.

É notório portanto, que a Lei 11.343/2006, manteve resquícios do proibicionismo tradicional, o qual na prática se mostra ineficaz a muito tempo.

Esta postura meramente proibicionista continuará a não resolver a questão das drogas. Assim tal política de simples enfrentamento ao tráfico de drogas, desprovida de outras medidas mais racionais continuará a não surtir efeitos no combate ao tráfico de drogas.

⁶⁷ Loc.cit.

⁶⁸ Loc.cit.

3 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA LEI 11.343/2006

3.1 A tênua e subjetiva linha da tipificação de usuário e traficante

Uma questão que chama atenção com relação aos preceitos que dispõem a nova lei, se refere ao disposto no artigo 28, em consonância com o que estava disposto no artigo 37 parágrafo único da lei 6.368/76, em seu parágrafo 2º, o qual diz o seguinte:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.⁶⁹

Tal dispositivo tem uma redação extremamente preconceituosa e discriminadora, na medida em que características pessoais do autor tais como: vida pessoal, social e antecedentes criminais, além do local onde se desenvolveu a ação, são substâncias para definir a tipicidade do ilícito praticado. Com isso a lei deixa um pouco de lado o aspecto mais importante para definir se o crime é de porte de drogas para uso pessoal ou de tráfico, o dolo, a vontade específica do agente em destinar a droga para essa ou aquela conduta.

⁶⁹ Artigo 28 parágrafo 2º Lei 11.343/2006

Com relação ao exposto acima Salo de Carvalho tem posicionamento que diz:

É que definições desta natureza acabam por destoar da própria lógica do sistema dogmático da teoria constitucional do delito, substancialmente porque intentam absolutizar critérios *objetivos* de forma a induzir a esfera *subjetiva* do tipo. A partir de conjunturas fáticas que caracterizariam os elementos objetivos (circunstâncias de tempo, local e forma de agir) ou de características pessoais do autor do fato (antecedentes e circunstâncias pessoais e sociais), são projetados dados de imputação referentes à integralidade da tipicidade, olvidando seu aspecto mais importante, o elemento subjetivo do tipo (dolo).⁷⁰

Segundo interpretação de tal dispositivo, expõe-se a seguinte situação hipotética: um agente de origem humilde e morador de favela, com antecedentes criminais, é detido por policiais na entrada dessa mesma comunidade portando dez papetes de cocaína. A autoridade policial levando em conta seus antecedentes e suas condições sociais e pessoais, tipificará sua conduta como tráfico de drogas.

Mesmo este agente alegando que a droga apreendida em seu poder não tinha como finalidade a comercialização visando lucro e sim o consumo pessoal, uma vez que declarava ser dependente químico.

A autoridade irá lavrar o auto de prisão em flagrante, ficando o acusado preso possivelmente até seu julgamento. Assim o juiz competente, segundo o disposto no referido artigo, também deve levar em conta tais aspectos objetivos para tomar uma decisão, a qual no caso elucidado, certamente será a de condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.

Ainda segundo a ótica da lei, uma segunda suposição é elaborada: próximo da entrada de um condomínio de luxo na zona sul da cidade do Rio de Janeiro, um jovem bem vestido, membro de uma tradicional família da alta sociedade carioca, dotado de um padrão de vida elevado e sem nenhum antecedente criminal é detido por policiais portando a mesma quantidade de cocaína do exemplo anterior.

Ao ser levado a delegacia policial, o agente justifica o porte da cocaína da mesma maneira que no outro exemplo, a droga seria destinada para consumo próprio, sendo ele declaradamente dependente. Certamente ao enquadrar o agente no tipo penal a autoridade optaria pelo crime de porte de drogas para uso pessoal.

Conforme interpretação do artigo em análise, a tipificação do crime feita pela autoridade policial, não iria gerar discordância alguma nem por parte do Ministério Público quanto por parte do juiz competente. Isto porque o acusado não só é livre de antecedentes

⁷⁰ CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p . 204.205

criminais como também possui circunstâncias sociais e pessoais que são vistas com bons olhos por nossa sociedade. Assim assinaria o termo circunstanciado, se comprometendo a comparecer perante o Juizado Especial Criminal, sendo liberado logo em seguida.

Com os exemplos descritos acima, fica claro elucidar o total preconceito que a lei gera, uma vez que critérios pessoais e sociais são levados em conta para justificar o tipo penal a que o agente será enquadrado.

Assim, as “construções normativas e dogmáticas podem servir apenas como indicativos, mas nunca como fundamento tarifado de juízos ou de decisões, isto é, [...] reproduzir-se como critérios jurisprudenciais de justificação do ato de imputação e de decisão.”⁷¹

Com certeza isso acarreta imensas injustiças, pois em casos em que o agente é flagrado com certa quantidade de droga, a qual gera dúvida se era destinada para tráfico ou consumo próprio (é claro que nos casos em que são apreendidas grandes quantidades de droga fica latente a traficância), esse juízo de valor entra em questão para fazer com que aquele que é pobre e favelado fique encarcerado, como a maioria das pessoas presas em nosso sistema penitenciário pelo crime de tráfico de drogas.

Outro raciocínio do renomado autor Salo de Carvalho vem ao encontro do exposto:

Neste sentido, as circunstâncias objetivas de tempo, local e forma de agir servem apenas como critérios indiciários do elemento subjetivo, sendo fundamental aos operadores do direito avaliar criteriosamente os aspectos referentes à vontade, à previsibilidade, à representação e à consciência. Tudo porque, por si só, os dados externos da conduta não revelam nada se não estiverem apoiados por dados subjetivos minimamente reveladores. [...] Igualmente na questão das drogas: quantidade elevada, acondicionamento em embalagens distintas, antecedentes, entre outras inúmeras circunstâncias fáticas pode revelar tanto situação de mercancia como de uso próprio. [...] O problema não está, frise-se vez mais, nos dados externos da conduta, mas no elemento cognitivo e volitivo do seu autor.⁷²

Evidentemente, a lei deve ser aplicada com prudência para não gerar injustiças, uma vez que se torna extremamente necessário avaliar nos casos concretos, o propósito a que a droga se destina. Caso o agente vise o comércio ou o lucro, ou seja, tenha dolo específico para realizar a atividade de mercância com a droga, estamos diante de um caso de tráfico e nos casos que tal droga tenha como finalidade o consumo próprio ou compartilhado, estamos

⁷¹CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. ed Lumen Juris, 2007, p. 205

⁷²Ibid. p. 207. 208.

diante de um caso de porte para uso pessoal.

3.2 A crítica às penas de multa nos crimes de tráfico

Para o delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da nova lei foi estabelecida a pena equivalente entre 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Já na vigência da lei anterior, a pena de multa era fixada entre 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, prevista no artigo 12 da lei 6.368/78.

Uma explicação para tal majoração da nova lei poderia ser o significativo aumento no poder econômico dos “grandes” traficantes de droga, os quais vêm adquirindo nos últimos anos enormes fortunas devido a tal lucrativo comércio. Assim seguindo esta linha de raciocínio, tal pena de multa mereceria ser aumentada, já que estes traficantes possuem condições financeiras para cumpri-la, uma vez que possuem um vasto patrimônio.

Com relação às penas pecuniárias destinadas aos traficantes de grande poder aquisitivo não há nenhuma objeção, entretanto, com relação ao parâmetro mínimo previsto de 500 (quinhentos) dias-multa ocorreu uma majoração exorbitante, dificultando bastante a efetivação do princípio da individualização da pena nos casos concretos.

Tal afirmativa, ganha respaldo uma vez que na maioria dos casos envolvendo tráfico de drogas, o agente é aquele indivíduo de baixa renda, cuja venda de pequenas quantidades de drogas é o que assegura sua subsistência e de sua família, já que as oportunidades de acesso a educação e emprego digno não lhe foram ofertadas. Assim a vida dentro da traficância pode ser a única saída.

O mega traficante, contudo, constitui parcela mínima das pessoas que são indiciadas pelo crime de tráfico. Os que formam a base do perfil dos traficantes brasileiros, na realidade, não possuem nenhuma condição econômica para arcar com a pena de multa aplicada, visto que sua renda está bem abaixo do valor que o legislador optou pela fixação do mínimo de dias-multa.

Segundo o princípio da individualização da pena (artigo 5º inciso XLVI, CF), o juiz deve conferir ao condenado, ao fixar a pena, o respeito a suas condições pessoais e

segundo o disposto no artigo 49 do Código Penal Brasileiro:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

No caso da Lei 11.343/2006, por ser especial ao Código Penal, estabeleceu parâmetros diferenciados nos crimes previstos em seus dispositivos.

É notório que a nova legislação ao aumentar a pena mínima para 500 (quinhentos) dias-multa diferencia prontamente do Código Penal, uma vez que este estabelece o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Esta previsão legal acaba se tornando meramente formal, visto que nos casos concretos, onde os agentes condenados por tráfico de drogas são na sua ampla maioria pessoas de baixíssima renda, tal pena de multa acaba sendo descabida, visto que estes jamais terão condições de cumprir tal pena. Assim nos casos concretos dificilmente será cumprida esta pena de multa, somente sendo cumprida a pena de prisão.

Para entender tal discrepância é necessário expor o que versa a lei 11.343/2006 em seu artigo 43:

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

Assim no caso da Nova Lei de Drogas o juiz deverá fixar o valor do dia-multa, conforme o disposto no artigo 49 parágrafo 2º do Código Penal. Entretanto, mesmo se o cálculo para a fixação da multa no crime de tráfico for feito com o valor mínimo atribuído ao dia-multa, cujo índice de cálculo é de um trinta avos do atual salário mínimo. Sendo o réu condenado a pena mínima de 500 (quinhentos dias- multa), tal pena continua a ser absurda.

Isso porque o valor atual do salário-mínimo é de R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais) e achando um trinta avos deste valor multiplicado pelo número de dias-multa do exemplo acima, o valor total aproximando para o pagamento da pena seria de R\$ 6.917,00 (seis mil novecentos e dezessete reais).

Entretanto, sendo o agente primário, de bons antecedentes, não integrante de organização criminosa e nem se dedique à atividade criminosa, este tem sua pena reduzida de um sexto a dois terços (artigo 33, parágrafo 4º), o que no caso hipotético, acarretaria no pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias- multa equivalentes a aproximadamente R\$ 2.296,00 (dois mil duzentos e noventa e seis reais).

Será que é razoável condenar réus meros distribuidores de droga, cuja renda adquirida com a venda de drogas muitas vezes não atinge nem o salário mínimo, ao pagamento de multas de valores tão elevados? É latente que fixação de pena pecuniária de valor tão elevado é extremamente descabido, uma vez que fere o princípio da razoabilidade.

Otoniel Katumi Kikuti afirma o seguinte:

Por outro lado, pelo princípio da individualização da pena (inc. XLVI, do art. 5º da Constituição Federal), o legislador deve conferir ao julgador a possibilidade de fixar, no caso concreto, a pena, respeitando as condições pessoais do acusado. Ao fixar, na Lei de Drogas, patamares de multa excessivamente elevados, é inegável que em momento algum respeitou o princípio apontado, eis que determina valores mínimos de multa que não levam em conta a capacidade econômica daqueles que são sentenciados. Em outras palavras, o legislador não considerou o fato de que a maior parte da população não aufere, como rendimento total, sequer o valor da multa mínima cominada no caso de preencher as condições do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006 (mínimo dos mínimos).⁷³

A lei fixa a pena de multa, sem nenhuma preocupação com a condição financeira do autor, assim aquele menos abastado nunca terá condição de pagar a multa que lhe foi aplicada.

A Lei 11.343/2006 não leva em consideração que a pena de multa só poderá ser executada nos casos em que o agente seja economicamente solvente, não podendo ser paga pela ampla maioria hipossuficiente, pois estes não tem o mínimo de renda para sobreviver, muito menos para pagar multa tão alta.

Assim, conforme determina a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), em seus artigos 168, 169 e 170 que dizem:

Art. 168. O Juiz poderá determinar que a cobrança da multa se efetue mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nas hipóteses do artigo 50, § 1º, do Código Penal, observando-se o seguinte:

I - o limite máximo do desconto mensal será o da quarta parte da remuneração e o mínimo o de um décimo;

II - o desconto será feito mediante ordem do Juiz a quem de direito;

⁷³ KIKUTI, Otoniel Katumi. *Da inconstitucionalidade da pena de multa na lei de drogas*. Boletim IBCCRIM, n.185, Abril. 2008

II - o responsável pelo desconto será intimado a recolher mensalmente, até o dia fixado pelo Juiz, a importância determinada.

Art. 169. Até o término do prazo a que se refere o artigo 164 desta Lei, poderá o condenado requerer ao Juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas.

§ 1º O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações.

§ 2º Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, revogará o benefício executando-se a multa, na forma prevista neste Capítulo, ou prosseguindo-se na execução já iniciada.

Art. 170. Quando a pena de multa for aplicada cumulativamente com pena privativa da liberdade, enquanto esta estiver sendo executada, poderá aquela ser cobrada mediante desconto na remuneração do condenado (artigo 168).

§ 1º Se o condenado cumprir a pena privativa de liberdade ou obtiver livramento condicional, sem haver resgatado a multa, far-se-á a cobrança nos termos deste Capítulo.

§ 2º Aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior aos casos em que for concedida a suspensão condicional da pena.

Vale ressaltar novamente que nos casos concretos onde é notória a insolvência do réu, a disposição da Nova Lei de Drogas com relação a aplicação das multas é puramente simbólica. Pois ao decretar a sentença nesses casos o juiz extingue a punibilidade com relação a pena de multa.

Isso se deve pelo fato da total hipossuficiência da maioria dos condenados pelo crime de tráfico de drogas e por não realizarem nenhum tipo de atividade laboral durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista os grandes problemas que nosso sistema prisional possui.

É conhecido também a enorme dificuldade de conseguir emprego que estes condenados passam ao sair da prisão, inviabilizando ainda mais a sua reinserção na sociedade e aumentando ainda mais sua estigmatização social e a descrença que sejam capazes de viver honestamente e longe do crime.

Contudo, fica evidente ressaltar que com relação às penas de multa, a Lei 11.343/2006 dispensou um tratamento extremamente distante da realidade social brasileira, uma vez que ao aplicar multas tão elevadas não levou em conta que a maioria dos agentes condenados pelo crime de tráfico fazem desta atividade criminosa a maneira para conseguir o mínimo para sua subsistência e de sua família e jamais terão condições de arcar com multa tão

severa.

Assim esta previsão legal acaba tendo pouca eficácia na prática, visto que na maioria dos casos o juiz não poderá aplicar tal pena, pois o réu não conseguirá cumpri-la.

Neste contexto, fica claro que o legislador se preocupou somente em punir duramente a figura do traficante, deixando de observar a realidade dos crimes envolvendo tráfico de drogas, onde o grande e poderoso traficante figura como réu somente na minoria dos casos concretos.

3.3 A defesa preliminar antes do recebimento da denúncia

A lei 11.343/2006 inovou, no aspecto processual uma vez que assegura no seu artigo 55 o seguinte:

Art. 55 lei 11.343/2006 - Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

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

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

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

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

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

Assim a nova legislação exige que o juiz notifique o acusado de tráfico a apresentar defesa preliminar, assim que esse receba a denúncia por parte do Ministério Público, antes mesmo de apreciá-la.

A defesa irá invocar as sua razões e irá apresentar não só as provas que pretende produzir, como também documentos e justificações podendo, assim, arrolar até 5 (cinco) testemunhas. Tal defesa é de extrema importância, porque o acusado tem a chance de expor tudo o que possa interferir na decisão do juiz, de acolhimento ou não da denúncia, a qual lhe é imputado o crime de tráfico.

Esta defesa preliminar deverá ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias, a

partir da ordem do juiz de notificação do acusado , a qual deverá ser de caráter pessoal, contendo em anexo uma cópia da peça acusatória. Caso o acusado não seja encontrado, a notificação será feita por edital, respeitando-se assim o prazo de dez dias para apresentação da defesa preliminar, cuja forma será sempre escrita.

A lei prevê em seu artigo 55 parágrafo 3º, que mesmo o acusado não apresentando a defesa preliminar no prazo estipulado (dez dias), o juiz deverá nomear um defensor para apresentar tal defesa no mesmo prazo. Após a nomeação do defensor, o qual poderá ser defensor público ou dativo, este terá concedida vista dos autos, devendo ter contato com o acusado com objetivo de elucidar melhor o que será exposto na preliminar.

A importância de tal preliminar é ampla de forma que sua ausência pode impedir que o processo tenha segmento, na medida em que sem ela não é possível o recebimento da denúncia por parte do juiz.

Os objetivos principais da defesa preliminar são de discutir preliminares, questões prejudiciais (caso existam) e motivos que venham a se opor ao mérito da causa. Com relação as preliminares deve-se questionar por exemplo: os aspectos formais da denúncia (inépcia formal), condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir, interesse de agir e justa causa) e pressupostos processuais(de existência do processo – pedido e órgão jurisdicional- de existência da relação jurídica processual- pedido, partes e órgão jurisdicional- e validade do processo).

As questões prejudiciais, caso ocorram, devem ser apresentadas após as preliminares. Já com relação ao mérito da causa, deve-se questionar diversos aspectos que a defesa ache necessário, mas o que é de real importância é a discussão sobre a classificação do crime cometido.

No tocante a classificação do crime, é na defesa preliminar que o acusado irá expor seus argumentos para convencer o juiz de que o crime tipificado na denúncia não se aplica ao seu caso, que o certo seria enquadrá-lo em outro artigo, como o 28 por exemplo, ou seja, sendo imputado o porte da droga para uso pessoal, e não para o tráfico (artigo 33 e seguintes da lei), visto que tais equívocos ou pré-julgamentos podem ocorrer, como vimos acima no item 3.1.

Após a apresentação da defesa preliminar, o juiz terá cinco dias para decidir se recebe ou rejeita a peça acusatória, fundamentando sua decisão, com base em tudo o que lhe

foi apresentado até aquele momento pelas partes.

É indispensável ressaltar que o magistrado não pode desclassificar a infração penal de imediato sem antes a apresentação da defesa preliminar que mostra a grande importância desta preliminar, fazendo com que nos casos concretos o esclarecimento da conduta desclassifique o crime.

Assim o acusado tipificado no crime de tráfico, severamente punido com pena de reclusão e multa, com a defesa preliminar pode desclassificar sua conduta para simples porte de droga para uso pessoal, provando de maneira consistente que o não possuía intenção específica de traficar tal droga, mostrando a inexistência de base probatória para tal enquadramento.

Nesse momento, caso o juiz desclassifique o crime de tráfico para uso pessoal, ele rejeitará a denúncia, enviando os autos ao juiz do Juizado Especial Criminal, haja vista que tal juizado criminal é o competente para processar e julgar o crime de posse de droga para consumo pessoal, segundo o disposto no artigo 48 da Nova Lei de Drogas, que diz:

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

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

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

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

Apesar das críticas com relação ao tratamento dispensado ao agente enquadrado ao crime de tráfico, a legislação em vigor, nesse aspecto da instrução criminal, deu ao acusado não só uma oportunidade de demonstrar a sua versão dos fatos que levaram a aquela tipificação no inquérito policial e na peça acusatória, como também uma maneira de não serem realizadas injustiças.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se tem a pretensão de resolver o problema das drogas e talvez este problema nunca venha a ter uma solução. Porém deve-se tentar minimizar suas conseqüências através de um diálogo claro e explicativo.

Quanto mais se discute sobre drogas, mais são deixados de lado os medos e preconceitos, sendo então possível achar uma solução alternativa ao proibicionismo criminalizador, o qual demonstrou totalmente ineficácia ao combate do comércio e do consumo

de drogas nos últimos anos.

Tal afirmativa ganha respaldo tendo em vista que, ao mesmo tempo que são dispensados enormes esforços por parte daqueles países defensores do proibicionismo em combater com rigor as drogas, ocorre constante aumento no consumo e no tráfico.

Assim, são mais que necessárias a adoção de alternativas à criminalização pura e simples.

Uma saída para tal problema, deve ocorrer por meio da prevenção ao consumo. A informação preventiva pode diminuí-lo, pois uma vez expostos os efeitos devastadores que o uso de drogas pode provocar sobre o organismo do usuário, os indivíduos podem refletir profundamente antes de iniciar o efetivo consumo de drogas.

Esta prevenção deve ser feita o mais cedo possível, a direcionando principalmente aos jovens, os quais começam a se drogar cada vez mais cedo e hoje são os principais consumidores de drogas no planeta.

É importante também que seja desconsiderada a visão estritamente criminal que se tem sobre o consumo de drogas, segundo a qual, usuário e criminoso são visto como sinônimos. Isto porque tal ótica tem como fundamento o caráter criminal carcerizador que vem sendo adotado ao longo do tempo pelas nações.

Esta postura vem mudando nos últimos anos, ainda que de maneira lenta e gradual.

No Brasil, a lei 11.343/2006 dispensou um tratamento que vai ao encontro desta política menos repressora e mais humana, buscando assim auxiliar o usuário a tentar gradativamente deixar o consumo.

Desta forma, com políticas preventivas ao consumo de drogas é possível diminuir e enfraquecer o tráfico, que ainda tem grande força devido ao gigante mercado consumidor que possui, aliado a uma extensa rede de influência e corrupção que facilita o desenvolvimento de suas atividades.

Isto ocorre porque é cada vez mais freqüente que pessoas ligadas aos setores governamentais estejam envolvidas em atividades de traficância, desde funcionários mais simplórios a ocupantes de cargos do mais alto escalão.

Assim o combate ao tráfico de drogas se mostra ineficaz uma vez que aqueles que teoricamente deveriam não medir esforços para combatê-lo acabam se beneficiando dele.

A Lei 11.343/2006 também avançou no tocante às penas previstas aos usuários. Isso porque ao descarcerizar as penas previstas ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, a lei foi ao encontro das atuais políticas mundias de redução de danos.

Tais políticas são embasadas em uma abordagem menos repressora e mais humana para encarar o problema do vício das drogas, fazendo com que o dependente se sinta mais seguro para procurar ajuda e se tratar.

Entretanto, em outros aspectos a Nova Lei de Drogas foi muito abaixo das expectativas. Isso fica evidenciado no tratamento endurecido dispensado ao traficante e a adoção de penas mais severas aos condenados por este crime.

Isso leva a que os condenados por tais crimes passem mais tempo presos e conseqüentemente aumentam ainda mais a população carcerária do sistema penitenciário brasileiro, complicando ainda mais este sistema, que agrava ainda mais seus sérios problemas.

Assim, é possível notar que a Nova Lei de Drogas ainda apresenta aspectos da tradicional política proibicionista criminalizadora, que se mostra ineficaz a muito tempo. Contudo é cada vez mais importante que medidas menos repressoras sejam adotadas para tentar enfrentar o problema das drogas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA JÚNIOR, Salvador José; MORGADO, Nara Cibele Neves; FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. *A desproporcionalidade da cominação da pena de multa na lei de drogas*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v14, n.169, p6, dez.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Recurso Extraordinário. *Recurso Extraordinário n. 430.105*, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, Voto Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, 13 de fevereiro de 2007.

BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Usuários e dependentes na nova Lei de DROGAS: descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica*. Disponível na internet www.ibccrim.org.br. Mar. 2007.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O artigo 28 da Lei de drogas e a reincidência*. Disponível na internet www.ibccrim.org.br. Nov. 2006.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Posse de DROGAS para consumo pessoal: novas regras para transação penal*. Disponível na internet www.ibccrim.org.br. Jun. 2007.

CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Ed Lumen Juris, 2007.

FREITAS, Bruno Bispo de. *A impossibilidade da prisão temporária no delito de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins em face da Lei 11.343/06*. Disponível na internet www.ibccrim.org.br. Abr. 2007

GENTIL, Plínio Antônio Britto. *Nova lei de drogas e aplicação retroativa do art.33, & 4º*. Boletim IBCCRIM, N. 175, jun. 2007.

GOMES, Luiz Flávio; PERIM, Patrícia Mafalda. *DROGAS: política repressiva ou preventivo-educativa?* Disponível na internet www.ibccrim.org.br fev. 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. *Drogas: a irracionalidade da criminalização* **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.45, p 09-10, ago. 1996.

KIKUTI, Otoniel Katumi. *Da inconstitucionalidade da pena de multa na lei de drogas*. **Boletim IBCCRIM**, n.185, abril. 2008.

LEAL, João José. *A nova lei n. 11343/2006: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo , v.14 , n 169, p 2-3, dez. 2006.

MARONNA, Cristiano Ávila. *Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n167, p 4 , out. 2006.

RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 237 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006.

RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueredo. *A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecente*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n.167, p 08-09, out. 2006.

SHECARA, Sérgio Salomão; DE ANDRADE Luiz Bueno. *A lei de drogas e o crime de tráfico*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 177, ago. 2007

SAMPAIO, Denis. *Inovação legislativa do uso de drogas diante de uma visão processual: nova medida descarcerizadora*. **Boletim IBCCRIM**, n.170, jan. 2007.

STRANO, Rafael Folador. *A disparidade econômica entre os agentes do tráfico de drogas e a individualização da pena de multa*. **Boletim IBCCRIM** , n. 184, mar, 2008.